



ISSN 0718-2457

Revista
Jurídica de la
Universidad
Bernardo
O'Higgins

Ars
Ars
Boniet
Aequi

Año 12 • Número 2

UNIVERSIDAD
BERNARDO
O'HIGGINS

Ars Boni et Aequi es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins.

En la Editorial del primer número de la Revista, el ex Decano Sergio Gaete Rojas decía:

“El nombre escogido, “Ars Boni et Aequi”, tomado de la definición de Derecho que nos ofrece Celso en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, no es casualidad.

Por una parte, al recordar que la naturaleza de nuestro objeto de estudio es la “técnica de lo bueno y lo equitativo” hemos pretendido destacar que, si bien los conocimientos específicos de cualquier índole suelen referirse a cuestiones eminentemente “técnicas”, no puede olvidarse jamás que toda actividad humana, y por cierto la actividad jurídica, debe sustentarse en sólidos y omnipresentes valores. Esto último es representativo del pensamiento más profundo con que nuestra Universidad enfrenta su misión educativa.

Por otra parte, con la selección de esta vieja y autorizada cita celsina también hemos querido subrayar la esencial universalidad de la ciencia jurídica. Dicha universalidad -reclamo ineludible de su carácter de ciencia- hace que resulte indispensable el estudio de todos los estadios evolutivos de la experiencia jurídica que se observan a través de la Historia y, asimismo, obliga a la observación de todas las realidades jurídicas y todas las opiniones de los juristas del orbe. Este espíritu netamente científico, exorbitante de las realidades legislativas nacionales, es el que mueve a nuestra Facultad de Derecho”.

Año 12 N° 2, diciembre 2016

ISSN 0718-2457 Versión impresa

ISSN 0719-2568 Versión en línea

DIRECTORA

Dra. Regina Ingrid Díaz Tolosa, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Julio Alvear Téllez, Universidad del Desarrollo, Chile.

Dr. Carlos Amunátegui Perelló, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

Dr. Juan Baró Pazos, Universidad de Cantabria, España.

Dr. Carlos Darío Barrera, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.

Dr. Allan Brewer-Carías, Universidad Central de Venezuela, Venezuela.

Dr. Francisco Cuenca Boy, Universidad de Cantabria, España.

Dr. Carlos José De Cores Helguera, Universidad Católica del Uruguay, Uruguay.

Dr. José Díaz Nieva, Universidad Santo Tomás, Chile.

Dra. María Candelaria Domínguez Guillén, Universidad Central de Venezuela, Venezuela.

Dr. Manuel Estrada Sánchez, Universidad de Cantabria, España.

Dr. Jakob Fortunat Stagl, Universidad de Chile, Chile.

Dra. Miriam Henríquez Viñas, Universidad Alberto Hurtado, Chile.

Dr. Eduardo Hernando Nieto, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú.

Dr. Carlos Isler Soto, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Dr. David Lantarón Barquín, Universidad de Cantabria, España.

Dra. María Leoba Castañeda Rivas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Dr. Raúl Madrid Ramírez, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

Dra. Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda, Universidad Complutense, España.

Dr. Marcelo Nasser Olea, Universidad de Los Andes, Chile.

Dr. Juan Manuel Portilla Gómez, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
Dra. Cristine Koehler Zanella, Universidade Federal de Uberlândia, Brasil.

COMITÉ DE REDACCIÓN

Secretaría de Redacción

Denisse Aliaga Rencoret, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Asistente de Redacción

Iván Verdejo Clavero, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Ayudantes de Redacción

Daniel Marcelo Morales Alegría, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Christine Francesca Bach Soto, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

PAGINA REVISTA

<http://www.arsboni.ubo.cl/>

INDEXACIONES

Al-día, El Mercurio Legal, Westlaw, Vlex, ProQuest, EBSCO (Fuente Académica Plus y Fuente Académica Premier), Dialnet y Latindex-Catálogo.

Avenida Viel 1497, Santiago-Chile.

Teléfonos: (56-2) 4774147- 4774150 - Fax: (56-2) 4774141.

E-mail: arsboni@ubo.cl

IMPRESIÓN - PRODUCCIÓN GENERAL: Gráfica LOM.

ÍNDICE

Editorial

REGINA INGRID DÍAZ TOLOSA	7
---------------------------------	---

ESTUDIOS

Derechos inaccesibles: los Convenios sobre las Normas Básicas del Trabajo en Argentina, Chile, México y Guatemala

MELANIE BENESH	11
----------------------	----

Los efectos de las presiones políticas de los Estados en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un caso de denegación de justicia internacional y de desprecio al Derecho

ALLAN R. BREWER-CARÍAS	51
------------------------------	----

El régimen económico como efecto patrimonial del matrimonio mixto entre cubanos y extranjeros

CAMELIA FAJARDO MONTOYA.....	87
------------------------------	----

Revisión de las teorías atinentes a los cuasicontratos como fuente autónoma de las obligaciones

MAR DEL ROSARIO GURIDI RIVANO.....	119
------------------------------------	-----

El derecho de desistimiento del consumidor en el ordenamiento jurídico español. Su delimitación respecto de otras formas de ineficacia contractual

HENRRY SOSA OLÁN	145
------------------------	-----

El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas en la ley chilena sobre protección de los derechos de los consumidores

JUAN PABLO ARÉVALO AYALA 181

Los grupos de sociedades. Un análisis pendiente acerca de una regulación sistemática en la legislación española

NAYIBER FEBLES POZO 205

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Derechos de los consumidores frente a los sistemas de seguridad de los establecimientos comerciales

ERIKA MARLENE ISLER SOTO 247

RECENSIONES

**Clapham, Andrew, Gaeta, Paola y Sassóli, Marco (editors):
The 1949 Geneva Conventions: A commentary, Oxford,
Oxford University Press, 2015, 1400 pp.**

FERNANDO VILLAMIZAR LAMUS 265

Instrucciones a los autores 273

Instructions to authors 283

EDITORIAL

Presentamos un nuevo número de *Ars Boni et Aequi*, revista jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins. Este fascículo contiene siete estudios, un comentario de jurisprudencia y una recensión. En esta oportunidad, los trabajos se adscriben al Derecho Internacional Público y Privado, Derecho Civil y Derecho Comercial, los cuales cumplen con la política de la revista, al aportar a la reflexión de la Ciencia Jurídica en el ámbito iberoamericano, pues tratan de institutos abordados desde el análisis de fuentes universales (teorías disciplinares), regionales (sistema interamericano) y locales (Argentina, Cuba, Chile, España, Guatemala y México).

Comunicamos a nuestros colaboradores que a partir de este fascículo se ha incorporado, siguiendo estándares de edición de revistas científicas, parámetros para la extensión de los trabajos de cada sección de la revista. Así, se determinó que los estudios monográficos deberán contener entre 7000 a 15000 palabras; los comentarios de jurisprudencia, entre 5000 a 12000 palabras; y las recensiones, entre 1000 a 3000 palabras; incluidas las notas al pie de página, listados de referencias y apéndices, en su caso.

Además, damos la bienvenida al Comité Editorial a los académicos señores Dr. Allan Brewer-Carías, Dr. Carlos De Cores Helguera, Dr. Francisco Cuenca Boy, Dr. David Lantarón Barquín, Dr. Manuel Estrada Sánchez y Dr. Juan Baró Pazos. A continuación, una breve reseña curricular de cada uno:

El Dr. Brewer-Carías es especialista en materias de derecho público, con una extensa obra escrita en temas de historia institucional, derecho constitucional y derecho administrativo; profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela, y actualmente profesor adjunto en la Universidad de Columbia de Nueva York; miembro de la Asamblea General del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica) y Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado (La Haya).

El Dr. De Cores es académico investigador en el área del derecho del comercio jurídico (obligaciones, contratos, responsabilidad civil), derecho bancario y derecho de los mercados financieros, con vasta producción bibliográfica; profesor en las Facultades de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, de la Universidad de Montevideo y de la Universidad de la República; miembro del Instituto de Derecho Privado, de la Facultad de Derecho de la Universidad

de la República y miembro del Consejo Editorial del Anuario de Derecho Civil Uruguayo de la Fundación de Cultura Universitaria. Director del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Católica del Uruguay.

El Dr. Cuenca Boy es especialista en derecho romano, hace 20 años se dedica al estudio de la tradición jurídica romanística en Iberoamérica; profesor de la Universidad de Cantabria, Santander, España; miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano y del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, y pertenece a los Consejos Científicos o de dirección de las revistas Seminarios Complutenses de Derecho Romano, Revista General de Derecho Romano, Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña y Revista de Derecho de la Universidad de Piura (Perú).

El Dr. David Lantarón Barquín es responsable principal del grupo de investigación "Derecho del Trabajo y Protección Social" de la Universidad de Cantabria, su intensa y prolongada actividad investigadora conoce sus más diversas vertientes: dirección de cursos, conferencias, participación en congresos, así como publicaciones. Fue magistrado suplente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, integrante del Organismo de Resolución Extrajudicial de Conflictos de Cantabria, entre otros.

El Dr. Manuel Estrada Sánchez es profesor de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad de Cantabria, con una línea de investigación que se centra en el estudio del proceso de asentamiento del Estado liberal en España. Destaca su participación en proyectos de investigación I+D+i y sus publicaciones de monografías, capítulos de libros y artículos de revistas.

El Dr. Juan Baró Pazos es profesor de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad de Cantabria, donde desempeña su labor docente e investigadora desde el año 1982. Ha publicado diversos trabajos sobre instituciones parlamentarias, fuentes e instituciones de derecho municipal, y Codificación del Derecho civil y penal. También ha participado en proyectos de investigación I+D+i financiados en convocatorias competitivas de Administraciones o entidades públicas y privadas.

Regina Ingrid Díaz
Directora Responsable
Ars Boni et Aequi

ESTUDIOS

DERECHOS INACCESIBLES. LOS CONVENIOS SOBRE LAS NORMAS BÁSICAS DEL TRABAJO EN ARGENTINA, CHILE, MÉXICO Y GUATEMALA

Inaccessible Rights. The Core Labor Standards Conventions in Argentina, Chile, Mexico and Guatemala

MELANIE BENESH*

Georgetown University Law Center
Washington D.C., Estados Unidos

RESUMEN: Las normas básicas del trabajo de la Organización Internacional del Trabajo fueron adoptadas como referencia internacional para derechos laborales. Sin embargo, esta investigación demuestra que estas normas no han significado una importante fuente de cambio en Argentina, Chile, México y Guatemala. Los países tenían leyes similares a estas normas antes de ratificar estos convenios. Las normas de la Organización hicieron poco para influir a los gobiernos y movimientos sociales y no parecen mejorar la aplicación de las leyes laborales. Esfuerzos para incorporarlas en acuerdos comerciales no han conducido a cambios domésticos significativos. Las únicas áreas en las cuales potencialmente podría traer un cambio son como referente para nuevas leyes o como una posible herramienta de aplicación en los tribunales nacionales.

PALABRAS CLAVE: Derechos inaccesibles, normas básicas del trabajo, Organización Internacional del Trabajo

* *Juris Doctor, Georgetown University Law Center. Correo electrónico: <melanie.benesh@gmail.com>.*

Artículo recibido el 8 de diciembre de 2015 y aceptado para publicación el 15 de octubre de 2016.

ABSTRACT: *The International Labor Organization's Core Labor Standards were adopted as international standards for labor rights. However, a look at four countries in Latin America shows that this standards have not been a significant source of change. All four countries had labor laws similar predating ratification of those conventions. The standards did little to influence governments and social movements and do not appear to enhance enforcement of labor law. Even efforts to incorporate the standards into trade agreements have not led to significant domestic changes. The only areas where they may bring change is as a benchmark for new laws and as a potential enforcement tool in some domestic courts.*

KEYWORDS: *Inaccessible Rights, Core Labor Standards, International Labor Organization*

INTRODUCCIÓN

“Cuando hablo con mis amigos en el trabajo, es lo mismo en todas partes... El sueldo de una sola persona no es suficiente para subsistir – la familia no puede subsistir con eso. Espero que las cosas puedan cambiar, pero veo que ello es muy difícil. Tratamos de cambiar las cosas una vez en mi fábrica. Primero, conversamos entre nosotros, encubiertamente porque teníamos miedo... Siempre tenemos temor que nos descubrirán y nos despedirán. Todo debe ser hecho de manera oculta”.¹

La anterior cita –que es de María Ibarra, una madre de 40 años de edad que trabaja cerca de la frontera en México– destaca el otro lado de la globalización del trabajo. En parte debido a la preocupación por los trabajadores que, como María, reciben bajos salarios y trabajan en condiciones subestándar, frecuentemente en fábricas de propiedad extranjera, ha habido un resurgimiento de interés en el derecho internacional del trabajo durante los últimos 25 años.² Así como los países luchan por crear puestos de trabajo y promover el crecimiento económico sin sacrificar las protecciones a los trabajadores, muchos actores buscan la solución en las normas internacionales. A pesar del reciente interés en el tema, perduran importantes preguntas sobre la eficacia de los estándares laborales internacionales. Por ejemplo, ¿la ratificación de instrumentos internacionales ha conducido a cambios significativos en la legislación laboral interna de los países?, ¿es posible hacer cumplir

¹ María Ibarra, una mujer de 40 años de edad en una de las fábricas ubicadas en la frontera en México, BACON (1996).

² WEISS (2010) p. 487.

de manera efectiva los estándares laborales internacionales?, ¿los estándares laborales internacionales pueden generar efectivas mejoras en las vidas de los trabajadores?

Este documento analiza someramente estas preguntas. El artículo argumenta que mientras la OIT debe ser comendada por el uso creciente de normas básicas de trabajo³ (en adelante NBT), definidas y revisadas *infra* y sus correspondientes convenios internacionalmente, la experiencia de cuatro países latinoamericanos no demuestra de manera definitiva ningún cambio que emerja del uso de tales instrumentos. Este artículo procede luego a dar una visión general de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), explicando dos de las cuatro NBT y sus convenios correspondientes, para luego identificar tendencias en su aplicación en cuatro países latinoamericanos. Aun cuando este artículo enfatiza las fallas de las NBT para traducirse en cambios internos significativos, también identificando algunas áreas potenciales en las que las NBT podrían tener un impacto. Los cuatro países estudiados, Argentina, Chile, México y Guatemala, fueron seleccionados para dar representación tanto a América del Sur como a América Central, y México debido a su cercanía a los Estados Unidos. Adicionalmente, Argentina, Chile, y México fueron elegidos por su tamaño y la fortaleza de sus economías. Guatemala fue elegido debido a que posee una historia laboral única, y sus desarrollos recientes bajo el tratado de libre comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y la República Dominicana (en inglés, CAFTA-DR). Esta muestra de países no busca representar a toda Latinoamérica. Asimismo, toda referencia a las NBT no incluye los estándares laborales básicos que prohíben la esclavitud y el trabajo infantil por lo que estos dos quedaron fuera del ámbito de este estudio.

I. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

La OIT fue establecida en 1919.⁴ El primer trabajo de la OIT se basó en tres principios internacionales: justicia social, paz internacional y competencia internacional.⁵ En años siguientes, la OIT ha expandido su agenda de justicia social y ha enfocado su energía en la promoción de trabajo decente y estándares laborales en el extranjero. La OIT incluye en su misión actual que busca “promover la creación de trabajo decente y las condiciones

³ Para una breve explicación de los estándares laborales básicos y una lista de todos los cuatro estándares y sus convenios correspondientes, ver ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (s.d.).

⁴ HEPPLÉ (2005) p. 29.

⁵ *Ídem.*, p. 32.

económicas y de trabajo que den a los trabajadores una participación en paz, prosperidad y progreso duraderos".⁶

La OIT desarrolla su misión, en parte, a través de la promulgación de convenios internacionales que crean estándares obligatorios para los Estados que las ratifican.⁷ En su historia de casi cien años, la OIT ha creado 189 convenios y ha tenido gran éxito en convencer a sus Estados miembros a firmarlas.⁸ Hasta fines de 2004 existían 7.235 ratificaciones de 185 convenios diversas.⁹ Sin embargo, a pesar del entusiasmo inicial y del número significativo de ratificaciones en total, muy pocos convenios internacionales fueron adoptados después de 1985¹⁰, y en el año 1990 las ratificaciones habían caído fuertemente.¹¹ Los Estados Unidos y otros países han criticado los instrumentos de la OIT por ser ineficaz.¹²

Consciente que el problema residía en la sobre producción de instrumentos¹³, en 1998 la OIT adoptó su Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.¹⁴ Esta declaración reduce el ámbito de la OIT a únicamente cuatro "normas básicas de trabajo": i) libertad sindical y el derecho de negociación colectiva, ii) eliminación de todas las formas de trabajo obligatorio, iii) abolición efectiva del trabajo infantil, y iv) eliminación de la discriminación.¹⁵ En estos cuatro estándares se ve claramente que cada uno posee dos convenios correspondientes, que son los llamados "convenios de NBT"¹⁶, estos fueron seleccionados debido a su importancia particular en

⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL Trabajo (s.d.a).

⁷ GLASS-HESS (2007) p. 337.

⁸ Para un listado actualizado de los convenios ver base de datos sobre normas internacionales del trabajo, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "NORMLEX. Information System on International Labour Standards", Disponible en: <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:1:0::NO::>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

⁹ HEPPLÉ (2005) p. 35.

¹⁰ WEISS (2010) p. 495.

¹¹ HEPPLÉ (2005) p. 35.

¹² WEISS (2010) p. 495.

¹³ Por ejemplo, en 1990 habían más de 2.100 estándares laborales sustantivos en los 170 convenios existentes a esa fecha, más de las que cualquier Estado podría manejar. HEPPLÉ (2005) p. 37.

¹⁴ Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998.

¹⁵ HEPPLÉ (2005) pp. 57-58.

¹⁶ Los convenios correspondientes son: Convenio Sobre Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación (nº 87), Convenio Sobre el Derecho de Sindicación y de

“mantener el vínculo entre el progreso social y crecimiento económico”.¹⁷ La Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo requiere que todos los miembros de la OIT cumplan con los ocho convenios de las NBT independientemente si se han ratificado dichos convenios.¹⁸

La OIT hace cumplir de manera efectiva sus convenios primariamente a través de investigaciones e informes, que descansan en la vergüenza pública como elemento de presión para obtener su cumplimiento. Su aproximación enfatiza el uso de asistencia técnica para facilitar su cumplimiento, en lugar de medidas sancionatorias como sanciones comerciales.¹⁹ Los países deben informar anualmente sobre las medidas adoptadas para implementar los convenios internamente.²⁰ La OIT también posee un procedimiento especial para tratar los reclamos de no cumplimiento, conforme al cual la OIT entrega recomendaciones a los estados miembros.²¹ A pesar de la naturaleza “suave”²² de estos mecanismos de cumplimiento efectivo, algunos estudios remarcan que el cambio de enfoque en la OIT hacia las NBT ha resucitado el campo del derecho internacional del trabajo desde un “período de estancamiento y casi futilidad a un período fuertemente pluralista de efectividad reforzada”.²³

Antes de determinar si Argentina, Chile, México y Guatemala han pasado por un período de “efectividad reforzada” bajo los convenios NBT, es necesario explicar brevemente las normas principales de los cuatro convenios.

Negociación Colectiva (n° 98), Convenio Sobre Igualdad de Remuneración (n° 100), y el Convenio Sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) (n° 111), Convenio Sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (n° 182), Convenio Sobre la Edad Mínima (n° 138), Convenio Sobre la Abolición del Trabajo Forzoso (n° 105), y el Convenio Sobre el Trabajo Forzoso (n° 29).

¹⁷ Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998.

¹⁸ *Ídem.*, pár. 2.

¹⁹ GLASS-HESS (2007) p. 337.

²⁰ Constitución de la Organización Internacional del Trabajo de 1919, art. 22.

²¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (s.d.b).

²² El término “suave” es utilizado en este artículo para referirse a mecanismos que se basan, de manera general, en un acuerdo entre Estados, o recomendaciones efectuadas por organismos internacionales, o por medidas de auto-inspección adoptadas por Estados individuales. En contraste, leyes o mecanismos “duros” se refieren a aquellos que son exigibles judicialmente y/o que conllevan sanciones en caso de incumplimiento.

²³ WEISS (2010) p. 496.

II. LAS NORMAS BÁSICAS DEL TRABAJO Y LOS CONVENIOS

1. Libertad sindical y el derecho de negociación colectiva

Dos convenios gobiernan la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva: el Convenio 87 sobre Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, que fue adoptado el 8 de julio de 1948 (en lo sucesivo, “Convenio de Libertad Sindical”)²⁴ y el Convenio 98, sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva (en lo sucesivo, el “Convenio de Negociación Colectiva”) adoptado un año más tarde, el 1 de julio de 1949.²⁵

El Convenio de Libertad Sindical garantiza el derecho a organizarse de manera libre²⁶, de unirse a organizaciones y asociaciones²⁷, a establecer y unirse a federaciones, y a afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y/o empleadores.²⁸ Conforme a este convenio, las organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores poseen el derecho a elegir representantes, aprobar sus estatutos, y a formular sus propios programas.²⁹ Las autoridades públicas están bajo la prohibición expresa de intervenir con estas entidades bien sea para organizarlas³⁰ o disolverlas.³¹ La legislación interna de los Estados ratificantes no pueden interferir con las garantías establecidas en el convenio.³²

Bajo el Convenio de Negociación Colectiva, los trabajadores poseen la garantía de una protección “adecuada” en contra de cualquier acto de discriminación anti-sindical con relación a su puesto de trabajo.³³ Se da especial énfasis a los actos designados a disuadir a un trabajador de unirse a un sindicato, o a hacer que el trabajador pierda su trabajo por unirse a un sindicato, o, de otra manera, sufrir un perjuicio debido a su afiliación y/o participación en actividades sindicales fuera de sus horario de trabajo o con la autorización del empleador.³⁴ Tanto las organizaciones de trabajadores

²⁴ Convenio n° 87 de 1948.

²⁵ Convenio n° 98 de 1949.

²⁶ Convenio n° 87 de 1948, art. 11.

²⁷ *Idem.*, art. 2.

²⁸ *Ídem.*, art. 5.

²⁹ *Ídem.*, art. 3.1.

³⁰ *Ídem.*, art. 3.2.

³¹ *Ídem.*, art. 4.

³² *Ídem.*, art. 8.2.

³³ Convenio n° 98 de 1949, art. 1.1.

³⁴ *Ídem.*, art. 1.2.

como de empleadores poseen la garantía de estar libres de interferencia en su funcionamiento y administración.³⁵ Los esfuerzos de las organizaciones de empleadores para establecer o financiar organizaciones de trabajadores son considerados como injerencia si el empleador efectúa estas acciones con la intención de dominar las organizaciones de trabajadores.³⁶ Los Estados ratificantes están obligados a crear mecanismos que aseguren el derecho a organizarse³⁷, y a adoptar medidas que estimulen y promuevan la negociación voluntaria de acuerdos de negociación colectiva.³⁸

2. Discriminación e igualdad de remuneración

Del mismo modo, dos convenios regulan el derecho de los trabajadores a trabajar libres de discriminación. El Convenio Sobre Igualdad de Remuneración, que fue adoptado el 29 de junio de 1951³⁹; y el Convenio Contra la Discriminación del 25 de junio de 1958.⁴⁰

El Convenio Sobre Igualdad de Remuneración define el término *remuneración* como “el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último”.⁴¹ El Convenio Sobre Igualdad de Remuneración demanda igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, sin discriminación en cuanto al sexo.⁴² Los Estados tienen la obligación de determinar las tasas de remuneración y de asegurar su aplicación en condiciones de igualdad para todos los trabajadores.⁴³ La aplicación puede adoptar la forma de “la legislación nacional; cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o la acción conjunta de estos diversos medios”.⁴⁴ Se estimula, sin carácter obligatorio, la adopción de una evaluación objetiva del empleo a fin de determinar una remuneración justa.⁴⁵

³⁵ *Ídem.*, art. 2.1.

³⁶ *Ídem.*, art. 2.2.

³⁷ *Ídem.*, art. 3.

³⁸ *Ídem.*, art. 4.

³⁹ Convenio n° 100 de 1951.

⁴⁰ Convenio n° 111 de 1958.

⁴¹ Convenio n° 100 de 1951, art. 1.a.

⁴² *Ídem.*, art. 1.b, define igualdad de remuneración, y art. 2.

⁴³ *Ídem.*, art. 2.

⁴⁴ *Ídem.*, art. 2.a-2.d.

⁴⁵ *Ídem.*, art. 3.1.

El Convenio Sobre la Discriminación define el concepto de discriminación como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.⁴⁶ La discriminación puede también incluir “cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación”.⁴⁷ El convenio obliga a los Estados ratificantes a implementar políticas nacionales que promuevan la oportunidad y eliminen la discriminación.⁴⁸ A diferencia de otros convenios básicos previamente mencionados, este convenio sugiere métodos para su implementación. Las sugerencias incluyen la búsqueda de cooperación entre organizaciones de trabajadores y empleados, aprobación de legislación, derogación de normas legales contradictorias, guías vocacionales, y servicios de colocación laboral bajo la dirección de una autoridad nacional.⁴⁹

En su conjunto, estos cuatro convenios crean un marco de estándares mínimos de los cuales deberían gozar los trabajadores en todos los Estados miembros. En teoría, las NBT deberían servir como una herramienta fácil de incorporar en los derechos laborales más esenciales a nivel nacional. En la práctica, sin embargo, las NBT no han sido un mecanismo catalizador de cambio en los cuatro casos estudiados.

III. LAS NORMAS BÁSICAS DEL TRABAJO DE LA OIT NO SON UN MEDIO EFECTIVO PARA CREAR CAMBIO

En Argentina, Chile, México y Guatemala las NBT solo han promovido cambios mínimos, por varias razones. Primero, las NBT dejan de lado que muchos de los “derechos fundamentales” identificados en estas normas fueran incorporados por tales Estados en sus constituciones y códigos nacionales mucho antes de que tales derechos fueran reconocidos en los convenios de la OIT. Segundo, históricamente, la fortaleza o debilidad de los derechos laborales nacionales han sido mucho más contingentes en factores domésticos, tales como los gobiernos o los movimientos políticos y sociales, que en la presencia de estándares internacionales. Tercero, las NBT son raramente cumplidas efectivamente a nivel interno y la legislación interna a menudo le resta respaldo a los convenios de dichas normas básicas del trabajo. Cuarto,

⁴⁶ Convenio nº 111 de 1958, art. 1.1.a.

⁴⁷ *Ídem.*, art. 1.1.b.

⁴⁸ *Ídem.*, art. 2.

⁴⁹ *Ídem.*, art. 3.a-3.e.

la incorporación de estas normas en los acuerdos comerciales bilaterales y regionales hasta la fecha no ha logrado que los convenios sean efectivamente cumplidos a nivel interno. Más adelante se pasará a explicar cada una de estas razones en detalle.

1. Estándares fuertes nacionales de trabajo existían antes de la ratificación de los convenios NBT

Los estándares laborales existían en todos los cuatro países bajo estudio antes de la ratificación de los convenios NBT. Si bien es cierto que la legislación anterior no incluía cada provisión o norma sobre dichos convenios, los siguientes ejemplos demuestran que muchos de los principios básicos detrás de las NBT existían internamente antes de que cada país ratificara los convenios.

Chile es un buen ejemplo. Fue el primer país latinoamericano en dictar una ley especial para los sindicatos, Ley n° 4.057, una de las leyes sociales dictadas en 1924.⁵⁰ La Ley n° 4.057 otorgó a las mujeres el derecho a unirse a sindicatos sin necesidad de autorización marital⁵¹, y otorgó personalidad legal a los sindicatos sin restricciones o limitaciones.⁵² Un año más tarde, la Constitución Política de 1925, en su artículo 10 otorgó el derecho de libertad sindical.⁵³ En 1931, el primer Código Laboral de Chile (en adelante CLC) incluyó 576 artículos relativos al trabajo.⁵⁴ México también aprobó su código laboral en 1931, siendo Chile el primer país latinoamericano en dictar un código de tal naturaleza.⁵⁵ Este primer código reconoció el derecho de libre asociación⁵⁶ tanto para trabajadores como para empleadores.⁵⁷ En 1980, Chile reformó el artículo 19 de la Constitución para incluir el derecho a una “asociación sin permiso previo”.⁵⁸ El artículo 19 reformado otorgó los derechos a afiliarse voluntariamente y a negociar colectivamente, y otorgó personalidad

⁵⁰ GAETE (1960) p. 29.

⁵¹ Ley n° 4.057 de 1924, art. 24.

⁵² *Ídem.*, art. 25. Sin embargo, es necesario precisar que la Ley n° 4057 también dio al gobierno el derecho a disolver los sindicatos. *Ídem.*, art. 41.

⁵³ Constitución Política de la República de Chile de 1925, art. 10.5: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: el derecho de asociarse sin permiso previo y en conformidad a la ley”.

⁵⁴ Ley n° 178 de 1931.

⁵⁵ GAETE (1960) p. 49.

⁵⁶ Ley n° 178 de 1931, art. 362.

⁵⁷ *Ídem.*, art. 363.

⁵⁸ Constitución Política de la República de Chile de 1980, art. 19 n° 15.

jurídica a todos los sindicatos que registraran sus estatutos y actas constitutivas.⁵⁹ Todos estos desarrollos ocurrieron mucho antes de que Chile ratificara el Convenio de Libertad Sindical o el Convenio de Negociación Colectiva el 1 de febrero de 1999.⁶⁰

La legislación chilena previa también contemplaba protecciones para las mujeres trabajadoras. Por ejemplo, una ley de 1917 obligó que existieran salas cunas en todas las fábricas en las cuales trabajen más de 50 mujeres con 18 años de edad o más.⁶¹ Aun cuando el Convenio Sobre la Discriminación no se refiere explícitamente a la maternidad, los artículos 1.1.b y 1.3 regulan la discriminación de manera amplia en lo referente a la igualdad de oportunidad y el acceso al trabajo.⁶² La disponibilidad de salas cunas ayudó a las madres a evitar tal discriminación, en consonancia con los principios subyacentes en el Convenio Sobre la Discriminación. Adicionalmente, mucho antes de que existiera un Convenio Sobre Igualdad de Remuneración, el CLC en su artículo 35 ya otorgaba el igual pago para hombres y mujeres.⁶³ El Título III del CLC de 1931 está dedicado enteramente a los derechos de las madres trabajadoras, y define materias tales como su derecho a licencia por maternidad⁶⁴, protección por despido injustificado⁶⁵, y salas cunas en lugares de trabajo que emplean 20 o más mujeres.⁶⁶ Chile firmó tanto el Convenio Sobre Igualdad de Remuneración como el Convenio Sobre la Discriminación el 20 de septiembre de 1971, algunos años después de esta temprana legislación.⁶⁷ Por lo tanto, podemos decir que Chile pudo legislar protecciones fundamentales de los trabajadores sin ningún impulso internacional de las NBT.

⁵⁹ *Ídem.*, art. 19.16) y 19.19.

⁶⁰ Ver información sobre ratificación de los convenios n°s 87 y 98 en base de datos sobre normas internacionales del trabajo, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "NORMLEX. Information System on International Labour Standards", Disponible en: <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:1:0::NO::>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

⁶¹ GAETE (1960) p. 28.

⁶² Convenio n° 111 de 1958, art. 1.1.b y 1.3.

⁶³ Ley n° 178 de 1931, art. 35.

⁶⁴ *Ídem.*, art. 309.

⁶⁵ *Ídem.*, art. 311.

⁶⁶ *Ídem.*, arts. 315-318.

⁶⁷ Ver información sobre ratificación de los convenios n°s 100 y 111, en base de datos sobre normas internacionales del trabajo, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "NORMLEX. Information System on International Labour Standards", Disponible en: <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:1:0::NO::>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

México también posee una larga y rica historia de sindicatos laborales que precede largamente a la ratificación de los convenios NBT. La legislación laboral comienza tempranamente con el artículo 5 de la Constitución de 1857, que consagró el principio de la libertad de trabajo.⁶⁸ El primer ministerio del trabajo mexicano fue establecido en 1865. Ese mismo año fue promulgada una “ley sobre trabajadores”, la cual reguló las horas de trabajo, salarios, tiempo obligatorio de descanso, etc.⁶⁹ El reconocimiento de sindicatos comenzó con la ley de Veracruz de 1916, medida legislativa que autorizó los sindicatos y que reguló su formación como la de los contratos colectivos de trabajo.⁷⁰

El movimiento legislativo a favor de las clases trabajadoras en México se inició con la Constitución de 1917.⁷¹ El artículo 123 de dicha constitución dio a los trabajadores el derecho a organizarse en sindicatos laborales y a paralizar sus faenas.⁷² También otorgó protección para las mujeres⁷³ e igualdad de remuneración.⁷⁴ Los derechos prometidos por la constitución, sin embargo, no poseyeron ningún mecanismo de aplicación efectiva hasta 1931, cuando el gobierno aprobó la Ley Federal de Trabajo (en adelante LFT).⁷⁵ La LFT aumentó los derechos mínimos de los trabajadores en la esfera individual y colectiva; amplió el campo de aplicación de la ley; y mejoró la técnica jurídica en la elaboración de las normas legales, particularmente en el área de contratación colectiva.⁷⁶ En 1932, luego de todos estos desarrollos legislativos; México se incorporó a la OIT.⁷⁷ México no ratificó el Convenio de Libertad Sindical sino hasta el 1 de abril de 1950, y no ratificó el Convenio Sobre Igualdad de Remuneración sino hasta el 23 de agosto de 1952⁷⁸, mucho tiempo después de su legislación laboral antes mencionada. De hecho, México

⁶⁸ CASTORENA (1942) p. 109.

⁶⁹ *Ídem.*, p. 114.

⁷⁰ *Ídem.*, p. 120.

⁷¹ *Ídem.*, p. 67.

⁷² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), art. 123 (XVI-XXII).

⁷³ *Ídem.*, art. 123.V.

⁷⁴ *Ídem.*, art. 123.VII.

⁷⁵ Ley Federal del Trabajo de México de 1931; CASTORENA (1942) p. 124-25.

⁷⁶ LÓPEZ (1969) p. 166.

⁷⁷ CASTORENA (1942) p. 149.

⁷⁸ Ver información sobre ratificación de los convenios n°s 87 y 100, en base de datos sobre normas internacionales del trabajo, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “NORMLEX. Information System on International Labour Standards”, Disponible en: <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:1:0::NO::>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

aprobó leyes de protección de los trabajadores y ratificó los convenios mucho antes de que la OIT creara las NBT. Entonces, las NBT no tuvieron ningún papel en el desarrollo del derecho laboral mexicano.

La legislación laboral de Guatemala y Argentina previas a la ratificación de los convenios NBT, eran ligeramente menos desarrolladas que aquella de Chile y México, según se ha visto. Sin embargo, existen algunas normas legislativas que merecen atención. En el caso de Argentina, este país inicialmente reconoció un derecho de libertad sindical en la Constitución de 1853.⁷⁹ El artículo 14 de dicha constitución proclamó que los trabajadores eran libres para “trabajar y ejercer toda industria lícita [y] (...) asociarse con fines útiles”.⁸⁰ Esta garantía persistió a través de las reformas constitucionales más importantes que ocurrieron en el país en 1860, 1866, y 1898.⁸¹ De la misma manera, la Constitución de 1853 prohibió la discriminación en el trabajo, indicando que “todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.⁸² Más de cien años después de que estos derechos fueran reconocidos en primer lugar, Argentina ratificó el Convenio de Libertad Sindical el 18 de enero de 1960, y el Convenio Sobre la Discriminación el 18 de junio de 1968.⁸³ Tal y como México, Argentina reconoció los derechos fundamentales y ratificó los convenios relevantes antes de la creación de las NBT y dichas normas no tuvieron mayor influencia en las leyes de trabajo argentinas.

La historia de la legislación laboral de Guatemala es la más reciente de los cuatro países analizados. El derecho laboral formal de Guatemala comenzó a formarse con posterioridad a la revolución de 1944 cuando Juan José Arévalo se transformó en el primer presidente democráticamente electo en la historia de Guatemala.⁸⁴ Arévalo aprobó el primer Código laboral en 1947.⁸⁵ En sus 445 artículos este código reguló muchas materias. Cuyo

⁷⁹ DEVEALI (1964) p. 203.

⁸⁰ Constitución Nacional de la Confederación Argentina de 1853, art. 14.

⁸¹ DEVEALI (1964) p. 203.

⁸² Constitución Nacional de la Confederación Argentina de 1853, art. 16.

⁸³ Ver información sobre ratificación de los convenios n°s 87 y 111, en base de datos sobre normas internacionales del trabajo, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “NORMLEX. Information System on International Labour Standards”, Disponible en: <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:1:0::NO::>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

⁸⁴ DE SANDOVAL (2004) p. 12.

⁸⁵ Decreto n° 330 de 1947.

código gobierna la libertad sindical⁸⁶, el derecho a la negociación colectiva y varias materias relativas a este derecho⁸⁷, la igualdad de remuneración⁸⁸, y contiene reglas contra la discriminación.⁸⁹ Dicho de otra manera, este primer código laboral reguló cada una de las materias de los convenios NBT. Con el nuevo espacio político abierto a la libertad sindical, cientos de sindicatos se formaron luego de la elección de Arévalo.⁹⁰ Posteriormente, Guatemala ratificó el Convenio de Libertad Sindical y el Convenio de Negociación Colectiva el 13 de febrero de 1952, el Convenio Sobre Igualdad de Remuneración el 2 de agosto de 1961 y el Convenio Sobre la Discriminación el 11 de octubre de 1960.⁹¹ Todas estas ratificaciones ocurrieron luego de la adopción del Código Laboral de 1947. Es posible que las ratificaciones hayan sido parte de la misma época de cambios sociales relacionados al trabajo. Sin embargo, las ratificaciones del NBT no fueron causa de los cambios en las leyes internas porque el código fue instituido primero.

Los gobiernos en Argentina, Chile, México y Guatemala determinaron de manera independiente la importancia de los convenios NBT con anterioridad a que dichos convenios hubieran sido escritos. Así, estos países probablemente no recibieron ninguna indicación directa desde la OIT para desarrollar sus leyes. Ciertos factores intervinientes tales como el surgimiento y caída de dictaduras y el fortalecimiento de movimientos de base son causas más probables que determinaron el desarrollo de los derechos laborales y su fortaleza actual.

⁸⁶ *Ídem.*, arts. 206-38, 239-57.

⁸⁷ *Ídem.*, arts. 38-56, 239-57.

⁸⁸ *Ídem.*, art. 89 (“A trabajo igual, desempeñado en puesto y condiciones de eficiencia y antigüedad dentro de la misma empresa, también iguales, corresponderá salario igual, el que debe comprender los pagos que se hagan al trabajador a cambio de su labor ordinaria”).

⁸⁹ *Ídem.*, art. 14 bis (“Se prohíbe la discriminación por motivo de raza, religión, credos políticos y situación económica, en los establecimientos de asistencia social, educación, cultura, diversión o comercio que funcionen para el uso o beneficio de trabajadores, en las empresas o sitios de trabajo de propiedad particular, o en los que el Estado crea para los trabajadores en general.”).

⁹⁰ THE SOLIDARITY CENTER (2008) p. 4.

⁹¹ Ver información sobre ratificación de los convenios n°s 87, 98, 100 111, en base de datos sobre normas internacionales del trabajo, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “NORMLEX. Information System on International Labour Standards”, Disponible en: <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:1:0::NO:::>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

2. Las condiciones laborales están determinadas por el liderazgo político y los movimientos sociales, no por el Derecho internacional

La historia demuestra que en cada uno de los países bajo este estudio, el liderazgo político fue de gran influencia para la situación de los derechos laborales, particularmente con relación a los derechos de libertad sindical y negociación colectiva. Bajo un régimen represivo, los derechos conferidos por las NBT son inaccesibles a los países que las han ratificado.

En Guatemala, el crecimiento de los sindicatos bajo el Código Laboral de 1947 fue de corta duración. En 1954, Jacobo Árbenz, el sucesor de Arévalo, fue removido del poder por obra de un golpe de estado apoyado por los Estados Unidos y dirigido por Carlos Castillo Armas. Armas fue el primero de una serie de dictadores que gobernó Guatemala y tuvo una influencia considerable sobre la envergadura y dirección del derecho laboral durante los siguientes 32 años. Bajo el gobierno de Armas, más de 500 sindicatos laborales fueron destruidos, y el número total de miembros sindicales bajó desde la alta cifra de más de 100.000 a una estimativa de 27.000.⁹² En 1961, sólo había 50 sindicatos registrados.⁹³ Los derechos de libertad sindical fueron reprimidos nuevamente bajo Romeo Lucas García desde el 1978 al 1982, quien lanzó un ataque brutal en contra de líderes sindicales y otros que se opusieron a él en lo que Amnistía Internacional denominó “un programa de gobierno de asesinato político”. La Central Nacional de Trabajadores, la federación sindical más grande a esa época fue completamente erradicada⁹⁴, esto fue hasta que Guatemala tuvo un presidente elegido democráticamente, Vinicio Cerezo Arévalo, que la actividad sindical comenzó a regenerarse. Aun así, el gobierno de Cerezo también se desquitó en contra de los trabajadores por organizarse y exigir derechos.⁹⁵ Mientras pudo haber existido actividad sindical, no fue protegida por las NBT.

Las NBT también fueron amenazadas por la dictadura en Argentina. Cuando Juan Perón asumió el poder en 1946, nacionalizando grandes industrias, y permitiendo que el gobierno se hiciera dueño e interviniera en los grandes negocios.⁹⁶ En 1949 Perón dictó una nueva constitución que derogó el artículo 14, disminuyendo por ende los derechos sindicales protegidos

⁹² THE SOLIDARITY CENTER (2008) p. 5.

⁹³ REED y BRANDOW (1996) p. 3.

⁹⁴ THE SOLIDARITY CENTER (2008) p. 6.

⁹⁵ REED y BRANDOW (1996) p. 6.

⁹⁶ BARBIERI (1996) p. 532.

bajo el antiguo artículo 14.⁹⁷ El poder sindical fue drásticamente reducido nuevamente desde 1955 al 1958 bajo el gobierno militar. En este régimen el gobierno instituyó condiciones de trabajo gobernadas por medidas administrativas en lugar de la negociación colectiva y reguló el derecho a huelga, cortando severamente de esta manera el poder sindical. Reformas similares fueron implementadas desde 1966 a 1973, a pesar de que Argentina ratificó el Convenio de Libertad Sindical y el Convenio de Negociación Colectiva apenas seis y diez años antes respectivamente. El gobierno militar que rigió Argentina entre 1976 y 1983 se esmeró en reducir los costos laborales mediante la reducción de los salarios, reprimiendo la actividad sindical, el derecho a huelga, y reemplazando los derechos de negociación colectiva con niveles máximos de salarios.⁹⁸

En Chile, la actividad sindical fue suprimida durante el régimen militar de Augusto Pinochet. El gobierno dejó de apoyar a los sindicatos, las empresas podían despedir a los trabajadores libremente, y las protecciones de los trabajadores y las regulaciones de seguridad laboral, previamente impuestas mediante negociación colectiva, quedando sin efecto.⁹⁹ Estas medidas estuvieron directamente en conflicto con el Convenio de Negociación Colectiva que prohíbe este tipo de interferencia gubernamental en la actividad sindical. Se adoptaron medidas que prohibieron negociaciones con respecto a toda materia que tuviera el potencial de afectar los privilegios de la dirigencia empresarial.¹⁰⁰ Estos cambios redujeron de manera sustancial la actividad sindical en Chile. Un estudio encontró que en 1973, antes del golpe militar de Pinochet, existían 10.000 sindicatos en Chile con un total de 1.100.000 miembros.¹⁰¹ A 1983 dicho número había caído a 4.401 sindicatos con 320.903 miembros.¹⁰² La Confederación Sindical Internacional alegó que los despidos masivos políticamente motivados bajo Pinochet violaron el Convenio Sobre la Discriminación, e igualmente dedujo un reclamo ante la OIT en 1975.¹⁰³

⁹⁷ Artículo 14 en la Constitución de 1949 dice “El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticiones a nombre de éste, comete delito de sedición”. Constitución Nacional de la Nación Argentina de 1949, art. 14.

⁹⁸ BARBIERI (1996) p. 533.

⁹⁹ TRAVERS (2006) p. 339-40.

¹⁰⁰ CORDOVA (1996) p. 325.

¹⁰¹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1985) pár. 104.

¹⁰² *Ídem.*, pár. 105.

¹⁰³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1975) pp. 6-7.

Las mujeres también sufrieron bajo el régimen de Pinochet, cuyas reformas económicas llevaron a un incremento en la inequidad salarial, y cuyas medidas políticas empujaron a las mujeres a ejercer roles domésticos tradicionales fuera del lugar de trabajo.¹⁰⁴

En México, durante los 70 años bajo el mandato del Partido Revolucionario Institucional (en adelante PRI), muchos sindicatos adoptaron una relación de tipo corporativo con el gobierno y las asociaciones empresariales.¹⁰⁵ Conforme al Derecho laboral mexicano las empresas pudieron formar sus propios sindicatos empresariales, y excluir a cualquier trabajador que no quisiera unirse a dichos sindicatos.¹⁰⁶ Debido al hecho de que los sindicatos fueron formados y controlados por las empresas, ellos realmente no representaron los intereses de los trabajadores.¹⁰⁷ Como resultado, México no cumplió a menudo con sus obligaciones bajo las NBT. Por ejemplo, el Comité de la OIT sobre Libertad Sindical encontró que México se encontró en violación de sus obligaciones bajo el Convenio de Libertad Sindical en varias ocasiones bajo el régimen del PRI. Algunos de estos casos incluyen uno de 1995 relativo a los derechos de los trabajadores para formar un sindicato comercial independiente ante el Ministerio del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, y en 1999, otro que involucró la denegación del derecho a organizar instructores en CONALEP.¹⁰⁸

Tal y como las NBT no alcanzaron a proteger trabajadores de gobiernos represivos, los logros obtenidos por los trabajadores han sido usualmente el resultado de movimientos nacionales y locales en lugar de internacionales. Por ejemplo, en Argentina en 1955 surgió un movimiento social que exitosamente obtuvo un retorno a la Constitución de 1853 con un artículo 14 reformado y fortalecido.¹⁰⁹ De esta misma manera, las mujeres en el movimiento de Plaza de Mayo jugaron un rol significativo en obtener el término de la dictadura militar lo cual abrió la puerta a reformas laborales.¹¹⁰

¹⁰⁴ Ver generalmente PIEPER y CAMPBELL (2009).

¹⁰⁵ THE SOLIDARITY CENTER (2003) p. 4.

¹⁰⁶ GLASS-HESS (2007) p. 354-55.

¹⁰⁷ THE SOLIDARITY CENTER (2003) p. 4

¹⁰⁸ *Ídem.*, pp. 12-13.

¹⁰⁹ DEVEALI (1964) p. 206.

¹¹⁰ ICKEN (1990) p. 362.

Las mujeres en Chile fueron igualmente instrumentales en el término del régimen de Pinochet y el restablecimiento de políticas laborales.¹¹¹ Los trabajadores sindicalizados a nivel de fábrica durante los años represivos de Pinochet se acreditan con mantener vivo el movimiento obrero en Chile. Cuando el régimen finalmente fue derrocado, el movimiento obrero ya había crecido fuertemente, estaba políticamente conectado y era capaz de jugar un papel importante en el desarrollo de las reformas laborales durante la época de redemocratización.¹¹²

Asimismo, en 1984 cuando Guatemala era conocida como uno de los peores países en derechos humanos y laborales, trabajadores sindicalizados movilizaron y ocuparon una fábrica de Coca-Cola durante trece meses para evitar que cierre.¹¹³

Esa acción reavivó el movimiento sindical en Guatemala, y llevó a la formación de la Unión Sindical de Trabajadores de Guatemala, un sindicato central y progresivo para trabajadores en los sectores público y privado. Como en Chile, cuando las elecciones democráticas regresaron poco tiempo después, el movimiento obrero guatemalteco estaba en una posición más fuerte para abogar por reformas.¹¹⁴

1958 fue “un año de insurgencia obrera para México”.¹¹⁵ En los siguientes, existió mucha actividad sindical en varios sectores de la economía que resultó en reformas para derechos más amplios bajo el artículo 123 de la Constitución.¹¹⁶ Además, movilizaciones de grupos feministas son responsables por la promulgación de la Ley General para la Igualdad entre Hombres y Mujeres en 2006 y otros avances para las mujeres.¹¹⁷

3. *Los convenios NBT no se hacen cumplir internamente y/o las leyes nacionales les quitan fuerza*

Como lo ilustran los ejemplos antes citados, los países bajo estudio rutinariamente ignoraron los convenios NTB luego de su ratificación, especialmente

¹¹¹ *Ídem.*, p. 364. Para una buena revisión del desarrollo del movimiento femenino bajo Pinochet ver también PIEPER y CAMPBELL (2009).

¹¹² FRANK (2002) p. 4.

¹¹³ REED y BRANDOW (1996) p. 5.

¹¹⁴ *Ibidem.*

¹¹⁵ TREJO (1984) p. 57.

¹¹⁶ *Ídem.*, 57-62.

¹¹⁷ IEESA (2012) p. 18.

bajo regímenes autoritarios. Aun cuando ninguno de los países estudiados se encuentra actualmente bajo un régimen dictatorial, las violaciones a los convenios NBT son todavía rampantes. Así como las NBT no condujeron a las nuevas leyes de trabajo y no pudieran superar los regímenes represivos, estas normas no han hecho mucho para ayudar hacer cumplir con las leyes nacionales de manera consistente con los convenios.

En la actualidad, Chile es uno de los países con el mayor incremento en materia de inequidad salarial entre 1995-97 y 2004-05.¹¹⁸ La brecha de género en materia de ingresos en Chile es sustancial. En 1990 el ingreso mensual promedio de las mujeres era 65.5% del ingreso de sus contrapartes masculinos. Tal brecha únicamente incrementó a 71.6% en 2006. Durante el mismo período, los ingresos por hora incrementaron desde un 71.6% a un 87% de los ingresos masculinos.¹¹⁹ En 2010 las mujeres sufrieron una caída general de ingresos de un 32%.¹²⁰ En 2013 el salario promedio anual de las mujeres era 49% del salario de los hombres.¹²¹ Mientras que los sindicatos disfrutaban de protecciones más importantes hoy en día que en el pasado. La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante CEACR) planteó ciertas preocupaciones en el 2014 sobre el actual código laboral. Estas preocupaciones se refieren a las restricciones significativas al derecho a huelga, la falta de seguridad de los trabajadores agrícolas al derecho a huelga, la prohibición del poder de negociación colectiva para la determinación de los salarios de aprendices, y el permiso para que los empleadores re-negocien con sindicatos inter-empresas.¹²²

En México, los empleadores incurren en discriminación en contra de las mujeres violando la ley.

La Ley Federal del Trabajo (en adelante LFT) permite seis semanas de licencia por maternidad antes del parto y requiere que las mujeres sean restablecidas en sus trabajos una vez que retornan al mismo.¹²³ Sin embargo, usualmente se exige a las mujeres tomar un test de embarazo de manera

¹¹⁸ REINECKE y VALENZUELA (2011) p. 187.

¹¹⁹ *Ídem.*, p. 190.

¹²⁰ DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS, OFICINA DE DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y LABORALES (2011) p. 13.

¹²¹ DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS, OFICINA DE DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y LABORALES (2013b) p. 16.

¹²² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES (2014) p. 80-81.

¹²³ Ley Federal del Trabajo de México de 1970, art. 170.

previa a la contratación, y los empleadores frecuentemente hacen preguntas sobre el embarazo luego de la contratación.¹²⁴ Aun cuando la ley permite el salario similar por “un trabajo de igual eficiencia, en la misma clase de trabajo o igual jornada”¹²⁵, las mujeres reciben entre un 5 y un 30 por ciento menos que los hombres.¹²⁶ De la misma manera, existen algunas protecciones a la libertad sindical y la negociación colectiva en la LFT.¹²⁷ No obstante, estas normas son abiertamente desobedecidas debido a que, entre otras razones, los trabajadores no pueden sobrellevar el costo de ir a huelga, o no conocen sus derechos, o debido a que las empresa no conocen o eligen no cumplir con tales protecciones.¹²⁸

A pesar de la ratificación de los convenios de Libertad Sindical y de Negociación Colectiva, en 2009 Guatemala era el segundo país más peligroso en el mundo para los dirigentes sindicales, persistiendo la violencia en contra de líderes sindicales.¹²⁹ En ese año 16 trabajadores sindicales fueron asesinados, y 10 en el año 2010. Asimismo, dos líderes en la Unión Sindical de Izabal Banana, una de las más grandes del país, fueron asesinados en primavera del año 2011.¹³⁰ Este nivel de violencia es una enorme barrera a la libertad sindical y a la negociación colectiva.

Un informe del Departamento de Estado de los Estados Unidos del 2013 encontró que: “El gobierno no hizo cumplir de manera sistemática la legislación sobre libertad sindical, negociación colectiva, o de discriminación antisindical. El gobierno hizo poco para investigar, acusar, y castigar a los empleadores que violaron la legislación sobre libertad sindical y de negociación colectiva, o para restablecer a trabajadores que fueron ilegalmente despedidos por involucrarse en actividades sindicales. Los inspectores de manera consistente fallaron en adoptar medidas, incluyendo el solicitar asistencia policial, a fin de asegurar el acceso a los sitios de trabajo en respuesta al rechazo de los empleadores para permitir a los inspectores laborales entrar a sus instalaciones a fin de investigar reclamos de trabajadores. Las sanciones

¹²⁴ DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS, OFICINA DE DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y LABORALES (2013d) p. 34. Ver también KAGAN (2005) p. 163.

¹²⁵ Ley Federal del Trabajo de México de 1970, art. 5(XI).

¹²⁶ DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS, OFICINA DE DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y LABORALES (2013d) p. 34.

¹²⁷ Ver generalmente, Ley Federal del Trabajo de México de 1970, título séptimo, capítulos I-II.

¹²⁸ KAGAN (2005) pp. 166-167.

¹²⁹ GUATEMALA HUMAN RIGHTS COMMISSION (2009) p. 1.

¹³⁰ HUMAN RIGHTS WATCH (2012) p. 3.

por violaciones a la legislación laboral fueron inadecuadas y raramente hechas cumplir”.¹³¹

La situación no ha mejorado desde entonces. En 2015 Guatemala seguía en la lista de los diez peores países del mundo para los trabajadores en el estudio anual de la Confederación Sindical Internacional.¹³² Las mujeres enfrentan discriminación laboral en Guatemala, son empleadas por lo general en puestos de bajo nivel, y poseen acceso mínimo a puestos gerenciales.¹³³ En 2013 las mujeres ganaron alrededor de 60% del salario de hombres por trabajo comparable.¹³⁴ Contribuyendo al problema, en 2009, un 75% de los trabajadores de Guatemala se encontraron en el sector informal, haciendo muy difícil que las protecciones establecidas en los convenios NBT les sean efectivamente aplicados.¹³⁵

Algunas leyes promulgadas después de que Guatemala firmara los convenios contrarrestan a los convenios NBT. Por ejemplo, el artículo 216 del Código Laboral, reformado en 2001, requiere una prueba escrita de la decisión de 20 o más trabajadores para formar un sindicato. Conforme al Centro de la Solidaridad, esto esencialmente requiere de una divulgación escrita de parte de activistas sindicales e imponen un requerimiento implícito de alfabetización, en violación del artículo 2 del Convenio de Libertad Sindical.¹³⁶

Argentina posee igualmente leyes y prácticas internas que restan piso a los convenios NBT. Por ejemplo, únicamente la unión sindical más representativa en un sector y región geográfica puede ser certificada como poseedora de personería gremial, lo que es un prerrequisito para efectuar negociación colectiva.¹³⁷ La personería gremial confiere a los sindicatos el derecho a negociar colectivamente, a obtener el pago de cuotas sindicales a través de deducciones salariales, y a protecciones especiales para los representantes sindicales.¹³⁸ El proceso para obtener personería gremial puede ser realmente largo. Un sindicato, la Central de Trabajadores de la Argentina (en adelante

¹³¹ DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS, OFICINA DE DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y LABORALES (2013c) pp. 24-25

¹³² CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL (2015) p. 23.

¹³³ DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS, OFICINA DE DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y LABORALES (2013c) pp. 17-18.

¹³⁴ *Ídem.*, p. 18.

¹³⁵ GUATEMALA HUMAN RIGHTS COMMISSION (2009) p. 1.

¹³⁶ THE SOLIDARITY CENTER (2008) p. 29.

¹³⁷ INTERNATIONAL TRADE UNION CONFEDERATION (2012).

¹³⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2012) p. 77.

CTA), solicitó personería gremial en el año 2004 y no lo recibió hasta 2015.¹³⁹ El CEACR critica igualmente los artículos 28 y 29 de la ley de asociaciones sindicales de 1988 por imponer requisitos de tamaño, geográficos y demográficos onerosos a los sindicatos que desean desafiar la personería gremial de otro sindicato. Al dar trato preferencial a los sindicatos con “personería gremial” existentes y al suprimir otros sindicatos que están únicamente registrados, el CEACR sostiene que la ley argentina contraviene el Convenio de Libertad Sindical y el Convenio de Negociación Colectiva.¹⁴⁰ Los miembros sindicales igualmente continúan enfrentando discriminación y amenazas. Durante el primer semestre de 2012. Una cantidad de 321 trabajadores fueron despedidos debido a su afiliación sindical, y un trabajador fue asesinado.¹⁴¹ Las mujeres también enfrentan discriminación en los lugares de trabajo a pesar de las protecciones existentes en el Derecho interno de Argentina.¹⁴² Ciertos estudios estiman que las mujeres ganan aproximadamente 58% de lo que ganan sus contrapartes masculinas, y que además ostentan significativamente menos posiciones ejecutivas.¹⁴³

El problema de la impunidad se extiende probablemente más allá de los países estudiados en este artículo. Los sindicatos latinoamericanos son los peticionarios más usuales en casos presentados ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, y varios Congresos de la Confederación Sindical Internacional han denunciado la violación persistente de los derechos sindicales en Latinoamérica.¹⁴⁴

4. Las NBT en acuerdos comerciales internacionales no han mejorado el cumplimiento interno de la legislación laboral

La inclusión de estándares laborales en acuerdos internacionales de comercio es una nueva tendencia que ha generado mucho interés y trabajo académico. Mientras la conexión entre comercio y trabajo parece un fuerte incentivo para mejorar el cumplimiento efectivo de la legislación laboral, el

¹³⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES (2015) p. 51.

¹⁴⁰ *Ídem.*, p. 52.

¹⁴¹ INTERNATIONAL TRADE UNION CONFEDERATION (2012).

¹⁴² Ver Ley n° 20.744 de 1974, art. 18 (“Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad”).

¹⁴³ DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS, OFICINA DE DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y LABORALES (2013a) pp. 16-17.

¹⁴⁴ CORDOVA (1996) p. 336.

marco jurídico laboral ha hecho muy poco por mejorar o fortalecer los derechos de los trabajadores en la práctica.

El primer gran esfuerzo para utilizar estándares laborales en acuerdos comerciales tuvo lugar a través del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (conocida como *North American Free Trade Agreement* denominado en adelante NAFTA,) en 1994.

A fin de hacer el NAFTA más aceptable a los grupos laborales estadounidenses, en 1994 se negoció el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del norte (conocida bajo su sigla en inglés, y en adelante NAALC) como un acuerdo paralelo.¹⁴⁵ El NAALC obliga a las partes, entre otras cosas, a hacer efectivo el cumplimiento de su propia legislación laboral, a asegurar que su derecho interno establece “altos estándares laborales”, a investigar supuestas violaciones de la legislación laboral interna, a otorgar garantías de debido proceso en procedimientos laborales, y a promover la conciencia pública en la legislación laboral.¹⁴⁶ El NAALC fue ratificado antes de la Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, pero agrega un anexo de 11 principios de derechos laborales que incorporan todas las NBT.¹⁴⁷ Estos principios definen que los “derechos laborales” deberían incluirse bajo el NAALC.¹⁴⁸ El NAALC no otorga un rol para exigir el cumplimiento efectivo a la OIT, pero sí solicita a las partes “establecer mecanismos cooperativos con la OIT”.¹⁴⁹ El NAALC difiere de los convenios NBT en que se trata de un acuerdo sólido conforme al cual la falta de exigencia de cumplimiento efectivo de su legislación laboral interna por una parte puede desembocar en una sentencia monetaria en contra de dicha parte.¹⁵⁰ Bajo este marco, la Oficina Administrativa Nacional de los Estados Unidos (conocida bajo su sigla en inglés, y en adelante NAO) recibe reclamos sobre la falta de cumplimiento en México para su posterior revisión, que eventualmente podría conducir a un panel de disputas.¹⁵¹

A pesar de poseer algunos mecanismos efectivos para obtener cumplimiento, el NAALC descansa primordialmente en un lenguaje suave e impreciso (v.g. “altos estándares laborales, consistentemente alta calidad y lugares

¹⁴⁵ GLASS-HESS (2007) p. 338.

¹⁴⁶ Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte de 1993. art. 2-7.

¹⁴⁷ *Ídem.*, anexo 1, principios 1, 2, 7 & 8.

¹⁴⁸ *Ídem.*, anexo 1.

¹⁴⁹ *Ídem.*, art. 45.

¹⁵⁰ TREBILCOCK y HOWSE (2005) pp. 295-96.

¹⁵¹ *Ídem.*, p. 296.

de trabajo productivos”).¹⁵² El NAALC no crea estándares que demanden el cumplimiento de las NBT, sino que explícitamente “no establece estándares comunes mínimos para el Derecho interno”.¹⁵³ Sorpresivamente, en la práctica los mecanismos para obtener cumplimiento establecido en el NAALC no se ha conducido al cumplimiento de los convenios NBT. Inclusive los mecanismos para obtener cumplimiento establecido en el NAALC no han estado a la altura. Por ejemplo, una revisión efectuada por la Oficina Nacional Administrativa (NAO) condujo a un acuerdo ministerial entre los Estados Unidos y México según el cual este último país promovería votaciones secretas y lugares de votación neutra.¹⁵⁴ México nunca cumplió con el acuerdo, y un reclamo deducido en seguimiento del requerimiento inicial presentado por sindicatos estadounidenses al Ministerio del Trabajo fue rechazado en el 2001.¹⁵⁵

El Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y la República Dominicana (en inglés, CAFTA-DR) fue aprobado diez años después del NAALC en agosto del 2004.¹⁵⁶ CAFTA-DR adopta una aproximación igualmente “suave” frente al cumplimiento de derechos laborales. Bajo el CAFTA-DR, las partes deben reafirmar sus obligaciones como miembros de la OIT y a las NBT.¹⁵⁷ Tal como el NAALC el CAFTA-DR contiene una norma laboral obligatoria que requiere que las partes defiendan y hagan cumplir su propia legislación laboral.¹⁵⁸ Sin embargo, debido a que la legislación laboral de Guatemala frecuentemente viola los estándares laborales internacionales, este estándar hace poco para proteger los derechos de los trabajadores en la práctica.¹⁵⁹ Igualmente, como el NAALC, CAFTA-DR no define ningún estándar mínimo. En su lugar, sólo requiere que las partes procuren “asegurar que tales principios laborales y los derechos laborales internacionalmente reconocidos establecidos en el Artículo 16.8 sean reconocidos y protegidos por

¹⁵² Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte de 1993. art. 2.

¹⁵³ *Ídem.*, p. anexo 1.

¹⁵⁴ TREBILCOCK y HOWSE (2005) pp. 297-98.

¹⁵⁵ *Ídem.*, p. 298.

¹⁵⁶ Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y la República Dominicana de 2004.

¹⁵⁷ *Ídem.*, art. 16.1.1.

¹⁵⁸ *Ídem.*, art. 16.2.1.a; ver también HOGAN (2006) p. 512.

¹⁵⁹ HOGAN (2006) p. 528-29. Ver también MIYAMOTO (2007) p. 321 (“En abril de 2005, los gobiernos del CAFTA reconocieron el débil nivel de cumplimiento efectivo de la legislación laboral en sus países”).

su legislación”.¹⁶⁰ Todo lenguaje sobre discriminación o igualdad de remuneración está visiblemente ausente del listado del artículo 16.8.¹⁶¹ Todas las demás NBT están listadas como principios importantes en el CAFTA-DR¹⁶², de manera que la falta de mención explícita de la discriminación y la igualdad de remuneración minimizan su importancia bajo el CAFTA-DR. Igualmente deja de lado una preocupación laboral muy seria en Guatemala: la discriminación por razón de embarazo. El uso de exámenes de embarazo obligatorios previos a la contratación, y los acuerdos obligatorios para no tener hijos mientras dure el empleo en algunos lugares de trabajo son rampantes.¹⁶³ La omisión significativa de las protecciones en contra de ésta y otras prácticas discriminatorias cuestiona cuán serios fueron los redactores del CAFTA-DR en lo referente a los asuntos laborales. Hasta la fecha, el CAFTA-DR no ha traído ningún cambio sustantivo en las condiciones laborales de Guatemala.

CAFTA-DR crea un proceso de solución de disputas mediante el cual las partes puedan ser demandadas por su falta de exigencia de cumplimiento efectivo de su legislación laboral interna.¹⁶⁴ En julio de 2010 el Representante Comercial de los Estados Unidos sometió, a través de este proceso, el primer caso de la historia en contra de un socio comercial en contra de Guatemala por su falta de exigencia del cumplimiento efectivo de su legislación laboral.¹⁶⁵ Los dos países suspendieron este proceso en 2013 después de negociar y firmar un “plan de ejecución” mutuamente acordado de aplicar efectivamente las leyes laborales de Guatemala. En el marco del plan de ejecución, Guatemala se comprometió a reforzar las inspecciones laborales, acelerar y reestructurar el proceso de sancionar a los empleadores y ordenar reparaciones por violaciones de derechos laborales, aumentar el cumplimiento de las leyes laborales por las empresas dedicadas a la exportación, mejorar la supervisión y el cumplimiento de los fallos de los tribunales laborales, y establecer mecanismos para asegurar que los trabajadores sean compensados

¹⁶⁰ Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y la República Dominicana de 2004, art. 16.1 (1).

¹⁶¹ MIYAMOTO (2007) p. 299.

¹⁶² Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y la República Dominicana de 2004, art. 16.8.

¹⁶³ MIYAMOTO (2007) pp. 300, 324.

¹⁶⁴ Ver Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y la República Dominicana de 2004, art. 16.6.

¹⁶⁵ Ver comunicado de prensa “USTR Kirk seeks enforcement of labor law in Guatemala”, *Office of the United States Trade Representative: Washington*, mayo 2011. Disponible en: <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2011/may/ustr-kirk-seeks-enforcement-labor-laws-guatemala>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

adecuadamente tras el cierre de una empresa. Aunque este plan ha resultado en algunos cambios positivos, en septiembre de 2014 el Representante Comercial de los Estados Unidos anunció que iba a demandar a Guatemala de nuevo por falta de exigencia de cumplimiento.¹⁶⁶ Esta nueva acción aún no ha alcanzado una decisión, de manera que es demasiado pronto para decir si una sentencia en contra de Guatemala le obligará en la práctica a cumplir con los convenios NBT.

Chile también posee un acuerdo comercial bilateral con los Estados Unidos, tratándose sobre el Tratado de Libre Comercio de los Estados Unidos y Chile (en adelante TLC), que incluye estándares laborales, firmado el 6 de junio del 2003.¹⁶⁷ La sección sobre estándares laborales es casi idéntica a la sección en el CAFTA-DR. Por ejemplo, las partes reafirman sus obligaciones como miembros de la OIT para defender las NBT bajo el TLC.¹⁶⁸ Ambas partes están obligadas a no debilitar o reducir “su adhesión a los derechos laborales internacionalmente reconocidos” como las NBT.¹⁶⁹ El TLC contiene una lista de derechos laborales similares a los derechos listados en el CAFTA-DR, con la misma exclusión de la discriminación y la igualdad de remuneración.¹⁷⁰ Dada la desigualdad salarial persistente entre hombres y mujeres en Chile, esta omisión excluye uno de los temas laborales más críticos en Chile de su consideración en el TLC. Adicionalmente, el TLC es débil en lo referente a derechos laborales pues mientras exige respeto por las NBT y promueve un listado de derechos laborales seleccionados, el mismo TLC únicamente obliga a las partes a hacer cumplir su propia legislación laboral. No existe una obligación afirmativa para mejorar efectivamente la legislación en conformidad con estándares internacionales como los convenios NBT.¹⁷¹ Por lo tanto, existe poco incentivo o presión bajo este TLC para que Chile mejore su cumplimiento con los convenios NBT.

Con la posible excepción de la solución pendiente de la disputa entre Estados Unidos y Guatemala, la inclusión de estándares laborales en acuerdos

¹⁶⁶ Ver comunicado de prensa “United States proceeds with labor enforcement case against Guatemala”, *Office of the United States Trade Representative: Washington*, septiembre 2014. Disponible en: <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2014/September/United-States-Proceeds-with-Labor-Enforcement-Case-Against-Guatemala>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

¹⁶⁷ Tratado de Libre Comercio E.E.U.U.-Chile de 2003.

¹⁶⁸ *Ídem.*, art. 18.1.1; ver también MARTIN (2004) p. 209.

¹⁶⁹ Tratado de Libre Comercio E.E.U.U.-Chile de 2003, art. 18.2 (2).

¹⁷⁰ *Ídem.*, art. 18.8.

¹⁷¹ *Ídem.*, art. 18.1.2.

comerciales no ha conducido aún a ningún fortalecimiento sustantivo de cumplimiento con los convenios NBT en los países estudiados. Es posible que mecanismos de cumplimiento fortalecidos y la inclusión de estándares mínimos pudieran traer cambios reales si tales provisiones fueran incluidas y efectivamente cumplidas. Desafortunadamente, la exclusión de principios incluidos en el NALAAC desde el CAFTA-DR y el TLC EE.UU-Chile indica una tendencia hacia el uso de normas laborales más limitadas y débiles en los TLC. En ausencia de un cumplimiento efectivo logrado a través del uso exitoso de mecanismos de solución de disputas en los TLC, es altamente improbable que los tratados de libre comercio sean utilizados para estimular un cumplimiento más amplio con los convenios NBT en los países estudiados.

IV. LOS CONVENIOS NBT AÚN PUEDEN TENER UN POTENCIAL EFECTIVO POSITIVO

Como demuestran las secciones previas, la mera ratificación de los convenios NBT no se ha traducido en cambios significativos en prácticas laborales. Sin embargo, eso no significa que las NBT no tengan ningún propósito. Al contrario, las NBT pueden ser vistas como metas con aspiraciones para las política obreras. Defensores de derechos de los trabajadores también pueden señalar a las NBT para llamar atención a violaciones de derechos laborales y avergonzar gobiernos. Quizás las dos maneras más importantes para utilizar las NBT son para un punto de referencia útil para la legislación y como herramienta para hacer cumplir con las leyes laborales en los tribunales nacionales.

1. Los convenios NBT proveen un punto de referencia útil

Vale la pena agregar una consecuencia positiva, la legislación laboral se amplió en todos los países luego de la ratificación de los convenios NBT y contiene cambios que reflejan los valores de las NBT. Por ejemplo, Argentina creó su legislación laboral en la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT), luego de la ratificación de los convenios NBT.¹⁷² El artículo 73 de la LCT prohíbe a los empleadores intimidar a los trabajadores a través de forzarlos a compartir sus puntos de vista sobre los sindicatos.¹⁷³ El artículo 217 del LCT requiere que los funcionarios sindicales electos retengan sus puestos de

¹⁷² Ley n° 20.744 de 1974.

¹⁷³ *Ídem.*, art. 73. (“El empleador no podrá, ya sea al tiempo de su contratación, durante la duración del contrato o con vista a su disolución, realizar encuestas o pesquisas sobre las opiniones políticas, religiosas o sindicales del trabajador”).

trabajo si se ausentan debido a cuotas sindicales y expresamente garantiza un derecho a participar en actividad sindical.¹⁷⁴

Chile enmendó su legislación laboral en el 2001 para cumplir con los ocho estándares laborales básicos de la OIT, la última de las cuales fue firmada en 2000.¹⁷⁵ Las anotaciones a los convenios NBT también pueden ser vistas en la versión más actual del Código del Trabajo.¹⁷⁶

En Guatemala, el Presidente Luis García aprobó nuevos reglamentos refiriéndose a los Convenios de Libertad Sindical y Sobre Negociación Colectiva y su cumplimiento efectivo cerca de 30 años luego de que Guatemala ratificara tales convenios.¹⁷⁷

En 2012, México hizo un decreto enmendando la LFT, donde la documentación legislativa nota que los cambios fueron hechos para: “Incorporar la noción de trabajo decente que promueve la Organización Internacional del Trabajo, para destacar los elementos que deben imperar en cualquier relación laboral, que no son otros, más que el respeto a la dignidad humana del trabajador; la no discriminación por razón de género, preferencia sexual, discapacidad, raza o religión; el acceso a la seguridad social; el salario remunerador; la capacitación continua para el incremento de la productividad; la seguridad e higiene en el trabajo; la libertad de asociación; la autonomía y democracia sindical; el derecho de huelga, y la contratación colectiva. Cabe señalar que el concepto de trabajo decente a que se hace referencia, es acorde con la aspiración que nuestro texto constitucional prevé como trabajo digno”.¹⁷⁸

En algunos instantes, la legislación se amplió también sólo antes de su ratificación. Por ejemplo, en 1995 Chile comenzó a hacer reformas significativas a su código del trabajo a fin de alinear la actividad laboral con los Convenios de Libertad Sindical y Sobre Negociación Colectiva, ambos firmados en 1999.¹⁷⁹ La mención explícita de los convenios NBT en algunas leyes nuevas y otras reformadas y el uso de un lenguaje similar implica que los convenios NBT son vistos como un punto de partida útil para los países que deseen expandir sus derechos laborales.

¹⁷⁴ *Ídem.*, art. 217.

¹⁷⁵ TRAVERS (2006), p. 341.

¹⁷⁶ Ver Ley n° 178 de 1931, edición actualizada agosto de 2016.

¹⁷⁷ Ver BARRIOS (1986).

¹⁷⁸ DEPARTAMENTO DE SERVICIOS AUTOMATIZADOS DE INFORMACIÓN (2013) p. 26.

¹⁷⁹ TRAVERS (2006) p. 341.

2. Los convenios NBT ante los tribunales nacionales

Los convenios NBT han sido usados por los tribunales nacionales para validar derechos laborales tanto en Argentina como en México en años recientes. Esta nueva tendencia estimulante es una manera en la cual los convenios NBT pueden aún traer cambios en Latinoamérica.

La Constitución Argentina de 1853 permite el uso de instrumentos internacionales ante tribunales internos en su cláusula de supremacía del artículo 31.¹⁸⁰ En 2006 una Corte Nacional de Apelaciones en Argentina usó el Convenio de Negociación Colectiva como fundamento para restablecer a un empleado de un sindicato que había sido despedido.¹⁸¹ En 2008, la Corte Suprema de Argentina, revisando el Derecho internacional, usó el Convenio de Libertad Sindical para invalidar la práctica en Argentina de otorgar “personería gremial” únicamente a un sindicato por área. Conforme a la corte, esta práctica estaba en conflicto tanto con los derechos garantizados bajo el artículo 14 de la constitución como el derecho de libertad sindical reconocido bajo el Convenio de Libertad Sindical.¹⁸² Esta decisión de la Corte Suprema aún crea un importante precedente para decisiones obligatorias futuras. Además esa decisión es citada en los informes de la CEACR para apoyar su pedido a que Argentina cambiara esta práctica conforme con los requisitos de los convenios.¹⁸³

Los tribunales mexicanos también han hecho cumplir derechos laborales usando el Convenio de Libertad Sindical. En una acción de amparo deducida en 1993 por un grupo de académicos en Guadalajara quienes habían sido vedados de formar un sindicato, la corte suprema mexicana encontró que los derechos constitucionales de los académicos habían sido violados. En su análisis constitucional, la corte se refirió al Convenio de Libertad Sindical y encontró que sus provisiones eran obligatorias bajo la cláusula de supremacía de la Constitución. En 1996, un grupo de empleados estatales de Oaxaca también utilizaron el Convenio de Libertad Sindical para alzarse contra una denegación de su solicitud de sindicalización. En su sentencia a favor de

¹⁸⁰ Ver Constitución Nacional de Argentina de 1853, art. 31: “Esta Constitución, las leyes de la Confederación en su consecuencia se dicten por el Congreso, y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación”.

¹⁸¹ *Cámara Federal de Apelaciones, Parra Vera Maxima v. San Timoteo SA conc.* (2006, caso no. 144/05, s.d. 68536).

¹⁸² GOLDIN (2009) p. 163.

¹⁸³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES (2015) p. 50.

los peticionarios, la corte suprema reiteró la conexión entre el artículo 123 constitucional y el Convenio de Libertad Sindical.¹⁸⁴ Estas dos decisiones en su conjunto demuestran cómo el Convenio de Libertad Sindical puede ser utilizado para reforzar los derechos laborales existentes. Ambas decisiones implican que debido a la cláusula de supremacía, los convenios NBT pueden ser usadas para defender los derechos de los trabajadores. La corte suprema mexicana apoya esta interpretación. En 1999, la Corte Suprema mexicana decidió que algunas secciones de la LFT violaban el Convenio de Libertad Sindical y por tanto eran inválidas debido a que los convenios NBT, en cuanto tratados internacionales, prevalecen sobre el código laboral interno.¹⁸⁵ Este promisorio desarrollo jurisprudencial demuestra cómo los convenios NBT podrían convertirse en una herramienta valiosa para el cumplimiento de estándares laborales.

También existe jurisprudencia local en Chile que hace referencia a los convenios NBT. Además, algunas versiones más recientes de la constitución permiten a los tribunales utilizar los convenios NBT. El artículo 5, modificado en 1989, dice que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.¹⁸⁶ Debido a que los convenios NBT están actualmente en vigor, el Estado está obligado a respetarlas. En un caso reciente en abril del 2016, un grupo de Senadores, constituyendo más de la cuarta parte del Senado chileno alegó que un proyecto de ley modificando el Código de Trabajo violaría la Constitución. Los postulantes hicieron referencia al Convenios de Libertad Sindical y al Convenio de Negociación Colectiva para apoyar su argumento que dicho proyecto que no concordaba con los derechos garantizados bajo los convenios y entonces era inconstitucional.¹⁸⁷ El caso fue presentado frente el Pleno de la Magistratura Constitucional. El fallo, que contiene 325 páginas, contiene una plena evaluación sobre la conformidad de la legislación nacional con los convenios, el papel de los convenios como guía no vinculante, y la relación entre las leyes nacional y las normas internacionales.¹⁸⁸

¹⁸⁴ TORRIENTE (1997).

¹⁸⁵ Ver THE SOLIDARITY CENTER (2003) p. 12.

¹⁸⁶ Constitución Política de la República de Chile 1989, art. 5.

¹⁸⁷ Tribunal Constitucional, *proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo, correspondiente al boletín N° 9835-13* (2016, rol 3016-16) pp. 72-86.

¹⁸⁸ *Ídem.*, pp. 72-86; 197-213; 262-83.

La Constitución de Guatemala de 1985, que aún está en vigencia, da preeminencia al derecho internacional por sobre el derecho interno en materia de derechos humanos.¹⁸⁹ La Corte Constitucional de Guatemala ha hecho referencia a las NBT y otros convenios, como el Convenio 95 Sobre la Protección del Salario¹⁹⁰ y Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales.¹⁹¹ En otro caso, una trabajadora fue despedida durante el período de lactancia, dentro del conflicto colectivo promovido por su sindicato. En su reclamo para amparo, ella alegó que sus derechos bajo el Convenio Sobre la Discriminación, y el Convenio de Libertad Sindical habían sido violados. Aunque el juez negó el amparo, el mero hecho que postulantes estén usando las NBT como herramientas para fortalecer sus casos señala el potencial de las NBT en los tribunales nacionales.¹⁹² Sin embargo, no todos los jueces están de acuerdo sobre el rol de las NBT en los tribunales nacionales. En el 2006 un juez declaró que “Con respecto a la violación al Convenio 111... se determina que no pueden ser objeto de análisis porque no están dentro de los parámetros de constitucionalidad”.¹⁹³ Aun así, valdría la pena monitorear los tribunales para ver si las NBT siguen siendo usadas y si pueden llegar a proteger los derechos de algunos postulantes.

CONCLUSIONES

Este breve estudio muestra cómo, desafortunadamente, los estándares laborales internacionales no siempre se traducen en derechos reales en la vida práctica. Mientras que las metas de las NBT son encomiables, hay mucho trabajo por hacer antes de que las NBT puedan ser consideradas dentro de un “período fuertemente pluralista de efectividad reforzada”¹⁹⁴ en Argentina, Chile, México y Guatemala. Argumentar lo contrario sería una exageración de los logros de los convenios NBT.

¹⁸⁹ Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, art. 46.

¹⁹⁰ Corte Constitucional: *Valenzuela Salazar v. Banco de Desarrollo Rural S.A.* (2012, expediente no. 4750-2011), *Ruano Medrano v. Banco de Desarrollo Rural SA* (2010, expediente no. 780-2010).

¹⁹¹ Corte Constitucional, *Xol v. Ministerio de Gobernación* (2011, expediente no. 3217-2010).

¹⁹² Corte Constitucional, *Salazar Altamirano v. la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social* (2010, expediente no. 579-2009).

¹⁹³ Corte Constitucional, *Asociación Centro de Apoyo para las Trabajadoras de Casa Particular (CENTRACAP)* (2007, expediente no. 549-2006).

¹⁹⁴ WEISS (2010) p. 496.

Sin embargo, la efectividad reforzada de las NBT es una meta importante y necesaria para madres trabajadoras como María Ibarra, y para millones de otros trabajadores como ella. Las NBT deberían continuar siendo vistas como una línea de base útil para estándares laborales y como una meta con aspiraciones. Deberían tomarse pasos concretos para ensayar y alinear prácticas con las NBT. La voluntad reciente de los tribunales nacionales para utilizar los convenios NBT para obtener el cumplimiento efectivo de los convenios NBT es un paso estimulante en la dirección correcta. Los gobiernos nacionales, los activistas, trabajadores, y la comunidad internacional deberían continuar buscando otros mecanismos para lograr que las NBT sean efectivamente cumplidas en una manera que mejore sustancialmente las condiciones laborales de los trabajadores de manera global. Las NBT pueden tener un gran potencial para el fortalecimiento de los derechos laborales en Argentina, Chile, México y Guatemala en los años venideros. Pero simplemente conformarse con el *status quo* bajo los convenios NBT en estos países sería un perjuicio para los trabajadores en tales países, los cuales merecen algo mejor.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BACON, David (1996): "Portraits: the life of a maquiladora worker". Disponible en: <<http://dbacon.igc.org/Portrait/01MaLife.htm>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.
- BARBIERI, Catherine (1996): "Women workers in transition: the potential impact of the NAFTA labor side agreements on women workers in Argentina and Chile", *Comparative Labor Law Journal*, vol. 17: pp. 526- 564.
- BARRIOS, Luis (1986): "Normas reglamentarias para la aplicación de los convenios internacionales del trabajo 87, relativo a la libertad sindical y la protección del derecho de libre sindicación, y 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva", en BARRIOS PÉREZ, Luis Emilio (editor), *Leyes Laborales de la República de Guatemala* (Ciudad de Guatemala, Ediciones Legales Comercio e Industria) pp. 281-83.
- CASTORENA, José (1942): *Tratado de Derecho Obrero* (México D.F., Editorial Jaris).
- CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL (2015): "2015 Índice global de los derechos de la CSI". Disponible en: <<http://www.ituc-csi.org/2015-indice-global-de-los-derechos>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

CORDOVA, Efrén (1996): "The challenge of flexibility in Latin America", *Comparative Labor Law Journal*, vol. 17: pp. 314-337.

DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS, OFICINA DE DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y LABORALES (2011): "Country reports on human rights practices for 2011: Chile". Disponible en: <<http://www.state.gov/documents/organization/186711.pdf>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

_____ (2013a): "Argentina 2013 Human Rights Report". Disponible en: <<http://www.state.gov/documents/organization/220626.pdf>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

_____ (2013b): "Chile 2013 Human Rights Report". Disponible en: <<http://www.state.gov/documents/organization/220640.pdf>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

_____ (2013c): "Guatemala 2013 Human Rights Report". Disponible en: <<http://www.state.gov/documents/organization/220657.pdf>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

_____ (2013d): "México 2013 Human Rights Report". Disponible en: <<http://www.state.gov/documents/organization/220667.pdf>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

DEPARTAMENTO DE SERVICIOS AUTOMATIZADOS DE INFORMACIÓN (2013): "Ley federal de trabajo: Datos generales de sus reformas" Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/doclegis/cuaderno_lft.pdf>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

DE SANDOVAL, María (2004): "Palabras de bienvenida y apertura del encuentro 'Juan José Arévalo, presencia viva: 1904-2004'", MÉNDEZ DE PENEDO, Lucrecia (coord.), *Actas del encuentro "Juan José Arévalo, presencia viva: 1904-2004"* (Ciudad de Guatemala, Ediciones Papiro, S.A. pp. 11-15, Disponible en: <<http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2012/abrapalabra/37.pdf>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

DEVEALI, Mario (1964): *Tratado de Derecho de Trabajo* (Buenos Aires, La Ley).

FRANK, Volker (2002): "The Labor Movement in Democratic Chile: 1900-2000, Working Paper n° 298" Disponible en: <<https://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/298.pdf>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

- GAETE, Alfredo (1960): *Tratado del Derecho de Trabajo Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica).
- GLASS-HESS, Laura (2007): "Ready or not, here comes DR-CAFTA: Comparing the right of association in Mexico, Guatemala, and El Salvador", *Georgia Journal of International & Comparative Law*, vol. 35: pp. 333-368.
- GOLDIN, Adrián (2009): "A Supreme Court challenge to Argentina's trade union model", *International Labor Review*, vol. 148: pp. 163-168.
- GUATEMALA HUMAN RIGHTS COMMISSION (2009): "Fact sheet: Labor rights in Guatemala". Disponible en: <http://www.ghrc-usa.org/Publications/factsheet_LaborRights.pdf>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.
- HEPPLE, Bob (2005): *Labour Laws and Global Trade* (Portland, Hart Publishing).
- HOGAN, Marianne (2006): "DR-CAFTA prescribes a poison pill: Remediating the inadequacies of the Dominican Republic-Central American Free Trade Agreement labor provisions", *Suffolk University Law Review*, vol. 39: pp. 511-537.
- HUMAN RIGHTS WATCH (2012): "Country summary: Guatemala". Disponible en: <http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/guatemala_2012.pdf>. 2013 Human Rights Report".
- ICKEN, Helen (1990): "Women's social movements in Latin America", *Gender & Society*, vol. 4: pp. 354-369.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS EDUCATIVOS Y SINDICALES DE AMÉRICA (IEESA) (2012): "Los movimientos de mujeres y su incidencia en la participación sindical en México". Disponible en: <<http://www.snte.org.mx/assets/Losmovimientosdemujeresysuincidenciaenla.pdf>> fecha de consulta: 10 de octubre 2016.
- INTERNATIONAL TRADE UNION CONFEDERATION (2012): "2012 Annual Survey of Violations of Trade Union Rights-Argentina". Disponible en: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fd88968c.html>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.
- KAGAN, Joshua (2005): "Workers' rights in the Mexican maquiladora sector: Collective bargaining, women's rights, and general human rights: Law, norms, and practice", *Journal of Transnational Law and Policy*, vol. n° 15: pp. 153-180.

LÓPEZ APARICIO, Alfonso (1969): "La iniciativa presidencial de una nueva ley federal del trabajo", *Jurídica Anuario*, pp. 165-175. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/1/pr/pr8.pdf>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

MARTIN, Stacie (2004): "Labor obligations in the U.S.-Chile free trade agreement", *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 25: pp. 201-226.

MIYAMOTO, Emily (2007): "Pregnancy discrimination in Latin America: The exclusion of 'employment discrimination' from the definition of 'labor laws' in the Central American Free Trade Agreement", *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 16: pp. 297-346.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (s.d.): "Core labour standards". Disponible en: <http://www.oecd.org/document/20/0,3343,en_39048427_39049464_42744852_1_1_1_1,00.html>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1985): "Informe de país: Chile". Disponible en: <<http://www.cidh.oas.org/countryrep/Chile85sp/cap10.htm>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1975): *Reporte de la Comisión Designada Bajo el Artículo 26 de la Constitución de la Convención de la Organización Internacional del Trabajo para Examinar el Cumplimiento por Chile de las Horas de Trabajo (Industria), 1919 (nº. 1), y la Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958 (nº. 111)* (Ginebra, Organización Internacional de Trabajo) Disponible en: <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1975/75B09_321_engl.pdf>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

_____ (2012): "Informes del Comité de Libertad Sindical". Disponible en: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_176578.pdf>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES (2014): *Aplicación de las normas Internacionales de Trabajo, Informe III, Parte 1A* (Ginebra, Organización Internacional de Trabajo). Disponible en: <[http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(2014-103-1A\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(2014-103-1A).pdf)>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

- _____ (2015): "Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2015 (I)". Disponible en: <[http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2015-104-1A\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2015-104-1A).pdf)>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (s.d.a), "Misión e impacto de la OIT" Disponible en: <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang-es/index.htm>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.
- _____ (s.d.b): "Aplicación y promoción de las normas". Disponible en: <<http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/lang-es/index.htm>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.
- PIEPER, Jadwiga y CAMPBELL, Jean (2009): *Feminist Activism and Women's Rights Mobilization in the Chilean* Círculo de Estudios de la Mujer: *Beyond Maternalist Mobilization* (Center for the Education of Women, Universidad de Michigan), Disponible en: <http://cew.umich.edu/sites/default/files/PieperMooney3-09_1.pdf>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.
- REED, Thomas y BRANDOW, Karen (1996): *The Sky Never Changes: Testimonies from the Guatemalan Labor Movement* (Ithaca, Cornell University Press).
- REINECKE, Gerhard y VALENZUELA, María (2011): "Illustrating the gap: collective bargaining and income distribution in Chile", en HAYTER, Susan (editora), *The Role of Collective Bargaining in the Global Economy: Negotiating for Social Justice* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited) pp. 187-204.
- THE SOLIDARITY CENTER (2003): "Justice for all: The struggle for workers' rights in Mexico" (Washington, DC, The Solidarity Center). Disponible en: <<http://www.solidaritycenter.org/wp-content/uploads/2015/02/SolidarityMexicofinal.pdf>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.
- _____ (2008): "Justice for all: The struggle for worker rights in Guatemala" (Washington, DC, Solidarity Center), Disponible en: <http://www.solidaritycenter.org/wp-content/uploads/2015/02/pubs_guatemala_wr.pdf>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.
- TORRIENTE, Ana (1997): *Study of Mexican Supreme Court Decisions Concerning the Rights of State Employees to Organize in the States of Jalisco and Oaxaca* (Tucson, National Law Center for Inter-American Free Trade).

Disponible en: <<http://natlaw.com/natlaw-world/document/mexico/study-mexican-supreme-court-decisions-concerning-rights-state-employees>>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

TRAVERS, David (2006): "You have to fight for your right to work: The U.S.- Chile Free Trade Agreement and global labor standards", *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 29: pp. 337-361.

TREBILCOCK, Michael y HOWSE, Robert (2005): "Trade policy and labor standards", *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 14: pp. 261-300.

TREJO, Raúl (1984): "Historia del movimiento obrero en México, 1860-1982", GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo (coord.), *Historia del Movimiento Obrero en América Latina* (México D.F., Siglo Veintiuno S.A.) pp. 11-87, Disponible en: <https://rtrejo.files.wordpress.com/2016/03/historiamovobrero_trejo2.pdf>, fecha de consulta: 10 de octubre 2016.

WEISS, Marley (2010): "International labor and employment law: From periphery to core", *American Bar Association Journal of Labor & Employment Law*, vol. 25: pp. 487-507.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte, de 14 de septiembre de 1993.

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, de 28 de junio de 1919.

Constitución Nacional de la Confederación Argentina, de 1 de mayo de 1853.

Constitución Nacional de la Nación Argentina, de 11 de marzo de 1949.

Constitución Política de la República de Chile, de 11 de septiembre de 1980.

Constitución Política de la República de Chile de 1925.

Constitución Política de la República de Chile, de 30 de julio de 1989.

Constitución Política de la República de Guatemala, de 18 de mayo de 1985.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 5 de febrero de 1917.

Convenio n° 87, sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 7 de julio de 1948.

Convenio n° 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1 de junio de 1949.

Convenio n° 100, sobre igualdad de remuneración, de 29 de junio de 1951.

Convenio n° 105, sobre la abolición del trabajo forzoso, de 25 de junio de 1957.

Convenio n° 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 25 de junio de 1958.

Convenio n° 138, sobre la edad mínima, de 26 de junio de 1973.

Convenio n° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, de 17 de junio de 1999.

Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de junio de 1998.

Decreto n° 330, Código de Trabajo de Guatemala, de 8 de febrero de 1947.

Ley n° 178, Código de Trabajo de Chile, de 28 de mayo de 1931.

Ley n° 178, Código de Trabajo de Chile, de 28 de mayo de 1931, edición actualizada agosto 2016.

Ley n° 4057, sobre la organización del sindicato industrial (Chile), de 29 de septiembre de 1924.

Ley n° 20.744, de contrato de trabajo (Argentina), de 20 de septiembre de 1974.

Ley Federal del Trabajo (México), de 18 de agosto 1931.

Ley Federal del Trabajo (México), de 1 de abril de 1970.

Tratado de libre comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y la República Dominicana (en inglés, CAFTA-DR) de 5 de agosto de 2004.

Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Chile, de 6 de junio de 2003.

JURISPRUDENCIA CITADA

Cámara Federal de Apelaciones (Argentina), *Parra Vera Maxima v. San Timoteo SA conc.* (2006): 14 junio 2006, caso n° 144/05, s.d. 68536. Disponible en: <<http://compendium.itcilo.org/en/compendium-decisions/national-court-of-appeal-fifth-chamber-parra-vera-maxima-v.-san-timoteo-sa-conc.-14-june-2006-case-no.-144-05-s.d.-68536>>, fecha de consulta: 10 de octubre de 2016.

Corte Constitucional (Guatemala), *Asociación Centro de Apoyo para las Trabajadoras de Casa Particular (CENTRACAP)* (2007): 30 octubre 2007, expediente no. 549-2006. Disponible en: <<http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>>, fecha de consulta: 10 de octubre de 2016.

Corte Constitucional (Guatemala), *Lem Masc v. Alvarado Illescas* (2003): 27 octubre 2003, expediente no. 855-2003. Disponible en: <<http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>>, fecha de consulta: 10 de octubre de 2016.

Corte Constitucional (Guatemala), *Ruano Medrano v. Banco de Desarrollo Rural SA* (2010): 1 julio 2010, expediente n° 780-2010. Disponible en: <<http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>>, fecha de consulta: 10 de octubre de 2016.

Corte Constitucional (Guatemala), *Salazar Altamirano v. la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social* (2010): 18 marzo 2010, expediente no. 579-2009. Disponible en: <<http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>>, fecha de consulta: 10 de octubre de 2016.

Corte Constitucional (Guatemala), *Xol v. Ministerio de Gobernación* (2011): 15 noviembre 2011, expediente no. 3217-2010. Disponible en: <<http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>>, fecha de consulta: 10 de octubre de 2016.

Corte Constitucional (Guatemala), *Valenzuela Salazar v. Banco de Desarrollo Rural S.A.* (2012): 25 enero 2012, expediente no. 4750-2011. Disponible en: <<http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>>, fecha de consulta: 10 de octubre de 2016.

Tribunal Constitucional (Chile), *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de senadores respecto de las normas que indica contenidas al proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones*

laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo, correspondiente al boletín N° 9835-13 (2016): 9 mayo 2016, rol n° 3016-16). Disponible en: < <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>>, fecha consulta: 10 de octubre de 2016.

LOS EFECTOS DE LAS PRESIONES POLÍTICAS DE LOS ESTADOS EN LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. UN CASO DE DENEGACIÓN DE JUSTICIA INTERNACIONAL Y DE DESPRECIO AL DERECHO*

*The state's political pressures effects
on the Inter American Court on
Human Rights decisions. A case of
international denial of justice and
contempt on law*

ALLAN R. BREWER-CARÍAS**
Universidad Central de Venezuela
Caracas, Venezuela

RESUMEN: Este estudio analiza el problema de las presiones políticas de los Estados en la Corte Interamericana de Derechos

* Una versión preliminar de este trabajo fue presentado como ponencia en el XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 16 septiembre 2015.

** Abogado y Doctor en Derecho, con menciones *summa cum laude* por la Universidad Central de Venezuela. Actualmente es Profesor Adjunto en la Universidad de Columbia, Nueva York. Correo electrónico: <allanbrewercarias@gmail.com>.

Artículo recibido el 18 de julio de 2016 y aceptado para publicación el 2 de septiembre de 2016.

Humanos, debido al sistema y método utilizado para el nombramiento de sus jueces, con especial referencia los rechazos formulados por el gobierno venezolano contra el Sistema Interamericano, lo cual concluyó con la denuncia de la Convención Americana en 2012. El estudio refiere además a un caso específico de denegación de justicia internacional decidido por la Corte Interamericana, el *Caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*, de 2014.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, protección internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, acción de amparo, Poder Judicial

ABSTRACT: *This article analyzes the problems derived from the political pressures exercised by the States on the Inter American Court of Human Rights, due to the system and method used for the appointment of its Members, with particular reference to the expressions of the Venezuelan government rejection regarding the Inter American System that concluded with the denunciation of the American Convention in 2012. The study also refers to a specific case of denial of international justice before the Inter American Court: the Case Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela of 2014.*

KEYWORDS: *Human rights, international protection, Inter American Court of Human Rights, amparo proceeding, judicial power*

I. EL DESACATO DE VENEZUELA RESPECTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA DENUNCIA DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Las presiones políticas sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹ las comenzó a ejercer abiertamente el Estado venezolano desde 2008, desde que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ante las sentencias condenatorias que fueron dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Venezuela por violación de derechos humanos de diversas personas, comenzó a declarar dichas sentencias condenatorias como “inejecutables” en el país, desacatando así abiertamente las decisiones de la Corte internacional.

Ello ocurrió, en todos los casos, mediante decisiones de la Sala Constitucional adoptadas en “procesos constitucionales” iniciados por la Procuraduría General de la República, contra las sentencia de la Corte Interamericana, habiéndose dictado las siguientes sentencias: primero, la sentencia n° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (*Acción de control de constitucionalidad requerida por Álvarez, Coromoto y Blanco*²), mediante la cual se declaró “inejecutable” en el país la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de agosto de 2008, dictada en el *Caso Apitz Barbera y otros*³; segundo, la sentencia n° 1.547 de fecha 17 de octubre de 2011 (*Caso Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*⁴), declarando igualmente “inejecutable” en el país la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 1 de septiembre de 2011 dictada en el *Caso Leopoldo López vs. Estado de Venezuela*⁵; y tercero, la sentencia n° 1.175 de 10 de septiembre de 2015 (*Caso Muñoz, Morales, y Castilla*⁶),

¹ Vid. en general, lo expuesto en BREWER-CARIÁS (2015).

² Tribunal Supremo de Justicia, *Acción de control de constitucionalidad requerida por Álvarez, Coromoto y Blanco* (2008, sentencia n° 1.939).

³ Vid. en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela* (2008, Serie C n° 182); BREWER-CARIÁS (2009) pp. 661-70; VON BOGDANDY *et. al.* (2009) pp. 99-136. Sobre la sentencia que originó la destitución de los jueces Vid. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, *Caso Barrio Adentro* (2003) pp. 445-473; NIKKEN (2003) pp. 5 y ss

⁴ Vid. en Tribunal Supremo de Justicia, *Caso Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos* (2011, sentencia n° 1547).

⁵ Vid. en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Leopoldo López vs. Estado de Venezuela* (2011, Serie C n° 233); BREWER-CARIÁS (2013) pp. 1095-1124.

⁶ Vid. en Tribunal Supremo de Justicia, *Caso Muñoz, Morales, y Castilla* (2015, sentencia n° 1.175).

mediante la cual también se declaró como “inejecutable” en Venezuela la sentencia de la misma Corte Interamericana de 22 de junio de 2015, dictada en el *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*.⁷

En las dos primeras sentencias, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, después de acusar a la Corte Interamericana de desviar la teleología de la Convención Americana y emitir órdenes a los órganos del Estado “usurpado funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional”, terminó exhortando al Ejecutivo Nacional a denunciar la Convención Americana.

Conforme a dicha exhortación, el 11 de septiembre de 2012, el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Sr. Nicolás Maduro, dirigió al Secretario General de la Organización de Estados Americanos, una comunicación en la cual, después de denunciar una supuesta campaña de desprestigio desarrollada contra Venezuela por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, denunció formalmente la Convención⁸, citando entre otros casos decididos, el mencionado caso Leopoldo López, y más insólito aún, citando casos que para ese momento estaban aún pendientes de decisión como fue el caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela. Con ello, sin duda, tal como los representantes de Brewer-Carías lo manifestaron en su momento ante la Corte Interamericana⁹, el gobierno de Venezuela pretendió presionar indebidamente a los jueces de la propia Corte Interamericana.

II. LAS PRESIONES POLÍTICAS DE VENEZUELA CONTRA LA CORTE INTERAMERICANA, LAS ASPIRACIONES POLÍTICAS DE ALGUNOS DE

⁷ Vid. en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión), vs. Venezuela* (2015, Serie C n° 293). Vid. los comentarios sobre la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el caso *Radio Caracas Televisión*, en BREWER-CARÍAS (2015c).

⁸ Esta decisión, como lo destacó Carlos Ayala Corao, no sólo fue realizada de mala fe frente al derecho internacional, sino en abierta violación a expresas normas de la Constitución de 1999. Vid., entre otros, AYALA (2012a, 2012b y 2013).

⁹ Vid. los alegatos de ese juicio en BREWER-CARÍAS (2015b). El primer Tomo de esta obra con otros documentos del juicio, BREWER-CARÍAS (2015a).

SUS JUECES Y LA SENTENCIA DEL CASO ALLAN R. BREWER CARÍAS VS. VENEZUELA DE MAYO DE 2014

En efecto, en la mencionada comunicación de denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos, el gobierno de Venezuela acusó directamente a la Comisión y a la Corte Interamericanas de ser instituciones “secuestradas por un pequeño grupo de burócratas, desaprensivos” que habían impedido las reformas necesarias al “llamado” Sistema Interamericano, y que se habían convertido en “arma política arrojada destinada a minar la estabilidad” del país, “adoptando una línea de acción injerencista en los asuntos internos” del gobierno, los cuales, afirmó el Canciller, desconocían el contenido y disposiciones de la Convención que se denunciaba, particularmente la exigencia de que para hacer procedente la actuación de dichos órganos, era necesario “el agotamiento de los recursos internos del Estado” lo que a juicio del Estado, constituía “un desconocimiento al orden institucional y jurídico interno, de cada uno de los Estados”. Todo ello, para el Canciller, se había constituido “como un ejercicio de violación flagrante y sistemática” de la Convención, lo que indicó se evidenciaba “en los casos que detalladamente exponemos en el anexo de la presente Nota” considerados como instrumentos para el “apuntalamiento de la campaña internacional de desprestigio” contra Venezuela.¹⁰

El Canciller, sin embargo, anticipándose a la Nota explicativa anunciada en el mismo texto de su comunicación de denuncia de la Convención, hizo referencia a varios casos ya decididos (*Caso Ríos, Perozo y otros contra Venezuela, Caso Leopoldo López contra Venezuela, Caso Usón Ramírez contra Venezuela; Caso Raúl Díaz Peña contra Venezuela*) por la Corte, y lo que es más grave por la presión indebida que significó, como se dijo, a un caso que aún no estaba decidido y que estaba ya bajo el conocimiento de la Corte Interamericana, que fue el *Caso Allan R. Brewer-Carías contra Venezuela*.

Sobre este último caso, el Canciller le explicó al Secretario General de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA), que el mismo había sido “admitido por la Comisión sin que el denunciante hubiera agotado los recursos internos, violando lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Convención e instando al Estado venezolano a “adoptar medidas para asegurar la independencia del poder judicial”. Agregó el Canciller en su comunicación, que este comportamiento irregular de la Comisión, injustificadamente favorable Brewer-Carías: “produjo de hecho, desde la sola admisión de la causa, el apuntalamiento de la campaña internacional de desprestigio contra

¹⁰ *Ibidem.*

la República Bolivariana de Venezuela, acusándole de persecución política. Detalles adicionales sobre estos casos son incluidos en la Nota anexa”.¹¹

Mayor presión sobre los jueces de la Corte Interamericana, los que estaban y los recién nombrados en junio de ese mismo año y que comenzarían a ejercer sus funciones tres meses después en enero de 2013 ciertamente no podía concebirse, sobre todo cuando se trataba de un caso que ya estaba en conocimiento de la Corte, que no había sido decidido, cuya sola admisión habría sido el “apuntalamiento” de la supuesta “campaña internacional de desprestigio” contra Venezuela.

Y en la Nota anexa a la comunicación de denuncia de la Convención, en efecto, el Canciller fue más explícito en cuanto a la campaña de presión política que con la misma Venezuela ejercía contra la Corte en relación con este caso aún no decidido, que provocaba precisamente el retiro de Venezuela, donde se indicó lo que sigue:

“Caso Allan Brewer-Carías contra Venezuela.

El 8 de septiembre de 2009, la Comisión admitió la petición hecha el 24 de enero de 2007 por un grupo de abogados¹², en la cual se alegaba que los tribunales venezolanos eran responsables de la ‘persecución política del constitucionalista Allan R. Brewer-Carías en el contexto de un proceso judicial en su contra por el delito de conspiración para cambiar violentamente la Constitución’, en el contexto de los hechos ocurridos entre el 11 y el 13 de abril de 2002.

Cabe destacar que al mencionado señor Brewer-Carías se le sigue juicio en Venezuela por su participación en el golpe de Estado de abril de 2002, por ser redactor del decreto mediante el cual se instalaba un Presidente de facto, se abolía la Constitución Nacional, se cambiaba el nombre de la República, se desconocían todas las instituciones del Estado; se destituían a todos los miembros y representantes de los Poderes Públicos, entre otros elementos.

Al admitir la petición, la CIDH instó al Estado venezolano a ‘Adoptar medidas para asegurar la independencia del poder judicial’ con lo cual prejuzgaba que dicha independencia no existía.

¹¹ INSULZA (2012).

¹² Se refería el Estado a los distinguidos profesores Pedro Nikken, Claudio Grossman, Juan E. Méndez, Douglas Cassel, Helio Bicudo y Héctor Faúndez Ledezma.

El 7 de marzo de 2012, la Comisión informó al Estado venezolano que el caso sería llevado a la Corte, a pesar de que no se habían agotado los recursos internos. Este ejemplo es más grave, debido a que el juicio penal contra Allan Brewer no se ha podido llevar a cabo en Venezuela, en virtud de que nuestra legislación procesal penal no permite que el juicio pueda realizarse en ausencia del imputado, y es el caso que el imputado Brewer Carías huyó del país, como se conoce públicamente encontrándose prófugo de la justicia hasta la fecha”.¹³

Aparte de que Brewer-Carías no participó en conspiración alguna, no redactó decreto alguno y no se fugó en forma alguna, y de que el proceso aludido estaba extinguido desde diciembre de 2007 por una Ley de Amnistía dictada por el Presidente de la República mediante delegación legislativa sobre los hechos ocurridos entre el 11 y 13 de abril de 2002, de lo que no se percató el Canciller de Venezuela, al acusar a la Comisión de haber prejuzgado sobre la inexistencia de independencia judicial en Venezuela, cuando instó al Estado al admitir la denuncia para que adoptara las medidas necesarias “para asegurar la independencia del poder judicial;” es que el propio Estado, en esta comunicación dirigida a la Corte Interamericana en relación con un caso pendiente de decisión, prejuzgaba sobre los hechos que originaron la persecución política y daba por culpable a la víctima de lo que injustamente se le acusó, violándose de nuevo su derecho a la presunción de inocencia.

Pero en realidad ese hecho, para el Estado era irrelevante, pues de lo que se trataba era de presionar políticamente a los jueces de la Corte Interamericana, a quienes había acusado reiteradamente en la misiva por el “pervertido ejercicio” en sus funciones, y de advertirles, sobre todo a los jueces recién electos con los votos controlados por Venezuela, de lo “importante” y “grave” que era el caso Brewer-Carías, y particularmente, el tema del agotamiento de los recursos internos.

Pues bien, lo cierto fue que la Corte Interamericana, unos meses después de que la denuncia de la Convención por Venezuela comenzara a surtir efectos (septiembre de 2013), desconociendo su propia jurisprudencia (y el ordenamiento constitucional venezolano en materia de amparo constitucional), el día 26 de mayo de 2014 dictó sentencia en el *Caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*, que fue la n° 277 emitida con el voto favorable de

¹³ Carta del Ministro de Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela al Secretario General de la Organización de Estados Americanos, de 6 de septiembre de 2012. Disponible en: <<https://microjurisve.files.wordpress.com/2013/09/carta-retiro-cidh-firmada-y-sello.pdf>>, fecha de consulta: 30 de agosto de 2016.

los Jueces Humberto Antonio Sierra Porto (Colombia), Presidente y Ponente; Roberto F. Caldas (Brasil), Diego García-Sayán (Perú) y Alberto Pérez Pérez (Uruguay), ordenando el archivo del expediente, sin decidir nada sobre ‘los méritos del caso, salvo su inadmisibilidad pues supuestamente Brewer no había agotado los recursos internos, negando su derecho de acceso a la justicia internacional y protegiendo una tremenda arbitrariedad del Estado autoritario. La sentencia se emitió con el destacado voto conjunto negativo de los jueces Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica) y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México).¹⁴

En la petición que originó el caso se había alegado la violación masiva por parte de los agentes del Estado venezolano de los derechos y garantías judiciales (a la defensa, a ser oído, a la presunción de inocencia, a ser juzgado por un juez imparcial e independiente, al debido proceso judicial, a seguir un juicio en libertad, a la protección judicial) y otros (a la honra, a la libertad de expresión, incluso al ejercer mi profesión de abogado, a la seguridad personal y a la circulación y a la igualdad y no discriminación), consagrados en los artículos 44, 49, 50, 57 y 60 de la Constitución de Venezuela y de los artículos 1.1, 2, 7, 8.1, 8.2, 8.2.c, 8.2.f, 11, 13, 22, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el proceso penal que fue iniciado en contra de Brewer-Carías en octubre de 2005, sin fundamento alguno, por el delito de “conspiración para cambiar violentamente la Constitución”, y sólo con motivo de su actuación como abogado en ejercicio en el momento de la crisis política originada por la anunciada renuncia del Presidente de la República en abril de 2002, en medio de la cual se solicitó su opinión jurídica sobre un proyecto de “decreto de gobierno de transición democrática” ya redactado que se sometió a su consideración, y respecto del cual, incluso, dio una opinión adversa. La acusación en su contra, sin duda, fue la excusa

¹⁴ *Vid.* la sentencia en BREWER-CARÍAS (2014). El Juez Eduardo Vio Grossi, el 11 de julio de 2012, apenas el caso se presentó ante la Corte, muy honorablemente se excusó de participar en el mismo conforme a los artículos 19.2 del Estatuto y 21 del Reglamento, ambos de la Corte Interamericana, recordando que en la década de los ochenta se había desempeñado como investigador en el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, cuando Brewer Carías era Director del mismo, precisando que aunque ello había acontecido hacía ya bastante tiempo, “no desearía que ese hecho pudiese provocar, si participase en este caso en cuestión, alguna duda, por mínima que fuese, acerca de la imparcialidad”, tanto suya “como muy especialmente de la Corte”. La excusa le fue aceptada por el Presidente de la Corte el 7 de septiembre de 2012, después de consultar con los demás Jueces, estimando razonable acceder a lo solicitado. *Vid.* sobre la sentencia mis comentarios críticos en BREWER-CARÍAS (2014).

para materializar la persecución política por su posición crítica respecto del régimen autoritario que se había instalado en el país desde 1999.¹⁵

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se limitó conforme a lo que persiguió el Estado, a resolver archivar el expediente, denegándosele en definitiva el acceso a la justicia, y protegiendo en cambio a un Estado que se había burlado sistemáticamente de sus propias decisiones, renunciando así la Corte a cumplir con sus obligaciones convencionales de conocer y juzgar las violaciones de los derechos humanos reconocidos en la Convención, en este caso de los derechos y garantías del denunciante. Para ello, por supuesto, tuvo que decidir violando la propia Convención, es decir, dictando una decisión injusta y contradictoria (y carente de motivación), abandonando la que quizás era su más tradicional jurisprudencia sentada desde 1987 en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*¹⁶, que le imponía la obligación de entrar a conocer del fondo de la causa que eran las violaciones alegadas al debido proceso (a las garantías judiciales, como la violación a los derechos al debido proceso, a un juez independiente e imparcial, a la defensa, a la presunción de inocencia, y a la protección judicial) en medio de una situación de inexistencia de autonomía e independencia del Poder Judicial que la propia Corte Interamericana ya conocía por al menos tres casos anteriores.¹⁷ En esos supuestos, la Corte Interamericana siempre sostuvo que no se podía decidir la excepción de falta de agotamiento de recursos internos que pudiera alegar el Estado demandado, sin primero entrar a conocer y decidir si en el Estado cuestionado había o no esencialmente garantías judiciales, es decir, si el Poder Judicial efectivamente era confiable, idóneo y efectivo para la protección judicial.

¹⁵ Vid. la información completa de los trabajos críticos de Allan R. Brewer-Carías, sobre el régimen autoritario en Venezuela, desde 1999 en su página web, disponible en <www.allanbrewercarias.com>.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1987, Serie C n° 1).

¹⁷ Tal conocimiento tenía la Corte Interamericana de la situación de ausencia de autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela, que lo que de ello se explicó en el Voto Conjunto Negativo de la sentencia por los jueces Ferrer Mac Gregor y Ventura, fue en lo que se basó el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, Luis Almagro para solicitar el 30 de mayo de 2016 al Presidente del Consejo Permanente de la Organización la convocatoria del mismo conforme al procedimiento previsto en el artículo 20 de la Carta Democrática Interamericana, al considerar que en Venezuela se había producido una alteración del orden constitucional que ha afectado gravemente su orden democrático. Vid. ALMAGRO (2016).

Sin embargo, en este caso, apartándose de su propia jurisprudencia, para no decidir sobre las violaciones alegadas y evitar juzgar al Estado denunciado, el cual como se ha dicho venía presionándola en toda forma sistemática, la Corte se excusó, sin razón jurídica alguna y en desconocimiento absoluto e inconcebible de las características peculiares del proceso de amparo constitucional en Venezuela, en el argumento de que para que Brewer-Carías pudiese haber pretendido acudir ante la jurisdicción internacional para buscar la protección que nunca pudo obtener en mi país, debía haber “agotado” los recursos internos en Venezuela, ignorando deliberadamente que él había intentado y agotado efectivamente, en noviembre de 2005, el único recurso disponible y oportuno que tenía al comenzar la etapa intermedia del proceso penal, que fue la solicitud de “nulidad absoluta” de lo actuado por violación masiva de sus derechos y garantías constitucionales, conocida como “amparo penal”; recurso que jamás fue decidido por el juez de la causa, violando a la vez su derecho a la protección judicial.

Lo que la inicua decisión de la Corte hizo al ordenar archivar el expediente fue, en definitiva, resolver que para que Brewer-Carías pudiera pretender acceder a la justicia internacional buscando protección a sus derechos, debía previamente someterse ante jueces carentes de independencia e imparcialidad en el paródico proceso penal iniciado en su contra por razones que eran puramente políticas, y allí tratar de gestionar que el mismo pasara de una supuesta “etapa temprana” en la cual se encontraba (párrafos 95, 96, 97, 98 de la sentencia), y en la cual por lo visto, en criterio de la Corte, se pueden violar impunemente las garantías judiciales; para que se pudiera llegar a una imprecisa y subsiguiente “etapa tardía”, que nadie sabe cuál podría ser, y ver si se corregían los vicios denunciados; pero eso sí, privado de libertad y sin garantía alguna del debido proceso, en un país donde simplemente no existe independencia y autonomía del Poder Judicial.¹⁸

Es decir, para la Corte Interamericana, la única forma para que Brewer-Carías pudiera pretender obtener justicia internacional en un caso de ostensible persecución política, era que se entregara a sus perseguidores políticos, para que una vez privado de libertad y sin garantías judiciales algunas, tratase de seguir, desde la cárcel, un proceso judicial que estaba viciado desde el inicio; de manera que si después de varios años lograba que el mismo avanzara, y las violaciones a sus derechos se agravaran, entonces, si aún contaba con vida, o desde la ultratumba, podía regresar ante la Corte Interamericana a denunciar los mismos vicios que con su sentencia la Corte se negó a conocer. En palabras de los Jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac

¹⁸ Vid. entre otros trabajos: BREWER-CARÍAS (2005, 2007a, 2007b, 2014).

Gregor Poisot expresadas en su voto conjunto negativo a la sentencia, estando “de por medio el derecho a la libertad personal: “Pretender que el señor Brewer-Carías regrese a su país para perder su libertad y, en esas condiciones, defenderse personalmente en juicio, constituye un argumento incongruente y restrictivo del derecho de acceso a la justicia, al no haberse analizado en el caso precisamente los aspectos de fondo invocados por la hoy presunta víctima relacionados con diversas violaciones a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, que de manera consustancial condicionan los alcances interpretativos del artículo 7.5 del Pacto de San José respecto al derecho a la libertad personal”.¹⁹

Sobre la presión sobre los jueces de la Corte ejercida por Venezuela, por el control que tenía sobre la mayoría de los votos en la Asamblea General de la OEA, el ex canciller del Perú Luis Gonzalo Posada en marzo de 2014, dos meses antes de que se dictase la sentencia antes mencionada, dijo de la Corte Interamericana que se trataba de “una institución controlada a través de la influencia petrolera”, y el “padrinazgo” de países que protegían el “modelo político autoritario”, en la cual ningún “tema sustantivo para los países americanos” podía “tratarse si no se tiene el beneplácito de Venezuela, quien es el que gobierna esta institución desde hace muchos años”.²⁰ Ello coincidió además, con un momento en el funcionamiento de la Corte Interamericana en la cual, en particular, los intereses políticos personales de algunos jueces comenzaron a darse a conocer, como fue el de la anunciada candidatura del juez Diego García Sayán para la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, a la cual aspiraba desde 2013, desde antes de ser dictada la sentencia mencionada; lo que sin duda, durante todo ese tiempo, le había requerido cortejar a los electores, que eran precisamente los Estados, para buscar sus votos, a pesar de que ellos son a los que los jueces están llamados a juzgar.

Para lograr su cometido de ser juez-candidato o candidato-juez a ese alto cargo político internacional, sin separarse de su cargo de Juez, el juez García Sayán logró que el Juez Humberto Antonio Sierra Porto, Presidente de la Corte, lo autorizase a proceder entonces a realizar todas las actividades

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela* (2014, Serie C n° 277) pág. 114.

²⁰ “Hoy se ha consumado un golpe de Estado chavista en la OEA. El ex canciller Luis Gonzales Posada aseveró que el organismo interamericano defiende los intereses del régimen venezolano”, *Diario El Comercio*: Lima, 21 de marzo de 2014. Disponible en: <<http://elcomercio.pe/politica/internacional/hoy-se-ha-consumado-golpe-estado-chavista-oea-noticia-1717550>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2014.

políticas necesarias para promover su candidatura, totalmente incompatibles con el cargo de Juez, lo que le exigía por el control de votos antes mencionado, sin duda, el que cortejara al Estado venezolano. Y así fue entonces que el Juez García Sayán al fin, el 16 de agosto de 2014, hizo pública su aspiración, que era un secreto a voces desde meses antes, continuando con su afán de buscar los votos de los Estados para que lo apoyasen y eligieran.

Esta decisión del Presidente Juez Sierra Porto, adoptada de espaldas a la Corte, motivó que los Jueces Eduardo Vio Grossi y Manuel Ventura consignaran y publicaran el 21 de agosto de 2014, una “Constancia de Disentimiento” cuestionando la decisión del Presidente Juez Sierra Porto, y solicitando que por “la trascendencia del asunto para el desarrollo de la propia Corte”, quedase registrada en sus archivos “su disconformidad”, tanto con la solicitud formulada por el Juez García Sayán, para que mientras fuese candidato a la Secretaría General de la OEA se le excusase “de participar en la deliberación de las sentencias u otras decisiones relativas a casos contenciosos, supervisión de cumplimiento de sentencias o medidas provisionales sobre las que la Corte tenga que pronunciarse;” como con lo resuelto unilateralmente por el Presidente de la Corte, Juez Sierra Porto aceptando la mencionada excusa.²¹

Era evidente que el Juez García Sayán no podía pretender seguir ejerciendo su cargo como Juez de la Corte Interamericana y además, simultáneamente, seguir de Juez con una “excusa” para realizar la gestión política de compromisos internacionales buscando apoyos y votos de los Estados Partes en los procesos ante la Corte Interamericana, en particular de Venezuela y sus aliados, los cuales son los sujetos a ser juzgados por la propia Corte. Al contrario, lo que debió haber hecho el Juez García Sayán era haber renunciado a su cargo desde antes, para dedicarse de lleno a la actividad política que demandaba su postulación como candidato a la Secretaría General de la OEA, como bien lo indicaron los Jueces Vio Grossi y Ventura Robles, en su “Constancia de Disentimiento”, y conforme a lo que está previsto en el artículo 21.1 del Estatuto del Corte, lo cual sin embargo no hizo. Por ello, la propia conclusión de los jueces Ventura Robles y Vio Grossi, fue que: “es a todas luces evidente que la “actividad” consistente en la candidatura a la Secretaría General de la OEA, no sólo puede en la práctica impedir el ejercicio del cargo de juez de la Corte, sino que también puede afectar la “independencia, “imparcialidad”, “dignidad” o “prestigio” con que necesariamente debe ser

²¹ Vid. sobre ello, ALONSO, Juan: “Aspiraciones de un juez a la OEA dividen a la Corte IDH”, *El Universal*: Caracas. Disponible en: <http://www.eluniversal.com/noticias/politica/aspiraciones-juez-oea-dividen-corte-idh_164737>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

percibido dicho ejercicio por quienes comparecen ante la Corte demandando Justicia en materia de derechos humanos”.

Lo anterior, sin duda, afectó la legitimidad de algunos jueces de la Corte Interamericana, tal como lo explicó uno de sus más distinguidos jueces, el Juez Manuel Ventura Robles, al referirse al giro apreciado en las decisiones de la Corte en noviembre de 2013, en el caso *Mémoli contra Argentina* en materia de violación derecho a la libertad de expresión (decidiendo al contrario de lo que la misma Corte venía de decidir en el caso *Kimel contra Argentina*), en el cual los dos jueces que votaron contra la violación a la libertad de expresión fueron precisamente el Presidente, juez Diego García Sayán, y los jueces Alberto Pérez Pérez, Roberto F. Caldas y Humberto Sierra Porto, agregando el juez Ventura que: “Como si eso fuera poco, ese mes se produjo la votación para elegir nuevo Presidente y Vicepresidente de la Corte. Por precedencia y compromiso de votos se esperaba elegir a los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Vio Grossi, respectivamente. La sorpresa fue que el mismo grupo que había votado en contra de la violación a la libertad de expresión en el caso *Mémoli* se unió y eligieron Presidente a Humberto Sierra Porto y a Roberto F. Caldas como Vicepresidente. Estos dos jueces tenían únicamente 9 meses de integrar el Tribunal y con esto se rompió la tradición de los tribunales internacionales de elegir a los jueces más antiguos y experimentados. Se sospechó desde un inicio una maniobra por parte del entonces Presidente de la Corte de quien se rumoraba que quería ser candidato a la Secretaría General de la OEA”.²²

Y precisamente, como el mismo Juez Ventura lo afirmó, no hubo que esperar mucho para que se confirmaran la sospecha y los hechos, al dictarse el 26 de mayo de 2014: “la sentencia en el *Caso Allan R. Brewer Carías vs. Venezuela*, en que se puso en evidencia que el mismo grupo de cuatro jueces que habían votado favorablemente el caso *Mémoli* contra Argentina, hicieron mayoría para que no se condenara a Venezuela en el citado caso. Los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor votaron en contra y emitieron un voto disidente contra la sentencia emitida por la Corte. El juez Vio Grossi se excusó de conocer el caso por haber trabajado como exiliado en Venezuela en la Universidad Central de Caracas bajo la dirección del Profesor Brewer Carías”.²³

Adicionalmente, sobre la resolución antes mencionada del entonces Presidente de la Corte, Humberto Antonio Sierra Porto, aceptando la excusa

²² VENTURA (2016).

²³ *Ibidem*.

planteada por el entonces juez Diego García Sayán, para sin dejar de ser Juez siguiera en el proceso de su candidatura a la Secretaría General de la OEA, el Juez Ventura, además de referirse a la Constancia de Disentimiento que antes también hemos mencionado que presentó junto con el Juez Vio Grossi, la consideró absolutamente improcedente, lo que ratificó en la carta del 20 de agosto de 2014, que el mismo juez Ventura Robles le dirigió al Presidente al considerar que “la situación en que se encuentra el Juez García Sayán, debido a que es candidato a la Secretaría General de la OEA, es un asunto de clara incompatibilidad con el cargo de Juez de la Corte Interamericana”.²⁴

Concluyó el juez Ventura Robles sus comentarios, refiriéndose a lo que consideró como una de “las últimas consecuencias de la deslegitimación de la Corte” el hecho de que: “La presencia en la Presidencia de la Corte actualmente [2016] del juez Roberto Caldas, miembro del grupo de jueces que con su voto se sumó a los casos *Mémoli* y *Brewer Carías* y que apoyó el permiso para ser candidato a Secretario General de la OEA al juez García Sayán, acaba de producir un hecho que afectó la legitimidad de la Corte, durante el proceso que llevó a juicio político a Dilma Rousseff, Presidenta del Brasil. Lo anterior en virtud de declaraciones públicas hechas siendo Presidente de la Corte, en contra del mencionado proceso, las que la prensa atribuyó a la Corte como posición de la misma sobre este tema. Cabe aclarar que el juez Roberto Caldas fue propuesto como candidato a juez de la Corte Interamericana, por el gobierno de la Presidenta del Brasil, Dilma Rousseff. Hechos como éste, en mi entendimiento, afectan la imparcialidad del juez y la imagen de la Corte, por la cual no pudo participar en la absolución de la opinión consultiva solicitada por el Secretario General de la OEA sobre la materia”.²⁵

Por toda esa situación, evidenciada por uno de los jueces miembros de la Corte Interamericana durante el curso del proceso en el cual se decidió el caso *Brewer-Carías vs. Venezuela*, que atentaba contra la credibilidad de la Corte, y además por la presión que Venezuela había estado ejerciendo ante la propia Corte, era evidente que era difícil en dicho caso poder esperar justicia, lo que quedó evidenciado con la propia sentencia, dictada en el caso unos meses antes de esos eventos, y durante el tiempo en el cual la aspiración a la candidatura de parte del Juez García Sayán a la Secretaria General de la OEA era ya bien conocida.

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ *Ibidem.*

III. LA SENTENCIA DEL CASO ALLAN R. BREWER CARÍAS VS. VENEZUELA DE MAYO DE 2014 Y LA IGNORANCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA, AL DECIDIR SOBRE EL AGOTAMIENTO DE LAS VÍAS INTERNAS, SOBRE EL RÉGIMEN DEL AMPARO EN VENEZUELA, EN ESPECIAL DEL LLAMADO “AMPARO PENAL”

Con dicha sentencia dictada en el *Caso Brewer-Carías vs. Venezuela*, adoptada en esas circunstancias, por otra parte, la Corte Interamericana demostró una incompreensión extrema del sistema constitucional venezolano de protección de los derechos humanos mediante el amparo o tutela constitucional, ignorando deliberadamente la solicitud de amparo penal que los abogados de Brewer-Carías habían ejercido a los pocos días de formularse acusación en su contra en octubre de 2005, siendo quizás ello la única excusa que los jueces podían esgrimir para buscar justificar la injusticia. Además, para cometer la injusticia, la mayoría sentenciadora llegó a afirmar que si el escrito de una petición de amparo o tutela constitucional, como fue la nulidad absoluta o amparo penal que se había intentado a través de los abogados, tenía 532 páginas, entonces según el peregrino criterio de dichos jueces de la Corte Interamericana, la acción de amparo dejaba de serlo, porque en su miope criterio, por la “extensión” del libelo, la solicitud misma no se podría resolver perentoriamente.

Pero además, la Corte Interamericana incurrió en el gravísimo error de afirmar que en un proceso penal supuestamente existiría la referida “etapa temprana”²⁶, que como lo advirtieron los jueces Eduardo Ferrer Mac Gregor y Manuel Ventura Robles, en su voto conjunto negativo a la sentencia, fue un “nuevo concepto acuñado en la Sentencia y en la jurisprudencia”²⁷, que implica la absurda consecuencia de que si en la misma (como sería la etapa de investigación de un proceso penal) se han cometido violaciones a los derechos y garantías constitucionales, las violaciones nunca podrían ser apreciadas ni juzgadas por el juez internacional, porque eventualmente podrían ser corregidas en el curso del proceso interno (en el entendido, por supuesto, de que se tratase de un sistema donde funcione el Estado de derecho), así el proceso íntegro estuviese viciado.

Ello equivale a dejar sentada la doctrina de que en esa “etapa temprana” del proceso penal se pueden violar impunemente las garantías judiciales, y las víctimas lo que tienen que hacer es esperar sine die, incluso privadas de

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela* (2014, Serie C n° 277) párs. 95-98.

²⁷ *Ídem.*, voto conjunto negativo de los jueces Ferrer y Ventura, pár. 46.

libertad y en condiciones inhumanas, para que un sistema judicial sometido al Poder político, instrumento para la persecución y deliberadamente lento, termine de demoler todos los derechos y garantías, para entonces, después de varios años de prisión sin juicio, las víctimas quizás puedan pretender tener oportunidad de acudir al ámbito internacional buscando justicia.

Como lo advirtieron los jueces Ferrer Mac Gregor y Ventura Robles en su voto conjunto negativo, en “la Sentencia se consideró que en este caso en el cual todavía se encuentra pendiente la audiencia preliminar y una decisión al menos de primera instancia, no era posible entrar a pronunciarse sobre la presunta vulneración de las garantías judiciales, debido a que todavía no habría certeza sobre cómo continuaría el proceso y si muchos de los alegatos presentados podrían ser subsanados a nivel interno”²⁸, considerando el voto conjunto negativo que con ello, la Corte Interamericana: “contradice la línea jurisprudencial del propio Tribunal Interamericano en sus más de veintiséis años de jurisdicción contenciosa, desde su primera resolución en la temática de agotamiento de los recursos internos como es el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, creando así un preocupante precedente contrario a su misma jurisprudencia y al derecho de acceso a la justicia en el sistema interamericano”.²⁹

Por ello, los jueces Ferrer Mac Gregor y Ventura Robles en su voto conjunto negativo insistieron en este grave error de la sentencia de la Corte de establecer esta “nueva teoría” de la “etapa temprana” de un proceso, que: “representa un retroceso que afecta al sistema interamericano en su integridad, en cuanto a los asuntos ante la Comisión Interamericana y casos pendientes por resolver por la Corte, toda vez que tiene consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia. Aceptar que en las “etapas tempranas” del procedimiento no puede determinarse alguna violación (porque eventualmente puedan ser remediadas en etapas posteriores) crea un precedente que implicaría graduar la gravedad de las violaciones atendiendo a la etapa del procedimiento en la que se encuentre; más aún, cuando es el propio Estado el que ha causado que no se hayan agotado los recursos internos en el presente caso, dado que ni siquiera dio trámite a los recursos de nulidad de actuaciones —de 4 y 8 de noviembre de 2005— por violación a derechos fundamentales”.³⁰

²⁸ *Ídem.*, párs. 25, 35, 46 y 50.

²⁹ *Ídem.*, pár. 47.

³⁰ *Ídem.*, pár. 56.

Todo ello llevó a los Jueces disidentes en su voto conjunto negativo a concluir que la utilización por la sentencia, como uno de sus argumentos centrales, de “la artificiosa teoría”, —así la califican—: “de la “etapa temprana” del proceso, para no entrar al análisis de las presuntas violaciones a los derechos humanos protegidos por el Pacto de San José, constituye un claro retroceso en la jurisprudencia histórica de esta Corte, pudiendo producir el precedente que está creando consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia; derecho fundamental de gran trascendencia para el sistema interamericano en su integralidad, al constituir en sí mismo una garantía de los demás derechos de la Convención Americana en detrimento del efecto útil de dicho instrumento.³¹

Con esta sentencia, en realidad, la mayoría sentenciadora de la Corte Interamericana, integrada por un Juez que paralelamente aspiraba a ser candidato a la Secretaría General de la OEA, para lo cual tenía que contar con los votos de los Estados que estaba juzgando, en particular de Venezuela; dos jueces nacionales de países que en criterio del ex canciller del Perú, Luis Gonzalo Posada, protegían el “modelo político autoritario” de Venezuela; y un juez nacional de otro Estado que consideraba al Presidente de dicho régimen autoritario como el “nuevo mejor amigo;” al pensar que el viciado proceso penal seguido en mi contra como instrumento de persecución política podía avanzar y salir de la “etapa temprana” en la que en criterio de la Corte se encontraba, y considerar que el Estado, con el Poder Judicial como está, podía sin embargo corregir los vicios denunciados; lo que resolvió en definitiva fue darle un aval a la situación y el funcionamiento del Poder Judicial en Venezuela, en una sentencia nula, pues para ello no realizó motivación alguna, considerándolo apropiado para impartir justicia, que era precisamente todo lo contrario de lo que fue denunciado, y de la realidad política del país.

Si el Estado venezolano despreció la justicia internacional al negarse a ejecutar las sentencias de la Corte Interamericana, minando su majestad decisora; con sentencias como ésta, dictada protegiendo a un Estado despreciador de sus sentencias, ha sido la misma Corte la que está contribuyendo a minar la confianza que pudieran tener en ella los ciudadanos cuando buscan la justicia que no encuentran en sus países. Y si no hay justicia, como lo escribió Quevedo hace siglos: “Si no hay justicia, qué difícil es tener razón!!”

Y no puede haber justicia internacional confiable cuando un juez de la Corte Interamericana, como antes se destacó, como el Juez Diego García Sayán, quien presidió la Corte cuando se realizó la audiencia del caso en

³¹ *Ídem.*, pág. 119.

septiembre de 2013, ya aspiraba a ser candidato a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, candidatura que se concretó en agosto de 2014, oportunidad en la cual obtuvo un insólito permiso mencionado del Presidente de la Corte de entonces, Juez Serra Porto para sin dejar de ser Juez, dedicarse de lleno a buscar y completar los votos de los Estados que necesitaba en apoyo de dicha candidatura; Estados que estaban siendo juzgados por él mismo como miembro de la propia Corte.

Dos aspectos importantes de orden sustantivo, en todo caso, deben destacarse de esta sentencia n° 277 de 26 de mayo de 2014 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resueltos sin motivación alguna, y son primero, el desconocimiento más absoluto por parte de los jueces sentenciadores sobre la institución del amparo en Venezuela, materia sobre la cual sin embargo juzgaron sin motivación en su sentencia, desconociendo que efectivamente en el caso sí se habían agotado los recursos internos antes de acudir ante la Comisión, que era la solicitud de nulidad absoluta o amparo penal formulado y que era el único disponible al inicio de la etapa intermedia del proceso penal; y segundo, el desconocimiento más absoluto de la situación del Poder Judicial en Venezuela, al abandonar la jurisprudencia tradicional de la Corte, en el sentido de que cuando se alegan denuncias sobre el debido proceso y la falta de independencia y autonomía de los jueces, la Corte no puede entrar a decidir sobre el alegato de la falta de agotamiento de los recursos internos, sin resolver previamente el fondo sobre la situación del Poder Judicial.

En cuanto al primero de dichos aspectos sustantivos que merecen ser destacados de la sentencia de la Corte Interamericana dictada en el *Caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*, al abstenerse de impartir justicia ordenando archivar el expediente, acogiendo para ello “la excepción preliminar interpuesta por el Estado relativa a la falta de agotamiento de recursos internos”, es que dicha decisión se adoptó sin motivación ni argumentación alguna, y ello es grave, pues con la misma la Corte ignoró supinamente el ordenamiento constitucional venezolano que estaba obligada a conocer para poder decidir sobre los recursos internos. En particular, la Corte decidió, precisamente por esa ignorancia, que la solicitud de nulidad absoluta de todo lo actuado en el proceso penal, o amparo penal por violaciones constitucionales que los abogados defensores de Brewer-Carías habían intentado en el proceso penal, como se alegó, sin embargo, no era el único recurso disponible, idóneo y efectivo que existía para la defensa de sus derechos en ese momento de iniciarse la etapa intermedia del proceso, cuando aún no había habido decisión judicial alguna. En contraste con lo resuelto por la mayoría sentenciadora de la Corte, en cambio, los jueces Ferrer Mac Gregor y Ventura Robles, en su voto conjunto negativo fueron claros y tajantes al considerar

que “en el presente caso, los representantes del señor Brewer-Carías utilizaron los medios de impugnación previstos en la legislación venezolana –recursos de nulidad absoluta– para poder garantizar sus derechos fundamentales en el procedimiento penal”.³²

La única “motivación” para evadir tener que decidir el caso contra Venezuela, y llegar a la conclusión contraria de que con la solicitud de nulidad absoluta supuestamente no se había agotado el único recurso interno disponible, fue la peregrina idea de que por la extensión del escrito de la solicitud (523 páginas), el recurso de nulidad de todo lo actuado no podía resolverse “en el plazo de tres días señalado en el artículo 177 del Código Orgánico Procesal Penal (en adelante COPP)”, a pesar de los “alegatos involucrados, entre otros, la inimputabilidad del abogado por el ejercicio de su profesión y detalladas controversias que no sólo son procesales sino que involucran aspectos sustantivos de fondo y de imputabilidad” (párrafo 132). Es decir, por la extensión del escrito y la argumentación efectuada según la Corte Interamericana el amparo dejaba de ser una petición de amparo, porque no podría resolverse perentoriamente. Por ello, con razón, en el voto conjunto negativo de los jueces Eduardo Ferrer Mac Gregor y Manuel Ventura Robles se advierte la incongruencia de la sentencia indicándose que: “a pesar de la complejidad de los alegatos de ambas partes sobre el momento procesal en que debe resolverse, en la Sentencia se entra posteriormente a definir un aspecto polémico, entre otros argumentos, dejando ver que un recurso de 523 páginas no podía resolverse en 3 días, como si la extensión del recurso sea lo que determina el momento procesal en que se debe resolver”.³³

En efecto, en el proceso penal, los representantes de Brewer-Carías formularon ante el juez de la causa, antes y después de que se intentase la acusación fiscal (el 4 de octubre de 2005 y el 8 de noviembre de 2015), sendas solicitudes de nulidad absoluta de todo lo actuado por violación a sus derechos y garantías judiciales, conforme al artículo 190 del COPP, consagrado con el carácter de amparo penal; la última de las cuales se formuló conjuntamente con la contestación y oposición a la acusación, como lo prevé expresamente la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Pero frente a ello, la respuesta de la Corte fue que en el caso “no se interpusieron los recursos que el Estado señaló como adecuados, a saber el recurso de apelación establecido en los artículos 451 a 458 del COPP, el recurso de casación señalado en los artículos 459 a 469 del COPP,

³² Ídem., pág. 50.

³³ Ídem., pág. 94.

y el recurso de revisión indicado en los artículos 470 a 477 del COPP³⁴; que por supuesto eran de imposible interposición por la etapa en la cual se encontraba el proceso; concluyendo entonces la Corte Interamericana con su apreciación de que hay que esperar a que “durante el juicio puede llegar a declararse la existencia de dichas irregularidades y proceder a la anulación de todo lo actuado o la recomposición del proceso en lo pertinente”³⁵, para lo cual habría que entregarse a los perseguidores y perder la libertad. Tan simple como eso, concluyendo sin motivación desechando los “argumentos de los representantes en el sentido que dichos escritos fueran adecuados y suficientes para dar por satisfecho el requisito establecido en el artículo 46.1.a) de la Convención Americana” del agotamiento de los recursos internos.³⁶

Con ello, la mayoría sentenciadora lo que demostró fue una ignorancia supina del ordenamiento constitucional y legal venezolano regulador del “amparo constitucional”, que confirma que la solicitud de nulidad absoluta por violación de derechos y garantías judiciales en materia penal, es una pretensión de amparo constitucional que efectivamente es un recurso “idóneo” para considerar inaplicable la excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos.³⁷

Lo que ignoraron los jueces que apoyaron la sentencia, es que en el sistema de la Constitución de Venezuela de 1999 (art. 27), lo que se regula es un “derecho de amparo”, en el sentido de que no solo estableció “una” única y específica acción o recurso de amparo como un particular medio de protección judicial, y como es el caso en general en América Latina³⁸, sino un “derecho de amparo” o “derecho a ser amparado”, como derecho fundamental que se puede materializar y de hecho se materializa, a través de diversas acciones y recursos judiciales, incluso a través de una “acción autónoma de amparo” que regula la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988.³⁹

Ello anterior implica que la pretensión de amparo además de poder ser formulada mediante la acción autónoma de amparo, puede formularse conjuntamente con la acción de inconstitucionalidad de las leyes o con la acción contencioso administrativa de anulación de actos administrativos, y además,

³⁴ *Ídem.*, pár. 97.

³⁵ *Ídem.*, pár. 98.

³⁶ *Ídem.*, pár. 99.

³⁷ *Ídem.*, pár. 115.

³⁸ *Vid.* BREWER-CARÍAS (1993 y 2008).

³⁹ *Vid.* BREWER-CARÍAS *et. al.* (2007); BREWER-CARÍAS (1985) pp. 51 y ss.

conforme al artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales, también puede formularse conjuntamente con otros medios procesales o acciones ordinarias, lo cual fue expresamente reconocido y resuelto por la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia que fue establecida en el conocido *Caso Tarjetas Banvenez* (1989).

Es el caso específico del “amparo penal” que puede ejercerse mediante las solicitudes de nulidad absoluta de actuaciones procesales “cumplidas en contravención o con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código, la Constitución de la República, las leyes, tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República”, que se debe formular con la vía procesal prevista en el artículo 191 del COPP que es la solicitud de nulidad para enervar las lesiones constitucionales aducidas⁴⁰, que puede formularse en cualquier estado y grado de la causa antes de la sentencia definitiva, lo que incluso en ese caso hace inadmisibles que pueda ejercerse en el caso una acción “autónoma” de amparo; debiendo decidirse la solicitud por el mismo juez de la causa, perentoriamente, en el lapso de tres días siguientes como lo dispone el artículo 177 del Código Orgánico, sin que se establezca oportunidad preclusiva única para ser decidido⁴¹, como sería por ejemplo, en la audiencia preliminar.⁴²

Lo cierto, en esta materia, como en todo lo que concierne al derecho de amparo, en caso de solicitudes de nulidad absoluta por violaciones de derechos y garantías constitucionales, el juez penal está en la obligación de darle preeminencia a los derechos humanos, y privilegiar la decisión sobre las denuncias de nulidades absolutas por violación de los derechos y garantías constitucionales, decidiendo de inmediato las solicitudes de nulidad fundadas en dichas violaciones, sin dilaciones y con prevalencia sobre cualquier otro asunto, por más extensa que sea la petición formulada.⁴³ Y preci-

⁴⁰ Vid. por ejemplo, Tribunal Supremo de Justicia: *Caso Pedro Emanuel Da Rocha Almeida y otros* (2001, sentencia n° 1.453), *Caso William Alfonso Ascanio* (2001, sentencia n° 880), *Caso Juan Efraín Chacón* (2011, sentencia n° 32), *Caso Edwin Exequiel Acosta Rubio y otros* (2002, sentencia de n° 3).

⁴¹ Vid. , Tribunal Supremo de Justicia: *Caso Manuel Antonio Sánchez Guerrero y otros* (2009, sentencia n° 205), *Caso Edgar Brito Guedes* (2007, sentencia n° 2.061), *Caso Juan Efraín Chacón* (2011, sentencia n° 32) y *Caso Luis Alberto Martínez González* (2007, sentencia n° 1.520).

⁴² Vid. Tribunal Supremo de Justicia, *Caso Juan Calvo y Bernardo Priwin* (2002, sentencia n° 256).

⁴³ Ello, por lo demás, deriva de las previsiones de la propia Constitución, conforme a la doctrina sentada por las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, según la cual, en Es-

samente por esta primacía y preeminencia de los derechos humanos, el juez penal, al conocer de una solicitud o recurso de nulidad, actúa como juez constitucional para controlar la constitucionalidad de las actuaciones fiscales y judiciales. Como lo ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, “el recurso de nulidad en materia adjetiva penal, se interpone cuando en un proceso penal, las partes observan que existen actos que contraríen las formas y condiciones previstas en dicho Código adjetivo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los tratados, convenios o acuerdos internacionales, suscritos por la República, en donde el Juez Penal, una vez analizada la solicitud, o bien de oficio, procederá a decretar la nulidad absoluta o subsanará el acto objeto del recurso⁴⁴”; concluyendo que “la inconstitucionalidad de un acto procesal -por ejemplo- no requiere necesariamente de una [acción de] amparo, ni de un juicio especial para que se

tado Constitucional o Estado de Derecho y de Justicia, la dignidad humana y los derechos de la persona tienen una posición preferente, lo que implica la obligación del Estado y de todos sus órganos a respetarlos y garantizarlos como objetivo y finalidad primordial de su acción pública. Ello ha sido decidido así, por ejemplo, en el Tribunal Supremo de Justicia, *Caso María García Herrera* (2000, sentencia n° 224), al afirmarse sobre “la preeminencia de la dignidad y los derechos humanos” constituyendo estos últimos, “el sistema de principios y valores que legitiman la Constitución”, que garantizan “la existencia misma del Estado”, y que “tienen un carácter y fuerza normativa, establecida expresamente en el artículo 7 de la Constitución”, lo que “conlleva la sujeción y vinculatoriedad de todos los órganos que ejercen el Poder Público impregnando la vida del Estado (en sus aspectos jurídico, político, económico y social)”. De acuerdo con la Sala, ese “núcleo material axiológico, recogido y desarrollado ampliamente por el Constituyente de 1999, dada su posición preferente, representa la base ideológica que sustenta el orden dogmático de la vigente Constitución, imponiéndose al ejercicio del Poder Público y estableciendo un sistema de garantías efectivo y confiable”, de lo que concluyó la Sala afirmando que “todo Estado Constitucional o Estado de Derecho y de Justicia, lleva consigo la posición preferente de la dignidad humana y de los derechos de la persona, la obligación del Estado y de todos sus órganos a respetarlos y garantizarlos como objetivo y finalidad primordial de su acción pública;” agregando que “la Constitución venezolana de 1999 consagra la preeminencia de los derechos de la persona como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico y también refiere que su defensa y desarrollo son uno de los fines esenciales del Estado”. *Vid.* en Tribunal Supremo de Justicia, *Caso Esteban Gerbasi* (2004, sentencia n° 1173). De otra sentencia de la Sala Constitucional No. 3215 de 15 de junio de 2004, la misma concluyó señalando que en Venezuela, “la interpretación constitucional debe siempre hacerse conforme al principio de preeminencia de los derechos humanos, el cual, junto con los pactos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela relativos a la materia, forma parte del bloque de la constitucionalidad”.

⁴⁴ *Vid.* Tribunal Supremo de Justicia, *Caso Óscar R. Pierre Tapia* (2001, sentencia n° 1453).

declare, ya que dentro del proceso donde ocurre, el juez, quien es a su vez un tutor de la Constitución, y por lo tanto en ese sentido es Juez Constitucional, puede declarar la nulidad pedida”.⁴⁵ Esto lo repitió la Sala Constitucional al señalar: “Por otra parte, en sentencia de esta Sala n° 256/2002, Caso Juan Calvo y Bernardo Priwin”, se indicó que las nulidades por motivos de inconstitucionalidad (como lo sería el desconocimiento de derechos de rango constitucional) que hayan de ser planteadas en los diferentes procesos judiciales, no necesariamente deben ser presentadas a través de la vía del [la acción de] amparo constitucional, pues en las respectivas leyes procesales existen las vías específicas e idóneas para la formulación de las mismas, y que en el caso del proceso penal dicha vía procesal está prevista en los artículos 190 y 191 *eiusdem*”.⁴⁶

Todo lo anterior fue además objeto de una “interpretación vinculante” establecida por la Sala Constitucional conforme al artículo 335 de la Constitución⁴⁷, “sobre el contenido y alcance de la naturaleza jurídica del instituto procesal de la nulidad”, dictada en virtud del “empleo confuso que a menudo se observa por parte de los sujetos procesales en cuanto a la nulidad de los actos procesales cumplidos en contravención o con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la ley”. En dicha sentencia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo resolvió, citando una sentencia anterior⁴⁸, que la solicitud de nulidad absoluta no está concebida por el legislador dentro del COPP “como un medio recursivo ordinario, toda vez que va dirigida fundamentalmente a sanear los actos procesales cumplidos en contravención con la ley, durante las distintas fases del proceso -artículos 190 al 196 del Código Orgánico Procesal Penal- y, por ello, es que el propio juez que se encuentre conociendo de la causa, debe declararla de oficio”.

Agregó la Sala para reforzar que el conocimiento de la solicitud de nulidad corresponde al juez de la causa, que “no desconoce el derecho de las partes de someter a la revisión de la alzada algún acto que se encuentre viciado de nulidad, pero, esto solo es posible una vez que se dicte la decisión que resuelva la declaratoria con o sin lugar de la nulidad que se solicitó, pues contra dicho

⁴⁵ Tribunal Supremo de Justicia, *Caso Juan Calvo y Bernardo Priwin* (2002, sentencia n° 256).

⁴⁶ Tribunal Supremo de Justicia, *Caso Luis Alberto Martínez González* (2007, sentencia n° 1520).

⁴⁷ Tribunal Supremo de Justicia, *Caso Francisco Javier González Urbina y otros* (2011, sentencia n° 221).

⁴⁸ Tribunal Supremo de Justicia, *Caso Radamés Arturo Graterol Arriechi* (2005, sentencia n° 1.228).

pronunciamiento es que procede el recurso de apelación conforme lo establecido en el artículo 196 del Código Orgánico Procesal Penal”.⁴⁹

En definitiva, la petición de nulidad absoluta por violación de derechos y garantías judiciales, en el régimen del COOP es en sí misma una pretensión de amparo, especialísima en el campo penal, que enmarcada en los casos previstos en el artículo 6 ordinal 5° de la Ley Orgánica de Amparo de 1988 tal como fueron desarrollados por la jurisprudencia, que el juez está obligado a decidir en el lapso brevísimo de tres días como lo exige el artículo 177 del COPP, sin necesidad de que las partes o el acusado estén presentes, estándole además vedado al juez diferir la decisión del amparo constitucional o nulidad absoluta solicitada por violaciones constitucionales, para la oportunidad de celebración de la audiencia preliminar. Y si el juez lo hace, la Sala Constitucional ha considerado que ello constituye una violación indebida al debido proceso.

Esta doctrina, en resumen, fue ratificado en sentencias siguientes⁵⁰, de las cuales resulta precisamente, que en materia penal, la solicitud de nulidad absoluta prevista en los artículos 190 y siguientes del COPP, es la vía idónea que debe formularse en los términos del artículo 6, ordinal 5° de la Ley Orgánica de 1988, en el propio proceso penal, como pretensión de amparo por violación de los derechos y garantías constitucionales, no siendo admisible en esos casos el ejercicio de una acción “autónoma” de amparo.

Y esa vía fue precisamente la que agotaron en el caso del proceso penal los representantes de Brewer-Carías, pero que la mayoría sentenciadora de la Corte Interamericana en su sentencia, definitivamente no entendieron o no quisieron entender, consideraron sin fundamento ni argumentación algunas, que precisamente el amparo penal antes comentado que se intentó y agotó en mi caso, no era un recurso idóneo, lo que es un error inexcusable.

En cambio, los jueces Ferrer Mac Gregor y Ventura Robles, en su voto conjunto negativo, sí entendieron cabalmente la institución del amparo penal, al exponer, contrariamente a lo decidido en la sentencia, lo siguiente: “Conforme lo han señalado los representantes -criterio que compartimos-, el recurso de nulidad constituye, por su naturaleza, “el amparo en materia

⁴⁹ Tribunal Supremo de Justicia, *Caso Francisco Javier González Urbina y otros* (2011, sentencia n° 221).

⁵⁰ *Vid.* en Tribunal Supremo de Justicia: *Caso Gustavo Enrique Gómez Loaiza* (2002, sentencia n° 2161), *Caso Miguel Ángel Pérez Hernández y otros* (2002, sentencia n° 349), *Caso Leonardo Rodríguez Carabalí* (2003: sentencia n° 100).

procesal penal” razón por la cual: “si el recurso de amparo debe esperar, para su resolución a la celebración de una audiencia preliminar que puede diferirse indefinidamente [...] el recurso no sería en modo alguno sencillo y rápido”.⁵¹

En este sentido, tal y como consta en el expediente, una sentencia de la Sala Constitucional venezolana de 6 de febrero de 2003, señala que:

“[...]El accionante contaba con un medio procesal preexistente, tanto o más idóneo, expedito, abreviado y desembarazado que la misma acción de amparo, como era, conforme al artículo 212 del antedicho Código, la solicitud de nulidad de la misma decisión contra la cual ha ejercido la presente acción tutelar; pretensión esta que debía ser decidida, incluso, como una cuestión de mero Derecho, mediante auto que debía ser dictado dentro del lapso de tres días que establecía el artículo 194 (ahora, 177) de la ley adjetiva; vale decir, en términos temporales, esta incidencia de nulidad absoluta tendría que haber sido sustanciada y decidida en un lapso ostensiblemente menor que el que prevé la ley, en relación con el procedimiento de amparo.

43. En otras palabras, el recurso de nulidad absoluta de todo lo actuado, cuando se trata de vulneración del debido proceso que involucra derechos fundamentales, como amparo en materia penal, debería ser, conforme el artículo 25 de la Convención Americana, un recurso efectivo, sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes, que ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención.

44. Con base en las anteriores consideraciones, queda claro, a nuestro parecer, que los recursos de nulidad interpuestos por los representantes del señor Brewer en el proceso penal interno, se constituyen en recursos idóneos y efectivos, incluso más efectivos que un recurso de amparo en el caso concreto -conforme a la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional transcrita [...]”.⁵²

En esta forma, resultó entonces, una Corte interamericana que al ejercer el control de convencionalidad y juzgar si en el orden interno se habían agotado o no los recursos internos como condición de admisibilidad de la

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela* (2014, Serie C n° 277) voto conjunto negativo de los jueces Ferrer y Ventura, pág. 42.

⁵² *Ídem.*, párs. 42-44.

denuncia, en desconocimiento absoluto del derecho constitucional venezolano, deliberadamente o por error, ignoró las características del amparo constitucional venezolano, y protegiendo al Estado simplemente le denegó al denunciante su derecho de acceso a la justicia internacional, y todo argumentando que para poder acceder él debía entregarse a sus perseguidores, ser privado de libertad y desde la prisión, tratar de lograr que en el proceso penal “avanzase” y pasara de la supuesta “etapa temprana” en la cual se encontraba, hacia otra “etapa tardía”, consideración que significaba que la Corte Interamericana estaba decidiendo que el Poder Judicial en Venezuela era confiable por ser autónomo e independiente; lo que por supuesto, nadie le puede creer.

IV. LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL CASO ALLAN R. BREWER CARÍAS VS. VENEZUELA DE MAYO DE 2014, EL DESPRECIO A LA JURISPRUDENCIA DE LA PROPIA CORTE Y LA SITUACIÓN DEL PODER JUDICIAL EN VENEZUELA

En efecto, hasta la sentencia del *Caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*, quizás la más tradicional doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana había sido sentada desde su primer caso contencioso, el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* de 1987⁵³, sobre el tema de las excepciones basadas en la falta de agotamiento de los recursos internos para acceder a la justicia internacional, estableciendo que en un proceso, cuando se alegan violaciones a los derechos y garantías judiciales, y particularmente, violaciones a los derechos al debido proceso, a un juez independiente, a la defensa, a la presunción de inocencia y a la protección judicial, lo que significa juzgar so-

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1987, Serie C nº 1) pár. 91: “La regla del previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención. En efecto, según ella, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1). Por eso, cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la ineffectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no sólo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención. En tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo”.

bre el funcionamiento mismo del Poder Judicial, sobre todo si se denuncia la inexistencia de autonomía e independencia del mismo, la Corte, como es obvio y elemental, tiene necesariamente que considerar y juzgar las violaciones aducidas, y no puede juzgar aisladamente sobre la excepción de agotamiento de los recursos internos (se hayan o no se hayan agotado efectivamente), sin antes entrar a considerar el fondo de las denuncias formuladas; particularmente porque en situaciones de ausencia de autonomía e independencia del Poder Judicial, como lo decidió la Corte desde 1987, “acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido. Las excepciones del artículo 46.2 serían plenamente aplicables en estas situaciones y eximirían de la necesidad de agotar recursos internos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto”.⁵⁴

Como la propia Corte Interamericana lo interpretó en otra ocasión: “[...] para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”.⁵⁵

En esas circunstancias, exigir el agotamiento de recursos internos, no era otra cosa que decidir, sin motivación alguna, avalando al Poder Judicial del Estado cuya independencia y autonomía es precisamente la que se

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1987, Serie C n° 1) pág. 68.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-9/87 sobre Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* (1987, Serie A n° 9) pág. 24. Igualmente de esta Corte: *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (2000, Serie C n° 70) pág. 191, *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú* (2001, Serie C n° 71) pág. 90, *Caso Bayarri vs. Argentina* (2008, Serie C n° 187) pág. 102, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009, Serie C n° 197) pág. 61, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela* (2009, Serie C n° 207) pág. 129 y *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú* (2010, Serie C n° 223) pág. 75.

cuestionaba cuando se denuncian violaciones masivas al debido proceso. Y en esas circunstancias, en el caso concreto *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*, agotado como había sido, como lo apreciaron los jueces Ferrer Mac Gregor y Ventura Robles, en su voto conjunto negativo, “los medios de impugnación previstos en la legislación venezolana -recursos de nulidad absoluta- para poder garantizar sus derechos fundamentales en el procedimiento penal”⁵⁶, la apreciación de la sentencia de que el procedimiento en el proceso penal venezolano llevado en contra de Brewer-Carías se encontraba en una “etapa temprana”, por lo que supuestamente “quedaban pendientes otros recursos internos en etapas posteriores que podrían haber garantizado” sus derechos, no fue más que una burla, ante la inexistencia de autonomía e independencia del Poder Judicial.

En realidad, hubiera bastado que los señores jueces para percatarse de esa situación, y decidir en justicia, que se hubieran leído, si no querían leer los alegatos y argumentos formulados en el caso, así como los dictámenes y *amicus curiae* que se presentaron en juicio, al menos sus sentencias anteriores en las cuales la Corte ya había analizado y considerado la situación del Poder Judicial en Venezuela; y sobre todo, uno de los más recientes informes sobre la problemática estructural del Poder Judicial en Venezuela publicado sólo dos meses antes (Ginebra en marzo de 2014) de dictarse la sentencia, por la Comisión Internacional de Juristas, titulado Fortalecimiento del Estado de Derecho en Venezuela. En la Presentación al mismo, el Secretario General de la Comisión, Wilder Tayler, explicó que:

“Este informe da cuenta de la falta de independencia de la justicia en Venezuela, comenzando con el Ministerio Público cuya función constitucional además de proteger los derechos es dirigir la investigación penal y ejercer la acción penal. El incumplimiento con la propia normativa interna ha configurado un Ministerio Público sin garantías de independencia e imparcialidad de los demás poderes públicos y de los actores políticos, con el agravante de que los fiscales en casi su totalidad son de libre nombramiento y remoción, y por tanto vulnerables a presiones externas y sujetos órdenes superiores.

En el mismo sentido, el Poder Judicial ha sido integrado desde el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) con criterios predominantemente políticos en su designación. La mayoría de los jueces son “provisionales” y vulnerables a presiones políticas externas, ya que son

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela* (2014, Serie C n° 277) voto conjunto negativo de los jueces Ferrer y Ventura, pár. 50.

de libre nombramiento y de remoción discrecional por una Comisión Judicial del propio TSJ, la cual, a su vez, tiene una marcada tendencia partidista[...].⁵⁷

Luego de referirse a que “el informe da cuenta además de las restricciones del Estado a la profesión legal”, el Sr. Tayler concluyó su Presentación del Informe afirmando tajantemente que: “Un sistema de justicia que carece de independencia, como lo es el venezolano, es comprobadamente ineficiente para cumplir con sus funciones propias. En este sentido en Venezuela, un país con una de las más altas tasas de homicidio en Latinoamérica y en él familiares sin justicia, esta cifra es cercana al 98% en los casos de violaciones a los derechos humanos. Al mismo tiempo, el poder judicial, precisamente por estar sujeto a presiones externas, no cumple su función de proteger a las personas frente a los abusos del poder sino que por el contrario, en no pocos casos es utilizado como mecanismo de persecución contra opositores y disidentes o simples críticos del proceso político, incluidos dirigentes de partidos, defensores de derechos humanos, dirigentes campesinos y sindicales, y estudiantes”.⁵⁸

Ese Poder Judicial, cuya situación de falta de independencia y autonomía quedó probada y evidenciada en el expediente de la Corte Interamericana, y que por estar particularmente constituido en su gran mayoría por jueces provisorios, la propia Corte ya conocía y había decidido en los casos contra Venezuela: *Apitz Barbera y otros*⁵⁹, *María Cristina Reverón Trujillo*,⁶⁰ y *Mercedes Chocrón Chocrón*⁶¹, estas dos últimas jueces penales; fue el Poder Judicial que, sin embargo, en el caso de Brewer-Carías, la misma Corte no se atrevió a juzgar, y al contrario, lo avaló, pero sin motivación, al decidir que en el mismo se podían realmente corregir las violaciones masivas cometidas en un proceso penal viciado de raíz, cuyo objeto además era la persecución política.

⁵⁷ Vid. en COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (2014).

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ Vid. en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela* (2008, Serie C n° 182).

⁶⁰ Vid. en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009, Serie C n° 197).

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (2011, Serie C n° 227).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALMAGRO, Luis (2016): "Informe del Secretario General de la OEA sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana", 30 de mayo de 2016. Disponible en: <en oas.org/docu-ments/spa/press/OSG-243.es.pdf>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

AYALA, Carlos (2012a): "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela", *Revista de Derecho Público* (Caracas), nº 131.

_____ (2012b): "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 18.

_____ (2013): "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*. Disponible en: <www.kas.de/uruguay/es/publications/20306/>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

BREWER-CARÍAS, Allan (1985): "El derecho de amparo y la acción de amparo", *Revista de Derecho Público* (Caracas), nº 22: pp. 51 y ss.

_____ (1993): *El amparo a los derechos y libertades constitucionales. Una aproximación comparativa, San Cristóbal 1993; Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Curso Interdisciplinario)* (San José, Universidad Católica del Táchira).

_____ (2005): "La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004", en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de Derecho, Administración de justicia y derechos humano*, (Barquisimeto, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara) pp. 33-174.

_____ (2007a): "La justicia sometida al poder. [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)]", *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 2: pp. 25-57.

_____ (2007b): "La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia

del Poder Judicial (1999-2006)]”, *Derecho y democracia*, año II n° 11: pp. 122-138.

____ (2008): *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of the Amparo Proceedings* (New York, Cambridge University Press).

____ (2009): “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 13: pp. 99-136.

____ (2014): “The Government of Judges and Democracy. The Tragic Situation of the Venezuelan Judiciary”, en *SOME CURRENT LEGAL ISSUES 2014, Venezuelan National Reports to the 19th International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Vienna, 20-26 July 2014* (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales) pp. 13-42.

____ (2015a) (compilador): *I Persecución política y violaciones al debido proceso. Caso CIDH Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Denuncia, Alegatos y Solicitudes presentados por los abogados Pedro Nikken, Claudio Grossman, Juan Méndez, Helio Bicudo, Douglas Cassel y Héctor Faúndez. Con las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Apéndices, (Coordinador y editor) Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, n° 15* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana).

____ (2015b) (compilador): *II Persecución política y violaciones al debido proceso. Caso CIDH Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dictámenes, Estudios Jurídicos y Amicus Curiae (coordinador y editor), Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana).

____ (2015c): “La condena al Estado en el caso Granier y otros (RCTV) vs. Venezuela, por violación a la libertad de expresión y de diversas garantías judiciales y de cómo el Estado, ejerciendo una bizarra ‘acción de control de convencionalidad’ ante su propio Tribunal Supremo, ha declarado inejecutable la sentencia en su contra”. Disponible en: <<http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20La%20condena%20al%20>

Estado%20en%20el%20caso%20CIDH%20Granier%20(RCTV)%20vs.%20Venezuela.%2014%20sep.%202015.pdf>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

BREWER-CARÍAS, Allan, AYALA, Carlos y CHAVERO, Rafael (2007): *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana).

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (2014): "Fortaleciendo el Estado de Derecho en Venezuela". Disponible en: <content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

GARCÍA, Sergio (coord.) (2001): *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (México, Universidad Nacional Autónoma de México).

INSULZA, José (2012): "Venezuela, Carta de denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos, nº 125 de 6 de septiembre de 2012". Disponible en: <<https://www.scribd.com/document/105813775/Carta-de-denuncia-a-la-Convencion-Americana-sobre-Derechos-Humanos-por-parte-de-Venezuela-ante-la-OEA>>, fecha de consulta: 25 de septiembre de 2016.

NIKKEN, Claudia (2003): "El caso "Barrio Adentro": La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos", *Revista de Derecho Público* (Caracas), nº 93-96: pp. 5 y ss.

VENTURA, Manuel (2016): "La legitimidad de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Conferencia dictada en la Universidad Austral de Buenos Aires 2016". Disponible en: <<http://www.allanbrewercarias.com/Content.aspx?id=449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fec2>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

VON BOGDANDY, Armin, PIOVESAN, Flavia y MORALES, Mariela (coordinadores) (2009): *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul* (Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora).

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1987): 26 junio 1987, sentencia de excepciones preliminares, Serie C n° 1.

_____, *Opinión Consultiva OC-9/87 sobre Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (1987): 6 octubre 1987, Serie A n° 9.

_____, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (2000): 25 noviembre 2000, Serie C n° 70.

_____, *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú* (2001): 31 enero 2001, sentencia de fondo, reparaciones y costas, Serie C n° 71.

_____, *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela* (2008): 5 agosto 2008, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C n° 182.

_____, *Caso Bayarri vs. Argentina* (2008): 30 octubre 2008, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C n° 187.

_____, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009): 30 junio 2009, sentencia excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C n° 197.

_____, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela* (2009): 20 noviembre 2009, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C n° 207.

_____, *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú* (2010): 4 marzo 2011, sentencia de fondo, reparaciones y costas, Serie C n° 223.

_____, *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (2011): 1 julio 2011, Serie C n° 227.

_____, *Caso López Mendoza vs. Venezuela* (2011): 1 septiembre 2011, Serie C n° 233.

_____, *Caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela* (2014): 26 mayo 2014, Serie C n° 277.

_____, *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión), vs. Venezuela* (2015): 22 junio 2015, Serie C n° 293.

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, *Caso Barrio Adentro* (2003): 21 agosto 2003. Disponible en *Revista de Derecho Público* (Caracas), n° 93-96: pp. 445- 473.

Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, *Caso Tarjetas Banvenez* (1989): 3 agosto 1989, *Revista de Derecho Público* (Caracas), n° 39: p. 136.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, *Caso Óscar R. Pierre Tapia* (2001): 10 agosto 2001, sentencia n° 1.453, Expediente n° 01-0458. Disponible en *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, n° 8, año II.

_____, *Caso Pedro Emanuel Da Rocha Almeida y otros* (2001): 10 agosto 2001, sentencia n° 1453. Disponible en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1453-100801-01-0458.htm>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

_____, *Caso William Alfonso Ascanio* (2001): 29 febrero 2001, sentencia n° 880. Disponible en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/880-290501-01-0756%20.htm>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

_____, *Caso Gustavo Enrique Gómez Loaiza* (2002): 5 septiembre 2002, sentencia n° 2.161. Disponible en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/septiembre/2161-050902-01-0623.HTM>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

_____, *Caso Juan Calvo y Bernardo Priwin* (2002): 14 febrero 2002, sentencia n° 256. Disponible en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/256-140202-01-2181%20.htm>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

_____, *Caso Miguel Ángel Pérez Hernández y otros* (2002): 26 febrero 2002, sentencia n° 349. Disponible en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/349-260202-01-0696.HTM>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

- _____, *Caso Impugnación de artículos del Código Penal, Leyes de desacato* (2003): 15 julio 2003, sentencia n° 1.942. Disponible en *Revista de Derecho Público* (Caracas) (n° 93-96): pp. 136 y ss.
- _____, *Caso Leonardo Rodríguez Carabalí* (2003): 6 febrero 2003, sentencia n° 100. Disponible en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/100-060203-01-1908.HTM>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.
- _____, *Caso Esteban Gerbasi* (2004): 15 junio 2004, sentencia n° 1.173. Disponible en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1173-150604-02-3215.HTM>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.
- _____, *Caso Radamés Arturo Graterol Arriechi* (2005): 16 junio 2005, sentencia n° 1.228. Disponible en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/3235-281005-04-3103.HTM>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.
- _____, *Caso Edgar Brito Guedes*, (2007): 5 noviembre 2007, sentencia n° 2.061. Disponible en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2061-051107-07-1322.htm>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.
- _____, *Caso Luis Alberto Martínez González* (2007): 20 julio 2007, sentencia n° 1.520. Disponible en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1520-200707-07-0827.htm>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.
- _____, *Acción de control de constitucionalidad requerida por Álvarez, Coromoto y Blanco* (2008): 12 diciembre 2008, sentencia n° 1.939. Disponible en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.
- _____, *Caso Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (2011): 17 octubre 2011, sentencia n° 1.547. Disponible en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.
- _____, *Caso Francisco Javier González Urbina y otros* (2011): 4 marzo 2011, sentencia n° 221. Disponible en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/>>

scon/Marzo/221-4311-2011-11-0098.html>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

_____, *Caso Muñoz, Morales, y Castilla* (2015): 10 septiembre 2015, sentencia n° 1.175. Disponible en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/181181-1175-10915-2015-15-0992.HTML>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal, *Caso Edwin Exequiel Acosta Rubio y otros* (2002): 11 enero 2002, sentencia de n° 3. Disponible en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/Enero/003-110102-010578.htm>>.

_____, *Caso Manuel Antonio Sánchez Guerrero y otros* (2009): 14 mayo 2009, sentencia n° 205. Disponible en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/Mayo/205-14509-2009-C09-121.html>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

_____, *Caso Juan Efraín Chacón* (2011): 10 febrero 2011, sentencia n° 32. Disponible en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/Febrero/032-10211-2011-N10-189.html>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, *Caso María García Herrera*, (2000): 24 febrero 2000, sentencia n° 224. Disponible en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00259-240200-15091.HTM>>, fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

EL RÉGIMEN ECONÓMICO COMO EFECTO PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO MIXTO ENTRE CUBANOS Y EXTRANJEROS

*The economic regime of marriage
as an effect of formalization of the
marriage between Cubans and
foreigners*

CAMELIA FAJARDO MONTOYA*

Universidad de Oriente

Santiago de Cuba, Cuba

RESUMEN: Este trabajo pretende valorar la actual regulación que el Código Civil cubano contiene en torno a la ley aplicable al régimen económico del matrimonio, como efecto patrimonial de la formalización del vínculo conyugal entre cubanos y extranjeros. Para ello se denota el carácter privado internacional del matrimonio mixto y de las relaciones patrimoniales como efecto de éste, analizando las principales cuestiones que en materia de regulación del régimen económico trascienden desde el derecho interno al Derecho Internacional Privado y la concreción de la ley aplicable a este supuesto de tráfico jurídico externo. Igualmente, se delimitan las principales tendencias que en los derechos internos se visualizan respecto a la regulación de la ley aplicable al régimen económico, para finalizar con los criterios de esta autora respecto a la ordenación de tal particular en Cuba, visualizando sus principales deficiencias de cara a la realidad cubana actual.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio mixto, régimen económico, Cuba

* Máster en Derecho Civil y Familia, Profesora Auxiliar de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Cuba. Correo electrónico: <cfajardo@uo.edu.cu>.

Artículo recibido el 3 de febrero de 2016 y aceptado para publicación el 2 de septiembre de 2016.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to evaluate the current regulation that the Cuban Civil Code contains about the applicable law to the economic regime of marriage as an effect of formalization of the marriage between Cubans and foreigners. In order to achieve this goal, it is denoted the private international character of mix marriage and patrimonial relationships as its consequences, by analyzing both the main issues that in matter of regulation of economic regime transcend from domestic law to international law, and the law applicable to this subject. Also, in this work, we delimit the main tendencies that are presented in domestic laws concerning the regulation of the applicable law to the economic regime, then we end up with the author's criteria concerning this particular aspect in Cuba, and its main deficiencies in today Cuban reality.*

KEYWORDS: *Mix marriage, economic regime, Cuba*

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

La naturaleza cosmopolita de los seres humanos, unido al desarrollo progresivo de los medios de transporte y de comunicación son factores que inciden en la aparición creciente de relaciones entre individuos de diferentes Estados, creándose vínculos familiares, patrimoniales, contractuales y de otra índole entre ciudadanos de los más remotos países. Entre éstas se hallan las matrimoniales, resultando hoy común la formalización de matrimonios entre nacionales y extranjeros, también acuñados matrimonio mixto o internacional¹.

La unión de dos personas por medio del matrimonio, en la que uno de los contrayentes es nacional de un país diferente a aquel en que se pretende la formalización, conlleva al establecimiento de una relación jurídica, o sea, de un vínculo entre dos sujetos de derecho, que tiene su origen en un supuesto normativo, y que además tendrá el carácter de privada debido a que se manifiesta entre particulares ubicados en un plano de igualdad.

¹ Con dicho término se denomina en la literatura principalmente europea al matrimonio binacional, que es aquel en el que intervienen contrayentes de diferentes países y en el que uno de ellos es nacional del país en el que va a formalizarse el referido acto. *Vid.* a esos efectos ALBERT y MASANET (2008) p. 46.

En este supuesto se añade su carácter internacional, que la distingue de las relaciones jurídicas en la que todos sus elementos son nacionales². Lo anterior, dada la presencia de un elemento extranacional, o extranjero, cuestión que a decir de Biocca³ y Dávalos Fernández⁴, implica una relación que excede los límites del tráfico jurídico privado interno, al conectar más de un ordenamiento jurídico.

Tal conexión con más de un ordenamiento jurídico puede derivar de circunstancias diversas⁵. Puede tener su origen en la presencia en el mismo de elementos o circunstancias personales, *v.gr.* distinta nacionalidad de las partes, domicilio o residencia habitual en diferentes Estados. Igualmente puede acontecer por circunstancias de orden territorial, por el objeto de la relación, como en casos de bienes situados en otro Estado, por una relación jurídica que ha de desarrollarse en otro país, o por el lugar donde se produce el hecho o donde se establece la relación jurídica.

El matrimonio formalizado en Cuba, entre un cubano y un extranjero, es un supuesto que queda conectado con más de un ordenamiento jurídico, no sólo por la existencia como contrayentes, de dos sujetos de diferentes países, sino también porque uno de los contrayentes es extranjero respecto al lugar de formalización del matrimonio. Se concentra la internacionalidad del supuesto, no solo en relación a uno de los sujetos, sino también respecto al lugar de formalización del acto.

Dado el carácter internacional de dicho supuesto, analizaremos el régimen económico del matrimonio mixto como efecto jurídico de éste, delimitando las principales particularidades de su regulación como supuesto de tráfico privado externo, y su tratamiento desde la perspectiva de la ley aplicable. Definiremos las principales tendencias de su regulación en el Derecho Comparado, llegando a una revisión de su tratamiento en la legislación cubana, con las correspondientes valoraciones en cuanto a sus principales insuficiencias de cara a nuestra realidad en la sociedad actual.

² Vid. CORRÉA (1987) p. 19.

³ Considera dicha autora que el carácter de internacional de la relación obedece a que por la interpenetración social, ésta no tiene todos sus elementos nacionales, y afecta a más de un Estado. Al respecto, *vid.* BIOCCA (1997) p. 21.

⁴ DÁVALOS (2006) p. 13.

⁵ *Vid.* ABARCA *et al.* (2013) p. 42.

II. EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO MIXTO COMO RELACIÓN PRIVADA INTERNACIONAL. APUNTES EN TORNO A LAS DIVERGENCIAS EN SU REGULACIÓN Y DETERMINACIÓN DE SU LEY APLICABLE

1. *El régimen económico mixto como supuesto privado internacional*

El matrimonio mixto como relación privada internacional, trasciende a los marcos del régimen económico, al resultar éste efecto patrimonial de aquel, una vez acaecida la formalización del acto. Se trata de relaciones patrimoniales instauradas entre los cónyuges que tienen como sujetos a los propios contrayentes, ya convertidos en marido y mujer con el acto de formalización, que ostentan, uno, la condición de nacional, y el otro, la de extranjero.

El régimen económico matrimonial, aunque efecto patrimonial de la relación jurídica de la que proviene, constituye una relación jurídica en sí, a la que se califica como “privada” por la concurrencia de las dos personas físicas como sujetos de dicha relación, añadiendo su carácter de relación jurídica internacional o mixta, en este caso, por la concurrencia como sujetos de dicha relación de cónyuges de diferentes países, poniendo en contacto legislaciones de sistemas jurídicos diferentes que pudieran regular tal particular.

Abordado el carácter *ius privatista* del régimen económico del matrimonio mixto, nos detendremos en las características generales del mismo, a partir del estudio de la relación jurídica que es el régimen económico en el Derecho Sustantivo, para luego centrar la atención en el conflicto de leyes y jurisdicciones dado su carácter internacional *privatista*. Lo primero, necesario ya que, definida la ley aplicable al caso, siempre habrá que aplicar en sede de régimen económico el Derecho interno, al que la norma nos remita, aspecto que suele regularse de forma distinta por cada ordenamiento jurídico atendiendo a la idiosincrasia, cultura y costumbre de cada país y lo segundo, teniendo en cuenta que, tratándose de un supuesto internacional habrá que definir con el auxilio de los métodos y técnicas del Derecho Internacional Privado la ley con mayor vocación para regir el supuesto, remitiéndonos así a un ordenamiento jurídico determinado. Por lo anterior, seguidamente examinamos del régimen económico del matrimonio, su definición, caracteres y tipologías valorando su posterior trascendencia al adquirir dicha relación carácter internacional.

2. *Régimen económico del matrimonio. Aspectos generales y principales tipos de regímenes*

El régimen económico del matrimonio desde su configuración general, es el conjunto coherente de reglas con la finalidad de conferir un régimen

especial a los intereses patrimoniales de los cónyuges, tanto en las relaciones de éstos entre sí, como en sus relaciones con terceras personas⁶. De ello deriva, por un lado, el propósito del régimen, dirigido al establecimiento de una serie de reglas que faciliten a los cónyuges la administración de los bienes que se aportan a la comunidad de vida por uno de ellos o por ambos, ya se hubiesen adquirido antes de contraer matrimonio o durante la vigencia de éste, y por otro, la dualidad de aspectos que comprende en su regulación, y que abarca, tanto las relaciones patrimoniales que se establecen entre los cónyuges, como aquellas que, con igual carácter establecen éstos con terceros ajenos a su vínculo conyugal.

Cualquier régimen económico matrimonial en su contenido ha de abarcar reglas en torno a: a) la titularidad de los bienes y derechos; b) los poderes y deudas, y c) el reparto de los bienes. Respecto a los bienes la cuestión a dilucidar jurídicamente es la titularidad de éstos y de los derechos de los cónyuges con relación a los mismos. Debe definirse con precisión la situación de los bienes que cada cónyuge posee en el momento de formalización del matrimonio, o los que pueda adquirir con posterioridad a dicho acto y durante la vigencia del matrimonio, a fin de determinar si pertenecen o no de forma exclusiva a él, cuáles puede aportar al matrimonio, cuáles van a integrar la masa común, de manera que se vaya perfilando un régimen separatista o comunitario dependiendo del régimen económico diseñado por el legislador de cada Estado en el derecho interno.

La segunda cuestión, referida a los poderes y deudas, implica tomar en consideración los aspectos organizativos internos de los cónyuges sobre la gestión de los bienes y la contribución en las cargas familiares, lo relativo a la legitimación de los consortes para la realización de los distintos actos, tanto de administración como de disposición, y el régimen de responsabilidad por deudas respecto a terceras personas. Ello, porque no sólo deben quedar definidos los aspectos de la vida económica interna de las relaciones conyugales, sino también las relaciones con los terceros.

Por último, lo relativo al reparto de los bienes y derechos entre los cónyuges, quedará circunscrito en lo primordial a los bienes adquiridos durante la vigencia del vínculo matrimonial, si bien, en dependencia del régimen económico perfilado por el legislador, podrían también quedar incluidos los bienes adquiridos con anterioridad al matrimonio por los contrayentes, tal como se constatará al referirnos a los tipos de regímenes económicos que

⁶ MORENO (2006) pp. 14 y 15.

configuran los ordenamientos jurídicos para regular las relaciones patrimoniales de los consortes.

En el caso de los matrimonios mixtos, al constituirse en relación jurídica privada internacional, son trascendentes estos elementos que resultan contenido del régimen económico del matrimonio, en tanto la variedad de tipologías y la forma de regular su contenido hacen surgir el conflicto de leyes y jurisdicciones, ya que en ellas se moldea de forma diferente la actuación de los cónyuges respecto a sus relaciones patrimoniales y marcan los límites de actuación de éstos en dicho contexto.

Respecto a los conflictos de leyes y jurisdicciones resalta en primer orden lo relativo a los arquetipos de regímenes económicos matrimoniales acogidos por el legislador para el ordenamiento jurídico, en tanto que, cada Derecho interno admite unos y no ofrece cabida a otros, en dependencia de la idiosincrasia, cultura, costumbres y concepción que sobre la economía matrimonial y familiar defienda.

Si bien existen regímenes matrimoniales que por la forma en que se organizan los bienes pertenecen al Derecho histórico⁷, otros han trascendido hasta nuestros días y coadyuvan con su diversidad a conformar un mosaico de variantes para la regulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Derecho interno de los distintos países del orbe. Como tipología de regímenes matrimoniales resaltan: a) el régimen de comunidad; b) el régimen de separación y c) el régimen de participación.

El régimen de comunidad se caracteriza por la formación de una masa común de bienes que pertenece a ambos consortes y que ha de repartirse entre ellos o, en su caso, entre el sobreviviente y los herederos del difunto al disolverse el vínculo por esa causa. Este régimen puede, a su vez, asumir diferentes variantes, en dependencia de la extensión de la masa común.

Una primera modalidad lo es la comunidad universal, en cuyo caso, en principio, todos los bienes presentes y futuros de cada cónyuge se hacen comunes. Por ello, no puede hablarse de bienes privativos de cada cónyuge ya que, desde el momento en que comienza a regir este sistema todos los bienes aportados al matrimonio por los cónyuges, o adquiridos por cualquier título constante el régimen, entran a formar parte del acervo común, siempre que sean transmisibles, y sin que se precise de negocio jurídico alguno para

⁷ Así, el régimen de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido y el régimen de unidad y unión de bienes.

efectuar una particular y especial transmisión a la comunidad, existiendo comunidad en las deudas.

Otra modalidad es la comunidad de bienes particular o limitada, en la que se concreta la masa común a ciertos elementos patrimoniales, coexistiendo, junto a los bienes comunes, los privativos de cada consorte, no comunes por razón del propio régimen ante el cual nos encontramos. Ella puede adoptar las siguientes modalidades: comunidad de bienes muebles⁸, comunidad de bienes futuros⁹, comunidad de muebles y ganancias (o adquisiciones)¹⁰, y comunidad de adquisiciones a título oneroso o, simplemente, comunidad de gananciales¹¹.

En relación al régimen de comunidad, en principio, habrá que tener presente cuál es la variante de éste por la que se ha optado para regular las relaciones patrimoniales de los cónyuges, a fin de precisar qué bienes integran la masa común, a saber, todos los bienes presentes y futuros, sólo los

⁸ En esta modalidad son comunes sólo los bienes de carácter mueble, al margen del momento en que se hayan adquirido, y del título de adquisición de los mismos. Los bienes inmuebles, se consideran bienes propios, ajenos a la masa común por la propia esencia del régimen.

⁹ En esta modalidad el acervo común lo integran los bienes adquiridos por los cónyuges a partir de la vigencia del régimen, aunque se trate de una adquisición onerosa o gratuita, y sin que tenga relevancia alguna la naturaleza mueble o inmueble de los bienes para que integren la masa común. Todos los bienes que pertenecían a los cónyuges antes de la vigencia del matrimonio permanecen en propiedad separada.

¹⁰ Variante donde la masa común la integran los bienes muebles con independencia de cuál haya sido el origen de éstos, y las ganancias y adquisiciones onerosas de cualquiera de los cónyuges luego de la celebración del matrimonio. En este régimen son distinguibles los bienes propios de cada cónyuge, como los inmuebles de que era propietario antes del matrimonio, o que luego adquiriese por herencia, legado o donación (por no ser ganancias), y los bienes comunes y gananciales, o sea, los muebles que cada esposo lleva al matrimonio y, en general, todas las adquisiciones que la ley no repute propias del cónyuge adquirente.

¹¹ En este supuesto, la comunidad se integra sólo con los bienes ganados por cualquiera de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio, y, en principio, los esposos conservan como propios aquellos de los cuales eran titulares antes de formalizar el matrimonio, incluyendo en los bienes muebles. Se excluyen de la condición de comunes aquellos que, aunque adquiridos durante el matrimonio, lo hayan sido con dinero o fondos propios, por herencia, legado o donación o por cualquier otro título, que la ley considere como propios del marido o la mujer. Es de una de las variantes del régimen que más difundido se halla en la actualidad en el ámbito legislativo.

muebles, sólo los futuros, tanto los muebles como las adquisiciones onerosas y así sucesivamente, con la precisión incluso de la naturaleza de los bienes y el origen de su adquisición, ya se trate de un bien adquirido de forma onerosa o lucrativamente.

El régimen de separación¹² es aquel en el cual son claramente diferenciables los patrimonios de cada uno de los cónyuges, por el hecho de no conferir a estos expectativas comunes sobre los bienes adquiridos o ganados por cada uno de ellos. En este caso, la formalización del matrimonio no modifica el régimen de propiedad de los bienes, que continúa perteneciendo al cónyuge adquirente, siendo él mismo quien administra y dispone de lo adquirido. De la misma manera ocurre con relación a las deudas que se contraen y la responsabilidad por éstas, que en principio no afectan los bienes del otro, asumiendo la misma el que la contrajo de manera individual.

Conforme expone Pérez Martín¹³ es un régimen liberal, simple, que garantiza la completa igualdad de los cónyuges, y que salvaguarda mejor que ningún otro el patrimonio de cada consorte y permite que los mismos lo administren como consideren más adecuado. Independientemente de sus ventajas, presenta a nuestro juicio como principal inconveniente la falta de solidaridad que prevalece entre los miembros del matrimonio a tenor de la vigencia de este régimen, tanto así que entra en colisión con la naturaleza y los fines de la institución matrimonial misma.

El régimen de participación¹⁴ se considera en su funcionamiento de modo análogo a los sistemas de separación de bienes durante su vigencia,

¹² Asumido en algunos ordenamientos jurídicos en la actualidad. *Cfr.* artículos 1435-1444 del Código Civil español; artículo 123 del Código Civil de Guatemala, como posible régimen económico a elegir por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales y artículos 178, 179 y 207 del Código Civil mexicano para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, reconociéndose como tipología de régimen que puede constituirse mediante capitulaciones matrimoniales. También regulado por el Código Civil de Nicaragua en su artículo 153, como régimen supletorio, o sea, a falta de elección por los cónyuges de otro régimen.

¹³ PÉREZ (2009) p. 59.

¹⁴ Este es el régimen legal supletorio en Alemania en virtud de lo regulado en el artículo 1363.1 del Código Civil, que los declara unidos bajo ese régimen, salvo que en capitulaciones matrimoniales los cónyuges acuerden otra cosa. Regulado igualmente en el artículo 1569 del Código Civil francés como uno de los regímenes que puede ser elegido por los contrayentes. Vigente en España a elección de los cónyuges mediante capitulaciones matrimoniales en virtud de lo regulado en los artículos 1411 al 1434.

pues cada uno de los consortes conserva libre administración y disposición de sus bienes, ya sea de los adquiridos antes de comenzar a regir este sistema, como de los que adquieran durante su vigencia por cualquier título, independientemente que para determinados actos de cierta relevancia la legislación de algunos países pueda exigir la anuencia de ambos cónyuges.

A pesar de lo anterior, a la disolución del régimen se procede a su liquidación de forma similar a como acontece en caso de tratarse de un régimen de comunidad, debido a que cada uno de los esposos ostenta un derecho de participación en una determinada categoría de bienes del otro consorte, o en su caso, en su valor, de manera que, el esposo que ha percibido más ganancia se convierte en mero deudor del otro por la mitad, ya en la totalidad de ellos (régimen de participación universal), ya en las ganancias solamente (régimen de participación en las ganancias), ya en los muebles y en las ganancias. Es un régimen en posición intermedia entre el régimen de comunidad y el de separación, que intenta aglutinar las ventajas de ambos; dígase, la autonomía en lo económico, y la solidaridad entre los esposos, de forma tal que los dos participen de los resultados, fructíferos o no, de la economía familiar.

Si bien respecto a la organización de los bienes no existe un régimen perfecto y cada uno de ellos puede ser ventajoso para unos cónyuges y al mismo tiempo desventajoso para otros, no puede desconocerse que los anteriormente analizados son los más utilizados en los ordenamientos jurídicos, en ocasiones como régimen legal, en otras, como variantes posibles a elegir por los contrayentes al celebrar capitulaciones matrimoniales.

La existencia de diversidad de regímenes económicos en los ordenamientos jurídicos y el hecho de que algunos restrinjan el uso de determinadas tipologías suele ser el epicentro del conflicto de leyes en los matrimonios mixtos, cuando se vincula además a los márgenes de actuación que posteriormente tienen los cónyuges ante la delimitación de la ley aplicable. Ello tiene que ver con la posibilidad o no que ofrezca el legislador a los contrayentes para elegir bajo determinados límites las reglas aplicables a sus relaciones patrimoniales, y por virtud del cual puede configurarse un régimen económico legal o imperativo o un régimen económico convencional.

El régimen económico legal es el estatuto impuesto o establecido directamente por la ley, o en su caso, con carácter supletorio, cuando los cónyuges no han hecho elección de régimen alguno, mientras que el convencional se configura cuando prima la voluntad de los consortes en su constitución, al ofrecerles el ordenamiento jurídico la posibilidad de elegir entre varios

regímenes patrimoniales, el que más conveniente les resulte, mediante las llamadas capitulaciones matrimoniales¹⁵.

En virtud de lo anterior, los ordenamientos jurídicos pueden regular los distintos regímenes por los cuales los contrayentes tienen la posibilidad de optar, de modo tal que su elección se circunscriba a alguno de los previstos por la ley, configurándose un régimen convencional no pleno¹⁶, o pueden, en otro caso dejar en completa libertad a los contrayentes, para diseñar a plenitud las reglas que regirán sus relaciones patrimoniales sin articular modelos de regímenes preestablecidos, considerándose en este caso como un régimen convencional pleno¹⁷.

No obstante, se muestra como una tendencia en el ámbito legislativo, la previsión de lo que se conoce como régimen legal supletorio¹⁸, cuya utilidad

¹⁵ Conocida también como pactos nupciales o contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio. Es el negocio jurídico accesorio del matrimonio por el cual se regula el régimen económico de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los consortes (futuros o actuales). *Vid.* BERCOVITZ *et. al.* (2007) p. 128, BOSSERT y ZANNONI (2004) p. 228.

¹⁶ A esos efectos *vid.* Código Civil español, en el que a pesar de enarbolarse el principio de libertad de elección por los contrayentes del régimen económico matrimonial, tal elección puede circunscribirse a uno de los regímenes regulados por el propio Código (sociedad de gananciales, régimen de participación, separación de bienes), o ser configurado por los cónyuges, pero en cualquier caso, resultan aplicables siempre las normas del régimen matrimonial primario, cuyo contenido tiene un carácter imperativo, reguladas entre los artículos 1318 y 1324. En igual sentido *cf.* artículos 189 y 203 del Código Civil de la República del Paraguay.

¹⁷ Asume dicha posición El Salvador, que según lo regulado en el artículo 42 de su Código de Familia brinda la posibilidad a los contrayentes de optar por cualquiera de los regímenes diseñados en la norma, dígase, el de separación, el de participación en las ganancias y el de comunidad diferida. No obstante les permite formular otro distinto siempre que sus reglas no contraríen las disposiciones del propio Código. Igualmente, *cf.* artículo 153 del Código Civil de Nicaragua; artículo 1387 del Código Civil de la República Dominicana y artículo 116 del Código Civil de Guatemala.

¹⁸ Así, *v.gr.* el ordenamiento jurídico español, que en su Código Civil preceptúa no sólo un régimen supletorio de primer grado, sino también uno de segundo grado. Si los cónyuges no eligen un régimen determinado entra en juego el régimen legal supletorio de primer grado, regulado en el artículo 1316 del mencionado cuerpo legal, cuya función es suplir la voluntad de los interesados, proclamando aplicable en Derecho Común el régimen de gananciales, el que procede en los siguientes casos: a) ausencia absoluta de capitulaciones matrimoniales; b) su ineficacia; c) omisión de previsiones específicas en el contenido de las capitulaciones relativas a la elección de régimen económico matrimonial; d) in-

deriva de su aplicación en aquellos matrimonios en los cuales los contrayentes no hayan manifestado adherirse a ninguno de los regímenes que prevé la ley o en otros supuestos taxativamente previstos en la propia norma.

Para el Derecho Internacional Privado, el régimen legal al imponer rigidez refuerza la posibilidad de conflicto en el caso de los matrimonios mixtos, mientras el convencional puede dar lugar a que dentro de este ordenamiento interno los cónyuges puedan escoger una tipología de régimen económico que armonice dos ordenamientos jurídicos en conflicto. Por tanto, la sola existencia de un régimen convencional es una puerta abierta a la posible solución del conflicto de leyes.

Algunos ordenamientos jurídicos admiten la posibilidad de modificar o alterar el régimen económico previamente pactado por los contrayentes o impuesto por la ley a falta de elección, refiriéndose así a la mutabilidad o inmutabilidad del régimen, aspecto que denota diferencias en torno a la regulación de nuestro objeto de estudio.

El primer caso supone la posibilidad de modificar las reglas acordadas por las partes con posterioridad a su elección, mediante las propias capitulaciones matrimoniales, al no quedar limitada su celebración en un momento anterior a la formalización del matrimonio, sino también ulteriormente para modificar el régimen previamente pactado, o para sustituir el régimen originario, sea este convencional o legal. En el régimen inmutable, por su parte, el

suficiencia de las previsiones contenidas en las capitulaciones, que, por su parquedad, no sean bastantes para regular de modo pleno las relaciones patrimoniales de los esposos, o bien sean insuficientes para determinar con precisión cuál es el régimen deseado. En relación con ello, el Tribunal Supremo español ha declarado en reiteradas ocasiones que el artículo 1316 del Código Civil contiene una auténtica presunción de régimen de gananciales en Derecho Común, de manera que si en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil no se ha hecho mención de capitulaciones matrimoniales, se presume que los cónyuges están casados bajo el régimen de sociedad de gananciales. *Vid.* a esos efectos, STS (1991, RJ 8415) y STS (1997, RJ 1333).

En aquellos supuestos en los cuales no resulte aplicable el régimen supletorio de primer grado entra en juego el supletorio de segundo grado, que es el régimen de separación de bienes, tal y como se colige de lo previsto en el artículo 1435.2 y 3 del Código Civil. De igual manera, prevén un régimen legal supletorio otros países, así *cfr.* artículo 148 del Código Civil de la República Bolivariana de Venezuela; artículos 81 y 82 del Código de Familia de Panamá; artículo 189 del Código Civil de Paraguay y artículo 126 del Código Civil de Guatemala.

legislador impide que una vez elegido el régimen aplicable a las relaciones económicas de los contrayentes pueda volverse a decidir sobre este particular.

La primera opción resulta conveniente, porque las condiciones que rodean a los contrayentes pueden ser unas al momento de la formalización del matrimonio y variar con posterioridad a la elección del régimen económico efectuada por éstos, de manera que, con el transcurso del tiempo y el cambio de las circunstancias, puede llegar a convertirse en desventajosa la elección realizada con anterioridad.

Para el Derecho Internacional Privado dicha opción tiene determinados matices, pues desde esta perspectiva puede hablarse de mutabilidad material, al afectar concretamente el contenido intrínseco del régimen económico, lo que a su vez asume dos variantes fundamentales: autonomía material voluntaria o autonomía material legal.

La primera de ellas tiene su origen como precisa Diago¹⁹ en la voluntad de las partes, que hacen uso de la facultad que le concede la norma rectora de sus relaciones patrimoniales, y celebrando nuevas capitulaciones efectúan dicho cambio, en tanto la segunda deriva de una modificación exterior, pues cambia el contenido material que regula el régimen, lo que incide en el que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

Los mayores problemas que pudiera acarrear la postura de la mutabilidad recaerían sobre los terceros, y ello está en dependencia de los mecanismos articulados o no por el ordenamiento a favor de la publicidad del régimen y su posterior modificación a fin de que los ajenos al vínculo puedan conocerlos por los perjuicios que tales cambios les pudieran generar.

Consideramos que la autonomía material de carácter voluntaria en sede de régimen económico es factible, porque permite ajustar las reglas aplicables a la vida económica a las nuevas condiciones sociales y podría incluso resultar un recurso para que las partes prevengan un posible conflicto de leyes, por cambio de domicilio de alguno de ellos u otra circunstancia sobrevenida. Sin embargo, la autonomía material de carácter legal, no es beneficiosa al exponer la relación jurídica privada internacional, a cuestiones de Derecho transitorio.

Con independencia de la necesaria previsión por parte del legislador de un conjunto de reglas mínimas que ordene las relaciones pecuniarias entre

¹⁹ DIAGO (1999) p. 477.

los cónyuges, a falta de elección o en ausencia de pronunciamiento sobre este particular por parte de éstos, resulta conveniente para los contrayentes que el ordenamiento jurídico brinde un margen a la autonomía de la voluntad de éstos y ofrezca la posibilidad de que la *lex privata* se erija como norma rectora de tales relaciones, ya que las circunstancias financieras, laborales, y familiares que rodean a las parejas difieren de unas a otras, y nadie mejor que sus miembros para fijar las reglas que de mejor manera se ajustan a su realidad.

Visto hasta aquí todo lo relativo al régimen económico del matrimonio mixto desde el Derecho Sustantivo, y las implicaciones en torno a las divergencias de su regulación desde los principales aspectos que caracterizan a éste como efecto derivado de la formalización del matrimonio, y teniendo en cuenta que se trata de una relación privada internacional, que tiene igual que las otras de su género un modo peculiar de ordenación, haremos referencia a los métodos y técnicas de Derecho Internacional Privado para su regulación, para adentrarnos en el análisis del Derecho aplicable del régimen económico del matrimonio mixto como relación jurídica privada internacional.

3. *El Régimen económico del matrimonio mixto y la determinación de su ley aplicable*

Dicho análisis resulta necesario en tanto, el régimen económico del matrimonio mixto, como relación jurídica privada internacional puede generar conflicto de leyes, ya que, la presencia del elemento extranjero conlleva la concurrencia de leyes emanadas de diferentes soberanías, que a decir de Sánchez de Bustamante y Sirvén²⁰ constituye factor indiscutible para la intervención del Derecho Internacional Privado, para determinar de los sistemas jurídicos que concurren, cuál ha de ser el que regule la situación internacional, que es en otras palabras, definir el Derecho aplicable.

El Derecho Internacional Privado utiliza determinados procedimientos para regular las situaciones donde confluyen distintos ordenamientos jurídicos por la presencia del elemento extranjero, los que reciben la denominación de métodos de reglamentación. Entre ellos suelen ubicarse: el método

²⁰ SÁNCHEZ Y SIRVÉN (1941) p. 18.

unilateral²¹, el método bilateral²² o multilateral y el método sustantivo²³. Cada uno de éstos requiere para su positivación de determinadas técnicas, que son las herramientas o instrumentos utilizados para la aplicación de dichos procedimientos.

Respecto a las técnicas utilizadas para la aplicación de dichos métodos aluden Calvo Caravaca y Carrascosa González²⁴ que pueden referirse tres técnicas de reglamentación y tres tipos de normas, las que se resumen en: Técnica de reglamentación directa, desarrollada por las normas materiales especiales, técnica de reglamentación intermedia, utilizada por las normas de extensión y Técnica de reglamentación indirecta, empleada por la norma de conflicto.

Las normas materiales especiales son aquellas que regulan directamente las situaciones privadas internacionales y brindan una solución concreta a dicha situación sin remitir a la ley de otro país. Aunque son utilizadas en algunos casos para solucionar supuestos *iussprivatistas* internacionales no suelen ser las más frecuentes; mientras que las normas de extensión son aquellas que, siendo normas sustantivas de Derecho interno, extienden su ámbito de aplicación a determinadas situaciones jurídicas privadas internacionales.

²¹ Implica promulgar un conjunto de disposiciones en las que se establecen los casos en los que el legislador nacional desea que se aplique una norma o sector normativo de su Derecho material interno a las relaciones jurídicas de carácter internacional. Tiene la limitación que por las particularidades de las relaciones jurídicas privadas internacionales la propia presencia del elemento extranjero, si bien puede que existan elementos homogéneos con las situaciones privadas de Derecho interno, en muchas ocasiones serán insuficientes por sí solas para regular el tráfico jurídico externo. *Cfr.* ESPINAR (2007-2008) p. 43.

²² Su esencia radica en la búsqueda y determinación de la norma aplicable a una relación jurídica por medio de la conexión que manifieste el supuesto con un ordenamiento jurídico determinado.

²³ También denominado directo o material, porque a través de él se resuelve el caso planteado refiriéndose exclusivamente a situaciones con elemento extranjero, previendo respuestas distintas de las que normalmente se preceptúan para los supuestos de tráfico interno similares. En este sistema no puede darse la aplicación del Derecho extranjero en tanto las normas que se utilizan para regular las relaciones jurídicas internacionales regulan por sí la categoría, sin remitir para solucionar la cuestión a otro ordenamiento jurídico. *Vid.* FRESNEDO DE AGUIRRE (2003) p. 262.

²⁴ *Vid.* CALVO y CARRASCOSA (2008) p. 212.

No obstante, en Derecho Internacional Privado son típicas para la solución a los conflictos de leyes las llamadas normas indirectas o de colisión²⁵, caracterizadas por el hecho de que la solución del caso no viene directamente ordenada en su consecuencia jurídica, de manera que proyecta sólo una solución indirecta mediante la elección de un derecho designado para dar solución de fondo²⁶, o sea, no resuelve por sí misma en su totalidad el caso planteado por el tipo legal, limitándose a indicar o remitir al derecho aplicable, peculiaridad que le confiere la propia denominación a la norma, resultando en tal caso necesario además, la aplicación de la legislación sustantiva del ordenamiento indicado por la propia norma como aplicable.

De lo anterior deriva que la norma de conflicto en su estructura consta de tres partes, a saber: supuesto de hecho, punto de conexión y consecuencia jurídica. La primera alude a las categorías o conjunto de relaciones jurídicas reguladas por la norma, la segunda al concepto a partir del cual se identifica el Derecho aplicable y a la que dedicaremos algún espacio más adelante, y la tercera, que señala la ley material aplicable para resolver el asunto.

El punto de conexión, parte componente de la norma de conflicto, mediante la cual se delimita la ley aplicable a una relación jurídica privada internacional tiene atribuidas dos funciones esenciales:²⁷ dar relevancia al elemento extranjero existente en una relación privada internacional o a un aspecto determinado de la misma, y servir de enlace o puente entre la norma aplicable y la relación concreta a regular.

Respecto a su clasificación, considera Weinberg de Roca²⁸ que los puntos de conexión pueden distinguirse siguiendo los mismos criterios que se utilizan en relación al elemento extranjero, de manera que, existen puntos de

²⁵ Denominada también como normas adjetivas o de conflicto. Su principal diferencia con la norma directa radica en que ésta se compone básicamente de dos elementos o segmentos, a saber, un tipo legal y una consecuencia jurídica, el primero, que enuncia las relaciones jurídicas reguladas por la disposición y el segundo, que expresa la regulación o derecho inherente a la categoría, mientras que, la norma indirecta además de tales elementos consta de un tercero denominado punto de conexión que conecta la relación jurídica al derecho aplicable, y que lo logra a través del medio técnico vinculatorio o "punto de conexión", por resultar imposible hacerlo como las anteriores, de modo directo.

²⁶ Vid. BOGGIANO (2000) p. 202.

²⁷ Vid. ROMERO (2004) p.19.

²⁸ WEINBERG (1997) p. 5.

conexión personales, reales y conductistas, criterio compartido por Dávalos Fernández²⁹.

Los puntos de conexión personales³⁰, toman como concepto para decidir la ley que tiene mayor vocación para regir la relación jurídica internacional aspectos como la ciudadanía, la nacionalidad, el domicilio o la residencia de la persona, en el caso que nos ocupa ello se circunscribe a la correspondiente a los cónyuges. Respecto a sus ventajas e inconvenientes como puntos de conexión, se alude por Weinberg de Roca³¹, en torno a la ciudadanía la posibilidad de que su utilización favorezca la asimilación de los inmigrantes, al aplicarse igual ley a nacionales y extranjeros, y como inconvenientes su fácil posibilidad de cambio en relación con la nacionalidad, en tanto esta última genera al contrario mayor estabilidad, si bien ofrece mayores problemas en casos de doble nacionalidad, carencia de ella o incluso ante nacionalidad diferente entre los cónyuges, siendo necesaria la aparición de criterios supletorios para determinar el derecho aplicable al supuesto internacional.

En el matrimonio mixto, la ley del domicilio resultaría más atinada, en tanto sería imposible la aplicación de la ley nacional de los cónyuges, pues al no existir nacionalidad coincidente de éstos, la misma sería inoperante para solventar el supuesto. Por otro lado, la utilización de la ley nacional del marido como Derecho aplicable ante el supuesto de contrayentes de diferente nacionalidad, que en otros tiempos se utilizó, deviene inoperante actualmente, por haberse plasmado en las cartas magnas de los diferentes países la igualdad entre hombre y mujer, resultando su aplicación abiertamente discriminatorio y en franca contradicción con normas de superior jerarquía a aquella que indicaría la ley aplicable.

El carácter esencialmente variable del domicilio tiene el inconveniente de favorecer el fraude de ley, pudiendo utilizarse el cambio con la intención de aprovecharse de las ventajas que ofrece el Derecho que rige en virtud del nuevo domicilio que se adquiere, siendo tales riesgos mayores en los casos en los cuales la norma no contenga previsiones ante la posibilidad de conflicto

²⁹ DÁVALOS (2006) p. 97.

³⁰ Al tomar en consideración categorías o aspectos que conforman el estatuto del ciudadano es lógico que los criterios utilizados para la delimitación de la ley aplicable sean los mencionados, y en ese sentido resultarán de aplicación para determinar la ley aplicable al matrimonio, divorcio, filiación y otras relaciones de carácter familiar, en las cuales el vínculo con el estado de origen o aquel en el que se encuentre la persona puede resultar predominante para muchas legislaciones en esa elección.

³¹ WEINBERG (1997) p. 95.

móvil³². Ello, con independencia de que, parece razonable que la ley que regule los aspectos referidos al estatuto personal sea aquella que se relaciona con el lugar en el cual el individuo ejerce sus actividades habituales.

Respecto a los puntos de conexión personales, vale hacer referencia igualmente a la autonomía de la voluntad, en tanto hay relaciones jurídicas en las cuales, tal y como apunta Dávalos Fernández³³ la voluntad se erige como requisito *sine que non* para la perfección del acto, aplicable en materia de régimen económico matrimonial ya que el legislador puede ofrecer a las partes la posibilidad de delimitar las reglas aplicables a su vida económica o configurar su régimen económico, mediante capitulaciones matrimoniales, de así admitirlo la ley declarada como aplicable a tales efectos patrimoniales, e incluso, la propia norma puede autorizar a las partes para designar la ley aplicable a este particular.

En el primero de los casos nos hallamos ante la autonomía material en tanto en el segundo se configura la llamada autonomía conflictual. No obstante, refiriéndonos a la autonomía material, hay aspectos a concretar, sobre todo porque una cosa es que las partes puedan delimitar mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad las reglas que regirán su vida económica, y otra muy distinta es que dicho punto de conexión sea aplicable a todos los aspectos imbricados en dicha cuestión.

La aclaración anterior es válida, debido a que respecto a la capacidad de los contrayentes para la celebración de dichas capitulaciones, no es posible la aplicación de la autonomía de la voluntad. Ello dependerá de lo que establezca la propia ley aplicable en materia de estatuto personal, en tanto dicho aspecto forma parte de los elementos contenidos en tal categoría.

Igualmente acontece si se trata de definir la ley aplicable a los requisitos formales en materia de capitulaciones. No resultaría lógica la aplicación de la autonomía de la voluntad como punto de conexión, porque se trata de aspectos que dependen de cada territorio en particular y de las exigencias

³² Situación que se puede presentar cuando el punto de conexión utilizado por el legislador es de realización variable y no fija, tal como acontece al referirnos *v.gr.* al domicilio que puede mutar con facilidad. Para evitar su ocurrencia pueden adoptarse varias soluciones preventivas, entre ellas, la concreción en el tiempo del factor retenido a través de una conexión inmutable o bien la introducción de un correctivo específico para contrarrestar las consecuencias del cambio sobrevenido en la conexión mutable. *Vid.* FRESNEDO DE AGUIRRE (2003) p. 285.

³³ DÁVALOS (2006) p. 98.

que imponga cada ordenamiento jurídico para que dicho acto se halle dotado de certeza y seguridad jurídica, lo que demanda la utilización del punto de conexión territorio. No se trata al respecto, de la definición de la ley con vocación para regir el supuesto en función de los sujetos que intervienen en el acto, sino de la delimitación de la ley aplicable al acto mismo y a sus requisitos o exigencias formales, para que éste sea respaldado por el ordenamiento jurídico, lo que implica el cumplimiento de las exigencias que dicho ordenamiento imponga a ese supuesto en particular.

Todo lo anterior evidencia la complejidad que genera la determinación de la ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales en los casos internacionales, que deriva, tal y como enuncia Pallarés³⁴ de las categorías que vienen enlazadas en dicha materia. Un ejemplo de ello estriba en lo expuesto respecto a la propia autonomía material, si bien a mayor abundamiento debe aludirse en la materia objeto de estudio la concurrencia de elementos tan dispares como personas, bienes y contratos.

En relación con la persona, es claro su nexo en la determinación de la ley aplicable al régimen económico, pues se trata de los contrayentes como sujetos de la relación jurídica que se constituye. En el caso particular del estatuto real, su función radica en regular los bienes y las cosas en su forma singular, siendo la ley rectora del régimen económico la que determinará la forma en que se regulen los bienes considerados como una masa o unidad patrimonial, pues es ésta la que las entiende *utiuniversitas*.

Respecto a los bienes, debemos tener presente el cometido del régimen económico del matrimonio, encaminado como ya se había apuntado a la organización de la titularidad de los bienes de los cónyuges una vez formalizado el vínculo matrimonial, lo que demuestra su posible incidencia en la determinación de la ley aplicable o al menos la necesidad de tenerlo en cuenta en ciertos supuestos en tanto es posible que la masa común se encuentre integrada por bienes que se hallen o provengan del extranjero. Por ello resulta necesario puntualizar que en materia de puntos de conexión real prevalece la categoría territorio, por tratarse de los bienes, categoría que tiene un vínculo directo con el sitio en el cual ellos se hallan enclavados o ubicados.

Por último, respecto a los puntos de conexión relativos a los actos, con independencia de lo ya planteado sobre las capitulaciones y que resultan de aplicación en este caso, cuando de validez formal de éstos se trata, rige la regla *locus regitactum*, en razón del carácter territorial de los mismos, tal

³⁴ PALLARÉS (2003) p. 771.

y como ya se explicó, de manera que, puede en relación a la ley aplicable al régimen económico matrimonial utilizarse para su localización la ley del lugar de celebración del matrimonio, si bien puede no coincidir dicho sitio con el lugar efectivo donde vaya a desenvolverse la relación conyugal de los esposos, en cuyo caso resultará poco operativa la designación de dicha ley.

La misma conjunción en el caso del régimen económico matrimonial, de todas las categorías ya aludidas, ha dado lugar a no pocos debates en torno a cómo debe operar realmente la determinación de la ley aplicable en esta materia, existiendo dos líneas de pensamientos diferentes³⁵. Una, plantea la posibilidad de determinar la ley aplicable al régimen económico del matrimonio considerando la figura como una unidad, sin ofrecer un tratamiento separado a cada uno de los elementos que la componen, y, la otra, se pronuncia por un tratamiento plural, y por razón de ello, concibe la necesidad de descomponer el régimen en cada una de las partes que lo integren, ofreciendo un tratamiento singular a cada aspecto por separado. Por virtud de esta última posición pudieran utilizarse como factores de conexión, la autonomía de la voluntad, la forma, el régimen legal o los bienes muebles e inmuebles.

La primera de dichas posiciones resulta a nuestro juicio más acertada, ya que al referirnos al régimen económico del matrimonio hacemos alusión a una categoría integrada en sí por una masa o universalidad de bienes y derechos, debiendo considerarse como una categoría única y por tanto sometida a una ley única. La segunda de las vertientes tiene el inconveniente de que, específicamente respecto a los bienes inmuebles, implicaría aplicar tantas leyes matrimoniales como países exista en los cuales los cónyuges tengan algún bien de esta naturaleza.

Otro de los aspectos controvertidos en materia de régimen económico matrimonial en un caso internacional, es lo relativo a la existencia o inexistencia del contrato de bienes en ocasión del matrimonio, que trasciende a los marcos de la ley aplicable debido a que ello puede incidir directamente en el punto de conexión utilizado por el legislador. De existir capitulaciones matrimoniales, la primera cuestión que se plantea es si debe aplicarse en este caso la ley indicada para regir las obligaciones o convenciones o, por el contrario, la validez de éstas depende de lo que al respecto se establezca en la ley que debe regir las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. En el segundo de los casos la ley deberá indicar lo relativo a la capacidad de las partes para su otorgamiento, a las cuestiones de sustancia o de fondo, a la eficacia de contrato y a la forma que han de tener dichas estipulaciones.

³⁵ Vid. SIMÓ (1980) p. 861.

A pesar de la clasificación general antes examinada, en función de cuál sea el elemento extranjero en la relación privada internacional, éste es susceptible de clasificarse en atención a otros criterios. Entre esos criterios se encuentra según Espinar Vicente³⁶ el que distingue entre conexiones únicas y conexiones múltiples, siendo las primeras aquellas en las cuales el factor de localización empleado para definir la ley aplicable es suficiente para satisfacer plenamente los propósitos perseguidos por el legislador. Cuestión que en materia de régimen económico internacional resulta difícil de lograr, más aún en los países que reciben gran flujo migratorio, en tanto un solo punto de conexión difícilmente pueda abarcar todos los casos privados internacionales que puedan presentarse.

Por su parte, las conexiones múltiples implican la utilización para definir el Derecho aplicable al supuesto de hecho, de varios puntos de conexión, ante la imposibilidad de lograr que mediante una sola conexión puedan cubrirse los diversos supuestos internacionales. Claro que, esta última variante, como bien alude Rojas Amandi³⁷, en las legislaciones modernas, es la que mayormente predomina, pues ya resulta raro encontrar la utilización de un único punto de conexión en las normas de Derecho Internacional Privado, sobre todo en los ordenamientos jurídicos europeos más recientes.

Por lo general, en las conexiones múltiples se prevén combinaciones de puntos de conexión, de manera que, aunque se configuren puntos de conexión primarios, ellos se complementan con puntos de conexión secundarios, conformándose así la llamada conexión en cascada³⁸, cuya principal ventaja es que la norma va contemplando las diferentes formas en las que puede presentarse el supuesto descrito, atribuyéndole a cada supuesto un punto de conexión que debe ser capaz de resolver el mismo respecto al Derecho aplicable, no dando cobertura así a soluciones injustas o conexiones que no muestren vocación alguna para regir el supuesto, por ausencia de algún vínculo con el mismo.

³⁶ ESPINAR (2008) p.79.

³⁷ ROJAS (2004) p. 176.

³⁸ Es la articulación de los puntos de conexión para determinar la ley aplicable a un supuesto internacional privado por virtud del cual se utiliza un punto de conexión principal y en caso de no aplicarse al supuesto el inicialmente previsto se deberá pasar a la aplicación del próximo previsto por la norma y así de forma sucesiva. *Vid.* CALVO y CARRASCOSA (2007) p.110.

Además de esas conexiones sucesivas mencionadas como subtipos de conexiones múltiples, se encuentran otros subtipos: las conexiones alternativas³⁹ y las conexiones acumulativas. Las primeras implican que la norma indirecta ofrece varios puntos de conexión para regular el supuesto, entre los que debe efectuarse la designación de la ley aplicable, bien se logre la misma mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, o en virtud de un hecho determinado cualquiera, generalmente asociado a aquel que refleje mayor vínculo con el supuesto descrito por la norma.

La principal diferencia que advertimos entre estas conexiones y las conexiones en cascada radica en que, en las alternativas se eligen entre las conexiones posibles descritas por la norma sin que exista un orden jerárquico para la selección de uno u otro Derecho aplicable, no siendo así en las conexiones en cascada, en las cuales la regla indica que aún previéndose igual que en las alternativas varias conexiones, la funcionalidad de las mismas implica que hay un orden jerárquico en su aplicación, tratándose por tanto de una lista de prelación, de manera que, aplicándose por lo descrito en el supuesto, la primaria, no hay margen a la siguiente y solo agotándose sin posibilidad de aplicación las descritas en la norma, es que puede recurrirse al resto de las conexiones previstas, pero siempre de forma sucesiva.

Las conexiones acumulativas⁴⁰ se manifiestan cuando el legislador utiliza más de un punto de conexión en la norma exigiendo que el supuesto se regule con arreglo a la ley o leyes que dichos criterios reclamen. En ellas, puede a su vez manifestarse, un cúmulo distributivo o un cúmulo rigurosamente acumulativo. El primer caso se presenta en aquellos supuestos en que se requiere la concurrencia de dos leyes a fin de regular un mismo supuesto, debido a que no es posible la exclusión de uno u otro pues ambos guardan estrecha relación con éste. En tanto, se configura el segundo de los cúmulos enunciados, cuando es menester que se materialicen dos factores de localización para que éste pueda resultar aplicado, ya que, visto cada uno de esos factores de forma aislada resultan incapaces para expresar por sí un vínculo suficiente para la aplicación de la ley expresada por ellos al supuesto concreto.

En otro orden, se alude una distinción de los puntos de conexión según su mutabilidad, entre fijos y mutables⁴¹, siendo los primeros aquellos que no varían en el transcurso del tiempo, en tanto los puntos de conexión mutables son susceptibles de mutación, razón por la cual requieren una concreción

³⁹ Vid. GOLDSCHMIDT (1990) p. 121.

⁴⁰ Vid. ESPINAR (2007-2008) p. 62.

⁴¹ Vid. BIOCCHA *et al.* (1997) p. 70.

o localización temporal. De alguna manera ya nos hemos referido a estos últimos al abordar los puntos de conexión en base a lo personal, y sus implicaciones al acotar lo relacionado con el conflicto móvil.

III. TRATAMIENTO AL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO MIXTO DESDE EL DERECHO COMPARADO

Para delimitar el tratamiento que ofrecen los ordenamientos jurídicos respecto a la ley aplicable al régimen económico del matrimonio mixto, utilizamos algunos países del continente Europeo, entre ellos España, Portugal y Suiza, por tratarse de países que reciben un gran flujo migratorio y ofrecen en su mayoría un tratamiento detallado a la materia para lograr la solución a los supuestos de tráfico jurídico externo que pueden presentarse en la práctica. Igualmente examinamos países del contexto latinoamericano, por pertenecer a la misma área geográfica que Cuba, entre ellos Venezuela, Perú, Panamá y República Dominicana, este último por tratarse incluso del país que tiene una de las leyes de Derecho Internacional Privado de más reciente aprobación, con las más modernas tendencias en materia de solución a los conflictos de leyes.

Entre los principales parámetros a valorar en nuestro estudio resalta el método empleado para la regulación de los supuestos de tráfico privado externo y el cuerpo legal en que tal regulación se ubica, con expresión del tipo de norma utilizado a esos efectos y los puntos de conexión dirigidos a la definición del Derecho aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges.

Respecto a los puntos de conexión empleados se valoran las soluciones articuladas en la norma para solucionar la posibilidad de conflicto móvil, y la admisibilidad en dichos ordenamientos jurídicos de la autonomía material y conflictual en la materia. Por último, se analiza la posición asumida en relación a la mutabilidad de la ley aplicable a las relaciones patrimoniales del matrimonio o del régimen económico en sí mismo.

Con relación al cuerpo legal utilizado para la regulación de los supuestos de tráfico privado externo, no se aprecia una sola tendencia, en tanto algunos de los países examinados emplean para ello su Código Civil⁴², mientras otros

⁴² Esta posición es asumida por países como España, Portugal y Perú. A esos efectos *cfr.* Código Civil español de 1889, modificado en Derecho Internacional Privado por: Decreto 1836/1974 de 31 de mayo, por la Ley 11/1990 de 15 de octubre, y por Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre respectivamente. Igualmente *cfr.* Código Civil de Portugal

utilizan una ley especial⁴³, dedicada de manera exclusiva a ofrecer tratamiento a las situaciones privadas internacionales y sólo uno ubica la regulación en su Código de Familia⁴⁴, si bien existe coincidencia en torno al método de reglamentación indirecto que utilizan para la reglamentación de tales supuestos con el auxilio de normas de conflicto o indirectas. Y tratándose de normas de conflicto, la generalidad de los países emplean conexiones múltiples para la delimitación de la ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges, bien sea de forma alternativa⁴⁵ o sucesiva o en cascada⁴⁶, y sólo un ínfimo número de los países de Latinoamérica, emplean conexiones únicas⁴⁷.

La previsión de la solución al conflicto móvil es contemplada en la mayoría de los países analizados mediante la concreción temporal⁴⁸ de las conexiones utilizadas, y sólo un número ínfimo de ellos lo resuelven mediante la ubicación de un correctivo específico⁴⁹ o no establecen solución alguna⁵⁰.

de 25 de noviembre de 1966 y Código Civil de Perú, promulgado el 24 de julio de 1984 y con entrada en vigor el 14 de noviembre del propio año.

⁴³ Postura asumida por países como Suiza, Venezuela y República Dominicana. Al respecto *cf.* Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza de fecha 18 de diciembre de 1987 y con entrada en vigor el 1ro de enero de 1989; Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 6 de agosto de 1999 y Ley de No. 544/14 de Derecho Internacional Privado de República Dominicana de fecha 15 de octubre de 2014.

⁴⁴ En esta posición de los países analizados resalta Panamá, que ubica la regulación de los supuestos de tráfico privado externo en su Código de Familia de fecha de 17 de mayo de 1994.

⁴⁵ Al respecto *cf.* artículo 9.3 del Código Civil español; artículo 52 del Código de Derecho Internacional Privado de Suiza; artículo 44 de la Ley de Derecho Internacional Privado de República Dominicana.

⁴⁶ En esta posición *cf.* artículo 9.2 del Código Civil español; artículo 53 del Código Civil de Portugal; artículo 54 del Código de Derecho Internacional Privado de Suiza; artículo 22 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela; artículo 42 de la Ley de Derecho Internacional Privado de República Dominicana.

⁴⁷ Al respecto *cf.* artículo 2078 del Código Civil peruano y artículo 10 del Código de Familia panameño.

⁴⁸ En torno a esta posición *cf.* artículo 9.2 del Código Civil español; artículo 53 del Código Civil de Portugal; artículo 22 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana; artículo 42 y 44 de la Ley de Derecho Internacional Privado de República Dominicana.

⁴⁹ *Cfr.* artículo 55 del Código de Derecho Internacional Privado de Suiza y artículo 2078 del Código Civil peruano.

⁵⁰ En este caso se encuentra el Código de Familia panameño, resultando innecesaria dicha previsión de una solución, al emplear una conexión inmutable para la delimitación de la ley aplicable a las relaciones patrimoniales, en este caso, la *lex loci celebrationis*.

La autonomía conflictual⁵¹ no se muestra como una tendencia mayoritaria en los países en estudio, mientras que la autonomía material⁵² es más asimilada en el ámbito de lo legislativo, si bien muchas veces depende de la posibilidad que conceda a los contrayentes el Derecho interno declarado como aplicable respecto a la celebración de capitulaciones matrimoniales.

En lo que atañe a la mutabilidad⁵³ de la ley rectora del régimen económico del matrimonio, se trata de una postura que se va asumiendo como derivación del principio de mutabilidad del propio régimen económico, aceptado en gran medida ante el establecimiento de mecanismos de publicidad para evitar que el cambio de ley rectora del régimen o la variación de las reglas aplicables a la vida económica de la pareja lesionen los intereses de terceros acreedores de los cónyuges.

IV. EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO MIXTO EN EL DERECHO CUBANO ¿HACIA UNA REVISIÓN NECESARIA?

En Cuba hoy día es usual la formalización de matrimonios entre nacionales y extranjeros, es decir, mixtos, fenómeno que se ha incrementado en los últimos tiempos, especialmente a partir de la década de los años 90⁵⁴ del

⁵¹ Admitida en el Código Civil español en virtud de lo establecido en el artículo 9 apartados 2 y 3 y en el artículo 44 de la Ley de Derecho Internacional Privado de República Dominicana.

⁵² De expreso reconocimiento en el artículo 9.3 del Código Civil de España, en el artículo 53.3 del Código Civil de Portugal. Igualmente en el artículo 56 del Código de Derecho Internacional Privado de Suiza y artículo 10 del Código de Familia de Panamá.

⁵³ La mutabilidad de la Ley aplicable al régimen económico es reconocida en el artículo 53 del Código de Derecho Internacional Privado de Suiza y en el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado Dominicana. Por su parte, la mutabilidad del régimen económico matrimonial es regulado expresamente en el artículo 54 del Código Civil de Portugal, artículos 1325 y 1326 del Código Civil español y artículo 296 del Código Civil de Perú. Igualmente reconocido en el Código de Familia de Panamá en virtud de lo regulado en los artículos 86 y 83 respectivamente.

⁵⁴ En razón de los cambios políticos y económicos vividos por la sociedad en ese momento histórico, se determinó un cambio en la política migratoria hacia el país, aumentando el flujo de entrada de extranjeros a la isla. Dicha situación generó igualmente modificaciones en las normas vigentes para viabilizar la apertura de nuestro país a la inversión extranjera, la apreciación del turismo como renglón económico por excelencia, el incremento de las relaciones diplomáticas y la realización de programas de colaboración. Todo ello condujo al incremento de la presencia extranjera al país, en calidad de visitantes o residentes temporales, lo que indudablemente favorece el establecimiento de relaciones

pasado siglo. Se trata de un supuesto que queda conectado con más de un ordenamiento jurídico, no sólo por la existencia como contrayentes de dos sujetos de diferentes países, en tanto además, uno de ellos resulta extra nacional respecto al lugar donde el vínculo matrimonial se formaliza, manifestándose la internacionalidad del supuesto, por la presencia del sujeto extranjero y por el lugar mismo de formalización respecto al contrayente que no es nacional de dicho país.

El matrimonio mixto al igual que el que se formaliza entre contrayentes nacionales, genera el despliegue de efectos en el ámbito personal y patrimonial de los cónyuges, y al tratarse de una relación privada internacional es necesaria la delimitación de la ley aplicable a éstos a fin de que queden perfectamente fijadas las reglas aplicables a los distintos órdenes de la vida en pareja.

En Cuba dicho cometido es asumido por el Código Civil de 1987⁵⁵, vigente desde enero de 1988. En materia de ley aplicable a los efectos patrimoniales viene a pronunciarse su Disposición Especial tercera, en la que se ofrece igualmente tratamiento a los efectos personales. Se ubica como una Disposición especial al igual que las otras dos disposiciones del mismo carácter destinadas a la regulación de los aspectos relativos al Derecho de Familia. Advertimos que dicha Disposición, al igual que el resto de las especiales, se encuentran apartadas del resto de las reglas atinentes al Derecho Internacional Privado incorporadas al Código Civil, lo que hace más evidente la dispersión normativa que caracteriza en la materia a nuestro ordenamiento jurídico.

La Disposición Especial Tercera⁵⁶ es una norma de conflicto, que nos indica la ley con mayor vocación para regular el supuesto, pero sin resolver di-

de diversa índole entre nacionales y extranjeros, con el consecuente incremento de las relaciones matrimoniales.

⁵⁵ Constituye nuestra fuente conflictual de fuente interna. Contiene un conjunto de normas de conflicto respecto a determinadas instituciones que nuclea las relaciones jurídicas más comunes, entre las que se encuentran las relativas a los bienes, los contratos y las sucesiones, ubicadas fundamentalmente entre los artículos 12 al 21 del texto civil vigente, pertenecientes todos a las denominadas "Disposiciones Preliminares", a las que se suman las Disposiciones especiales primera, segunda y tercera.

⁵⁶ Disposición Especial Tercera del Código Civil cubano: "Las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges se rigen por la ley cubana si ambos o uno de ellos es ciudadano cubano. Si ambos son extranjeros y sus legislaciones personales están en conflicto, también se les aplica la cubana cuando se encuentran en territorio cubano".

rectamente la cuestión planteada por ella misma. Llama la atención el hecho de que en una misma norma se define de forma conjunta la ley aplicable a los efectos personales y patrimoniales, ya que aunque ambos son consecuencias jurídicas que derivan de la formalización del matrimonio, tienen naturaleza distinta los unos y los otros. Además de ello la actuación de la autonomía de la voluntad difiere en relación a dichos efectos, con un margen de actuación mayor en los efectos patrimoniales, siendo igualmente distinta la solución a la posibilidad del conflicto móvil en ambos casos.

En la Disposición en análisis no hay margen alguno a la autonomía conflictual, en tanto no se ofrece posibilidad a los cónyuges de elegir la ley aplicable a sus relaciones tanto personales como patrimoniales, sino que la propia norma determina cuáles son las leyes con vocación para regir cada uno de los supuestos regulados por ella.

La imposibilidad del ejercicio de la autonomía conflictual, no concretada en la norma, tiene la desventaja en supuestos internacionales como los descritos en la Disposición Especial en análisis, de aplicar de modo exclusivo el punto de conexión enunciado por la norma, sin permitir a los cónyuges elegir el Derecho que más se ajuste al modelo de vida que prefieran seguir. Ello impide que los cónyuges estén situados en un plano de igualdad, al preferir para regir las relaciones personales y patrimoniales una ley en detrimento de otra, pudiendo provocar con la preferencia de una de ellas resultados traumáticos, y en este caso, sitúa a la ley cubana por encima de la ley del extranjero que contrae matrimonio con dicho cubano.

La puerta abierta a la autonomía conflictual permitiría aprovechar las ventajas que las conexiones tradicionales ofrecen y resolver el conflicto de leyes ubicando a los cónyuges en un plano de igualdad, posibilitando el acuerdo entre ellos respecto a cuál de las posibles leyes es la que más se ajusta a sus condiciones, lo que acontecería en un marco de común arreglo, sin la imposición de una ley que pudiera resultar ventajosa para una de las partes y desventajosa para la otra, conocida para una y desconocida para la otra.

Como se aprecia, por virtud de la letra de la Disposición Especial Tercera la ley rectora de los efectos patrimoniales de los matrimonios mixtos en Cuba es la cubana, y aún con la presencia de un contrayente cubano en la relación matrimonial, existen supuestos en que esta ley tendrá una total desconexión con el lugar de desenvolvimiento efectivo de las relaciones patrimoniales, máxime en aquellos casos en los que, luego de la formalización del vínculo conyugal, los cónyuges deciden establecer su domicilio fuera de Cuba, y como en muchos casos acontece, tras abandonar el país es burlada la ley cubana y en el nuevo sitio de convivencia efectiva, los casados, si se lo permite

la ley de dicho país, utilizan las capitulaciones matrimoniales a fin de elegir para regir sus relaciones patrimoniales, el régimen que más se ajuste a sus condiciones económicas, laborales y familiares. En estos supuestos otras conexiones serían más factibles para indicar la ley aplicable, *v.gr.* el domicilio conyugal, y como se trata de un concepto mutable pudiera introducirse un correctivo específico o concretarse el momento de apreciación de dicha conexión a fin de ofrecer una solución ante la posibilidad de conflicto móvil.

De cualquier modo, al resultar de aplicación a estos supuestos ya aludidos la ley cubana ha de entenderse que el régimen económico se rige por lo regulado en el vigente Código de Familia cubano de 1975, en los artículos 29 al 42, todos relativos a la comunidad de bienes. En virtud de ello, los cónyuges en sus relaciones patrimoniales se ajustarán al régimen legal, comunitario, impuesto por el legislador sin que exista margen alguno al ejercicio de la autonomía de la voluntad, desterrando así del ámbito de lo legislativo la posibilidad de celebración de capitulaciones matrimoniales. Este régimen deviene además inmutable, desconociéndose por el legislador una de las tendencias actuales respecto a la regulación del régimen económico, referido a su posibilidad de cambio luego de la formalización del vínculo, lo que resultaría de gran utilidad ante los cambios en las condiciones de diversa índole que va experimentando la pareja, que posibilitaría atemperar las reglas atinentes a sus relaciones patrimoniales a los mismos.

Vale la pena realizar una valoración concreta respecto al régimen previsto en el Código de Familia, que se escinde como una camisa de fuerza, como única opción para los cónyuges en las actuales condiciones de nuestro país, máxime porque las circunstancias que en el momento de la promulgación del Código de Familia existían para la adopción de este régimen ya hoy no están presentes, y debe dejarse una brecha abierta a los protagonistas de la relación conyugal para que valorando las condiciones que los rodean realicen la elección del régimen económico que resulte más conveniente a sus intereses, máxime si las circunstancias que rodean a las parejas varían de unas a otras, y el régimen que para un matrimonio puede resultar conveniente para otra pueda resultar francamente dañoso.

Las ideas antes planteadas dan cuenta de la necesidad de perfeccionamiento de la Disposición Especial Tercera en pos de atemperar la misma a las actuales exigencias de nuestra realidad cubana, caracterizada por un flujo migratorio dinámico, en que ha venido incrementándose la entrada de extranjeros al país en la misma medida que se produce un saldo emigratorio negativo, y en el que cada día resultan más frecuentes los supuestos privados internacionales con incidencia en el ámbito familiar y matrimonial en particular. El perfeccionamiento de la Disposición Especial de referencia contribuiría

a la solución adecuada de los supuestos de tráfico privado externo que en materia de régimen económico pudieran presentarse en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABARCA JUNCO, Ana Paloma *et al.* (2013): *Derecho Internacional Privado* (6ª edición, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia).

ALBERT, María y MASANET, Erika (2008): “Los matrimonios mixtos en España, ¿espacios de construcción intercultural?”, *Revista OBEST*, nº 1: pp. 45-71.

BERCOVITZ, Rodrigo *et al.* (2007): *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia* (Madrid, BERCAL, S.A).

BIOCCA, Stella, DE CÁRDENAS, Sara y BASZ, Victoria (1997): *Lecciones de Derecho Internacional Privado, Parte General* (2ª edición, Buenos Aires, Editorial Universidad).

BOGGIANO, Antonio (2000): *Curso de Derecho Internacional Privado, Derecho de las relaciones privadas internacionales* (2ª edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot).

BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo (2004): *Manual de Derecho de Familia* (6ª edición actualizada, Buenos Aires, Editorial Astrea).

CALVO, Alfonso-Luis y CARRASCOSA, Javier (2007): *II Derecho Internacional Privado*, volumen II (8ª edición, Granada, Editorial Comares).

_____ (2008): *I Derecho Internacional Privado* (9ª edición, Granada, Editorial Comares).

CORRÊA, Gilda (1987): *Derecho Internacional Privado del Trabajo* (México, Universidad Nacional Autónoma de México).

DÁVALOS, Rodolfo (2006): *Derecho Internacional Privado, Parte General* (La Habana, Editorial Félix Varela).

DIAGO, María del Pilar (1999): *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho Internacional Privado* (Zaragoza, Colección El justicia de Aragón).

- ESPINAR, José (2007-2008): *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado* (Madrid, Máster Interuniversitario de Relaciones Internacionales y Diplomacia).
- _____ (2008): *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado* (Madrid, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones).
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia (2003): *II Curso de Derecho Internacional Privado, Parte Especial* (Montevideo, FCU).
- GOLDSCHMIDT, Werner (1990): *Derecho Internacional Privado: Derecho de la Tolerancia* (Buenos Aires, Ediciones De Palma).
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (2006): "Título III (Libro cuarto del Código Civil) del régimen económico matrimonial", en RAMS ALBESA, J. y MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coords.) (2006): *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)* (Madrid, Editorial Dykinson) pp. 11-39.
- PALLARÉS, Beatriz (2003): "Cap. 19 Efectos patrimoniales del matrimonio", en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coord.), *Derecho internacional Privado de los Estados del Mercosur* (Buenos Aires, Editorial Zavalía) pp. 769-808.
- PÉREZ, Antonio (2009): *Tratado de Derecho de Familia, Tomo V, Vol. I, Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación* (Valladolid, Editorial Lex Nova).
- ROJAS, Víctor (2004): "El sistema conflictual mexicano", *Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 34: pp. 159-201.
- ROMERO, Alberto (2004): *Conceptos de Derecho Internacional Privado. Marco teórico de Derecho Internacional Privado* (México, Apuntes de Derecho Internacional Privado).
- SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE y SIRVÉN, Antonio (1941): *Manual de Derecho Internacional Privado* (2ª edición, La Habana, Editorial Carasa).
- SIMÓ, Vicente (1980): "Matrimonial Property Regimes in Private Comparative International Law", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. LVI n° 539: pp. 859-874.

WEINBERG, Inés (1997): *Derecho Internacional Privado* (Buenos Aires, Ediciones Depalma).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil de Alemania (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB), actualizado al 1 de octubre de 2013.

Código Civil de Guatemala, de 14 de septiembre de 1963, en vigor desde el 1 de julio de 1964.

Código Civil de la República de Cuba, de 16 de julio de 1987, vigente desde el 12 de abril de 1988.

Código Civil de la República de Francia, de 21 de marzo de 1804.

Código Civil de la República de Paraguay, de 1 de enero de 1987.

Código Civil de la República de Portugal de 1966, vigente desde 1967.

Código Civil de la República de Venezuela, reformado en julio de 1982.

Código Civil de la República Dominicana, 8ª edición, preparada por el Dr. Plinio Terrero Peña, Santo Domingo, Editorial Corripio, 1987.

Código Civil (de México) para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, de 30 de agosto de 1928, vigente desde 1 de octubre de 1932.

Código Civil de Nicaragua, 3ª edición oficial, anotada y concordada por los Dres. Carlos A. Morales, Joaquín Cuadra Zavala y Mariano Arguello, Managua, Casa Editorial Carlos Heuberger y Co., 1931.

Código Civil de Perú, de 24 de junio de 1984.

Código Civil de España, de 6 de octubre de 1888, 16ª edición, Madrid, Editorial Civitas, 1993.

Código de Derecho Internacional Privado de Suiza, de 18 de diciembre de 1987.

Código de Familia de El Salvador, aprobado el 20 de octubre de 1993 y vigente a partir del 1 de octubre de 1994.

Código de Familia de la República de Cuba, Ley n° 1289, de 14 de febrero de 1975, en vigor desde el 8 de marzo de 1975, 2ª edición, anotada y concordada, La Habana, Divulgación del MINJUS, 1987.

Código de Familia de la República de Panamá, de 17 de mayo de 1994.

Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, de 6 de agosto de 1999.

Ley n° 544/14 de Derecho Internacional Privado de República Dominicana, de 15 de octubre de 2014.

JURISPRUDENCIA CITADA

STS (Tribunal Supremo español) (1991): 20 noviembre 1991, *Repertorio de Jurisprudencia*, Aranzadi, 8415.

STS (Tribunal Supremo español) (1997): 27 febrero 1997, *Repertorio de Jurisprudencia*, Aranzadi, 1333.

REVISIÓN DE LAS TEORÍAS ATINENTES A LOS CUASICONTRATOS COMO FUENTE AUTÓNOMA DE LAS OBLIGACIONES

*Review of theories relating to the
quasi contracts as an autonomous
source of obligations*

GURIDI RIVANO, MAR DEL ROSARIO*
Universidad Gabriela Mistral
Santiago, Chile

RESUMEN: El estudio de las fuentes de las obligaciones es una cuestión clásica, cuyo análisis conlleva a diversas posiciones. Primero frente a su enumeración y luego en torno a su clasificación. Tradicionalmente se mencionan como fuente de las obligaciones a los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley. Recordar que en sus orígenes sólo se conocían a los contratos y los delitos como causas de las obligaciones. Los cuasicontratos nacen con el fin de abarcar un grupo heterogéneo de situaciones que no podían calificarse ni como contratos ni como delitos. Finalmente son aceptados como fuentes de las obligaciones, pero su estudio demuestra que su calificación como tal, genera discusiones doctrinales. Como consecuencia nacieron diversas teorías que pretenden evidenciar el lugar que ocupan los cuasicontratos como fuente. Finalmente advertir que las obligaciones nacen como consecuencia

* Magíster en Ciencia Jurídica y Candidata a Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. LL.M. en Economía y Finanzas. Abogado y Profesora de la Universidad Gabriela Mistral, Santiago, Chile. Correo electrónico: <marguridi@gmail.com>.

Artículo recibido el 3 de marzo de 2016 y aceptado para publicación el 2 de septiembre de 2016.

de la concatenación de diferentes hechos que es difícil calificar y ajustar a una sola fuente.

PALABRAS CLAVE: Fuentes de las obligaciones, cuasicontratos, enriquecimiento sin causa, equidad

ABSTRACT: *The study of the sources of obligations is a classic question, whose analysis leads to different positions. First against its number and then around its classification. Traditionally, contracts, quasi contracts, delicts, quasi delicts and law are mentioned as a source of obligations. Originally only contracts and crimes were recognized as causes of obligations. Quasi contracts were born in order to encompass a heterogeneous group of situations that could not be classified either as contracts or as crimes. Finally, they are accepted as sources of obligations, but their study shows that its classification as such, generates doctrinal discussions. As a result arose several theories that attempt to show the place of quasi contracts as source. Finally, we note that the obligations arise as a result of the concatenation of different events that is difficult to qualify and adjust to a single source.*

KEYWORDS: *Sources obligations, quasi contracts, unjustified enrichment, equity*

INTRODUCCIÓN

Comenzar a hablar de los cuasicontratos conlleva una difícil tarea. Saldrán a la luz múltiples discusiones y posiciones acerca de su existencia. Las que tratarán de explicar sus orígenes y fundamentarán su presencia en las legislaciones a través de diversas teorías.

El problema es que peligra su reputación en el Derecho como fuente de las obligaciones, siendo en algunos casos desplazada por otras instituciones que se encuentran en pleno desarrollo jurídico. La progresiva ausencia de los cuasicontratos se debe al consenso de la doctrina sobre la improvisación de su nacimiento y tratamiento, ello producto de errores histórico-jurídicos.

Lo cierto es que se está frente a una entelequia legal¹, regulada en forma superficial, sin distinguir características similares entre las figuras que quedarían comprendidas como cuasicontratos.

Así, los cuasicontratos han representado para el Derecho un desafío. Se habla de ellos como monstruos legendarios² que vienen a mortificar los sueños de evidenciar cuáles son las verdaderas fuentes de las obligaciones. El presente artículo busca como finalidad evidenciar que los cuasicontratos son hechos espontáneos que nacen junto a situaciones de derecho³, y que frente a ello se resolvió que correspondía aplicarse las normas de los contratos a los que se asemejaban. Sin embargo, considerar a los cuasicontratos como fuente autónoma de las obligaciones es un error que data de larga historia.

La enumeración tradicional de las fuentes de las obligaciones distingue y enumera a los cuasicontratos, mas no como se conocen hoy en día, se nombraban reconociendo que existían hechos que sin ser contratos ni delitos, generaban obligaciones como tales. Se debe advertir que no se está ante una expresión justiniana, sino que ante una noción que con el transcurso del tiempo y el sentir de diversos autores, fue elevada a la de causa de las obligaciones. Prueba de ello es que la legislación nacional los considera una fuente.

Numerosas tendencias giran en torno a estas figuras, pues como se verá las instituciones que abarca no son homogéneas y presentan características disímiles entre sí. Para justificar su existencia las teorías buscan contratos fingidos, presuntos o tácitos en los llamados cuasi contratos. Asimismo se habla de un acto jurídico incompleto, porque falta la intención de crear derechos y obligaciones los que, sin embargo, igualmente resultan. Hoy en día los códigos civiles modernos tienden a abandonar esta nomenclatura por considerarla equívoca y confusa.

Son el consentimiento y la culpa junto al daño causado los factores capaces de generar obligaciones, por tanto preciso es determinar qué posición ocupan los cuasicontratos en el Derecho.

¹ DÍEZ-PICAZO (2008) p. 176.

² JOSSEAND (2008) p. 14.

³ Por ejemplo, junto al derecho real de dominio, artículo 582 del Código Civil chileno, se debe estudiar la posesión, artículo 700 del mismo Código; junto al contrato de mandato, artículo 2.116 se estudia la agencia oficiosa, artículo 2.286; a propósito de la comunidad de bienes el artículo 2.305 señala: "El derecho de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social"; entre otros ejemplos del código.

Como punto de partido de los cuasicontratos es necesario referirse brevemente a la historia de las fuentes de las obligaciones. Y así en Derecho Romano eran las acciones⁴ las que determinaban el examen de las obligaciones y las causas de las que nacían. A través de Gayo se comienzan a estudiar desde una nueva perspectiva comenzando a distinguir las fuentes de las que nacían. Estas constituían sólo dos: contratos y delitos. Todas aquellas que no cabían dentro de estas dos figuras se agruparon bajo un concepto genérico *ex variis causarum figuris* y posteriormente se les da un nombre particular que no cumple la función de ser fuente autónoma. Resaltar que lo importante era estudiar las obligaciones a partir de sus efectos y cómo éstos se podían hacer cumplir, a través de sus acciones. Desde este punto de vista se asimiló el nombre de cuasicontrato a contrato para determinar el régimen legal aplicable. Todo ello se analizará en el capítulo siguiente.

La importancia del tema radica en determinar qué papel juegan dentro del esquema de las fuentes de las obligaciones o simplemente dentro del derecho. Además de considerar qué lugar ocuparían nuevos hechos generadores de obligaciones que no pudiesen encausarse dentro de las fuentes tradicionales.

El nombre “cuasicontrato” se conserva y descansa con el fin de mantener una tradición romana justiniana, respetando el valor de las fuentes romanas.

Se tratará de descubrir en qué momento comenzó a considerarse a los cuasicontratos como fuentes autónomas de las obligaciones, luego, se continuará con las diversas teorías que se plantearon para justificar su existencia y –finalmente- se analizarán las consecuencias prácticas de mantener la institución en el sistema de Derecho. Para ello se iniciará señalando de dónde surge la necesidad de estudiarlos.

El examen de las fuentes de las obligaciones y, principalmente de los cuasicontratos, se hará recurriendo a las fuentes que tuvo a la vista Andrés Bello para la redacción del Código Civil chileno, qué normas y principios lo inspiraron para continuar con la llamada “clasificación clásica de las fuentes de las obligaciones”.

⁴ GUZMÁN BRITO (2001a) p. 701 señala: “puede decirse entonces que alguien está en verdad obligado si aparece sujeto a una acción”; SAMPER (2012) pp. 278-279; D`ORS (1991) pp. 401-413.

I. LOS CUASICONTRATOS COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

La enumeración tradicional⁵ de las fuentes de las obligaciones en la legislación chilena descansa en la correlación de los artículos 578⁶, 1.437⁷ y 2.284⁸ del Código del ramo, y son: el contrato, el cuasi contrato, el delito, el cuasi delito y la ley. Sin perjuicio de ello, algunos autores sostuvieron que el estudio particular de las normas consideraba fuentes diferentes.⁹ No obstante lo anterior, la enunciación tradicional se mantiene, mas no se vio privada de críticas a lo largo de la historia del derecho. Se consideraba incompleta, pues debían agruparse como fuentes otros hechos; se consideraba extensa, ya que las fuentes sólo podían reducirse a dos; y, finalmente, hay quienes optaron por clasificaciones alternativas.¹⁰

⁵ ALESSANDRI *et al.* (2004) p. 31; ABELIUK (2014) p. 54; RAMOS PAZOS (2008) p. 14; TRONCOSO (2011) p. 21; COURT y WEGNER (2013) p. 12; MEZA BARROS (2004a) p.7; VIAL (2003) p. 25; FUEYO (1958) p. 42; FABRES (1912) p. 83.

⁶ Artículo 578: “Derechos *personales* o *créditos* son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones *personales*”.

⁷ Artículo 1.437: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad”.

⁸ Artículo 2.284: “Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un *cuasicontrato*.

Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un *delito*.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un *cuasidelito*.

En este título se trata solamente de los cuasicontratos”.

⁹ Del artículo 578 se desprenden dos fuentes: la ley y el hecho humano; del artículo 1.437 se desprenden: el contrato o convención, el hecho lícito, el hecho ilícito y la ley; y del artículo 2.284 se conocen: la convención, la ley y el hecho del hombre. Véase en ALESSANDRI (1988) p. 12; CLARO SOLAR (1979) p. 552; PEÑAILILLO (2006) p. 99; RUZ (2011) p. 51; BARCIA (2007) pp. 11-12.

¹⁰ Entre los autores que consideran incompleta la enumeración, pues deberían agregarse como fuentes la declaración unilateral de voluntad y el enriquecimiento sin causa, destacan: WINDSCHEID (1904a) p. 174; WINDSCHEID (1904b) p. 229; COING (1996b) pp. 626-628; DERNBURG (1903) pp. 20-21; LARENZ (1958) pp. 55-62; LASARTE (2003) pp. 22-24; ALBALADEJO

Lo cierto es que sus orígenes se remontan al Derecho Romano y particularmente en Gayo, en sus *Instituciones*¹¹ en el comentario tercero, parágrafo 88 que señala: “toda obligación nace o de contraerla o de delinquir”. No distingue otra causa u origen de obligaciones. Sin perjuicio, con el tiempo percibe que dicha enunciación es insuficiente y, así, terminó por convertir la división de las obligaciones de dos especies en una triple división. Lo consagra en los siguientes términos: “*Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*”.¹²

La expresión “varias especies de causas” cumplía la función de abarcar una serie de hechos, que siendo muy diversos entre sí, generaban obligaciones, sin embargo no cumplía el rol de crear un criterio de clasificación.¹³

(2011) pp.192-193 y 318; HERNÁNDEZ (1988) p. 153. También véase a Vizioz citado por Bonnacase, J., *Traité de Droit Civil* de Baudry-Lacantinière (Supplement), p. 340 en BUDANO (2012) p. 156. Por otro lado, quienes destacan en reducir solamente a contrato y ley como fuentes de las obligaciones se encuentran a: PLANIOL (1917) p. 252. También véase a Planiol en CLARO SOLAR (1979) pp.554-559; RIPERT y BOULANGER (1965a) p. 26; COLIN y CAPITANT (1960) pp. 562-563; ROTONDI (1953) p. 371; BARBERO (1967) pp. 335-337; MESSINEO (1955a) p. 21; LACRUZ *et. al* (1985) pp.168-169; finalmente entre clasificaciones alternativas famosa es la que considera a la voluntad como criterio para clasificar las fuentes de las obligaciones véase en MAZEAUD *et al.* (1978) parte segunda, vol. I pp. 58-59; también se ha visto que en los proyectos de reformas al *Code* francés principalmente en materia de obligaciones y contratos se ha buscado cambiar la nomenclatura utilizada, y así a propósito de los títulos III y IV, se habla de fuentes de obligaciones y de otras fuentes de obligaciones, en vez de hablar de los contratos o de las obligaciones convencionales en general y de las obligaciones que se contraen sin convención, véase en MOMBERG (2015) p. 6; finalmente se ha reconocido la crisis que experimenta el *Code* francés y que debe superarse para retomar sus cualidades que influenciaron y resplandecieron en el siglo XIX, véase en CABRILLAC (2009) p. 8.

¹¹ SAMPER (2000) p. 249.

¹² D. 44.7.1, GAIUS, libro *secundo aurerorum*. En adelante en las referencias al *Corpus Iuris* se usará la traducción de GARCÍA DEL CORRAL (1987).

¹³ BETTI (1970) p. 37; RIPERT y BOULANGER (1965b) p. 209; LASARTE (2003) p. 28 sostiene que la expresión “*aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*”, cambia su naturaleza originaria, transformándose de ser una explicación teórica a asumir el valor de fuente normativa; GUZMÁN BRITO (2001a) p. 709 señala: “Gayo emplea las expresiones *quasi ex contractu* y *quasi ex maleficio*; pero no con carácter sustantivo sino modal; no se trata, pues, de que la tutela sea un cuasicontrato, sino de que el tutor y el pupilo se obligan recíprocamente como por un contrato o a la manera de un contrato”. Asimismo, véase a BIONDI (1965) p. 371 quien señala: “*la nuova categoria delle variae causarum figurae, a differenza delle altr edue, non racchiude un concetto giuridico, ma é un semplice espe-*

La finalidad era cubrir bajo un concepto amplio¹⁴ todos los hechos que no se ajustaban a las fuentes advertidas. Justiniano continúa con la iniciativa de Gayo y, así en las *Institutas*¹⁵, señala: “*sequens divisio in quatuor species deducitur: autenim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio*”. Las palabras utilizadas por Justiniano tampoco pretenden elevarlos a la categoría de fuentes de las obligaciones, sino que asemejarlos¹⁶ sólo respecto de las consecuencias jurídicas. Se reconocía la existencia de hechos que, sin ser contratos, producen los mismos efectos que los contratos.

La locución *quasi* da a entender la idea de que es casi algo, es decir, que se aproxima o como si fuese algo, pero que en realidad no es. El alcance de la expresión es que se podría pensar que la diferencia entre contratos y cuasicontratos es secundaria, en circunstancias que existe un gran abismo entre una y otra.

El concepto de *quasi ex contractus* se presta para equívocos, puesto que en el título XXVII de las *Institutas* de Justiniano se habla de “Las obligaciones que nacen como de un contrato” y se dispone lo siguiente: “después de las especies de contratos enumeradas, hablemos también de aquellas obligaciones que en realidad no se entienden que nacen propiamente de un contrato, pero que, sin embargo, puesto que no toman cuerpo de un delito, parece que nacen como de un contrato”.¹⁷ El uso de las palabras “como de” da a entender la idea que es casi un contrato, pero sólo en orden a los efectos, es decir, a las obligaciones y acciones que nacen de ella. Esto es un adelanto de lo que será la doctrina tradicional de las fuentes de las obligaciones.

diente sistematico per render completa la classificazione; in essa sono comprese quelle obligationes, aventi ciascuna un particola reregime (proprio quodam iure), che non possono classificarsi né tra quelle ex contractu né tra quelle ex delicto”; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2012) p. 291; JOSSERAND (1950) p. 10, quien al referirse a los cuasicontratos señala que su nombre viene dado para justificar el carácter obligatorio que se les reconocía por derecho de afinidad.

¹⁴ Cumplían un carácter residual, véase en ZIMMERMANN (1990) p. 14; en el mismo sentido véase DÍEZ-PICAZO (2008) p. 160 y 177.

¹⁵ IJ. 3.13.2.

¹⁶ GAUDEMET (2000) p. 298, quien señala que incluso la analogía entre contratos y cuasicontratos no es exacta; PLANIOL y RIPERT (1945) p. 7; VON LINGENTHAL (1907) p. 257; DÍEZ-PICAZO (2008) p. 177.

¹⁷ IJ. 3.27 *De obligationibus quasi ex contractu*.

Lo cierto es que originariamente la expresión que hacía referencia a los cuasi contratos y que se encuentran en sus fuentes era *quasi ex contractu*, la que posteriormente fue reeditada por *ex quasi contractu*. Se cree que producto de un error histórico¹⁸ y un cambio de orden de la partícula *ex* llega al Código de Napoleón y posteriormente a las legislaciones decimonónicas como cuasicontratos, lo que cambió su razón de ser.

En las fuentes romanas no se distingue un concepto propio de cuasi-contrato, debido a que su presencia en la Roma Clásica era la de una figura jurídica que se asimilaba al contrato por los efectos que producía. Esto es, las consecuencias jurídicas y las acciones que emanaban de la *negotiorum gestorum*, de la tutela, la acción *communi dividundo* y la acción *familiae erciscundae*, las obligación que contraía el heredero y aquel que recibió un pago por error se entenderán que quedan obligados como por un contrato, lo que se admitió por razones de utilidad, o bien por considerarse que no

¹⁸ LASARTE (2003) p. 296 señala: "(...) los juristas de Bizancio consideraron preferible hablar de cuatro fuentes de obligaciones: el contrato, el delito, las obligaciones nacidas *quasi ex contrato* y *quasi ex delicto*. Una posterior alteración de términos lingüísticos, realizada al parecer en la 'paráfrasis de Teófilo', arrojó que una de las posibles clasificaciones de las obligaciones, atendiendo a su fuente, requería hablar de las obligaciones nacidas *ex quasi contrato*, dando así por nacida una categoría sistemática que, realmente en el Derecho moderno y contemporáneo carecía de sentido alguno"; LACRUZ *et al.* (1985) p. 165 quien señala que en la paráfrasis de Teófilo una modificación en la partícula *ex*, cambiándola de lugar, ya no era *quasi ex contractu*, sino *ex quasi contractu*, creando y no asimilando como una categoría general y abstracta; ROTONDI (1953) p. 371 señala: "(...) los compiladores bizantinos del *Corpus iuris* hicieron de estas dos categorías autónomas, que llamaron *obligationis quasi ex contractu*, *quasi ex delicto*, porque independientemente del contrato del delito en sentido técnico surgía un vínculo obligatorio precisamente análogo al que se establecía en las dos figuras originarias de fuentes de las obligaciones. Esta agrupación sistemática por medio de una transposición de términos, creó la *obligatio ex quasi contractu* y la *obligatio ex quasi delicto*, es decir, las dos figuras del cuasicontrato y del cuasidelito (...)"; BONFANTE (1979) p. 242, quien señala: "*In fondo non si usciva ancora dalle due classiche categorie che avevano essenziale importanza anche per gli effetti contrarii. La netta configurazione di due nuove fonti autonome delle obbligazioni con la denominazione di quasi contratti o quasi delitto é estranea alla giurisprudenza classica. Esse appaiono per la prima volta nelle Istituzioni di Giustiniano en ella Parafrasi di Teofilo, e assunse poi per opera degli interpreti un rilievo anche maggiore e un significato diverso, in quanto si supone che la ragione di dubbio per i Romani fosse il difetto di volontà o di colpa, mentre nel pensiero genuino dei giureconsulti essa é da riporre sul momento oggettivo*"; en el mismo aspecto véase a DÍEZ-PICAZO (2008) p. 161 y 177.

pueden entenderse obligados por un delito, se entiende que deben como por virtud de un contrato.

En el Derecho de las Partidas tampoco se encuentra un concepto de cuasicontrato, ni se hace mención especial a ellas, sólo se limita a indicar los hechos que constituyen cuasicontratos.¹⁹

A través de Vinnio y luego con Heinecio se definen las figuras de los cuasicontratos y lo hacen señalando que son “hechos honestos, por los cuales se obligan los hombres aun ignorándolo, en virtud de un consentimiento que se presume por equidad”.²⁰ Posteriormente, Escriche los define, continuando con la idea de un consentimiento presunto, como “un hecho lícito puramente voluntario que, sin mediar convención ni pacto expreso, produce obligación á favor de un tercero, y á veces obligación recíproca entre dos partes. Podría llamarse con más propiedad *contrato presunto*, porque de una parte hay verdadero consentimiento, y de la otra se presume por equidad ó por la utilidad que le resulte”.²¹

Finalmente es Pothier quien los define como “el hecho de una persona, permitido por la ley, que la obliga para con otra u obliga otra persona para con ella, sin que entre ambas intervenga convención alguna”²² y así llega a las legislaciones decimonónicas²³. Asimismo Andrés Bello en sus Instituciones de Derecho Romano los define.

Así, se reconoce que los cuasicontratos son hechos lícitos u honestos que escapan de toda ilicitud.²⁴ Igualmente, todos están de acuerdo en sostener que existe un consentimiento y, por tanto, se habla de un tipo especial de contratos en el que el consentimiento es presunto. Sin embargo, con Pothier se hace expresa mención en que no existe convención alguna y es la Ley o

¹⁹ GARCÍA GOYENA (1852) p. 240; CLARO SOLAR (1979) p.565; MANRESA Y NAVARRO (1907) p. 539.

²⁰ VINNI (1755) pp. 788-789; HEINECIO (1830) p. 222; HEINECIO (1847) p. 294.

²¹ ESCRICHE (1874) p. 587.

²² POTHIER (2007) p. 68.

²³ BELLO (1981) p. 161.

²⁴ En contra a considerar que se tratan de hechos lícitos y voluntarios se encuentra a PLANIOL, quien sostiene que al hablar de cuasicontratos es más propio hablar de actos ilícitos, ya que su fundamento se encontraría en el enriquecimiento sin causa de una parte en razón del perjuicio de otra. Así el enriquecimiento sin causa es un acto ilícito, pues el Derecho quiere que los desplazamientos de patrimonios tengan una causa que los justifique, de lo contrario se rompe la equivalencia jurídica, véase a PLANIOL (1917) p. 255-256 y también, véase a PLANIOL en ALESSANDRI (1988) p. 20, CLARO SOLAR (1979) p. 556 y BETTI (1970) p. 122.

la equidad natural, las que permiten, aceptan y toleran estos hechos y que produzcan consecuencias jurídicas.

En los conceptos previos a Pothier se vio que por razones de equidad se asimilan a los contratos y -es más- se les considera un tipo de contrato²⁵, pues generan acción y se puede responder a través de ellas de las consecuencias que generan. Siguiendo este orden de ideas, la nomenclatura utilizada “cuasi” no se ve comprometida. Sin embargo, el conflicto se presenta en el momento en que los cuasicontratos son considerados fuente propia y autónoma, diferente e independiente de los contratos, de las obligaciones.

Consiguientemente, es la calidad accesoria frente a los contratos lo que les daba validez a los cuasi contratos, y asimismo estudiarlos como anexos a los contratos a los que se asemejan no les resta fuerza. Empero que el término “cuasi contrato” impulse una consideración independiente a los contratos es lo que genera confusión. Porque la palabra “cuasi” da a entender que algo se aproxima a otra cosa que presenta características similares, cuando en la realidad jurídica ello no es así, pues la diferencia sustancial entre los contratos y los cuasicontratos es la ausencia de consentimiento. Las palabras usadas por Justiniano no entienden elevarlos a la categoría de fuentes de las obligaciones, sino realizar una *katacrexis*²⁶ respecto a las consecuencias jurídicas, pues en sí los cuasi contratos y los cuasi delitos demuestran la falta de un elemento propio a la figura a la que se asemejan, para ser caracterizados definitivamente como contratos y como delitos.²⁷

²⁵ HEINECIO (1830) p. 99 y siguientes, sostiene que: las obligaciones nacen inmediatamente de la equidad natural y mediamente de un hecho obligatorio, pone ejemplo del primero la obligación del padre de alimentar al hijo. Cuando se refiere a las obligaciones que nacen de un hecho, señala que esos hechos pueden ser lícitos o ilícitos. El lícito consiste en el consentimiento y el ilícito en un delito. A continuación hace una división de las obligaciones, las que nacen de una convención y las que nacen de un delito. Luego sostiene que la convención se divide en contrato y pacto, y la diferencia entre ellas es que los contratos producen acciones. Continúa que a su turno los contratos se dividen en *verdaderos contratos* y en *cuasi contratos*, señalando que la división entre ambos se debe a la forma en que se prestó el consentimiento. Del verdadero consentimiento nacen los verdaderos contratos y del consentimiento presunto o ficto nacen los cuasicontratos.

²⁶ GUZMÁN BRITO, comunicación oral en el *Primer Congreso Mundial de Derecho Romano y Comparado*: Valparaíso, 22-24 de julio de 2015: Se utiliza la expresión *katacrexis* y no analogía, porque esta última aplica una misma razón a dos situaciones. En cambio, la *katacrexis* aplica el nombre de una cosa a otra que no tiene nombre.

²⁷ BIONDI (1965) p. 372.

Finalmente, para definir los cuasicontratos, se optó por buscar un común denominador entre ellos y así se acomodó su definición como hechos voluntarios, lícitos y no convencionales²⁸, incluso se encuentran legislaciones²⁹ y jurisprudencia³⁰ nacional que mantienen dicho concepto. Estas características unían a las diversas instituciones que se agrupan como cuasicontratos, pero más que nada el concepto sirve para delimitar las carencias con las restantes fuentes.³¹

En conclusión, a pesar de los esfuerzos y la insistencia en otorgarles un lugar como fuente de las obligaciones, sus críticas continúan. Conjuntamente, el concepto cuasicontrato va perdiendo fuerza e incluso está siendo desplazado por nuevas figuras que van adquiriendo reconocimiento como hechos generadores de obligaciones.

II. TEORÍAS ALREDEDOR DE LOS CUASICONTRATOS

Se advirtió que se encuentra extendida la postura de autores que pretenden desconocer el carácter de fuente a los cuasicontratos, reduciendo la enumeración de ellas. Sin perjuicio, no se hará mención en el presente artículo a dichas posturas porque escapa al contenido del mismo.

²⁸ ALESSANDRI *et al.* (2004) p. 55; COURT y WEGNER (2013) p. 40; ABELIUK (2014) p. 215; BARCIA (2007) p. 223; RUZ (2011) p. 47; MEZA BARROS (2004b) p. 317; VIAL (2003) p. 31; ALBALADEJO (2011) p. 318; PESCIO (1961) p. 19; AUBRY (1920) p. 291; GARCÍA GOYENA (1852) pp. 241 y 242; DELVINCOURT (1834), p. 221-222; TALAMANCA (2001) p. 315, quien reconoce su carácter de acto lícito; KASER (1968) p. 178.

²⁹ Artículo 1.887 Código Civil español: "Son cuasi contratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados"; Artículo 1.371 Código Civil francés: "*Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties*"; el Código Civil colombiano llega a la misma conclusión desprendiéndose de la correlación de los artículos 666, 1.494 y 2.302; en el mismo sentido véase el Código Civil de El Salvador en sus artículos 567, 1.308 y 2.035; asimismo el Código Civil ecuatoriano en la relación de los artículos 596, 1.453 y 2.184;

³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, *Intergas S.A. con Luis Alberto Valdebenito* (2015, rol nº 1206-2015).

³¹ En palabras de DIEZ-PICAZO (2008) p. 178: "Se trata de una definición descriptiva, que no intenta otra cosa que obtener una fórmula lingüística que pueda compendiar las dos categorías que el Código va a recoger después, a saber, la gestión de negocios ajenos sin mandato y el pago o cobro de lo indebido (...)".

Se observó la confusa participación de los cuasicontratos como fuente de las obligaciones. A fin de justificar su existencia, los juristas comenzaron a conjugar diversas variables con la finalidad de probar y evidenciar su pertenencia al sistema de las fuentes de las obligaciones.

Así se distinguen numerosas explicaciones que giran en torno a la noción de cuasi contrato buscando, sin consuelo, dar cabida a ésta dentro del Derecho. Se analizarán teorías que se basan en la voluntad tácita; en la existencia de un consentimiento presunto o fingido; se buscará también, su razón de ser siguiendo a la equidad natural y a la Ley, entre algunas.

A continuación se examinarán todas y se hará mención a sus críticas. Una de las primeras, considera que los cuasicontratos existen, pues entre ellos medió un consentimiento tácito.³² Recordar que en la formación del consentimiento se requiere que la voluntad se manifieste en forma expresa o tácita. La voluntad declarada en forma expresa es aquella que se manifiesta en términos formales y explícitos, y la tácita es aquella que se desprende de hechos o conductas de la persona en orden a asentir la obligación. Ahora bien, esta postura queda en desuso, pues la voluntad declarada, bien sea en forma expresa o tácita forma el consentimiento³³ y, si dicho acto tiene por objeto crear derechos y obligaciones, será un contrato, por tanto, no puede calificarse como un casi contrato.

³² MANRESA Y NAVARRO (1907) p. 538: "En doctrina corriente en todas las legislaciones y entre todos los tratadistas que el consentimiento origen de obligaciones civiles pueden manifestarse de dos maneras distintas: una expresa mediante el concurso de voluntades de las personas interesadas en la relación jurídica que se crea para la constitución de dicha obligación, que es lo que recibe el nombre de contrato, y otra tácita derivada de actos ejecutados por una sola parte sin convención alguna; pero que el que los ejecuta tiene que quedar sujeto a las consecuencias que en derecho puedan producir los mismos, pues la ley presume que el que los lleva a cabo lo hace con la intención de someterse a todos sus efectos jurídicos. De aquí que por la analogía que esta clase de actos tienen con los contratos, de los cuales sólo le separan la falta de convención ó de expresión del consentimiento, se les haya dado el nombre de cuasicontrato". Agrega: "Sin embargo, no pueden confundirse unos y otros, ni estimarse idéntica la razón de derecho en los mismos, pues aparte de la diferencia indicada de ser en los contratos expresa la voluntad y tácita en los cuasicontratos, existe otra no menos esencial é importante, cual es la de que éstos no traen origen de la convención como los contratos, sino que son impuestos por la ley en virtud de los altos principios de equidad y de justicia".

³³ ALESSANDRI *et. al* (2009) p. 194; DUCCI (2007) p. 244; GIORGI (1929) p. 18.

La teoría siguiente, cuyo expositor es Heinecio, advirtió en los cuasicontratos la existencia de un consentimiento presunto o fingido.³⁴ Primero, precisar qué se entiende por presunciones.³⁵ Y se recurre a ellas para desprender un hecho desconocido de uno conocido. En este caso, el “hecho conocido” son las obligaciones, por tanto, el “hecho desconocido” es el consentimiento. Continuando con el mismo orden de ideas, no habría problema en decir que las obligaciones nacen propiamente de un contrato y no de un cuasicontrato. Asimismo Heinecio señala que del consentimiento verdadero nacen los verdaderos contratos y del consentimiento presunto nacen los cuasicontratos. No olvidar que para él los contratos se clasifican en verdaderos y cuasi. Así Heinecio agrega que el consentimiento presunto se manifiesta a través de los hechos de las partes o del autor, y de esos hechos se presumirá el asentimiento para adquirir los derechos y obligaciones. Finaliza señalando que el consentimiento se presumirá por razones de equidad.³⁶ Recurre a la ficción legal para explicar la existencia de los cuasicontratos, luego para agruparlos

³⁴ HEINECIO (1847) p. 294 señala: “Vinn. dio en el verdadero punto de la dificultad Vinio al negar que el consentimiento tácito sea el fundamento de las obligaciones que nacen de cuasi contratos, y hace muy bien en conceder que el cuasi contrato nace de un consentimiento fingido o presunto”; HEINECIO (1830) p. 204 sostiene: “todo contrato está fundado en el *consentimiento*. El consentimiento ó es *verdadero* ó *fingido*, es decir, *presunto*. Del verdadero nacen los verdaderos contratos, y del presunto, esto es, de un hecho, los cuasi contratos”; SALA (1820) p. 1-2 señala: “Agotados los contratos y las donaciones, á las que las leyes Romanas dieron en parte el honor de contratos, en quanto á su pacto, le hicieron productivo de acción contra la naturaleza de los pactos nudos, constituyéndole legítimo, es preciso digamos algo de las obligaciones que nacen de unos hechos honestos y buenos, tan semejantes en sus efectos á los contratos que el derecho finge, ó hace presumir que lo son: por lo cual los Intérpretes de las leyes Romanas y nuestros Autores lo llaman a boca llena quasi contratos, y así les llamaremos aquí”.

³⁵ Artículo 47 inciso 1° del Código Civil chileno: “Se dice *presumirse* el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas”.

³⁶ HEINECIO (1830) p. 222.

como contratos. Este movimiento ha recibido duras críticas³⁷ argumentando que la ficción no puede prevalecer por sobre la realidad.³⁸

Las posturas recién analizadas, que explican la existencia del cuasi contrato a través de una voluntad tácita o de un consentimiento presunto, encuentran un contrato oculto o disimulado en los cuasicontratos, los que son imperfectos en su formación, pero no por ello dejan de ser contratos.³⁹ Esta postura tuvo acogida, por ejemplo, en el Código Civil peruano de 1852⁴⁰, ya derogado. Sin embargo, conceder como ciertas estas teorías altera el sistema jurídico y el esquema de formación del consentimiento, generando aún más confusión, pues el apelativo *cuasi* da a entender que es casi algo que, en realidad no es.

No olvidar que las diferencias entre los contratos y los cuasicontratos, están representadas por la ausencia de ciertos elementos determinantes para que nazca un acto jurídico y éstos son el consentimiento y la capacidad, los que no se toman en cuenta para que las obligaciones nacidas de un cuasicontrato tengan validez.⁴¹

³⁷ GIORGI (1929) p. 18 señala lo siguiente: “Si un profesor de mecánica celeste, para dar cuenta del movimiento de rotación de los planetas alrededor del sol, dijese que están atados por cuerdas ocultas, ¿quién no se reiría de la pobreza de este argumento? ‘Si un naturalista, añade con razón Béliame, para explicar la causa de la marea, la atribuyese a un viento oculto, porque el verdadero viento produce alguna vez levantamiento del agua parecidos a la marea, todos se reirían de él. Y, sin embargo, su manera de razonar no sería desemejante a la de los secuaces de esta escuela’”.

³⁸ Reconocer que la ley en algunas oportunidades recurre a las ficciones legales o bien a las presunciones para lograr probar la existencia de un hecho que se desconoce. Si fuese ese el sentimiento que se busca debieran llamarse contratos los cuasicontratos, más se sabe que el fundamento que se encuentra detrás de ellos no es éste. Ejemplo, la ficción del artículo 8, la presunción del inciso segundo del artículo 76; la presunción del inciso primero del artículo 84; la presunción del inciso segundo del artículo 700, entre algunas, todas del Código Civil chileno.

³⁹ Véase la teoría del contrato implícito en los cuasicontratos BIRKS y McLEOD (1986) pp. 46-85.

⁴⁰ Artículos 2.110 y 2.111 Código Civil peruano de 1852 se referían a las obligaciones que nacían del consentimiento presunto: cuasicontratos véase en GUZMÁN BRITO (2001b) p. 550.

⁴¹ Véase a PLANIOL (1917) p. 254 y también, véase a Planiol en ALESSANDRI (1988) p. 18 y CLARO SOLAR (1979) p. 555; FUEYO (1958) p. 47; PLANIOL y RIPERT (1946) p. 14.

Posteriormente, la equidad es la posible solución de la existencia de los cuasicontratos. Y es así como Pothier⁴², señala que es la ley sola o la equidad natural la que produce la obligación, puesto que hace obligatorio el hecho de que resulta. Ahora bien para quienes critican la enumeración tradicional de las fuentes de las obligaciones podría ser una solución, pues la ley natural es causa de todas las obligaciones. Y si los contratos, delitos y cuasidelitos generan obligaciones es porque la ley natural ordena que se cumpla lo convenido y se repare el daño causado.⁴³ Las críticas⁴⁴ apuntan a la ambigüedad de ambos conceptos, tanto de la equidad, como los cuasicontratos, los que no se satisfacen a sí mismos y ampliarían su enumeración.

Finalmente se relacionó a los cuasicontratos con el enriquecimiento sin causa, advirtiendo correspondencia entre ambas instituciones⁴⁵, o bien tratando de reformular la figura de los cuasicontratos a través del principio del enriquecimiento sin causa. Hay quienes han ido más lejos, considerando al enriquecimiento sin causa⁴⁶ como fuente de las obligaciones. Y así los

⁴² POTHIER (2007) p. 68, quien a su turno lo toma de Heinecio que veía a la equidad como fuente inmediata de las obligaciones, presumiendo así el consentimiento por equidad, véase en HEINECIO (1830) p. 99.

⁴³ POTHIER (2007) p. 71.

⁴⁴ COING (1996a) p. 499 en oposición GIORGI (1929) p. 20 quien considera que el fundamento del vínculo jurídico de los cuasicontratos se encuentra en la equidad natural. No obstante, agrega que no es suficiente para construir un sistema completo y armónico con el Código Civil, puesto que no todas las obligaciones cuasi contractuales nacen del enriquecimiento sin causa y no todas las obligaciones que encuadran en el enriquecimiento sin causa deben ser consideradas como obligaciones cuasicontractuales.

⁴⁵ A propósito de las críticas que hace Marcel Planiol a los cuasicontratos, ya sugería un rasgo común entre los cuasicontratos y el enriquecimiento sin causa, señalando que el enriquecimiento que se produce como consecuencia de hechos llamados cuasicontratos constituyen hechos ilícitos, y así concluye que los hechos cuasicontractuales están más cerca de los delitos que de los contratos. Véase en RUZ (2011) p. 54 y ss; MAZEAUD *et al.* (1978) p. 61; mismo postura de Demolombe, véase en JOSSERAND (1950) p. 453; en oposición, GIORGI (1929) p. 24.

⁴⁶ MAZEAUD *et al.* (1960) p. 509; ROTONDI (1953) p. 371; COLIN y CAPITANT (1960) p. 875; JOSSERAND (2008) p. 14; ALBALADEJO (2011) p. 320; Díez-PICAZO y GULLÓN (2012) p. 399 quien señala que la tradición germana por influencia de Windscheid considera al enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones, al consagrar una cláusula general que obliga a la restitución, si alguien se enriquece a costa de otro, lo que es muy diferente a la tradición francesa; VON THUR (2007) p. 239; VIAL (2003) p. 34.

códigos modernos⁴⁷ optan por desterrar a los cuasi contratos de las fuentes de las obligaciones, abriendo paso a conceptos o figuras generales o reconociendo o el carácter propio de la gestión de negocios y del pago indebido. Finalmente, hay quienes optan por estudiar estas dos últimas como accesorias al contrato de mandato y a las normas del pago, respectivamente.

También se ha considerado que las obligaciones cuasi contractuales son simplemente obligaciones legales.⁴⁸

Finalmente hay quienes han pretendido justificar y mantener la noción de cuasicontratos advirtiendo que detrás de ellos se esconden principios de

⁴⁷ Entre algunos destaca el Código Civil italiano en el artículo 1.173 que al señalar las fuentes de las obligaciones sólo refiere a los contratos, a los delitos y a cualquier otro acto o hecho capaz de producirlas; respecto al antiguo Código Civil argentino se deben relacionar las siguientes normas, el 499 y las normas contenidas en el título I de la sección segunda. El primero señalaba que no hay obligación sin causa, y las causas pueden ser hechos o actos lícitos e ilícitos, las relaciones de familia o las relaciones civiles. Luego en las normas posteriores serán considerados hechos voluntarios, del hombre, aquellos que sean ejecutados con discernimiento, intención y libertad. Agrega que si los hechos voluntarios son lícitos, pero no tienen por fin inmediato alguna adquisición, modificación o extinción de derechos y obligaciones, sólo producirán efectos si la ley lo señalaba expresamente. El actual Código Civil y Comercial argentino consagra al contrato como la principal fuente de las obligaciones enumerando a las restantes como las “otras fuentes de las obligaciones” en el título V del libro III, y señala como otras fuentes a la responsabilidad civil, gestión de negocios, empleo útil, enriquecimiento sin causa, declaración unilateral de voluntad y títulos valores; el Código Civil peruano de 1984 regula en los artículos 1.954 y 1.955 el enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones; LASARTE (2003) p. 297, quien refiere la intrascendencia de la categoría cuasicontractual, pues el BGB, ni el código suizo, italiano de 1942, portugués de 1966 siguieron con la figura; VON THUR (2007) p. 25; COING (1996a) p. 501; ALESSANDRI *et al.* (2004) p. 57; PEÑAILILLO (2006) p. 98.

⁴⁸ BUDANO (2012) p. 153-154 quien señala: “Concluye Planiol este aspecto de la cuestión afirmando que aquellas que la denominación clásica ha llamado obligaciones delictuales, cuasidelictuales y cuasicontractuales no son más que la conversión a dinero de una obligación legal preexistente que no ha sido ejecutada, o que ha sido violada”; COING (1996a) p. 499, quien señala: “Existen dos concepciones con respecto a las obligaciones del cuasicontrato. La una, de eficacia similar a la contractual, concluye en un *consensus fictivus, tacitus* o *praesumptus*; la otra rechaza este concepto y acepta una obligación inmediata de la ley o *aequitas*”; FUEYO (1958) p. 48.

orden moral como la solidaridad social, la justicia y la equidad natural más que una pretendida semejanza a contratos tipificados.⁴⁹

Sin perjuicio de lo anterior, el análisis particular de cada una de las teorías no deja de tener cierta veracidad si se entiende el verdadero sentido de los cuasicontratos, tal cual como los conocieron los romanos. Aplicar los efectos de las obligaciones contractuales a aquellas obligaciones que nacían de *quasi ex contractu*. El fin era poder determinar su régimen aplicable. No obstante, los juristas le dieron importancia a los cuasicontratos concediéndoles un valor de fuente y buscando explicaciones a su existencia. La tendencia actual se inclina por abandonar la noción de cuasicontrato, directrices que habían comenzado en el siglo XIX con Marcel Planiol.

CONCLUSIONES

Los cuasicontratos son una institución jurídica que se encuentra arraigada en la legislación nacional. Sin embargo, ellos no escapan a las diversas pugnas jurídicas que han existido para buscarles una explicación.

Se ha analizado lo difícil que es definirlos y ubicarlos como fuentes de las obligaciones, ya que se está ante un concepto que no es fiel y que escapa al sistema de fuentes.

⁴⁹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2012) p. 291-291; GARCÍA GOYENA (1852) p. 240 quien señala a propósito de las obligaciones que se contraen sin convención: “Así, la ley debe querer por nosotros lo que querríamos siendo justos, y supone entre los hombres, en ciertos casos imprevistos, las obligaciones necesarias para la conservación del orden social. De estas obligaciones, unas resultan de la sola autoridad de la ley; otras tienen por causa un hecho personal, *lícito ó ilícito*, ajeno, sí, de toda convención, pero al que la misma ley por presunción, *juris et de jure*, hace inherente cierta obligación. En el artículo se citan ejemplos de las de la primera especie (constituidas por la ley), y apenas hay un título en los libros 1 y 2 donde no se encuentren otros: por consiguiente, no pueden ya ser materia de este título. Las segundas (formadas por un hecho personal, *lícito ó ilícito*) están fundadas en los grandes principios de moral, tan profundamente gravados en el corazón de todos los hombres, *que es necesario hacer á otros lo que quisiéramos que ellos hicieran por nosotros en iguales circunstancias, y que estamos obligados á reparar los agravios y daños que hayamos causado*”; GAUDEMET (2000) p. 296 sostiene: “se ha admitido, independientemente de toda disposición legal, que existe cuasicontrato, cuando lo impone un principio de equidad en cuya virtud nadie puede enriquecerse sin causa a costa de otro. Ese es el principio de enriquecimiento sin causa. de ahí que en el estado actual de la doctrina y de la práctica, los cuasicontratos sean a veces reconocidos por la ley y a veces sólo por un simple principio de equidad”.

Se estudiaron las diversas teorías que trataron de justificar su lugar como fuente, sin embargo, aquellas que establecían su origen en la voluntad tácita o en el consentimiento presunto no hacían más que reconocer que no era el cuasicontrato la fuente de las obligaciones sino un contrato oculto o disimulado en ellos. Posteriormente se vio la equidad natural y a la ley como posibles explicaciones y, finalmente, las legislaciones han optado por reconocer y preferir la figura del enriquecimiento sin causa por sobre los cuasicontratos. Comentar que la jurisprudencia nacional ha señalado que el fundamento de los cuasicontratos debe buscarse en la equidad natural que se expresa a través del principio de la prohibición del enriquecimiento sin causa.⁵⁰

No obstante, se considera taumatúrgica su subsistencia en el Derecho. Y a propósito de la enumeración de qué figuras revisten el carácter de cuasicontratos, la doctrina discute si se está en presencia de un *numerus clausus*⁵¹ o *apertus*⁵². Es más, incluso jurisprudencia⁵³ chilena ha reconocido la existencia de cuasicontratos innominados. Se reconoce en España, a consecuencia de dos fallos, la existencia de cuasicontratos atípicos, los que, sin embargo, fueron fuertemente criticados.⁵⁴

En Roma, como se señaló, se consideraron como cuasicontratos a la *negotiorum gestio*, las obligaciones de los tutores, los casos en que la cosa pertenecía en común a varios sin mediar sociedad, las obligaciones del heredero

⁵⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, *Intergas S.A. con Luis Alberto Valdebenito* (2015, rol n° 1206-2015).

⁵¹ GARCÍA GOYENA (1852) p. 243, señala que las obligaciones entre el tutor y su pupilo, así como las del heredero y sus legatarios tienen origen exclusivamente en la ley. también excluye como cuasicontrato a la comunión de cosa sin sociedad. Argumenta que los códigos modernos reservan sólo el nombre de cuasicontratos para la gestión sin mandato y el pago indebido; BARCIA (2007) p. 225 señala que aun cuando el artículo 2.285 del Código Civil nacional no menciona a todos los cuasicontratos, sólo se considerarán como tales aquellos que la ley señale expresamente que lo son; GIORGI (1929) p. 30, quien señala que así como es vaga su definición aún más es su enumeración, por tanto los limita únicamente a la gestión de negocios y al pago de lo indebido.

⁵² RUZ (2011) p. 58 al mencionar la existencia de cuasicontratos innominados amplía su enumeración; MANRESA Y NAVARRO (1907) p. 539; POTHIER (2007) p. 68; LASARTE (2003) p. 297 quien hace referencia a dos sentencias del Tribunal Supremo español que se manifiesta sobre cuasicontratos atípicos o innominados.

⁵³ Corte Suprema, *Alarcón con Galdames* (1920) a propósito del reconocimiento de un cuasicontrato innominado entre convivientes.

⁵⁴ DÍEZ-PICAZO (2008) p. 180-181.

y los casos del pago indebido.⁵⁵ Por su parte, el Código Civil chileno menciona expresamente como cuasicontratos a la agencia oficiosa, al pago de lo no debido, a la comunidad, y al depósito necesario que se hace en una persona incapaz. Además, de la lectura del artículo 1.437 se desprende que la aceptación de una herencia o legado constituiría también un cuasi contrato. Finalmente, recordar que el Proyecto de Código Civil de 1853 mencionaba un cuarto cuasicontrato, el de la vecindad.⁵⁶ La mención al cuasicontrato de vecindad fue suprimida en el Proyecto Inédito de 1855.

Finalmente, no se puede dejar de mencionar que el nombre y concepto de cuasicontrato se encuentra superado, pues no alcanza a satisfacer con su nombre las figuras que se reconocen como tales, y tampoco puede abarcar todas aquellos nuevos hechos que reúnan las características de hechos lícitos, voluntarios y no convencionales. Asimismo, hay autores⁵⁷ y códigos que han optado o bien preferirían erradicarla del vocabulario jurídico, luego, porque están desprovistas de toda realidad y rigor científico y jurídico. Puesto que no se distingue una capacidad de querer y entender a través de una voluntad que se concreta y que busca conscientemente la generación de efectos jurídicos. El problema es qué hacer con la enumeración de las fuentes de las obligaciones. La función de clasificar y enumerar las fuentes puede quedar entregada a la doctrina y el legislador, simplemente, dedicarse a mencionar que existen diversos hechos que generan obligaciones dentro de los cuales se distinguen principalmente a los contratos y delitos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABELIUK, René (2014): *I Las Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición actualizada).

ALBALADEJO, Manuel (2011): *Compendio de Derecho Civil* (14ª edición, Madrid, Edisofer s.l.).

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1988): *Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda.).

⁵⁵ II. 3.27; HEINECIO (1830) p. 224.

⁵⁶ Artículo 2.437 del Proyecto de Código Civil de 1853: “*Hai cuatro principales cuasicontratos: la gestión de negocios, el pago de lo no debido, la comunidad i la vecindad*”.

⁵⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2012) p. 291; DÍEZ-PICAZO (2008) p. 179; VIAL (2003) p. 34; MESSINEO (1955b) p. 442.

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio (2004): *I Tratado de las Obligaciones. De las obligaciones en general y sus diversas clases* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

_____ (2009): *II Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*, (7ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

AUBRY RAU (1920): *VI Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zacharie* (5a edición, Paris, Editeur, libraire de la Cour de Cassation).

BARBERO, Doménico (1967): *III Sistema del Derecho Privado. Obligaciones* (Trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América).

BARCIA, Rodrigo (2007): *II Lecciones de Derecho Civil Chileno. De las fuentes de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

BELLO, Andrés (1981): *XVII Obras Completas de Andrés Bello. Derecho Romano* (Caracas, Fundación La Casa de Bello).

BETTI, Emilio (1970): *II Teoría general de las Obligaciones* (Trad. José Luis de los Mozos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).

BIONDI, Biondo (1965): *Istituzioni di Diritto Romano* (4ª edición, Milano, Dott. A. Giuffré-Editore).

BIRKS, Peter y McLEOD, Grant (1986): "The implied contract theory of quasi-contract: civilian opinion current in the century before Blackstone", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6 nº 1: pp. 46-85.

BONFANTE, Pietro (1979): *IV Corso di Diritto Romano. Le obbligazioni* (Milano, Dott. A. Giuffré Editore).

BUDANO, Antonio (2012): "Breve contribución al estudio de las fuentes de las obligaciones", *Prudentia Iuris*, nº 73. Disponible en: <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/breve-contribucion-estudio-fuentes.pdf>>, fecha de consulta: 15 de marzo de 2016.

CABRILLAC, Rémy (2009): "El Derecho civil francés desde el Código Civil", *Revista de Derecho*, vol. XXII nº 2: pp. 65-73.

- CLARO SOLAR, Luis (1979): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo XII, vol. III.
- COING, Helmut (1996a): *I Derecho privado europeo. Derecho común más antiguo (1500-1800)* (Trad. Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado).
- _____ (1996b): *II Derecho privado europeo. El siglo XIX* (Trad. Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado).
- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. (1960): *III Curso elemental de Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones* (Trad. Revista general de legislación y jurisprudencia, 4ª edición, Madrid, Instituto Editorial REUS).
- COURT, Eduardo y WEGNER, Veronika (2013): *Derecho de las Obligaciones. Las obligaciones en general y sus clases. Legislación, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Legal Publishing Chile).
- DELVINCOURT, M. (1834): *III Cours de Code Civil* (2ª edición, Paris, Videcoq. Libraire).
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2008): *II Fundamentos del Derecho Patrimonial. Las relaciones obligatorias* (6ª edición, Pamplona, Editorial Aranzadi).
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2012): *Sistema de Derecho Civil* (10ª edición, Madrid, Editorial Tecnos) Tomo II, vol. II.
- DERNBURG, Arrigo (1903): *Diritto delle Obbligazioni* (Trad. Francesco Bernardino Cicala, Torino, Fratello Bocca Editori).
- D`ORS, Álvaro (1991): *Derecho privado Romano* (8ª edición, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A.).
- DUCCI, Carlos (2007): *Derecho Civil. Parte general* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ESCRICHE, Joaquín (1874): *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia por D. Joaquín Escriche* (Madrid, Imprenta de Eduardo Cuesta).
- FABRES, José (1912): *IX Obras completas. Instituciones de Derecho Civil chileno* (Santiago, Imprenta y encuadernación "La Ilustración").

FUEYO, Fernando (1958): *Derecho Civil. De las Obligaciones* (Santiago, Roberts y Cía. Ltda. Editores) Tomo IV, vol. I.

GARCÍA DEL CORRAL, D. Ildefonso L. (1987): *Cuerpo del Derecho Civil Romano* (Trad. Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona, Jaime Molinas, Editor-Consejo de Ciento).

GARCÍA GOYENA, Florencio (1852): *IV Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial).

GAUDEMET, Eugene (2000): *Teoría general de las Obligaciones* (3ª edición, trad. Pablo Macedo, México, Editorial Porrúa).

GIORGI, Jorge (1929): *V Teoría de las Obligaciones. Fuente de las Obligaciones; Cuasi-contratos; Hechos ilícitos; Leyes* (2ª edición, trad. Revista general de legislación y jurisprudencia, Madrid, Editorial REUS S.A.).

GUZMÁN BRITO, Alejandro (2001a): *I Derecho Privado Romano*, tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

_____ (2001b): "El tradicionalismo del Código Civil peruano 1852", *Revista de estudios histórico-jurídicos*, nº 23: pp. 547-565.

HEINECIO, Johann (1830): *II Recitaciones de Derecho Civil de J. Heinecio* (Trad. D.L.C.B., Madrid, Imprenta de P. Sanz).

_____ (1847): *II Comentario Académico y Forense del célebre jurisconsulto Arnoldo Vinnio á los cuatro libros de las Instituciones Imperiales de Justiniano* (Trad. D.J.L. y B., Barcelona, Establecimiento tipográfico de D. Juan Oliveres Impresor de S.M.).

HERNÁNDEZ, Antonio (1988): *III Obras completas. Derechos de las obligaciones* (4ª edición, Madrid, Espasa-Calpe S.A.).

JOSSEMAND, Louis (1950): *Derecho Civil. Teoría general de las Obligaciones* (Trad. Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América) Tomo II, vol. I.

_____ (2008): *Teoría general de las obligaciones* (Santiago, Editorial Parlamento Ltda.).

- KASER, Max (1968): *Derecho Romano Privado* (Trad. José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Instituto Editorial, REUS, S.A.).
- LACRUZ, José, SANCHO, FRANCISCO, DELGADO, Jesús y RIVERO, FRANCISCO (1985): I *Derecho de las Obligaciones. Delito y cuasidelito* (2ª edición, Barcelona, José María Bosch).
- LARENZ, Karl (1958): I *Derecho de las Obligaciones* (Trad. Jaime Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).
- LASARTE, Carlos (2003): II *Principios de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones* (8ª edición, Madrid, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A.).
- MANRESA Y NAVARRO, José (1907): XII *Comentarios al Código Civil español* (Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación).
- MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Lèon y MAZEAUD, Jean (1960): II *Lecciones de Derecho Civil. La responsabilidad civil. Los cuasicontratos* (Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América) Parte segunda.
- _____ (1978): I *Lecciones de Derecho Civil. Obligaciones: El contrato, La promesa unilateral* (Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América) Parte segunda.
- MESSINEO, FRANCESCO (1955a): IV *Manual de Derecho Civil y Comercial. Derecho de las Obligaciones, parte general* (Trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América).
- _____ (1955b): VI *Manual de Derecho Civil y Comercial. Regulaciones Obligatorias Singulares* (Trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América).
- MEZA BARROS, Ramón (2004a): I *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones* (10ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MEZA BARROS, Ramón (2004b): II *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones* (10ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MOMBERG, Rodrigo (2015): "La reforma al Derecho de las obligaciones y contratos en Francia. Un análisis preliminar, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 24: pp. 121-142.

PLANIOL, Marcel (1917): *II Traité élémentaire de Droit Civil* (7ª edición, Paris, Librairie générale de droit & de jurisprudence).

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge (1946): *VI Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones* (Trad. Mario Díaz Cruz, Habana, Cultural, S.A.) Primera parte.

_____ (1945): *VII Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones* (Trad. Mario Díaz Cruz, Habana, Cultural, S.A.) Segunda parte.

PEÑAILILLO, Daniel (2006): *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

PESCIO, Victorio (1961): *Comentario acerca de las fuentes de las obligaciones, de la voluntad unilateral y la teoría del contrato en el Derecho Civil y comparado* (Valparaíso, Prensas de la Escuela de Derecho de Valparaíso).

POTHIER, Robert (2007): *Tratado de las Obligaciones* (2ª edición, trad. Guillermo Cabanellas de Torres, Buenos Aires, Editorial Heliasta).

RAMOS PAZOS, René (2008): *De las Obligaciones* (3ª edición, Santiago, Legal Publishing Chile).

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1965a): *IV Tratado de Derecho Civil según el tratado de Paniol. Las Obligaciones* (Trad. Delia García Daireaux, Buenos Aires, La ley) Primera parte.

_____ (1965b): *V Tratado de Derecho Civil según el tratado de Paniol. Las Obligaciones* (Trad. Delia García Daireaux, Buenos Aires, La ley) Segunda parte.

ROTONDI, Mario (1953): *Instituciones de Derecho Privado* (Trad. Francisco F. Villavicencio, Barcelona, Editorial Labor S.A.).

RUZ, Gonzalo (2011): *II Explicaciones de Derecho Civil. Obligaciones* (Santiago, Legal Publishing Chile).

SALA, Juan (1820): *II Ilustración del Derecho Real de España* (2ª edición, Madrid, Editorial Don José del Collado).

SAMPER, Francisco (2000): *Instituciones Jurídicas de Gayo. Texto y traducción* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

_____ (2012): *Derecho Romano* (3ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

TALAMANCA, Mario (2001): *Elemento di Diritto Privato Romano* (Milano, Dott. A. Giuffré Editore S.P.A.).

TRONCOSO, Hernán (2011): *De las Obligaciones* (7ª edición, Santiago, Legal Publishing Chile).

VIAL, Víctor (2003): *Manual del Derecho. De las obligaciones en el Código Civil chileno* (Santiago, Editorial Biblioteca Americana).

VINNI, Arnoldi (1755): *Il Arnoldi Vinni JC. In quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus, et Forensis JO. Gottl. Heineccius JC. Recenfuit, & Praefationem Notulafque adjecit* (Lugduni, Typis Petri Bruyset).

VON LINGENTHAL, Zachariae (1907): *Il Diritto Civile Francese* (Trad. Ludovico Barassi, Milano, Società Editrice Libreria).

VON THUR, A. (2007): *Tratado de las Obligaciones* (Trad. W. Roces, Granada, Editorial Comares, S.L.).

WINDSCHEID, Bernardo (1904a): *Il Diritto delle Pandette* (Trad. Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, Torino, Unione Tipografico-Editrice) Parte prima.

_____ (1904b): *Il Diritto delle Pandette* (Trad. Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, Torino, Unione Tipografico-Editrice) Parte seconda.

ZIMMERMANN, Reinhard (1990): *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (New York, Oxford University Press Inc.).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil de Argentina, Ley n° 340 de 1 de mayo de 1871, 54º edición, Abeledo Perrot.

Código Civil de Chile, Decreto n° 391 de 27 de enero de 2009, edición oficial aprobada por el Ministerio de Justicia.

Código Civil de Colombia, Ley n° 57 de 15 abril de 1887, 30º edición, Editorial Legis.

Código Civil de Ecuador, 15º edición 2012, Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Civil de El Salvador, 17º edición 2013, Editorial Jurídica Salvadoreña.

Código Civil de España, 29º edición actualizada a septiembre de 2010, Editorial Tecnos.

Código Civil de Francia, 112º édition 2013, Dalloz.

Código Civil de Italia, actualizado a 2012.

Código Civil de Perú, Decreto Legislativo nº 295 de 25 de julio de 1984.

Código Civil y Comercial de Argentina, Ley nº 26.994 de 7 de octubre de 2014, Editorial Infojus.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Santiago, *Intergas S.A. con Luis Alberto Valdebenito* (2015): 16 de octubre de 2015, rol nº 1206-2015, apelación en juicio sobre constitución de servidumbre, *Westlaw* CL/JUR/6258/2015.

Corte Suprema, *Alarcón con Galdames* (1920): 18 de agosto de 1920, casación en el fondo. Disponible en *Revista de Derecho Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, tomo 19, II, sección 1ª, pp. 256-260.

EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. SU DELIMITACIÓN RESPECTO DE OTRAS FORMAS DE INEFICACIA CONTRACTUAL

*The consumer withdrawal right in the
Spanish legal system. Its delimitation
regarding another contractual
inefficiency*

HENRRY SOSA OLÁN*
Universidad de Salamanca
Salamanca, España

RESUMEN: El derecho de desistimiento del consumidor aparece como un nuevo derecho en las políticas legislativas de la Unión Europea. A pesar de ser una figura asistemática y fragmentaria que se encuentra regulada en diversas leyes, cuenta con unas características propias, lo cual la distingue de otra formas de ineficacia contractual, como la nulidad, anulabilidad, rescisión, etc. Asimismo, con la entrada en vigor de la Ley española nº 3/2014, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007, se unifica y armoniza el régimen jurídico del derecho de desistimiento, tanto en materia de

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Correo electrónico: <henrrypleyares@hotmail.com>.

Artículo recibido el 30 de mayo de 2016 y aprobado para publicación el 2 de noviembre de 2016.

contratación a distancia como en materia de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.

PALABRAS CLAVE: Derecho de desistimiento, consumidor, directiva, contrato, ineficacia contractual

ABSTRACT: *The consumer withdrawal appears as a new right within politics of the European Union. Despite being an unsystematic and fragmentary figure that is regulated in different statutes, it has its own characteristics, which, it distinguish it from others forms of contractual inefficiency, such as the nullity, voidability, rescission, etc. Moreover, with the entry into force of the Spanish Act 3/2014, that modify the Consumers and Users Protection General Act of 2007, the legal regime of the consumer withdrawal right is unified and harmonized in matters of distance contracts and contracts concluded out of business establishments.*

KEYWORDS: *Right of withdrawal, consumer, directive, contract, contractual inefficiency*

INTRODUCCIÓN

A través del paso de los años nos queda clara la delimitación jurídica del derecho de desistimiento del consumidor, por lo tanto, en la actualidad, no cabe confundirlo con otros tipos de ineficacia contractual (resolución, rescisión, anulabilidad, entre otras), ya que posee unos rasgos y caracteres propios.

Asimismo, el desistimiento del consumidor se configura como un derecho nuevo, el cual surge de las políticas legislativas de la Unión Europea. No obstante, cabe aclarar que este derecho no se puede separar de la teoría de obligaciones y contratos, debido a que sus efectos tienen como consecuencia la restitución recíproca de las cosas (artículos 1.303-1.308 del Código Civil, en adelante CC). Sin embargo, estos varían, dependiendo ante qué tipo de contratos nos encontremos. Si el desistimiento recae sobre bienes los efectos que produce son *ex tunc*, es decir, se pretende volver al estado de la cuestión, tal y como se encontraba desde el inicio. En cambio, si sus efectos recaen sobre servicios, el efecto es *ex nunc*, por lo tanto, no existe retroactividad al no poder volver a la situación inicial.

El presente trabajo se encuentra dividido en dos partes. En la primera analizamos los típicos supuestos de ineficacia contractual regulados en el CC como la nulidad, la anulabilidad, la rescisión, la revocación y la resolución. Luego, en la segunda parte, se examina el concepto y las características del derecho de desistimiento del consumidor.

Debemos aclarar que, en España, el artículo 3° del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU), modificado por la Ley n° 3/2014, define al *consumidor* de la siguiente manera: “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

Cabe señalar que el concepto comentado contiene una peculiaridad respecto de la Directiva de los Derechos de los Consumidores (en adelante DDC) de año 2011, pues esta última sólo admite que la persona física sea consumidor.¹ Sin embargo, a pesar de que el artículo 3 del TRLGDCU incluye a las personas jurídicas, en nada contraviene a la normativa comunitaria, debido a que hace la aclaración que serán consideradas consumidores siempre y cuando actúen sin fines de lucro, tal y como lo ha dejado claro el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sus diversas sentencias, en donde ha excluido a las personas jurídicas del régimen jurídico de protección al consumidor que realizan actividades con fines de lucro.²

Lo opuesto a consumidor sería un empresario, el cual es definido en el artículo 4 del TRLGDCU, modificado por Ley n° 3/2014, en los siguientes términos: “A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe

¹ Artículo 2.1 de la DDC: “Toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.

² Vid. Al respecto las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: *Gruber contra Bay Wa AG* (2005, asunto C-464/01), *Engler contra Janus Versand GmbH* (2005, asunto C-27/02), *Benincasa contra Dentalkit* (1997, asunto C-269/95), *Shearson Lehman Hutton contra TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH* (1993, asunto C-89/91); entre otras.

directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

Por otra parte cabe aclarar que la Ley nº 3/2014, por la que se modifica el TRLGDCU, unifica y armoniza el régimen jurídico del derecho de desistimiento, tanto en materia de contratación a distancia como en materia de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, razón por la cual se modifica el Título II del TRLGDCU de 2007, eliminándose el Título V, cuya denominación y contenido pasa ahora al Título IV, en cuyo Capítulo III se regula el derecho de desistimiento en materia de contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil (artículos 102 a 108 del TRLGDCU). Por lo tanto, se unifican los plazos para desistir, las sanciones civiles, las obligaciones del consumidor y vendedor, los efectos del derecho de desistimiento en los contratos vinculados, así como también se facilita su ejercicio con la introducción de un formulario de desistimiento previsto en el Anexo B.³

Por último, cabe aclarar que, a pesar de que el derecho de desistimiento tiene diferentes fundamentos⁴, cuenta con un régimen jurídico propio (artículos 68 a 79 del TRLGDCU) y características propias, tal y como se examina en el presente trabajo.

I. LOS SUPUESTOS DE INEFICACIA CONTRACTUAL

Dentro del presente epígrafe, se analiza de manera general las figuras típicas de ineficacia contractual (nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución y revocación) con el fin de distinguirlas del derecho de desistimiento otorgado al consumidor en ciertos contratos, teniendo en cuenta, además, que éste puede ser compatible con aquéllas en muchos casos.

³ *Vid.* Más sobre el derecho de desistimiento en materia de contratación a distancia en DÍAZ (2014).

⁴ *Vid.* El punto 37 de la DDC cuando aclara: “Dado que en las ventas a distancia el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato, debe disponer de un derecho de desistimiento. Por el mismo motivo, el consumidor debe estar autorizado a probar e inspeccionar los bienes que ha comprado en la medida suficiente que le permita determinar la naturaleza, las características y el buen funcionamiento de los bienes. En cuanto a los contratos celebrados fuera del establecimiento, debe permitirse al consumidor que ejerza un derecho de desistimiento, ya que puede haber un elemento sorpresa o presión psicológica. El ejercicio del derecho de desistimiento debe poner fin a la obligación de las partes contratantes de ejecutar el contrato”.

Los términos “invalidez” e “ineficacia” han sido diferenciados por la doctrina. Un contrato será inválido si no cumple con los requisitos esenciales que la ley exige, como consentimiento, objeto y causa (artículo 1.261 del CC). En cambio, estaríamos ante un contrato ineficaz cuando siendo válido (reúne los requisitos establecidos por la ley), sin embargo, por diversos motivos, no va a producir efectos.⁵ No obstante, tal y como señala Díez-PICAZO, “la terminología no es uniforme (...) Los textos hablan de actos o de negocios inútiles, viciosos, imperfectos, etc”.⁶

Además como señala Márquez González: “Es confuso el panorama que la doctrina presenta cuando se intenta estudiar el sistema de las nulidades o de las ineficacias. Y es que el problema surge precisamente a partir de la propia denominación que se confiere a la materia misma y a los elementos que conforman el problema en estudio. Así, cuando se trata por ejemplo del fenómeno en general, se habla lo mismo de ineficacia que de nulidad, de invalidez y hasta de irregularidad o anormalidad. Cuando de las especies afectadas del grado más alto de nulidad se trata, se habla entonces de actos nulos en forma absoluta, incompletos, inacabados, irrelevantes, inútiles, estériles, nulos de pleno Derecho y naturalmente, inexistentes, denominación esta última que, desde luego, no se encuentra libre de paradojas. Algunos distinguen luego la inexistencia absoluta, material o de hecho, de aquella otra relativa, racional o jurídica (...)”.⁷

A pesar de no haber unanimidad dentro de la doctrina, en lo referente a los términos ineficacia e invalidez, es preciso diferenciarlos. Dentro de la invalidez, nos encontraríamos con las figuras jurídicas de nulidad y anulabilidad, las cuales tienen como fin evitar cualquier tipo de patología que afecte a los elementos esenciales del contrato. En cambio, la ineficacia, en sentido estricto, incluye los defectos o carencias que afectan al contrato de manera

⁵ DE CASTRO (2008) p. 463.

⁶ Díez-PICAZO (2007) p. 556.

⁷ MÁRQUEZ (2008) p. 3.

extrínseca; de este modo, encontramos supuestos de ineficacia contractual como la revocación, rescisión, desistimiento unilateral, resolución⁸, etc.⁹

Por otro lado, es preciso señalar que no existe un criterio uniforme por lo que respecta a la clasificación de los distintos supuestos de ineficacia contractual, debido a que no existe una categoría de orden lógico dentro del ordenamiento jurídico¹⁰, por lo tanto, acudiremos a la ayuda de la doctrina, la cual se ha esforzado por construir una clasificación.

1. La nulidad

La *nulidad* del contrato, como supuesto de ineficacia contractual, tiene como fin principal salvaguardar la defensa de intereses generales o del orden público, razón por la cual el juez puede declararla de oficio, siendo imprescriptible, debido a que está abierta a cualquier persona con interés legítimo¹¹ (artículo 1.261 y siguientes del CC). Asimismo una vez ejercida la acción de nulidad, se deja sin efecto el contrato y, en su consecuencia, procede la devolución de prestaciones, siendo la sanción más grave ante la falta o afectación de los elementos esenciales del propio contrato o contravención del ordenamiento jurídico.

A continuación citamos algunos ejemplos de nulidad absoluta, entre los que encontramos: La carencia absoluta o inexistencia de los elementos esenciales del contrato; el incumplimiento de cualquiera de los requisitos del objeto del contrato; que la causa fuera contraria a Derecho; el incumplimiento de un requisito sustancial del contrato; y que el contrato celebrado fuera en contra de las normas imperativas a la normal y al orden público.¹²

⁸ En palabras de PARRA (1997) p. 155; la rescisión, la revocación, resolución y desistimiento son: “— La *rescisión*, como es sabido, se refiere a contratos válidamente celebrados pero que, produciendo perjuicio a una de las partes o a un tercero pueden ser declarados ineficaces a solicitud del perjudicado (arts. 1.290 a 1.299 CC). — La *revocación* es causa sobrevenida de ineficacia de un negocio otorgado válidamente por voluntad de su otorgante, y se reserva para los negocios jurídicos unilaterales (testamento) o los gratuitos (donación). — La *resolución* es una facultad reconocida legalmente como remedio para la parte de una relación contractual sinalagmática frente al incumplimiento (art.1.124 CC). — El *desistimiento* es la facultad atribuida a una de las partes de una relación obligatoria de poner fin a la misma por su libre determinación”.

⁹ Cfr. LASARTE (2010) pp. 134-135.

¹⁰ Cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2002) p. 102.

¹¹ Cfr. QUICIOS (2009) p. 1218.

¹² Vid. LASARTE (2010) pp. 135 y 136.

La trascendencia de la nulidad tiene un efecto general, es decir, *erga omnes*, por lo tanto las personas a las que afecta este tipo de ineficacia contractual no pueden invocar la protección jurídica de la ley para convalidar el contrato, pues la nulidad trae consigo misma una cadena de nulidades.¹³ La acción de legitimación para reclamar la nulidad corresponde a cualquier persona que ostente un interés legítimo y no está sometida a ningún plazo de ejercicio, considerándose una acción imprescriptible.¹⁴

Como podemos observar, la nulidad como ineficacia contractual no tiene nada que ver con el derecho de desistimiento del consumidor, pues al momento de ejercer el consumidor el derecho que le asiste, el contrato tiene plena eficacia jurídica, dependiendo de la sola voluntad de dicho consumidor su decaimiento o ineficacia, tal y como veremos más adelante. Lo cierto es que la diferencia entre desistimiento y nulidad contractual no plantea mayores problemas, debido a que el derecho de desistimiento presupone la existencia de un contrato válido y tiene características propias que lo alejan de la nulidad, como es el simple hecho de no necesitar fundamento ninguno para su ejecución y concederse sólo a una de las partes (el consumidor), bien de forma legal, bien de forma contractual.

Debe resaltarse, que será nula la cláusula que impida ejercer el derecho de desistimiento al consumidor, debido a que el empresario tiene la obligación de cumplir con ciertos deberes de información que le impone la ley. Esto con la finalidad de que el consumidor emita un consentimiento informado.¹⁵ Además, corresponde al empresario la carga de la prueba, en lo tocante al cumplimiento de los deberes de información y documentación (artículo 69.2 del TRLGDCU). Por otra parte, es importante mencionar que la falta del ejercicio del derecho de desistimiento en el plazo fijado no será obstáculo para el posterior ejercicio de las acciones de nulidad o resolución del contrato cuando procedan conforme a Derecho (artículo 78 del TRLGDCU). Como podemos ver, el derecho de desistimiento es acumulativo con otras acciones previstas en la normativa, razón por la cual, como señala García Vicente: "(...) la remisión a las acciones de nulidad o resolución se refiere indistintamente a las contempladas en las normas especiales (sea o no el Texto Refundido) y en el Derecho común de contratos, no impide el ejercicio de otras no mencionadas específicamente (las acciones indemnizatorias de cumplimiento, u otras) (...)". Además, "(...) no significa que el consumidor no pueda, desde la

¹³ Vid. DE CASTRO (2008) p. 477.

¹⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO (2007) p. 578.

¹⁵ Cfr. BELUCHE (2009a) p. 58.

celebración del contrato y todavía en vigor el derecho a desistir, emprender cualquier otra acción (...).¹⁶

2. La anulabilidad

La *anulabilidad* recae sobre aquellos contratos que, reuniendo los requisitos del artículo 1.261 del CC, lleven aparejados vicios que los invalidan de acuerdo a la ley. El ordenamiento civil llama a estos vicios, *vicios del consentimiento*, entre los que encontramos, el error, dolo, violencia e intimidación.¹⁷ A diferencia de la nulidad de pleno Derecho, la anulabilidad del contrato como forma de ineficacia contractual se da a instancia de parte, por lo cual, sólo la parte afectada la puede invocar. Con este régimen se busca limitar la legitimación para poder ejercerla, es decir, se utiliza la “anulabilidad como vía para huir de la nulidad, como una no *nulidad*.”¹⁸ No es necesaria la existencia de una lesión, pues de ésta se encarga la figura de la rescisión.

Para Díez-Picazo, son fundamentalmente cuatro los motivos que traen consigo la anulación de los contratos contemplada en el CC:

i) La falta de una plena capacidad de obrar. Son anulables los contratos llevados a cabo por los incapaces de obrar o por las personas que poseen una capacidad de obrar limitada, así como aquellos en que no se hayan reunido los suplementos o complementos de capacidad necesarios;

ii) La existencia de los llamados “vicios de la voluntad”. Por esta razón son anulables los contratos que hayan sido celebrados con error esencial excusable, dolo causante, intimidación y miedo grave;

iii) La falta de consentimiento del otro consorte, cuando sea necesario de acuerdo con el régimen jurídico de la sociedad conyugal, para los actos realizados por uno de los cónyuges (*cf.*, artículo 1.322 párrafo 1, frente al párrafo

¹⁶ GARCÍA (2009) pp. 875 y 876.

¹⁷ *Cfr.* QUICIOS (2009) pp. 1255 y 1256. Para esta autora, de declararse un contrato anulable, “habría que predicar de él los tres caracteres esenciales que definen esta ineficacia: la legitimación activa se limita a los sujetos protegidos por la norma vulnerada, la acción está limitada temporalmente y el contrato puede convalidarse. O a la inversa: si se entiende más adecuado este régimen jurídico de ineficacia para sancionar una invalidez contractual, coherentemente habría que calificar el contrato celebrado anulable”.

¹⁸ PASQUAU (1997) p. 95.

2, que declara nulos los actos a título gratuito realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro)¹⁹; y

iv) La falsedad en la causa, contemplada en el artículo 1.301 CC, es considerado un supuesto de anulabilidad. Sin embargo, tal y como señala la doctrina, tal concepto ha generado dudas interpretativas, sobre todo en materia de contratos simulados, debido a que se duda que pudieran estar sujetos al plazo de prescripción/caducidad de 4 años (artículo 1.302 CC).²⁰ Es importante mencionar, que, a diferencia de la falsedad en la causa que provoca la nulidad relativa, la “expresión de causa falsa” contemplada en el artículo 1.276 CC origina la nulidad absoluta por ir en contra de las normas imperativas y prohibitivas (artículo 3 y 6 CC), razón por la cual el contrato no produce efecto legal alguno.

El plazo para el ejercicio de la anulación del contrato es de cuatro años²¹, de acuerdo con lo estipulado con el artículo 1.302 CC. El ejercicio de la acción de anulación del contrato compete también a los obligados subsidiariamente (artículo 1.302 del CC) así como a los herederos en caso de fallecimiento de la persona legitimada para realizarla.²²

La figura de la anulabilidad del contrato tampoco tiene nada que ver con el derecho de desistimiento del consumidor. El derecho de desistimiento del consumidor no encuentra su fundamento en la falta de una plena capacidad de obrar, como tampoco en la existencia de los llamados vicios del consentimiento, ni en la falta de consentimiento de una de las partes. El consumidor puede desistir del contrato sin alegar causa alguna. Además, el plazo que se le concede para desistir es breve, se da por la sola declaración del consumidor²³,

¹⁹ Díez-PICAZO y GULLÓN (2002) p. 595.

²⁰ Vid. GRIMALT (2008) pp. 10 y 11, nota 22.

²¹ Vid. QUICIOS (2009) p. 1276, para esta autora hay que distinguir *el dies a quo* de la anulabilidad del contrato, si “la demanda basada en el error o el dolo (o la falsedad de la causa, que no es más que un tipo de error) ha de interponerse en los cuatro años posteriores a la consumación del contrato; la demanda basada en la violencia o la intimidación, en los cuatro años posteriores a la cesación del vicio”.

²² Cfr. Díez-PICAZO y GULLÓN (2002) p. 596.

²³ Vid. JEREZ (2011) p. 125. Cuando aclara que la anulabilidad se distingue del derecho de desistimiento que las Directivas europeas han impulsado en nuestras leyes (*right to renounce* o *right to withdrawal*), porque el derecho de desistimiento legitima al contratante favorecido para abandonar el contrato dentro de un periodo de tiempo determinado, que suele ser breve (por ejemplo, una semana) sin necesidad de alegar razón alguna, mientras

es irrenunciable, su ejercicio determina la extinción del contrato de consumo concertado y válido, y puede tener su origen legal o contractualmente.

3. La rescisión

La *rescisión* como forma de ineficacia contractual afecta a contratos válidos (artículos 1.290 a 1.299 del CC), cuando no hay otro medio para resarcir a la parte perjudicada por el daño que le ha ocasionado dicho contrato.²⁴ El plazo para ejercitar la rescisión del contrato es de cuatro años (artículo 1.299 del CC), siendo dicho plazo de caducidad. Debemos aclarar que dependiendo del tipo de rescisión ante el que nos encontremos, el *dies a quo* para interponerla varía.²⁵

Para Federico De Castro, tres son las características que distinguen a la rescisión de otras figuras de ineficacia contractual:

i) Priva de eficacia a un negocio válido.

ii) Es subsidiaria, es decir se tienen que agotar antes otros recursos.

iii) Se trata de evitar un perjuicio de tipo económico y, por lo tanto, ha de quedar acreditado dicho daño.²⁶ Este último elemento es el que caracteriza a la rescisión frente a las otras formas de ineficacia contractual, ya que “en toda rescisión contractual subyace el daño económico como justificante de la ruptura del contrato, aunque sea directo en algunos casos e indirecto en otros”.²⁷

La rescisión la puede interponer el perjudicado, que puede ser cualquiera de las partes o un tercero dependiendo del tipo de rescisión, ya sea por

que el ejercicio de la facultad de anular el contrato necesariamente ha de estar fundado en una causa de nulidad relativa legalmente prevista que debe alegarse para su ejercicio.

²⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2002) pp. 596 y 112.

²⁵ Vid. QUICIOS (2009) p. 1287, cuando aclara: “si estamos a los rasgos distintivos de la acción de rescisión, los otros supuestos de rescisión especialmente determinados por la Ley (art. 1.291.5. del CC) no pueden ser todos aquellos que, con dicho nombre, van apareciendo a lo largo del articulado del Código Civil o en la Ley concursal) (...) Téngase presente que la acción de rescisión es subsidiaria (art. 1.294 del CC), está sujeta a un plazo de caducidad, por tanto no susceptible de interrupción, de cuatro años (art. 1.299 del CC), y obliga a la restitución de las prestaciones intercambiadas (art. 1.295 del CC)”.

²⁶ DE CASTRO (2008) p. 523.

²⁷ DÍAZ (2008) pp. 1352 y 1353.

lesión o fraude. Lo anterior se deduce de la interpretación de los artículos 1.290, 1.291.5 y 1.293 del CC.

La confusión entre los términos “desistimiento” y “rescisión” tiene su origen en la hoy derogada Directiva 85/577/CEE, de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, la cual, en su Exposición de Motivos refería a un mal llamado “derecho de rescisión” confundiéndolo con el “desistimiento unilateral” otorgado al consumidor para dejar sin efecto el contrato. Lo anterior se debe a la falta de rigor técnico al momento de aprobar el legislador europeo las directivas²⁸, las cuales no tienen como fin establecer categorías jurídicas. Esta falta de precisión terminológica ha sido corregida por el legislador europeo al promulgar la DDC de año 2011.

La rescisión como forma de ineficacia contractual tampoco se asemeja al derecho de desistimiento que la ley concede al consumidor: si bien es cierto que en ambos casos se priva de eficacia a un negocio válido, no lo es menos que en la rescisión la presencia de justa causa (como lo es el perjuicio económico) es indispensable para su ejercicio. En cambio, el derecho de desistimiento se ejercita sin necesidad de alegar causa alguna (artículo 68.1 del TRLGDCU)²⁹, sin que exista ningún tipo lesión económica. Por lo tanto, no se trata de ningún remedio (mucho menos, uno subsidiario) de situación alguna de fraude o de lesión; de hecho, aunque éstos se dieran, ni siquiera sería necesaria su alegación para que triunfara la pretensión del consumidor. Hay, además, otras diferencias esenciales: una de las partes, el vendedor, ha de respetar el ejercicio del derecho de desistimiento cuando lo haya pactado, por ejemplo, en los contratos presenciales (artículo 79 del TRLGDCU) o en los casos previstos por la ley. Además, el empresario, para el caso de desistimiento, tiene la obligación de cumplir con ciertos deberes accesorios, como el facilitamiento de un documento de desistimiento (artículo 69 del TRLGDCU).

²⁸ Vid. ÁLVAREZ (2000) p. 169.

²⁹ En el mismo sentido se manifiesta la DDC en su artículo 9.1: “Salvo en caso de aplicación de las excepciones establecidas en el artículo 16, el consumidor dispondrá de un periodo de 14 días para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera de establecimiento, sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en el artículo 13 m) apartado 2, y en el artículo 14”. También el artículo 14.1 de la Directiva de crédito al consumo del año 2008: “El consumidor dispondrá de un plazo de 14 días civiles para desistir del contrato de crédito sin indicar el motivo”.

4. La revocación

La *revocación*³⁰ como forma de ineficacia se da en actos jurídicos unilaterales que dejan sin efecto la voluntad inicialmente dada, como pueden ser el testamento y la donación.³¹ La revocación es la “potestad legal concedida por la ley a una de las partes para extinguir el contrato unilateralmente en los casos donde expresamente se autorice tal proceder”.³² Así también, la doctrina ha puesto de manifiesto que el derecho de revocación se compatibiliza con las normas de vicios de la voluntad con el fin de proteger la formación de la voluntad contractual. No obstante, la figura de la revocación “no es una figura de perfiles unitarios en nuestro CC, se atribuye por diversas razones y para negocios jurídicos dispares entre sí”.³³

En sentido amplio o vulgar se dice a veces que el desistimiento supone una revocación de su voluntad por parte del consumidor, tal y como aclaró en su momento García Vicente refiriéndose al artículo 5 de la ya derogada Ley nº 26/1991, de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles.³⁴

No obstante, parte de la doctrina señala que esta figura es la que más se asemeja al derecho de desistimiento en cuanto a sus características, debido a que el legislador español no ha delimitado las fronteras entre ambas figuras, teniendo un carácter homogéneo y no siendo de perfiles únicos.³⁵ Sin embar-

³⁰ Vid. KLEIN (1997) pp. 115 y 116: “Con más precisión, se ha calificado la revocación como un reflejo de un *iusponitendi*, es decir, de una facultad de retractar o retirar una voluntad ya manifestada y eficaz; se caracteriza por ser un negocio jurídico unilateral, que debe provenir del autor del propio acto que se quiere retirar, es ejercitable extrajudicialmente, no suele estar condicionado a causas o circunstancias sobrevenidas, pero, sobre todo, está reservado a desplegar su eficacia frente a otros negocios *unilaterales* y, por regla general, queda excluido de los contratos”.

³¹ Vid. MAYOR DEL HOYO (2010) pp. 106 y 107.

³² RODRÍGUEZ (1991) p. 118.

³³ BECKER y GARCÍA (1996) p. 915, nota 15.

³⁴ Cfr. GARCÍA (1997) pp. 89 y 90, refiriéndose al artículo 5 de la ya derogada Ley nº 26/1991 que regulaba el derecho de revocación que en realidad era un derecho de desistimiento del consumidor.

³⁵ Ídem., p. 113: “(...) Hubiera sido igualmente correcto (en razón de su función extintiva de una relación obligatoria ya existente y su modo de ejercicio a través de una declaración de voluntad unilateral recepticia) que el legislador lo hubiera denominado “derecho de desistimiento”; en realidad, desistimiento y revocación son términos plenamente intercambiables desde un punto de vista dogmático, porque las fronteras entre estas figuras son borrosas y el legislador no ha tenido especial cuidado en distinguirlas. Tantas son sus

go, como bien apunta Álvarez Moreno, existen tres características para delimitar el campo de aplicación de la revocación y el desistimiento en cuanto a su ámbito de actuación:

La primera consiste en que la revocación sólo se da en actos jurídicos unilaterales como el testamento y la donación, cosa que no ocurre en el desistimiento, el cual lo concede la ley de manera unilateral o bilateral o, por pacto de las partes, atendiendo al principio de autonomía de la voluntad.

La segunda característica tiene que ver con su fundamento, debido a que la revocación sólo se da ante causas concretas y previstas por la ley. Además se debe alegar una causa específica para que produzca efectos sobre el negocio. Lo anterior no ocurre con el derecho de desistimiento, ya que éste se otorga al consumidor sin necesidad de alegar causa alguna (*ad nutum*).

Por último, en la revocación la ley concede un amplio plazo para su ejercicio, lo cual no se da en el derecho de desistimiento del consumidor, que se concede por un breve periodo de tiempo (14, 20 ó 30 días).³⁶

Otro argumento más para no confundir la figura objeto de nuestro estudio con la figura de la revocación, es en el sentido de que la denominación “desistimiento” en el ámbito de consumo tiene como fin proteger al consumidor, dando un equilibrio a la relación contractual cuando una parte es considerada débil. En cambio, en la revocación se atiende generalmente a los intereses del dueño del negocio (el donante o testador) o terceros afectados. No es, en definitiva, un instrumento legislativo de protección del contratante caracterizado como “débil” (el consumidor) frente a su contraparte en el negocio (empresario).

5. La resolución

A diferencia del derecho de desistimiento del consumidor, que se atribuye a una sola de las partes en una relación sinalagmática, la *resolución* se atribuye a ambos contratantes (artículo 1.124 del CC)³⁷, y previo incumplimiento de una de las partes, ya sea debido a la voluntad propia o a un hecho obstativo del cumplimiento.

afinidades que si difícilmente podemos apuntar algo más que una simple tendencia en orden a su configuración técnica más precisa, parece imposible señalar esa tendencia en la razón de su atribución”. En la misma línea MÁRQUEZ (2008) pp. 482 y 483.

³⁶ Cfr. ÁLVAREZ (2000) pp. 173 y 174.

³⁷ Vid., por todos RODRÍGUEZ (1991) p. 111.

La *resolución* es una ineficacia debido a que no conlleva un defecto en el momento del nacimiento del contrato. Halla su fundamento en diversos casos, que incluyen la libre voluntad de una de las partes o de las dos, y los supuestos de hecho permitidos por la ley para dar por finalizado un contrato.³⁸

Sus características son las siguientes:

i) En la resolución es el acreedor el que tiene la libertad de pedir que finalice el contrato por no interesarle continuar manteniendo relaciones jurídicas con quien ha incumplido.³⁹

ii) Tiene efectos retroactivos por lo cual las partes tienen la obligación de restituirse las prestaciones; y,

iii) La justa causa que tiene por objeto la extinción del contrato, la cual encuentra su fundamento en circunstancias personales de las partes, o a eventos relativos al objeto contractual.⁴⁰

Para que una de la partes pueda resolver un contrato se deben dar ciertos requisitos. En un contrato existen obligaciones principales y accesorias; la jurisprudencia ha manifestado que la falta de cumplimiento de estas últimas no es causa de resolución del contrato. Además, el incumplimiento ha de ser grave, lo cual ocurre cuando el cumplimiento de la obligación es irrealizable, ya sea por haber desaparecido el objeto del contrato o porque ocurra un hecho obstativo que lo impida. Se debe tener en cuenta que es irrelevante la causa del incumplimiento, es decir, la resolución del contrato puede solicitarse al demandado por razones imputables a su voluntad (dolo o negligencia) o por hechos ajenos a su voluntad (imposibilidad sobrevenida fortuita); tales razones afectan, como mucho, a las consecuencias de la reclamación y a posibles indemnizaciones a que dé lugar. Es necesario, por último, para poder resolver el contrato, haber dado cumplimiento de la respectiva obligación emanada del contrato.⁴¹

³⁸ Cfr. QUICIOS (2009) p. 1337.

³⁹ DÍAZ (2008) p. 1360; en la misma línea, MAYOR DEL HOYO (2010) p. 106, “como consecuencia de dicha resolución, el contrato quedaría sin efectos al deshacerse el vínculo del mismo. La extinción se retrotrae al momento de la celebración del contrato, es decir, los efectos de la resolución operan *ex tunc*, de manera que las partes deberán, en su caso, restituirse recíprocamente las prestaciones efectuadas”.

⁴⁰ Cfr. KLEIN (1997) p. 45.

⁴¹ Cfr. QUICIOS (2009) p. 1346-1356.

En cuanto a los efectos, *resolución* y *desistimiento* sí se asemejan, porque la resolución del contrato es constitutiva y no declarativa, al igual que el desistimiento, razón por la cual opera *ex tunc*, es decir con efectos retroactivos, lo que obliga a las partes a la restitución de las prestaciones recibidas.⁴² Ejemplo de lo dicho, lo encontramos en el artículo 74.1 del TRLGDCU, el cual lleva por título *Consecuencias del Ejercicio del derecho de desistimiento*, aclarando que: “ejercido el derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.308 del CC”.

La resolución, no obstante, tiene otra configuración jurídica, debido a que es un remedio otorgado por la ley cuando una de las partes incumple las obligaciones que le corresponde dentro de una relación contractual, mientras que el desistimiento se otorga al consumidor sólo en ciertos contratos, sin necesidad de alegar causa alguna (*ad nutum*).

Sin embargo, también existen otras diferencias: por ejemplo, la ley prohíbe al empresario imponer al consumidor cláusula penal por daños y perjuicios cuando éste decida ejercer su derecho de desistimiento (artículo 73 y 102.1 del TRLGDCU). En la figura de la resolución, la persona que incumple se encuentra obligada al pago de daños y perjuicios y, en su caso, al abono de intereses (artículo 1.124-2 del CC); e incluso, puede pactarse al respecto una cláusula penal, y hasta ponerle un precio a la facultad de resolución unilateral del contrato.

II. ¿QUÉ ES EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR?

Una vez que hemos visto los típicos supuestos de ineficacia contractual, regulados en el Código Civil, trataremos de responder a la pregunta: ¿Qué es el derecho de desistimiento del consumidor? Para ello describiremos sus características y analizaremos el concepto estipulado en el artículo 68.1 del TRLGDCU, pero antes analizaremos su régimen jurídico.

1. *El régimen jurídico del actual derecho de desistimiento en el ámbito de consumo*

En un principio la Ley n° 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU) prohibía expresamente la facultad de desistir del contrato a *cualquiera* de las partes (artículo 10.1.c.2)

⁴² Cfr. KLEIN (1997) p. 47.

salvo para ciertos casos: venta por correo a domicilio y por muestrario.⁴³ En este sentido, como afirmó Klein, la LGDCU “recogió un principio básico en nuestro derecho de obligaciones: la prohibición de dejar el contrato al arbitrio de uno de los contratantes. En defecto, admitir de forma general el pacto en condiciones generales de que el consumidor pueda extinguir la relación contractual *ad nutum* sería prácticamente como dar al artículo 1.256 del CC el carácter de norma dispositiva al menos en este concreto aspecto, y permitir que las partes alteren el principio de igualdad, al menos formal, de los contratantes”.⁴⁴

Durante la tramitación parlamentaria de la LGDCU y la discusión al artículo 10 en las Cortes Generales del Senado, en el *Diario de Sesiones*, publicado el miércoles 13 de junio de 1984, dentro de la enmienda número 93 realizada a dicho artículo, se incluyó a las ventas por muestrario dentro de la facultad de otorgar a una de las partes (consumidor), la posibilidad de resolver el contrato de manera discrecional.⁴⁵

En aquel momento, el derecho de desistimiento del consumidor no estaba tan desarrollado como hoy en día en la Unión Europea (en adelante UE). Es importante mencionar, además, que España entró formalmente como Estado miembro de la UE en 1986. Por otra parte, es necesario aclarar que son diversos los contratos, en donde se le otorga el desistimiento al consumidor, la mayoría de los cuales tiene su propio régimen jurídico, entre los que encontramos los siguientes:

i) *Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles*. La Directiva 85/577/CEE, reguló en un principio el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Sin embargo, la Directiva mencionada ha sido derogada por la actual DDC.

⁴³ *Vid.* Artículo 10.1.c.2 de la LGDCU: “(...) Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio y por muestrario”.

⁴⁴ KLEIN (1997) p. 340; en la misma línea, BELUCHE (2009a) p. 41.

⁴⁵ La enmienda comentada, según el Senador José María García Royo del Grupo Parlamentario Popular, se debe a que: “Puestos a enumerar las modalidades que permiten la resolución discrecional del contrato, no debe omitirse una que cada vez tiene mayor importancia, por la agresión permanente y psicológica de una clase de oferta por acercamiento como las aquí citadas” (*Vid.* Serie II: Textos Legislativos de 4 de junio de 1984, Congreso de los Diputados, Boletín Oficial de las Cortes Generales del Senado, Serie A, nº 134 c), p. 56.

ii) *Contratos a distancia*. La transposición de la DDC unificó el derecho de desistimiento en los contratos a distancia (artículos 102 a 108 del TRLGDCU, modificados por la Ley n° 3/2014).

iii) *Contratos de servicios financieros*. La Directiva 2002/65/CE, en su artículo 6.1 regula el derecho de desistimiento para este tipo de contratos. Esta norma ha sido adaptada al ordenamiento español mediante la Ley n° 22/2007, cuyo artículo 10 atribuye al consumidor la facultad de desistir en un plazo de 14 días naturales.

iv) *Contratos de crédito al consumo*. En un principio la Directiva 87/102/CEE, en su artículo 4.3 regulaba un periodo de reflexión de manera indirecta y no de forma expresa a favor del consumidor.⁴⁶ Posteriormente, con la aprobación de la Directiva 2008/48/CE, el artículo 14 de tal norma ofrece la oportunidad al consumidor de desistir del contrato en un periodo de 14 días. Esta Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley n° 16/2011, la cual en su artículo 28 regula el derecho de desistimiento a favor del consumidor en un plazo de 14 días.

v) *Contratos a plazo de bienes muebles*. Con la adaptación de la Directiva 87/102/CEE, se expide la Ley n° 28/1998, la cual regula en su artículo 9.2 el derecho de desistimiento, no obstante tal derecho debe interpretarse acorde con el artículo 28 de la Ley n° 16/2011, pues, el derecho de desistimiento para este tipo de contratos se modificó, debido a la transposición de la Directiva 2008/48/CE.

vi) *Contratos de aprovechamiento por turno*. La Directiva 94/47/CE, regulaba en su artículo 5.1 el derecho de desistimiento; tal Directiva se transpuso al ordenamiento jurídico español mediante la Ley n° 42/1998, la cual, en su artículo 10, previó el derecho de desistimiento a favor del consumidor. Sin embargo, tal ley ha sido derogada por la transposición de la Directiva 2008/122/CE, a través del Real Decreto-ley n° 8/2012, el cual contempla a favor del consumidor un derecho de desistimiento en un periodo de 14 días naturales y, como novedad, contempla un formulario de desistimiento.

⁴⁶ Esta norma se transpuso en un inicio al ordenamiento jurídico español mediante la Ley n° 7/1995, de 23 de marzo.

2. *El Concepto y las características del derecho de desistimiento del consumidor*

A continuación, veremos de manera general las características del derecho de desistimiento del consumidor, las cuales marcan la diferencia con otras formas de ineficacia contractual, como la anulabilidad, rescisión, resolución o la revocación, etc.

A) *SE TRATA DE UN DERECHO DISCRECIONAL*

El consumidor, al momento de ejercitar el desistimiento, no tiene porqué alegar causa ni motivo alguno, es decir, con su sola declaración de voluntad el contrato se extingue: así ocurre en los contratos a distancia⁴⁷, de tiempo compartido y en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, entre otros.⁴⁸ Es un derecho *ad nutum*, libre de toda condición (artículo 115 del CC), reconocido a una o ambas partes en una relación sinalagmática⁴⁹,

⁴⁷ Vid. Artículo 28.1 de la Ley nº 16/2011: “El derecho de desistimiento de un contrato de crédito es la facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato celebrado (...) sin necesidad de indicar los motivos (...); artículo 14.1 de la Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo: “El consumidor dispondrá de un plazo de 14 días civiles para desistir del contrato de crédito sin indicar el motivo”; artículo 12.1 del Real Decreto-ley nº 8/2012: “En los contratos regulados en este real decreto-ley, el consumidor tendrá derecho de desistimiento sin necesidad de justificación alguna”; artículo 6.1 Directiva 2008/122/CE: “(...) los Estados miembros velarán por que el consumidor pueda, en un plazo de catorce días naturales desistir del contrato (...) sin necesidad de justificación”; artículo 6.1 de la Directiva 2002/65/CE: “Los estados miembros velarán por que el consumidor disponga de un plazo de 14 días naturales para rescindir el contrato a distancia, sin indicación de los motivos”; artículo 10.1 de la Ley 22/2007: “El consumidor dispondrá de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia, sin indicación de los motivos (...)”.

⁴⁸ En la misma línea el artículo 6 de la Directiva 2002/65/CE señala: “Los estados miembros velarán por que el consumidor disponga de un plazo de 14 días naturales para rescindir el contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna (...)”. Artículo 9 de la DDC: “Salvo en caso de aplicación de las excepciones establecidas en el artículo 16, el consumidor dispondrá de un periodo de 14 días para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, sin indicar motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en el artículo 13, apartado 2, y en el artículo 14”.

⁴⁹ Vid. Exposición de Motivos del Real Decreto-ley nº 8/2012 aclara: “El capítulo IV regula el desistimiento como un derecho de naturaleza única *ad nutum*, sin expresión de motivos; y ello, tanto si el empresario hubiera facilitado correctamente la información precontractual, como si la hubiere omitido o lo hubiera hecho de manera insuficiente. No se

siendo necesario para que surta efectos su ejercicio, notificárselo a la parte con quien se desea terminar la relación contractual, para lo cual se aplicarán los criterios generales del CC (artículo 1.262, el cual establece las reglas de la perfección del contrato).⁵⁰ Sin embargo, el desistimiento se debe adaptar al principio de buena fe y a la prohibición del abuso del derecho.⁵¹

Por otra parte, el artículo 85.4 del TRLGDCU considera abusivas: “las cláusulas que autoricen al empresario resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculden a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable”.

trata de dos derechos de naturaleza diferente, sino única; y solo varía en ambos supuestos el cómputo de los plazos de ejercicio del derecho. Con ello se asume el criterio de la Directiva del 2008 que en sus versiones francesa e inglesa utiliza los términos *se retracter* y *withdraw*, respectivamente. Y acaba con el dualismo de la Directiva de 1994 que utilizaba dichos términos para el desistimiento *ad nutum*, cuando el empresario facilitó correctamente la información; utilizando, sin embargo, para los supuestos de falta o incorrecta información precontractual los términos *resiliation* y *cancelation*, en francés e inglés respectivamente. Con este tratamiento unitario se acaba con la confusión suscitada por la traducción española de la Directiva de 1994 que había utilizado la palabra ‘resolución’, lo que se trasladó a la Ley de 1998, que aplicó el sistema dual de ‘desistimiento’ para los casos de información correcta y «resolución» para los de falta o incorrecta información precontractual”.

⁵⁰ Vid. MARTÍN (2009) p. 97.

⁵¹ Vid. MIRANDA (2011) pp. 1513 y 1514: “El derecho de desistimiento se configura en el TRDCU como una facultad de ejercicio discrecional. Quiere así significarse que el consumidor no está obligado legalmente a motivar y justificar su decisión de desvinculación negocial. De ahí que este derecho se conciba por algunos como una facultad, para subrayar que puede ser ejercitado automáticamente sin necesidad de acudir a los tribunales, y que en caso de acudir a éstos, los jueces no están obligados a analizar los móviles que llevaron al consumidor a revocar su declaración de voluntad. Para otros, sin embargo, el derecho de desistimiento se presente como un *derecho potestativo o de configuración jurídica (Gestaltungsrecht)*, con referencia a aquellos derechos que atribuyen a su titular (en la generalidad de los casos mediante una declaración de voluntad de carácter recepticio) la facultad de crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica. Ahora bien, una cosa es que el desistimiento sea un derecho *ad nutum* que, como tal, puede ser ejercitado sin necesidad de justificación alguna, y otra bien distinta que se trate de un derecho ilimitado. Como todo derecho, el de desistimiento encuentra sus límites en las exigencias de la buena fe y la prohibición del abuso del Derecho”.

También se considera cláusula abusiva por limitar los derechos básicos del consumidor: “la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario” (artículo 86.7 del TRLGDCU); y en concreto la retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario (artículo 87.2 del TRLGDCU). Además, el artículo 87.3 y 4 del TRLGDCU, prohíbe: “la autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad” y “la posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato”.

Finalmente, el artículo 87.6 declara como cláusula abusiva por falta de reciprocidad: “Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos (...)”.

Es importante aclarar que la nulidad de alguna de las cláusulas anteriormente mencionadas pudiera llegar a provocar la ineficacia del contrato en una situación no equilibrada entre las partes, tal y como se señala en el artículo 83 del TRLGDCU, al aclarar: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”.⁵²

⁵² Este artículo fue modificado por la Ley nº 3/ 2014, tal y como se señala en la Exposición de Motivos Punto III: “En otro orden de cosas, la ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, el Tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE. El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran

El consumidor puede ejercer su derecho de desistimiento sin alegar motivo alguno, es decir, por su propia voluntad (artículo 68.1 del TRLGDCU).

B) IRRENUNCIABLE PARA EL CONSUMIDOR Y USUARIO

El derecho de desistimiento es irrenunciable para el consumidor (artículo 10 del TRLGDCU)⁵³, pues las leyes que lo otorgan tienen carácter imperativo, razón por la cual, el consumidor puede dejar sin efecto el contrato, aun cuando no se le haya informado sobre su derecho a desistir o se le haya intentado privar de dicho derecho contractualmente.⁵⁴

en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios. En función de ello, se modifica la redacción del citado artículo 83 del texto refundido, para la correcta transposición del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993”.

⁵³ Vid. Artículo 5.1 de la Ley n° 16/2011: “los consumidores no podrán renunciar a los derechos reconocidos en este Ley”; artículo 16.1 Real Decreto-ley n° 8/2012: “los consumidores no podrán renunciar a los derechos que se les reconoce en este real decreto-ley”; artículo 3.1 de la Ley n° 22/2007: “Los consumidores de los servicios financieros prestados a distancia no podrán renunciar a los derechos que se le reconocen en esta ley”.

⁵⁴ “Los consumidores no podrán renunciar a los derechos que se les reconozca en virtud de la transposición al Derecho nacional de la presente Directiva” (art. 12.1 de la Directiva 97/7/CE); “cuando el comprador sea un consumidor, entendiéndose por tal el definido en los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los derechos que el presente capítulo le reconoce serán irrenunciables y podrán ser ejercidos por los mismos aunque la legislación aplicable al contrato sea otra distinta de la española, si el contrato presenta un vínculo estrecho con el territorio de cualquier Estado miembro de la Unión Europea” (art. 48.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, en adelante LOCM); “la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil” (art. 10 del TRLGDCU); “Si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no podrá renunciar a los derechos que le confieran las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva. Toda disposición

C) *SU EJERCICIO TIENE CARÁCTER TEMPORAL*

El TRLGDCU establece el plazo de 14 días naturales para que el consumidor emita su declaración de desistir (artículos 71.1 y 104)⁵⁵, los cuales se computan de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del CC.⁵⁶ Los plazos otorgados por la ley en materia de desistimiento como más adelante tendremos ocasión de comprobar, son de caducidad.

Como se observa, el derecho de desistimiento como forma de ineficacia sobrevinida del contrato, puede ejercerse en un período delimitado de tiempo, a diferencia de la nulidad del contrato, la cual no prescribe y puede declararse de oficio, o la anulabilidad la cual prescribe en un periodo de cuatro años.

D) *LIBERTAD DE FORMA PARA SU EJERCICIO*

El TRLGDCU, y demás leyes que contemplan el derecho de desistimiento del consumidor, no exigen una determinada forma para que el consumidor ejerza su derecho de desistimiento).⁵⁷ Sin embargo, la mayoría de la doctrina

contractual que excluya o limite directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva no vinculará al consumidor" (art. 25 de la DDC).

⁵⁵ Vid. DIAZ (2014) p. 288.

⁵⁶ Vid. ARNAU (2011) pp. 157-196.

⁵⁷ Las leyes que le conceden al consumidor un derecho de desistimiento no exigen formalidad alguna para que éste pueda ejercerlo. Por ejemplo, el artículo 14.3.a de la Directiva 2008/48/CE aclara, "para que el desistimiento surta efecto, antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1, notificárselo al prestamista (...) por medios que puedan ser probados de conformidad con la legislación nacional (...)"; artículo 28.2.a de la Ley nº 16/2011, "(...) se considerará que se ha respetado el plazo si la notificación se ha enviado antes de la expiración del plazo, siempre que haya sido efectuada mediante documento en papel o cualquier otro soporte duradero a disposición del prestamista y accesible para él"; artículo 7.1 de la Directiva 2008/122/CE: "si el consumidor tiene intención de ejercer el derecho de desistimiento, notificará su decisión al comerciante, en papel o en cualquier otro soporte duradero, antes de que expire el plazo de *desistimiento*. El consumidor podrá utilizar el formulario normalizado de desistimiento recogido en el anexo V y facilitado por el comerciante de conformidad con el artículo 5, apartado 4. (...)"; artículo 12.4 del Real Decreto-ley nº 8/2012: "el consumidor notificará de forma fehaciente al empresario el desistimiento por escrito en papel u otro soporte duradero, pudiendo utilizar el formulario en el anexo V. La expedición o envío de la notificación deberá hacerse dentro del plazo legal y será eficaz cualquiera que sea la fecha de recepción por el empresario", aunque la Directiva 2002/65/CE, ni la Ley nº 22/2007, lo digan expresamente, también

coincide en que el consumidor debería dejar constancia al momento de ejercitar el derecho de desistimiento, pues existen medios como el teléfono, en donde es difícil dejar prueba de tal derecho.⁵⁸

Cabe aclarar que en el ordenamiento jurídico español no existe una postura uniforme en cuanto al documento de desistimiento. Algunas veces impone la obligación de informar sobre su existencia en el contenido del contrato.⁵⁹ Aunque en otras ocasiones exige de forma separada un documento de desistimiento.⁶⁰ La documentación y forma del derecho de desistimiento ha sido uno de los dolores de cabeza a nivel comunitario y nacional⁶¹, ya que el

se extiende la libertad de forma para ejercer el ejercicio del derecho de desistimiento a este tipo de contratos, ello lo entendemos, debido a que el TRLGDCU se aplica supletoriamente a las leyes especiales que contemplan el derecho de desistimiento y quedaron fuera de su refundición.

⁵⁸ Vid. BELUCHE (2009b).

⁵⁹ Vid. art. 9 de la Ley n° 22/2007, art. 16 de la Ley n° 16/2011 y artículos 60.2.h y 97.1.i del TRLGDCU). El estudio realizado por la Universidad de Bielefeld, en SCHULTE-NÖLKE *et.al.* (2008) pp. 501-580, en donde se hace el estudio de la transposición de la Directiva 97/7/CE. Los autores aclaran que a diferencia de la Directiva 85/577/CEE y la Directiva 2002/65/CE, las cuales contienen una regla postal, en lo relativo a como el consumidor puede ejercer su derecho en forma y tiempo, la Directiva 97/7/CE, no contiene previsión similar alguna. No obstante, algunos Estados miembros como Austria, Bélgica, Alemania, Italia y Eslovenia han establecido una regla de entrega (por ejemplo un formulario de desistimiento). Países como Chipre, Letonia, y el Reino Unido, establecen una regla postal, según la cual se considerará que se ha enviado la notificación del desistimiento, atendiendo a la fecha de envío en que se realizó, independientemente de que tal notificación llegue después al vendedor. De ahí en nuestra opinión que sea importante utilizar el correo certificado para evitar problemas de prueba.

⁶⁰ Vid. Art. 12 del Real Decreto-ley n°8/2012, art. 97.1.i del TRLGDCU.

⁶¹ Vid. DOMÍNGUEZ (2011) p. 629, cuando señala: "Pero el art. 69.1 TR-LGDCU exige además que la información se realice 'por escrito en el documento contractual'. La SAP [sentencia de la Audiencia Provincial] Zamora 21-3-2006, en un caso sometido a la LCCFEM [Ley de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil], destaca que no es suficiente la simple referencia a la posibilidad de desistir sino que el documento contractual debe hacer referencia clara a este derecho, a sus requisitos y a las consecuencias de su ejercicio. En el supuesto de que se utilicen condiciones generales de la contratación, el art. 63.1 TRLGDCU, dispone que se debe entregar al consumidor 'copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación'. El art. 80.1 exige, además, concreción, claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas, 'con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en diversas sentencias en materia de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil ha dejado claro que cuando el empresario incumpla con la obligación de informar al consumidor de su derecho de desistimiento, el plazo se prorroga indefinidamente⁶², o incluso se ha establecido el criterio de que un tribunal nacional pueda declarar de oficio la nulidad del contrato.

En relación con lo anterior, debemos aclarar que el consumidor puede ejercer el derecho de desistimiento en cualquier forma admitida en Derecho. En todo caso, se considerará válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento o mediante la devolución de los productos recibidos.⁶³

a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual”.

⁶² Art. 10.1 de la Ley nº 22/2007.

⁶³ En la misma línea que el TRLGDCU por lo que se refiere a la libertad de forma para ejercer el derecho de desistimiento se manifiestan las siguientes normas: artículo 11.1 y 2 de la actual DDC; artículo 44.2 de la LOCM: “el ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho”; artículo 14.3.a de la Directiva 2008/48/CE: “para que el desistimiento surta efecto, antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1, notificárselo al prestamista (...) por medios que puedan ser probados de conformidad con la legislación nacional (...)”; artículo 28.2.a de la Ley nº 16/2011: “Se considerará que se ha respetado el plazo si la notificación se ha enviado antes de la expiración del plazo, siempre que haya sido efectuada mediante documento en papel o cualquier otro soporte duradero a disposición del prestamista y accesible para él (...)”; artículo 7.1 de la Directiva 2008/122/CE: “si el consumidor tiene intención de ejercer el derecho de desistimiento, notificará su decisión al comerciante, en papel o en cualquier otro soporte duradero, antes de que expire el plazo de desistimiento. El consumidor podrá utilizar el formulario normalizado de desistimiento recogido en el anexo V y facilitado por el comerciante de conformidad con el artículo 5, apartado 4. (...)”; artículo 12.4 del Real Decreto-ley nº 8/2012: “el consumidor notificará de forma fehaciente al empresario el desistimiento por escrito en papel u otro soporte duradero, pudiendo utilizar el formulario en el anexo V. La expedición o envío de la notificación deberá hacerse dentro del plazo legal y será eficaz cualquiera que sea la fecha de recepción por el empresario (...)”.

Aunque ni la Directiva 2002/65/CE, ni la Ley nº 22/2007, lo digan expresamente, también se extiende la libertad de forma para ejercer el ejercicio del derecho de desistimiento a este tipo de contratos. Ello lo entendemos, debido a que el TRLGDCU se aplica supletoriamente a las leyes especiales que contemplan el derecho de desistimiento y quedan fuera de su refundición.

Con la introducción del formulario previsto en el artículo 97.1.i, para el caso de los contratos a distancia, según el modelo del Anexo B del TRLGDCU se pretende facilitar el ejercicio del derecho de desistimiento en materia de contratos a distancia y especialmente en materia de contratación electrónica. Sin embargo, cuando el empresario no se lo proporcione al consumidor, el plazo para desistir se amplía a un año (artículo 105.2 TRLGDCU). De esta manera, se configura una sanción al incumplimiento del empresario, recayendo en él la carga de la prueba (artículo 97.8 del TRLGDCU, modificado por la Ley n° 3/2014).

Aunque cabe aclarar que el consumidor puede ejercitar el derecho de desistimiento por cualquier medio, es decir, no es necesario ejercerlo por medio del formulario, incluso aunque éste le haya sido correctamente facilitado. No obstante, por razones de seguridad jurídica debe quedar constancia de ello, pues, la carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento recaerá en el consumidor (artículos 72 y 106.4 del TRLGDCU). Evidentemente, el consumidor que utilice el formulario y siga las instrucciones para la devolución del producto preconstituye la prueba más firme del correcto ejercicio de su derecho frente a posteriores reclamaciones del empresario. El legislador, por lo tanto, trata de motivar no sólo al empresario, sino también al consumidor, facilitándole el ejercicio del derecho y la prueba del mismo, adoptándose la teoría de la expedición, matizada por la teoría de la recepción.

E) ES UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD RECEPTICIA

Para que el desistimiento surta sus efectos, es necesario que el consumidor se lo haga saber a la otra parte, en este caso al empresario (artículo 68.1 del TRLGDCU).⁶⁴ Aunque, surge la duda de determinar el momento en

⁶⁴ Lo anterior se refleja en las siguientes normas: Ley n° 22/2007, artículo 10.3 “el consumidor que ejerza el derecho de desistimiento lo habrá de comunicar al proveedor en los términos previstos por el contrato (...)”; artículo 6.6 de la Directiva 2002/65/CE “cuando el consumidor ejerza su derecho de rescisión, lo notificará, antes de expirar el plazo correspondiente (...)”; artículo 14.3.a de la Directiva 2008/48/CE: “para que el desistimiento surta efecto, antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1, (el consumidor deberá) notificárselo al prestamista (...)”; artículo 28.2 a) de la Ley n° 16/2011: “el consumidor que ejerza el derecho de desistimiento tendrá las obligaciones siguientes: (...) comunicarlo al prestamista antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1 (...)”; artículo 7 de la Directiva 2008/122/CE: “si el consumidor tiene intención de ejercer el derecho de desistimiento, notificará su decisión al comerciante, en papel o en cualquier otro soporte duradero (...)”; artículo 12.4 Real Decreto-ley n° 8/2012: “El consumidor notificará de forma fehaciente al empresario del desistimiento por escrito o en papel u otro soporte

que se hace efectiva la declaración de voluntad: ¿cuándo se ejercita el derecho de desistimiento o cuando llega al conocimiento del empresario? En nuestra opinión, el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor surte efecto desde el momento en que el consumidor desiste del contrato, es decir, “dentro del plazo contemplado en el artículo 104 y en el artículo 105, cuando haya enviado la comunicación relativa al ejercicio del derecho de desistimiento antes de que finalice dicho plazo. Para determinar la observancia del plazo para desistir se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento” (artículo 106.2 del TRLGDCU, modificado por la Ley nº 3/2014).⁶⁵

En este contexto, recalamos que es necesario que el consumidor deje prueba de haber ejercido su derecho de desistimiento, ya que a él le corresponde probar que desistió del contrato en tiempo y forma en caso de litigio (artículos 72 y 106.4 del TRLGDCU), pues en la práctica ha ocurrido que el consumidor ha comunicado su decisión de desistir del contrato por teléfono al vendedor; no obstante, después la empresa lo ha demandado por incumplimiento contractual al no pagar el producto.

F) SIN PENALIZACIÓN ALGUNA PARA EL CONSUMIDOR

El ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor cuando éste decida ejercitarlo (artículo 68.1 del TRLGDCU). En la misma línea que el actual del TRLGDCU se ha expresado el Tribunal

duradero (...). En el mismo sentido se expresa en cuanto a su carácter recepticio a nivel comunitario el artículo 11.1 de la DDC: “Antes de que venza el plazo de desistimiento, el consumidor comunicará al comerciante su decisión de desistir del contrato”.

⁶⁵ *Vid.* MIRANDA (2011) pp. 1514 y 1515: “Al ser una declaración de voluntad, le son aplicables los principios generales que nuestro ordenamiento jurídico establece en relación con este tipo de declaraciones: podrá ser revocada y se someterá a las reglas relativas a la capacidad del declarante y a los vicios del consentimiento (...) Su carácter recepticio se explica por el hecho de que para que surta efectos habrá de ser conocida por la otra parte, con independencia de que ello suceda con anterioridad o posterioridad al plazo en el cual el consumidor tiene la facultad de ejercitar el derecho de desistimiento (plazo o período de reflexión). Así se desprende de los arts. 71.4 y 101.1 del TRDCU, de los que cabe inferir que lo realmente relevante para la validez del ejercicio del derecho de desistimiento es que la declaración de voluntad en que se corporeiza dicho derecho se emita y expida dentro del período fijado legalmente y no en el momento en que el empresario o su representante conocen de ella”.

de Justicia de las Comunidades Europeas en alguna de sus sentencias.⁶⁶ Sin embargo, los gastos de devolución, por regla general, corresponden al consumidor (artículo 108.1 del TRLGDCU, modificado por la Ley n° 3/2014; artículo 14.2 de la DDC).

Aunque, hay que distinguir propiamente los gastos derivados su ejercicio y los derivados de su ejecución, por ejemplo, los contratos a distancia, el consumidor tiene la obligación de pagar la parte proporcional del servicio ejecutado, esto con base en el principio de buena fe, ya que de lo contrario habría un enriquecimiento ilícito.

Por otra parte, en caso de que el empresario impidiera al consumidor ejercer su derecho de desistimiento, a través de prácticas ilícitas, tales como imponerle gastos o penalizaciones, las cláusulas mencionadas serían nulas (artículo 86 del TRLGDCU).

G) *SU EJERCICIO DETERMINA LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE CONSUMO CONCERTADO*

Al igual que otras formas de ineficacia contractual, el ejercicio del derecho de desistimiento extingue el contrato⁶⁷, surgiendo obligaciones tanto para el vendedor como para el consumidor⁶⁸, aplicándose analógicamente la restitución recíproca prevista en el CC (artículos 1.303 y 1.308) para el caso de la nulidad de los contratos.

⁶⁶ Vid. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Travel Vac SL contra Antelm Sanchis* (1999, asunto C-423/97), pág. 60: "(...) se opone a que un contrato contenga una cláusula por la que se impone al consumidor el pago de una indemnización a tanto alzado por daños causados al comerciante por el único motivo de que aquél haya ejercido su derecho de renuncia".

⁶⁷ Vid, en este sentido, ARNAU (2009) p. 558.

⁶⁸ Así lo manifiestan las siguientes normas en materia de consumo: artículo 7 de la Directiva 2002/65/CE, el cual prevé los efectos del desistimiento en este tipo de contratos; artículo 7 de la Ley n° 2002/2007, la cual regula los efectos del desistimiento tanto para el vendedor como el consumidor; artículo 14.3 a y b) de la Directiva 2008/48/CE; artículo 28.1 de la Ley n° 16/2011: "El derecho de desistimiento de un contrato de crédito es la facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato celebrado (...)"; artículo 8.1 de la Directiva 2008/122/CE: "el ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor pondrá fin a la obligación de las partes de llevar a cabo lo estipulado en el contrato"; artículo 12.5 del Real Decreto-ley n° 8/2012: "El ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor dejará sin efecto el contrato".

En materia de contratación a distancia es importante aclarar que los efectos del desistimiento son retroactivos (*exttunc*), para el caso de los bienes. Sin embargo, para el caso de los servicios es *ex nunc* (artículo 74 del TRLGDCU; artículo 12 de la DDC).

Con la transposición de la DDC al ordenamiento jurídico español, se armonizan plenamente tanto las obligaciones del consumidor como del vendedor. Además, se introducen reglas específicas (artículos 106 a 108 del TRLGDCU, modificados por la Ley nº 3/2014): por ejemplo, el consumidor no asumirá ningún coste por la depreciación de los bienes, o la ejecución del servicio cuando el empresario haya incumplido con el deber de información acerca del derecho de desistimiento.

H) PUEDE TENER SU ORIGEN TANTO LEGAL COMO CONTRACTUALMENTE

El derecho de desistimiento del consumidor encuentra su origen en las Directivas europeas de consumo que lo regulan, las cuales se adaptan a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Sin embargo, cuando el derecho de desistimiento no encuentre su fundamento en la ley, el empresario puede estipular una cláusula contractual, en donde se le conceda al consumidor el derecho a desistir del contrato.

El legislador español, con la refundición de leyes que realizó en el año 2007, configuró un régimen general de derecho de desistimiento en los artículos 68 a 79 del TRLGDCU, creando de paso un derecho contractual de desistimiento, lo que constituye una novedad legislativa en el ordenamiento jurídico español.⁶⁹ Sin embargo, el desistimiento contractual, podría darse siempre y cuando no exista una regulación que lo prevea en una ley especial (o más allá de lo previsto por ésta), para lo cual se aplicará subsidiariamente las disposiciones del TRLGDCU, en materia de desistimiento, tal y como expresa el artículo 79, del mencionado texto: “A falta de previsiones específicas en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato del derecho de desistimiento reconocido contractualmente, éste se ajustará a lo previsto en este Título”.

Además, el desistimiento puede pactarse en cualquier tipo de contratos (incluidos los presenciales) a iniciativa del empresario, pasando a formar

⁶⁹ Vid. artículo 68.2 del TRLGDCU (“Contenido y régimen del derecho de desistimiento”): “El consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato”.

parte de éstos, e, incluso en los casos en que esté legalmente previsto, siempre que se mejoren las condiciones reguladas por la ley. No obstante, el legislador español ha impuesto dos límites en materia de derecho de desistimiento contractual (artículo 79 del TRLGDCU): el primero es la prohibición de indemnizar al empresario por el desgaste o deterioro del bien y, el segundo, la prohibición del pago de anticipos del consumidor al empresario. En este sentido, Cavanillas Múgica refiriéndose al desistimiento no regulado por la ley, aclara que si el empresario otorga al consumidor el derecho a desistir del contrato en condiciones menos favorables, como sería la reducción del plazo de 14 días naturales o exigir anticipos, durante el periodo de desistimiento, no deben considerarse cláusulas abusivas, siempre y cuando no afecten a las limitaciones mencionadas.⁷⁰

Por otra parte, debemos aclarar que antes de la entrada en vigor de la Ley n° 3/2014, para una parte de la doctrina, el artículo 68 del TRLGDCU no desplazaba a la regulación del desistimiento que, con carácter general, se preveía en el artículo 10 de la LOCM, el cual regulaba ciertos aspectos de su ejercicio, como el plazo para ejercer el desistimiento, en caso de que en el contrato no se hubiere señalado.⁷¹ En cambio, para otro sector doctrinal, su ámbito de aplicación era discutible, poniendo de manifiesto sólo se aplicaba, a las compraventas a prueba y a las ventas de conformidad sometidas a condición suspensiva.⁷² Para un tercer grupo, las reglas contempladas en el artículo 10 de la LOCM, se aplicaban supletoriamente en caso de no existir previsión legal o contractual específica.⁷³ Sin embargo, hoy en día, tal problemática se encuentra superada, ya que la Disposición final segunda de la Ley n° 3/2014, en su punto dos modifica la redacción del artículo que venimos comentando, quedando redactado de la siguiente forma: “Artículo 10. Derecho de desistimiento. Para el ejercicio del derecho de desistimiento se estará a lo dispuesto por el artículo 71 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre”. Además, el actual

⁷⁰ Cfr. CAVANILLAS (2008) p. 2156; en la misma línea: DIÉGUEZ (2009); EVANGELIO (2011) pp. 44-45.

⁷¹ Cfr. MARÍN *et. al.* (1996) p. 96: (...) “el precepto regula la indemnización que, en su caso, debe abonar el comprador por el ejercicio de tal derecho y el plazo de que, en efecto de previsión legal expresa o de pacto, dispone el comprador para desistir. El artículo 10, por tanto, no *reconoce* el derecho de desistimiento, sino que lo regula”. En la misma línea: ÁLVAREZ (2009) p. 209 y DÍAZ (1997) p. 98, nota 16.

⁷² Vid. BERCOVITZ *et. al.* (1997), p. 714.

⁷³ Cfr. GARCÍA *et. al.* (2009) p. 1498.

artículo 79 del TRLGDCU establece las reglas del derecho contractual de desistimiento.

CONCLUSIONES

El derecho de desistimiento del consumidor ha nacido como un instrumento más de la política legislativa en la Unión Europea con el fin de proteger al consumidor como parte débil. Aunque debemos señalar que es una forma de ineficacia contractual, al igual que otra figuras jurídicas (como la resolución, la rescisión, entre otras), sin embargo, se diferencia de las mencionadas al presentar los siguientes caracteres propios: su discrecionalidad, su irrenunciabilidad, la temporalidad para su ejercicio, la libertad de forma para ejercerlo, su carácter recepticio, no conlleva penalización alguna, su ejercicio determina la extinción del contrato de consumo concertado y puede tener su origen tanto legal como contractual.

De las características apuntadas podemos deducir el siguiente concepto de “derecho de desistimiento del consumidor”: Es la facultad irrenunciable del consumidor y usuario de dejar sin efectos el contrato celebrado, notificándose a la otra parte contratante, en el plazo establecido, en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, ya se encuentre previsto legal o contractualmente, sin necesidad de alegar causa alguna y sin penalización de ninguna clase, salvo las cargas impuestas por la ley, las cuales se justifican dependiendo de la modalidad contractual.

El concepto que nosotros proponemos tiene una gran utilidad práctica y teórica. En primer lugar, da seguridad a las empresas, que pueden concretar fácilmente el alcance de sus obligaciones para con el consumidor al respecto de dicho derecho. Desde el punto de vista teórico, subsana las deficiencias de las normativas europeas y nacional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁLVAREZ, María (2000): *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales* (Madrid, Edersa).

ARNAU, Lúdia (2009): “El desistimiento contractual del consumidor en el futuro libro VI del Código Civil de Cataluña”, en BOSCH CAPDEVILA (dir.): *Derecho contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (Barcelona, Bosch) 549-562 pp.

- BECKER, Rainer y GARCÍA, José (1996): "Ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos", *Revista de Derecho Privado*, nº 80: pp. 913-921.
- BELUCHE RINCÓN, Iris (2009a): *El derecho de desistimiento de consumidor* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- _____ (2009b): "Algunas notas sobre el derecho del Consumidor a desistir del contrato", *Diario la Ley*, nº 7182, Sección Tribuna, 26 de mayo, la Ley 11783/2009.
- BERCOVITZ, Rodrigo (1997): "Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM", en BERCOVITZ, Rodrigo y LEGUINA, Jesús (coords): *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista* (Madrid, Tecnos) 663-736 pp.
- CAÑIZARES, Ana (2001): *La caducidad de los derechos y acciones* (Madrid, Civitas).
- CAVANILLAS, Antonio (2008): "El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias", *Aranzadi Civil*, nº 1: pp. 2133-2166.
- DE CASTRO, Federico (2008): *III Derecho Civil de España. El negocio jurídico y la persona jurídica* (Pamplona, Civitas).
- DÍAZ ALABART, Silvia (1997): "Comentario al artículo 10 de la LOCM", en PIÑAR MAÑAS, José, y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.): *Comentarios a la ley de ordenación de comercio minorista y a la ley orgánica complementaria* (Madrid, Civitas) pp. 91-101.
- _____ (2014): *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TR LCU)* (Madrid, Reus).
- DÍAZ PARDO, Gloria (2008): "Extinción del contrato mediante la resolución y la rescisión: diferencias y semejanzas en su régimen jurídico", *Actualidad Civil*, nº 13: pp. 1345-1367.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2007): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial: Introducción teoría del contrato* (6ª edición, Navarra, Civitas).

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2002): *II Sistema de Derecho Civil: El contrato en general* (Madrid, Tecnos).

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (2011): "Comentarios a los artículos 68-79 del TRLGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.): *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (Madrid, Colex) pp. 475-695.

EVANGELIO, Raquel (2011): "¿Es abusiva la entrega de vales en la compraventa de productos de consumo? (Reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato)", *Revista de Derecho Privado*, nºs 7-8: pp. 3-51.

GARCÍA, Vicente (1997): *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación* (Navarra, Aranzadi).

____ (2009): "Comentario a los artículos 68-79 del TRLGDCU", en BERCOVITZ, Rodrigo (coord.): *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)* (Navarra, Aranzadi) pp. 845-882.

GRIMALT, Pedro (2008): *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código Civil: Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad* (Granada, Comares).

JEREZ, Carmen (2011): *La anulación del contrato* (Navarra, Aranzadi).

KLEIN, Michele (1997): *El desistimiento unilateral del contrato* (Madrid, Civitas).

LASARTE, Carlos (2010): *Principios de Derecho Civil III: Contratos* (13ª edición, Madrid, Marcial Pons).

MARÍN LÓPEZ, Juan (1996): "Comentario al artículo 10 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista", en ARIMANY, MANUBENS & ASOCIADOS (coords.): *Ordenación del comercio minorista, comentarios a la ley 7/1996 y a la ley orgánica 2/1996, ambas de fecha de 15 de enero* (Barcelona, Praxis) pp. 91-100.

MÁRQUEZ, José (2008): *Teoría general de las nulidades* (4ª edición, México D.F., Porrúa).

- MARTÍN, Sara (2009): “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: El derecho de desistimiento contractual”, *Perspectivas del sistema financiero*, n° 96: pp. 93-108.
- MAYOR DEL HOYO, María (2010): “Rescisión, resolución, revocación y desistimiento unilateral”, en PARRA, María (coord.): *Obligaciones y contratos, Cuadernos II, eficacia e ineficacia del contrato* (Madrid, Dykinson) pp. 101-132.
- MIRANDA, Luis (2011): “Título III contratos celebrados a distancia”, en REBOLLO, Manuel e IZQUIERDO, Manuel (dirs.): *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007* (Madrid, Iustel) pp. 1563-1686.
- PARRA, María (1997): “Comentario a los artículos 8 a 12 LOCM”, en BERCOVITZ, Rodrigo y LEGUINA, Jesús (coords.): *Comentarios a la Ley del Comercio Minorista* (Madrid, Tecnos) pp. 8-228.
- PASQUAU, Miguel (1997): *Nulidad y anulabilidad del contrato* (Madrid, Civitas).
- QUICIOS, María (2009): “La ineficacia contractual”, en BERCOVITZ, Rodrigo (dir.): *Tratado de contratos, tomo I* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 1215-1399.
- RODRÍGUEZ, Concepción (1991): *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)* (Madrid, Montecorvo).
- SCHULTE-NÖLKE, Hans, TWIGG-FLESNER, Christian, EBERS y Martin (eds.) (2008): *EC Consumer Law Compendium. Comparative Aanalysis* (Universitat Bielefeld, Muchen) pp. 501-580.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- Código Civil de España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado* n° 206, de 25 de julio de 1889. Texto consolidado con última modificación de 6 de octubre de 2015.
- Directiva 85/577/CEE del Consejo, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, de 20 de diciembre de 1985.

Directiva 87/102/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, de 22 de diciembre de 1986.

Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, de 26 de octubre de 1994.

Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, de 20 de mayo de 1997.

Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, de 23 de septiembre de 2002.

Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 23 de abril de 2008.

Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, de 14 de enero de 2009.

Ley nº 3/2014, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *Boletín Oficial del Estado* nº 76, de 28 de marzo de 2014.

Ley nº 7/1995, sobre crédito al consumo, de 23 de marzo de 1995.

Ley nº 16/2011, de contratos de crédito al consumo, de 24 de junio de 2011.

Ley nº 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, de 11 de julio de 2007.

Ley nº 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984.

Ley nº 26/1991, de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, de 26 de noviembre de 1991.

Ley nº 42/1998, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, de 15 de diciembre de 1998, vigente hasta el 18 de marzo de 2012.

Real Decreto-ley nº 8/2012, de contratos de aprovechamientos por turno, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, de 16 de marzo de 2012.

Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Real Decreto Legislativo nº 1/2007, de 16 de noviembre de 2007.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Shearson Lehmann Hutton Inc. contra TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH* (1993): 19 enero 1993, asunto C-89/91. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:ce34d16f-d531-461b-9a02-eda796e7bc78.0008.06/DOC_2&format=PDF>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2014.

_____, *Benincasa contra Dentalkit SRL* (1997): 3 de julio de 1997, asunto C-269/95. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61995CJ0269&rid=1>>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2014.

_____, *Travel Vac SL contra Antelm Sanchis* (1999): 22 abril 1999, asunto C-423/97. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0423&rid=8>>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2014.

_____, *Engler contra Janus Versand GmbH* (2005): 20 enero 2005, asunto C-27/02. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CJ0027&rid=1>>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2014.

_____, *Gruber contra Bay Wa AG* (2005): 20 de enero de 2005, asunto C-464/01. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=>

CELEX:62001CJ0464&qid=1414637219424&fr om=ES>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2014.

EL RÉGIMEN DE INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA LEY CHILENA SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

The inefficacy regime of abusive clauses in the Chilean Consumer Protection Act

JUAN PABLO ARÉVALO AYALA*
Universidad Andrés Bello
Santiago, Chile

RESUMEN: El régimen de nulidad aplicable a las cláusulas abusivas, consagrado en el artículo 16 de la Ley chilena n° 19.496, sobre protección a los derechos de los consumidores, se basa en la nulidad absoluta, siguiendo las reglas del Código Civil, lo que provoca un problema sobre la justificación de la sanción, en cuanto a la ineficacia que debiese proceder. Estudiar los principios o las ideas que sustentan el Derecho de Consumo en Chile podría lograr una mejor cohesión entre las sanciones que se aplican, o debiesen aplicarse, a las infracciones cometidas por los proveedores para una efectiva protección a los consumidores.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas, consumidores, nulidad, ineficacia

* Ayudante Departamento Derecho Privado, Universidad Andrés Bello, Santiago, Chile.
Correo electrónico: <jp.arevalo.11@gmail.com>.

Artículo recibido el 13 de julio de 2016 y aprobado para publicación el 15 de octubre de 2016.

ABSTRACT: *The nullity regime applicable on abusive clauses, which is stipulated in Act n° 19.496 article 16, regarding consumer rights protection, is based on absolute nullity, following Civil Code's rules, what creates a problem regarding the sanctions' justification on the inefficiency that should proceed. To study again the principles or the ideas that support Consumer Law in Chile could serve to accomplish a better cohesion between the sanctions that are applied or that should be applied, and the infringements committed by providers, and the consumer effective protection.*

KEYWORDS: *Abusive clauses, consumers, nullity, inefficacy*

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley chilena n° 19.496 de 1997, sobre protección de los derechos de los consumidores (en adelante LPDC) han surgido múltiples discusiones e interrogantes sobre su contenido, y en específico, sobre las cláusulas abusivas, ya sea respecto de su procedencia, su justificación, o su sanción y, en especial, de cómo se han implementado. En Chile, el régimen que regula las cláusulas abusivas ha sido objeto de críticas, algunos autores han expresado su repudio al control que se ha hecho sobre este tipo de cláusulas y, sobre todo, sobre el mal funcionamiento que han tenido.¹

En esta ocasión, nos circunscribimos a examinar la problemática en torno a la sanción que rige a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión, dado que en el derecho chileno han surgido diferentes teorías respecto al régimen aplicable. Algunos han señalado que la sanción a las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos por adhesión es la nulidad absoluta²,

¹ PIZARRO (2008) pp. 75-80; BARRIENTOS (2014) pp. 297-312.

² BAMBACH (1991) pp. 45-80; TAPIA y VALDIVIA (1999) pp. 161 y 162; HÜBNER (1999) pp. 125-144; WAHL (2006) pp. 59-77; LORENZINI y POLIT (2013) pp. 465-480.

idea que es aceptada por la doctrina mayoritaria en esta materia. Otros, en tanto, han optado por la inexistencia³, o por otra ineficacia jurídica distinta.⁴

La LPDC consagra las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión para proteger los intereses de los consumidores en una relación contractual. Originalmente, se sancionaron ciertas categorías de cláusulas abusivas –ver artículo 16 letras a) a f) del texto vigente–, sin embargo, se hizo necesario la consagración de una causal genérica para proteger al consumidor en el caso que su situación no quedara subsumida en el listado explicitado en la norma, pero se viera afectada injustamente su relación contractual.⁵ Pues bien, es así como en el año 2004 se dicta la Ley n° 19.955, catalogada como “la gran reforma”⁶ que vino a ampliar la protección al consumidor, de tal forma que agregó la causal genérica para sancionar a las cláusulas abusivas –artículo 16 letra g) de la ley vigente–.⁷

El principal precepto que causa discusión es el enunciado con el que se inicia el catálogo del artículo 16, esto es: “No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: (...)”. La redacción no es de las mejores, pues genera más problemas que soluciones. No sería

³ CORRAL (2013) pp. 221-226. El autor se refiere exclusivamente sobre el caso de la Corte Suprema, *Sernac con Cencosud* (2013, rol n° 12355-201), y elabora una teoría en torno a cuál debiera haber sido la sanción de las cláusulas abusivas en tal caso, el que según el autor es la nulidad de pleno derecho, o incluso, la inexistencia.

⁴ Por ejemplo, CONTARDO (2013) pp. 203-237. Sin indicar expresamente la sanción que debiera aplicarse, el autor señala que no es la nulidad absoluta, necesariamente, y entrega ciertas herramientas para encontrar una posible solución al problema; RODRÍGUEZ (2015) p. 35, señala que la Ley “desaprovechó la oportunidad de consagrar una nulidad expresa que operara *ipso jure, ab initio* y sin necesidad de declaración judicial previa”; Anteriormente se había mencionado que la sanción debía ser una “ineficacia jurídica propiamente dicha”.

⁵ Así, lo justifica, la exposición de motivos del mensaje n° 178-344, de 8 de septiembre de 2001, boletín n° 2787-03, proyecto que luego se convierte en la Ley n° 19.955 de 2004, la cual modifica la LPDC: “Sin embargo, la realidad ha demostrado que el sistema no funciona apropiadamente en todos los sectores de la economía en que participan los consumidores, que carece de tópicos y figuras jurídicas relevantes reconocidas hoy en la legislación comparada”. Posteriormente, se señala: “El proyecto también incorpora a la normativa de protección nuevas exigencias de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, estableciendo una causal genérica de abuso, cuya evaluación y resolución corresponde al tribunal competente”.

⁶ SANDOVAL (2004) pp. 47, 48 y 49.

⁷ Vid. DE LA MAZA (2004) pp. 35-67.

ilógico, en base al tenor literal de la disposición, interpretar que la sanción pudiese ser la inexistencia, como ya lo han planteado algunos.⁸ Sin embargo, este criterio al parecer no sería plausible, en consideración de otras disposiciones de la misma ley, en las cuales se desprende lo contrario. Además, se ha de considerar que la inexistencia es una institución que no ha tenido la suficiente acogida en Chile.⁹

Sin perjuicio de lo anterior, algunos señalan que este tema está zanjado por el artículo 16 A¹⁰, el cual señala: “Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración”. En efecto, afirman que esta disposición del artículo soluciona el problema, pues expresa cuál es la sanción: la nulidad.

El trabajo discurre acerca de las principales posturas existentes en torno a la sanción de las cláusulas abusivas en la LPDC chilena. Una primera parte se circunscribe a las problemáticas que se generan si se considera que la sanción de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión es la nulidad absoluta. Luego, una segunda, analiza otras teorías diferentes formuladas por la doctrina, para finalizar con la exposición de nuestra postura, en consideración de cuál debiese ser la finalidad de la ley en esta materia; desde ya adelantamos que la nulidad absoluta no es la sanción idónea para aplicar a la cláusulas abusivas.

I. LA NULIDAD ABSOLUTA COMO SANCIÓN A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Esta tesis plantea que al ser las cláusulas abusivas una prohibición legal, contenida específicamente en el artículo 16 de la LPDC, que no tiene una regulación específica sobre la sanción, se debiera integrar la ley con las normas del Código Civil, en consideración de sus artículos 4 y 13, y de este modo, aplicar las reglas generales del Código Civil en materia de nulidad,

⁸ CORRAL (2013) pp. 221-226. Ver prevención de nota supra 4.

⁹ Para un análisis profundo sobre el tema BARAONA (2012) pp. 33-41; RODRÍGUEZ (1995) pp. 68-79 y 88-101; En el último tiempo SAN MARTÍN (2015) pp. 745-784.

¹⁰ PIZARRO (2013) pp. 352-356. En el último tiempo ha seguido la misma línea POLIT (2014) pp. 485-495. En el mismo sentido, pero citando otras disposiciones distintas se encuentra BARAONA (2014) p. 236.

contenidas en el libro IV, título XX, “De la nulidad y la rescisión”, artículos 1.681 al 1.697. Si el artículo 16 de la LPDC es una prohibición, ello implicaría que estamos de frente a una hipótesis de objeto ilícito, conforme al artículo 1.466 parte final del Código Civil, el cual señala que hay objeto ilícito, “generalmente en todo contrato prohibido por las leyes”. Luego, el artículo 1682 señala que tratándose de contratos con objeto ilícito, la sanción es la nulidad absoluta: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita (...), son nulidades absolutas”. Por tanto, el argumento consiste en afirmar que las normas imperativas que fijan condiciones de validez del contrato por adhesión serían de orden público, y por lo tanto, su sanción es la nulidad absoluta.¹¹

Aceptar esta postura y, por tanto, las reglas de la nulidad absoluta, traería consigo problemas debido a dos factores; el primero de ellos referente al fundamento de la nulidad absoluta consagrada en el Código Civil; y, en segundo lugar, sobre las reglas que se aplican a esta clase de nulidad (legitimación activa y saneamiento, ya sea por prescripción o por las partes), los cuales a nuestro parecer la hacen incompatible con el Derecho de Consumo.

1. Fundamento de la nulidad absoluta

La nulidad absoluta ha sido conceptuada, conforme al artículo 1682 del Código Civil como la “sanción impuesta por la ley a la omisión de los requisitos prescritos para el valor de un acto o contrato en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las partes que lo ejecutan o celebran”.¹² Por su parte, la doctrina ha estimado que la nulidad absoluta “se halla establecida en interés de la moral y de la ley; para proteger la primera y obtener la observancia de la segunda”.¹³ La pregunta que resalta de inmediato es: ¿las cláusulas abusivas fueron establecidas en estos términos?, ¿fueron establecidas de tal manera que la incorporación de éstas en contratos por adhesión acarrea como sanción la nulidad absoluta?, ¿cuál fue el propósito perseguido? La respuesta a estas preguntas podría parecer obvia y estaría fundamentada en el hecho lógico que un acto que la ley ha señalado como ineficaz, por diferentes motivos, no puede producir sus efectos cuando no ha sido realizado de la manera señalada o contrariando éstas, pero si se revisa el fundamento de la nulidad absoluta y el porqué se consagraron en nuestro Código Civil estas reglas, la respuesta, al parecer, sería diferente; por tanto, habría que preguntarse si es procedente la nulidad absoluta como sanción a

¹¹ TAPIA y VALDIVIA (1999) pp. 159-162; CORRAL (2013) pp. 221-226.

¹² ALESSANDRI (2008) p. 129.

¹³ ALESSANDRI *et al.* (2005) p. 351.

las cláusulas abusivas en contratos por adhesión o si debiese haber una sanción diferente.

Pues bien, la nulidad absoluta encuentra su fundamento y ha sido consagrada para proteger los intereses generales de la sociedad¹⁴, por lo que invalida el acto completo, no una parte, dado que la omisión de un requisito es de tal magnitud que impide que el acto produzca efectos jurídicos de forma natural, es más, a tal ha llegado la protección que incluso el Ministerio Público puede pedirla según el artículo 1.683: “en el sólo interés de la moral y de la ley”, persona que es totalmente ajena a la relación jurídica. Entonces, cabe preguntar si la prohibición de las cláusulas abusivas está consagrada en torno a los intereses generales de la sociedad o si se ha establecido en interés de la moral y de la ley.

En principio, pareciera ser que ninguna lo es, pues si estuviésemos dentro de las hipótesis planteadas, las normas que regulan las cláusulas abusivas serían de orden público, argumento que algunos autores han utilizado para justificar las normas del Derecho de Consumo¹⁵, y la procedencia de la nulidad absoluta.

Por ejemplo, de acuerdo a Tapia y Valdivia está justificado que la norma sea de orden público “no en su debilidad constitutiva, sino en su posición en el contrato por adhesión, reducida a la aceptación pura y simple de las condiciones generales”.¹⁶ Pero parece incorrecto señalar dicha afirmación, pues una norma no se caracteriza como de orden público por el simple hecho que una de las partes deba aceptar de forma pura y simple todo el contrato, es más, llegar a esa conclusión haría pensar que todas las normas y todos los contratos celebrados actualmente serían contrarios al orden público o, a lo menos, la gran mayoría de los contratos celebrados, dado que en general no hay una aceptación condicional de las múltiples ofertas o no hay una discusión extensa del contrato y es, precisamente eso, lo que caracteriza a los contratos por adhesión.¹⁷

Por su parte, para Pinochet son normas de orden público por dos razones; la primera dice relación en que tales normas no se pueden renunciar, ello

¹⁴ ALESSANDRI (2008) p.131.

¹⁵ PINOCHET (2007) pp. 9-20.

¹⁶ TAPIA y VALDIVIA (1999) p. 159.

¹⁷ ROYO (1949) pp. 54-70; RAKOFF (1983) pp. 1176 y 1177. El autor realiza una descripción de las características del modelo de los contratos por adhesión y de cómo se materializan en la práctica.

producto del artículo 4 de la LPDC, el cual dispone: “Los derechos establecidos por la presente ley son *irrenunciables anticipadamente* por los consumidores” (la cursiva es nuestra); y en segundo lugar, por cuanto estas normas se han establecido para un gran número de personas; los consumidores. Al respecto, creemos, que no todas las normas del Derecho de Consumo son de orden público, al tenor de la disposición citada, pues la irrenunciabilidad anticipada solo se refiere a “los derechos”, por tanto, serían de orden público solo las normas del artículo 3° de la LPDC y no todas las disposiciones de la ley; por lo demás, el artículo está a continuación del catálogo de derechos que menciona el artículo 3. Además, si pensáramos en el hipotético que todas las normas del Derecho del Consumidor son de orden público, en base a este precepto del artículo 4, nos encontraríamos con ciertas dificultades, por ejemplo, la norma solo se refiere a la indisponibilidad anticipada, esto significaría entonces que luego de haberse producido las infracciones podrían renunciarse dichos derechos, por lo tanto no serían técnicamente una norma de orden público debido a su indisponibilidad. En razón de lo anterior, consideramos que solo los derechos expresados en el artículo 3 de la LPDC son de orden público, mientras que las demás normas establecidas, siempre y cuando no sean derechos, pueden ser renunciadas.

Por otra parte, si las normas que resguardan al consumidor fuesen de orden público, la protección debería operar de pleno derecho respecto de las cláusulas abusivas¹⁸, idea seguida por diversas legislaciones comparadas¹⁹, pues no tendría lógica señalar que las cláusulas abusivas atentan contra el interés general de la sociedad, pero de todas formas permitir al consumidor determinar el destino de ciertas cláusulas del contrato. Esto último contradeciría la base de esta doctrina, la cual estima que la norma prohibitiva que sanciona a las cláusulas abusivas es sobre el interés general y con carácter de orden público, y no sobre el interés privado. En el Código Civil, la forma de actuar en torno a la nulidad está justificada, debido a que uno de los principios rectores de las normas de carácter civil se encuentra en la autonomía de la voluntad²⁰, pero distinto es el caso de la LPDC, pues, precisamente, es este aspecto, la autonomía de los contratantes, el que se restringe debido al débil

¹⁸ LARROUMET (1998) p.60. El autor, refiriéndose al dirigismo contractual, señala cómo deben entenderse las cláusulas abusivas y habla sobre la función del juez en determinado momento, el cual debe declarar la nulidad de las cláusulas abusivas y su sentencia solo debe tener el carácter de declarativo, por lo tanto hay un control, destinado a la nulidad de pleno derecho.

¹⁹ BARAONA (2014) nota 5. El autor hace un resumen de las legislaciones comparadas en donde se adhiere a dicha idea de nulidad de pleno derecho.

²⁰ Sobre la idea y concepto de la autonomía de la voluntad LÓPEZ (2010) pp. 195 y ss.

poder de negociación que tiene uno de los contratantes, en específico el consumidor, frente a los contratos por adhesión celebrados con proveedores.²¹

Luego, en cuanto al efecto de la nulidad de las cláusulas abusivas, es menester señalar que es diferente a la regla general en materia de nulidad del Código Civil, cual es que la totalidad del acto es nulo; es todo el acto el que se anula y no una parte del acto o contrato. Las excepciones a esta regla las constituyen ciertas materias específicas en las que se hace necesario que la nulidad sea parcial: materia testamentaria, usufructo, donación y fianza.²² Sin embargo, la jurisprudencia ha utilizado cada vez más esta técnica de nulidad parcial en determinados contratos.²³ En materia de protección de los consumidores, también se trataría de una nulidad parcial, conforme al artículo 16 A de la LPDC²⁴, es decir, no se anula por completo el contrato por adhesión, sino que sólo se anula la cláusula que es abusiva y el contrato seguirá produciendo sus efectos de forma normal, excepto en el caso que la nulidad de esa cláusula genera la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato, atendiendo a la naturaleza misma del contrato o a la intención original de los contratantes, en ese caso, se podría anular por completo el acto. Ahora bien, esta posibilidad de anular parcialmente el contrato, sería contradictorio con el fundamento de la nulidad absoluta, pues si se desea proteger el interés general o la moral y la ley, se debería anular el contrato por completo y no sólo una parte de él. Un contrato por adhesión sería solo en parte contrario al orden público, pero al celebrarlo no se acepta cada cláusula por separado, sino todo el conjunto de cláusulas.²⁵

Nos parece más acertado sostener que la nulidad establecida en la LPDC es un tema de buena fe contractual, por lo que se establece para evitar que los

²¹ TAPIA y VALDIVIA (1999). pp. 23 y ss.

²² Aunque no se expresa claramente por el Código, se desprende ello de varias de sus disposiciones. VIAL (2003) pp. 275 y 276, sin señalar que la nulidad parcial es la excepción, señala casos excepcionalísimos, en los cuales se da a entender que la excepción consiste en aquello.

²³ TAPIA y VALDIVIA (1999) pp. 165 y 166; PIZARRO (2013) pp. 354.

²⁴ Artículo 16 A de la LPDC: “Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración”.

²⁵ ROYO (1949) nota 20.

proveedores incurran en acciones contrarias a este principio.²⁶ Este razonamiento considera la función y objeto de la nulidad indicada por Baraona, por estimarse precisa y atingente: “[N]ulidad es una sanción que viene declarada directamente por la ley, para un acto o contrato que no respeta los requisitos que la misma ley ha previsto como indispensables para el valor del mismo acto o contrato (...)”²⁷; luego, nos preguntamos si acaso la ley le ha dado el carácter de requisito de validez indispensable a la ausencia de cláusulas abusivas en un contrato de adhesión. Aparentemente, la respuesta es no, basándonos en la nulidad parcial consagrada en el artículo 16 A de la ley en examen. Esta nulidad parcial sería una manifestación que permite afirmar que, en este caso, el fin de la sanción es distinta a lo que se pretende proteger con la nulidad absoluta; por lo tanto, habría que repensar la idea de nulidad absoluta como sanción a una infracción que no tiene precisamente los mismos parámetros que establece el Código Civil para anular un determinado acto o contrato.

2. Legitimación activa para solicitar la declaración de nulidad absoluta

El Código Civil en su artículo 1.683 se refiere a quienes son los legitimados para solicitar la declaración de nulidad, así podemos distinguir tres tipos de personas que pueden solicitar la nulidad; la primera de ellas es el juez, quien puede, e incluso, debe declarar la nulidad si aparece de manifiesto en el acto o contrato; en segundo lugar, el Código Civil menciona a “todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida”, interés que por lo demás debe ser pecuniario²⁸; finalmente, señala que puede solicitar la declaración el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley. Estas reglas no se asemejan a lo que se aplica para la LPDC.

En la LPDC no hay texto expreso para señalar que el juez puede declarar de oficio la nulidad, por lo demás no hemos encontrado ninguna sentencia en la cual el juez haya declarado la nulidad de las cláusulas abusivas de oficio, ni siquiera por requisitos de forma, que sin lugar a dudas se representa como un vicio que aparece de forma manifiesta²⁹ y por lo tanto debería anularse.

²⁶ El mensaje n° 178-344 de 8 de septiembre de 2001, del proyecto de Ley n° 19.955 señalaba que se hacía necesaria la incorporación de nuevas exigencias a la equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos. Sobre la protección del consumidor y su justificación por la buena fe, TAPIA (2008) pp. 485- 506.

²⁷ BARAONA (2012) p. 46, la cursiva es nuestra.

²⁸ DOMÍNGUEZ (2008) pp. 541-560.

²⁹ 8° Juzgado Civil de Santiago, *Sernac con Ticketek* (2015, rol n° 5711-2013), a pesar que se logró acreditar, por parte del demandante, mediante peritos, que la letra de las cláusulas

Por otra parte, la declaración de nulidad absoluta también puede ser solicitada por toda persona que tenga interés en ello, excepto el que ha celebrado o ejecutado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Al respecto, se ha entendido por la doctrina³⁰, que los únicos legitimados para solicitar las acciones que deriven de una relación de consumo sería el propio consumidor afectado, y no una persona distinta, por lo que en un primer momento no aparece como posible que una persona ajena a la relación de consumo pueda solicitar la declaración de nulidad, por lo demás debería tener interés pecuniario y actual, lo que haría aún más difícil que una acción de esa clase pueda prosperar en un determinado juicio.³¹ Por otra parte, alguna jurisprudencia ha sido un poco más estricta respecto a la idea de consumidor material y de consumidor jurídico.³² Ahora, en cuanto a la improcedencia de la declaración de nulidad por parte de quien sabiendo o debiendo conocer el vicio que la invalidaba, en este caso es evidente que un proveedor no puede pedir la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas; por lo demás es él quien presenta el contrato y quien lo redacta en todas sus partes, por lo que hace imposible, o a lo menos improbable, que haya desconocido alguno de los alcances de cada cláusula.³³

Finalmente, parece aún más dificultoso que el Ministerio Público, en miras de la moral y la ley, solicite la declaración de nulidad, es más, se podría

era inferior al 2,5 mm requerido por el artículo 17 de la LPDC, el tribunal consideró que no debía anular todo el contrato, sin siquiera señalar un argumento. Por otra parte en Corte Suprema, *Sernac con Cencosud* (2013, rol n° 12355-2011), se señala claramente en el considerando séptimo, el cual señala que: “Que por último, en relación con lo que se viene diciendo, no puede soslayarse lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley, que en lo pertinente expresa (...) Lo dicho supone que bajo la misma forma deben darse sus modificaciones, exigencia que resulta aplicable no sólo a la propuesta que se haga por parte del proveedor, sino también a la aceptación del cliente, lo que no se cumple en la cláusula 16° impugnada. Por lo que se confirmará el criterio que ha tenido el juez de primera instancia, en el sentido de considerarla abusiva y, por lo mismo nula.” Lo que sin duda plantea el hecho de que acreditado el tamaño no exigido, aun así se hizo un análisis de todas las cláusulas, sabiendo que ya eran nulas por la falta de forma. Lo que nos demuestra que en la práctica los tribunales son reacios a dar la nulidad por este tipo de infracción. Para un análisis completo de los requisitos de forma CONTARDO (2014) pp. 113-127.

³⁰ CORTEZ (2004) pp. 94-112.

³¹ PINOCHET (2011) pp. 343-367.

³² A modo de ejemplo, *vid.* Corte de Apelaciones de La Serena, *Cofré y otros con Aguas del Valle* (2008, rol n° 90-2008).

³³ BAMBACH (1991) p. 67.

decir que no son ni siquiera legitimados para poder pedirla, ya que en la LPDC los únicos legitimados para solicitar la declaración serían las asociaciones de consumidores³⁴ y, en segundo término, el Servicio Nacional del Consumidor, siempre y cuando se inicie un juicio por interés general, difuso o colectivo de los consumidores³⁵, pero en ningún caso el Ministerio Público. Por lo demás, al existir una norma de carácter especial, prima su aplicación por sobre la general.

3. Plazo de prescripción de la nulidad absoluta

En lo que respecta al plazo de prescripción de la nulidad absoluta, éste resulta desproporcionado para las normas que se desprenden del Derecho de Consumo y precisamente para los objetivos de la LPDC. Además, se debe considerar que incluso el establecer un plazo de prescripción es contrario en sí mismo con el fin, que de acuerdo a la doctrina, tendría la nulidad absoluta. En efecto, el artículo 1.683 parte final del Código Civil establece un plazo de 10 años para pedir la nulidad absoluta, pero si la nulidad absoluta se ha establecido en el interés general, para algunos, y en favor de la moral y de la ley, para otros, la acción para solicitar la declaración de nulidad no debiese prescribir, de hecho, en legislaciones comparadas esta acción es imprescriptible.³⁶

Ahora, enfocándonos en la protección de los consumidores, pareciera excesivo consagrar un plazo de prescripción tan alto para contratos que quizás no representen un interés general protegido, sino simplemente una desproporción en las prestaciones que del contrato se derivan; por lo tanto, no pareciera razonable darle la categoría de protección de la nulidad absoluta a algo que no tiene defectos en su creación, sino en los efectos que genera, efectos que por lo demás, son eventuales y no generan en sí mismos una desproporción, sino que ella se ve a propósito de ciertas acciones por parte del proveedor.

Por otra parte, la determinación del plazo de la prescripción para las acciones de nulidad consagradas en la LPDC es difícil de dilucidar. Ello ha quedado de manifiesto en fallo del año 2013 de la Corte Suprema, *Sernac con Cencosud*³⁷, el cual establece que la acción de nulidad prescribe en otro

³⁴ Artículo 8 letras d) y e) de la LPDC.

³⁵ Artículo 51 de la LPDC.

³⁶ BARAONA (2012) pp. 55-58.

³⁷ Corte Suprema, *Sernac con Cencosud* (2013, rol n° 12355-201) considerando 13°: "(...) En efecto, por una parte, se alega la existencia de dos cláusulas abusivas, contenida en

tiempo, distinto al plazo contenido en el artículo 26, inciso primero (6 meses desde la infracción³⁸); se puede demandar en un eventual juicio sobre nulidad por cláusulas abusivas, en un plazo superior al que se estableció en el artículo 26 a propósito de la responsabilidad infraccional, pero ese plazo preciso no se señala en el artículo 16 de la LPDC, por lo que debiesen seguirse las reglas generales del Código Civil. Luego, si la sanción, del artículo 16 de la ley en comento, se considera como nulidad absoluta, se debiera entonces concluir que el plazo de prescripción debiera ser de 10 años, sin embargo, nos parece un plazo inadecuado, excesivo y sin justificación. En efecto, no es clara una relación directamente proporcional entre plazo de prescripción y protección del consumidor, en el sentido que entre mayor sea el plazo de prescripción, mayor sea la protección. Perfectamente, se puede proteger de una manera más adecuada, aún con un menor plazo de prescripción, pero con mayor eficiencia, lo cual tiene relación con la forma en que se ejerce la acción, más no con el plazo de prescripción.

4. Saneamiento de la nulidad absoluta

La nulidad absoluta, como señala el artículo 1.683 del Código Civil, no puede ratificarse por las partes, ello nos parece acertado debido a la magnitud de los defectos, como la falta de objeto o las otras causales establecidas. Pero, tratándose de la LPDC, como ya analizamos, las normas sobre cláusulas abusivas pueden renunciarse. Cabría preguntarse, entonces, si ésta renuncia podría tomarse como un verdadero saneamiento realizado por las partes.

Por otra parte, podrían las partes, una vez que se ha iniciado un juicio requiriendo la declaración de nulidad del acto, carente de validez, por contener cláusulas abusivas, llegar a un acuerdo, transacción o algún otro equivalente jurisdiccional para poner término anticipado al juicio, y disponer

los números 9° y 16° del contrato y reglamento de Tarjeta Jumbo Más, sin que respecto de ellas se haya alegado derechamente la prescripción para los efectos de decretar su nulidad, y que aunque así se hubiere sido, al tenor del artículo 26 de la Ley 19.496, resulta prístino que este precepto no le es aplicable, porque que lo pedido versa sobre una acción de nulidad, cuya base de declaración se encuentra en el sistema legal contenido en el artículo 16 letras a) y g) de la misma ley, cuya finalidad es anular, declarar carente de efecto, una cláusula contractual. Ergo, esta acción escapa al marco contravencional y, por lo mismo, no queda sujeta a la prescripción contenida en el artículo 26 en comento”.

³⁸ Artículo 26 de la LPDC: “Las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de seis meses, contado desde que se haya incurrido en la infracción respectiva”.

de los “derechos” conferidos al consumidor. A nuestro parecer ello es absolutamente viable.

II. OTRAS SANCIONES, DIFERENTES A LA NULIDAD ABSOLUTA, COMO SANCIÓN A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Pese a que el avance de la doctrina nacional en esta materia es precario, algunos autores señalan que la sanción que deben tener las cláusulas abusivas es otra diferente de la nulidad absoluta.

1. La sanción a las cláusulas abusivas es la nulidad de pleno derecho

Baraona se inclina por estimar que la sanción a las cláusulas abusivas debiera ser la de una nulidad de pleno derecho, con necesidad de declaración judicial.³⁹ Para fundamentar su análisis, argumenta que una cláusula que “no produce efecto alguno” –de acuerdo al artículo 16 de la LPDC- no puede ser considerada como válida por el transcurso del tiempo. Sin embargo, advierte que aunque no se ha entendido que la nulidad opere de pleno derecho en nuestro ordenamiento, a lo menos en materia civil, sí sería una posible opción para una correcta defensa de los intereses del consumidor. Al respecto, creemos que no es posible aplicar los criterios de nulidad de pleno derecho a la legislación del consumidor, pues la única forma sería entender que el Derecho de Consumo es una disciplina autónoma, con reglas especiales, apartada de los principios del Código Civil.⁴⁰

En España se ha seguido un criterio similar al propuesto por Baraona, pues la Ley n° 7/1998, manifiesta en su artículo 7 la “no incorporación”, y el artículo 8 establece la “nulidad de pleno derecho”.⁴¹ Por otra parte el texto

³⁹ BARAONA (2014) p.237.

⁴⁰ Idea que ha sido planteada en CORRAL (2007) pp. 641-651. El cual señala que la norma sobre protección a los derechos de los consumidores es “extravagante” del Código Civil.

⁴¹ Vid. MIQUEL (2002) pp. 427-482.

Artículo 7 de la Ley española n° 7/1998: “No incorporación. No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.

refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias de 2007, modificado por la Ley n° 3/2014, dispone en su artículo 83: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”. Así, el criterio seguido por el derecho español no solo lo consagra como una nulidad de pleno derecho sino que, además, la consagra como relativa, en virtud de su establecimiento en favor del consumidor, por cuanto es solo él quien está legitimado para solicitar la declaración de nulidad de una de estas cláusulas.⁴² Así, se evita que el propio proveedor solicite la declaración de nulidad; aunque, por otro lado, también puede ser solicitada la declaración de nulidad por el juez.⁴³

La tesis de Baraona se podría entender en términos de política de protección al consumidor, lo que a nuestro parecer no sucede en Chile, ya que son reiteradas las discusiones que se provocan en torno a la adecuada protección de los consumidores. Si se hubiese querido proteger de forma adecuada a los consumidores de los abusos que se pudieran producir en las relaciones de consumo, se debería haber consagrado una ley más proteccionista de los derechos de los consumidores y, además haber ocupado una mejor técnica legislativa.

Artículo 8 de la Ley española n° 7/1998: “Nulidad.

1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

⁴² Díez-Pícazo (2002). p. 72.; González (2009) p. 984.

⁴³ González (2009) pp. 984, 985 y 986. El autor aún así señala que para solicitar la declaración por parte del juez, éste debe encontrarse en una situación especial, desde el supuesto de que la cláusula se encuentre en la “lista negra” y siempre y cuando se cumplan con los principios procesales aplicables al caso; Sánchez y Díez-Pícazo (2002) pp. 489 y 490.

2. La sanción a las cláusulas abusivas es la inexistencia

Corral señala, a propósito de la sentencia *Sernac con Cencosud*⁴⁴, que en dicho caso, las cláusulas que el tribunal decretó nulas, debían haberse entendido como cláusulas inexistentes o nulas de pleno derecho. En dicho caso, se anulan algunas cláusulas del contrato suscrito por los consumidores, por cuanto dicha cláusula otorgaba valor al silencio y se consideraba como aceptación en materia de consumo. Como dicha cláusula es contraria al artículo 3 letra a) de la ley, referente a los derechos de los consumidores, la cual señala: “Son derechos y deberes básicos del consumidor: a) La libre elección del bien o servicio. El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo”, y sumado al hecho de que el artículo 4 de la ley establece la indisponibilidad de los derechos establecidos, debió entenderse por parte del tribunal que dicha cláusula anulada debía considerarse como inexistente o nula de pleno derecho.⁴⁵

A nuestro parecer, la postura de Corral es parcialmente correcta. Si bien, si una ley considera que hay una indisponibilidad de ciertos derechos, y se viola dicha normativa, necesariamente debiese entenderse como inexistente una estipulación que vaya en contra de la que señala la indisponibilidad de la norma, creemos que el criterio que debiese seguirse es del Baraona, es decir, si se adquiere una convicción de querer proteger de manera adecuada los derechos de los consumidores. Por tanto, sería conveniente incorporar una norma que señale que alguna estipulación contraria a los derechos establecidos en la normativa se considere no escrita. No obstante, la visión de Corral aun así parece acercarse a la de Baraona, no de forma explícita, por cuanto señala que debiese haber sido la nulidad de pleno derecho la que debió haberse utilizado, lo que está en concordancia con lo señalado anteriormente en virtud del orden público y la indisponibilidad de los derechos.

3. La sanción a las cláusulas abusivas es una nulidad autónoma

Para Contardo la sanción a las cláusulas abusivas debiese ser una diferente a lo que se entiende hoy en día, así señala ciertos criterios que debieran seguirse, a propósito del caso *Sernac con Cencosud*⁴⁶, pero sin señalar una sanción específica. Así, al momento de referirse sobre la sanción de nulidad, señala que en un principio las cláusulas abusivas se sancionaban para evaluar la justicia material de las condiciones generales de contratación cuan-

⁴⁴ Corte Suprema, *Sernac con Cencosud* (2013, rol n° 12355-201).

⁴⁵ CORRAL (2013) pp. 224 y 225.

⁴⁶ Corte Suprema, *Sernac con Cencosud* (2013, rol n° 12355-201).

do uno de los contratantes abusaba de su posición monopólica, y que cuyo fundamento luego se trasladó en un problema de buena fe contractual, por lo menos en el derecho alemán.⁴⁷ Es decir, para Contardo, hay que restudiar los fundamentos, por tener diferencias en ciertos puntos, por ejemplo, la función del juez; opinión que hemos señalado en un comienzo de esta investigación, en donde los fundamentos de la nulidad, no son los mismos que los fundamentos de la sanción que debería existir a las cláusulas abusivas. Sin perjuicio de lo anterior, tratándose de vicios de forma, como lo son los contemplados en los artículos 17 y 12 A de la LPDC, señala que la sanción debiese ser la inexigibilidad⁴⁸, por diferentes criterios, pero como dicho análisis excede de los márgenes de este trabajo sólo lo mencionaremos. Aun así pareciera ser que la posición del autor es cercana a una nulidad que opere de pleno derecho o a lo menos a una nulidad que no esté fundada en los principios del derecho común.⁴⁹

4. La sanción a las cláusulas abusivas es una ineficacia propiamente dicha

Posición seguida por Vidal, quien luego de analizar los alcances de la LPDC, critica la idea de la nulidad, pues no se especifica cuál tipo de nulidad y qué alcances debe tener.⁵⁰ Vidal cree que la sanción que debe existir para la imposición de cláusulas abusivas debe ser una “ineficacia propiamente dicha”, con rasgos similares a la inoponibilidad, la cual opera de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial y puede ser ejercida por toda persona en cuyo beneficio se hubiese establecido, sus herederos o cesionarios.⁵¹ Continúa señalando que la forma de solucionar este problema que se origina está, precisamente, en cuestionarse sobre la finalidad perseguida por el legislador, que en opinión de Vidal tiene dos aristas: la primera por la protección inmediata que debe tener el consumidor por los abusos producidos por el proveedor en la imposición de los términos del contrato; y, en segundo lugar, por la idea de no alterar la satisfacción del interés del consumidor, que ya se produjo con el cumplimiento del contrato de consumo.⁵²

Por lo tanto, si en un determinado contrato en donde se encuentran cláusulas abusivas el juez sólo debería limitarse a constatar dicha cláusula y

⁴⁷ CONTARDO (2013) p. 229.

⁴⁸ CONTARDO (2014) p. 125.

⁴⁹ *Ídem.*, pp. 126 y 127.

⁵⁰ VIDAL (2000) nota 5.

⁵¹ *Ídem.*, p. 252.

⁵² *Ídem.*, p. 253.

tenerla por no incorporada dentro de dicho contrato, es decir, se prescinde de ella, por ser ineficaz por el solo ministerio de la ley.⁵³

La posición de Vidal nos parece adecuada por estar cohesionada con los principios que inspiran el Derecho de Consumo y, además, por señalar una sanción que impone una protección menos dificultosa para ambas partes. Pero tiene un problema práctico, cual es que su sanción solo podría proceder en los casos del artículo 16 letras a) a la f), pero no a la letra g), por cuanto al ser una causal genérica, necesariamente el juez debe analizar el contenido de la cláusula en los términos que señala el artículo.⁵⁴ Esta dificultad deviene, probablemente, porque a la fecha de publicación de Vidal –esto es año 2000–, aún no estaba contemplada en nuestra legislación una causal genérica de cláusula abusiva; esta recién entró en vigencia el año 2004. La idea de Vidal nos parece acertado, pero sería necesario revisar el caso de la letra g) del artículo 16 de la LPDC.

5. Nuestra interpretación

A nuestro parecer, la sanción no puede ser la nulidad absoluta, lo que ha quedado demostrado en la primera parte de este trabajo, debido a las diversas complicaciones que presenta. En segundo lugar, estimamos que, la sanción debe responder a ciertos parámetros u objetivos, a saber, la protección del consumidor, no sólo en el ámbito jurídico, sino también en el ámbito práctico; por tanto, es necesario revisar las normas procesales que protegen a los consumidores.⁵⁵

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ “Artículo 16.- No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: (...) g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.”

⁵⁵ Nótese que actualmente está en discusión, en segundo trámite constitucional, mensaje n° 141-362, de 2 de junio de 2014, con el que inicia un proyecto de ley que modifica la Ley n° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, boletín n° 9369-03, el cual tiene como una de sus ideas centrales, el cambio de la competencia radicada en los juzgados de policía local, en caso de acciones individuales, a la competencia común, esto es a los juzgados civiles.

Así, nos parece que la sanción específica a las cláusulas abusivas debiese estar enfocada en una idea más o menos similar a la que plantea Vidal⁵⁶, el cual señala que la sanción debiese ser una ineficacia propiamente dicha de pleno derecho, o como señala Contardo, sobre los requisitos de escrituración, debiese ser la inexigibilidad de la cláusula declarada como abusiva. Con todo, pareciera ser más idóneo consagrar una nulidad de pleno derecho, en la cual sólo este legitimado para solicitarla el consumidor que resulte afectado con la cláusula impugnada, esto es una nulidad de pleno derecho relativa, tal cual es la concedida en la Ley española sobre la materia.⁵⁷

Esto genera dos consecuencias: la primera de ellas, de orden procesal-práctico, produce una restricción al juez que no puede revisar el contenido del contrato, sino simplemente debe limitarse a la declaración de ineficacia de la cláusula y, en caso de que se declare como tal, deberá integrar el contrato con las disposiciones generales, salvo que con la declaración antes dicha, el contrato no pueda seguir produciendo sus efectos, se consagra así el efecto declarativo de la sentencia; una segunda consecuencia que provoca esta sanción radica en dar una facilidad al acceso que tiene el consumidor a la protección, ya que en nuestro actual Derecho de Consumo, está muy presente la idea de la defensa mediante un abogado, sin perjuicio que en un principio se buscó dejar de lado esta idea⁵⁸, para que el consumidor pudiese concurrir a los Juzgados de Policía Local sin patrocinio de abogado. Pues bien, dicha idea jamás tuvo acogida práctica y se continúa con la idea de necesidad de un abogado, lo que provoca costos, en ciertos casos difíciles de asumir, para un consumidor promedio, lo que acrecienta la desprotección en la que se encuentra un consumidor ante el proveedor.

Incluso, si se estima que la sanción debiese ser la nulidad, esta sería una nulidad relativa, debido a sus similares características, idea que Vidal sugiere tenuemente, al señalar que los legitimados para exigir dicha declaración de ineficacia serían las personas en cuyo favor se hubiere establecido, sus herederos o cesionarios,⁵⁹ regla idéntica a la contemplada por el artículo 1.684 del Código Civil, referente a las características de la nulidad relativa.

⁵⁶ VIDAL (2000) p. 252.

⁵⁷ DÍEZ-PICAZO (2002) p. 72.

⁵⁸ El artículo 50C de la LPDC, consagra dicha idea de forma explícita al señalar: “La denuncia, querrela o demanda deberán presentarse por escrito y no requerirán patrocinio de abogado habilitado”.

⁵⁹ VIDAL (2000) p.252

Por otra parte, la jurisprudencia no ha definido un criterio en esta materia y, por lo tanto, se utilizan en diferentes sentencias términos que no logran formar convicción sobre cuál es la naturaleza de la sanción, como por ejemplo nulidad absoluta, nulidad, ineficacia u otro término similar.⁶⁰

En fin, todas estas ideas quizás den sustento para señalar que el Derecho de Consumo debe comenzar a discutirse como una disciplina jurídica autónoma o, a lo menos, entender sus propios principios e ideas aplicables en torno al fin de la norma, y no como un simple estatuto jurídico de protección a ciertas personas, tal como dice Corral: “La normativa de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión parece mermar el principio matriz de la autonomía de la voluntad, una de las vigas maestras del Código Civil”⁶¹. Así, no le parece lejana la posibilidad de que suceda algo similar a lo acontecido en el Derecho Laboral.⁶²

CONCLUSIONES

Tanto la doctrina mayoritaria, a favor de la nulidad absoluta como sanción a las cláusulas abusivas, como las minoritarias, en favor de ineficacias distintas de la nulidad absoluta, han sido insuficientes para dar una justificación acorde al derecho de consumo y sus exigencias en el derecho de contratos actual. Ambas doctrinas han fallado en el intento por justificar de forma suficiente el valor que debiese tener una declaración de nulidad de estas características.

Aunque la tendencia actual es la de consagrar la nulidad de pleno derecho como una sanción adecuada a las cláusulas abusivas, siendo esta postura contraria a la doctrina mayoritaria y a la jurisprudencia reciente, resulta necesario realizar un desarrollo doctrinal en esta materia, en favor de encontrar una regla más acorde con los propósitos de la protección al consumidor, sobre todo en un ámbito de tan alta relevancia como lo son las cláusulas abusivas en los contratos, y más aún en consideración que en el último tiempo la contratación en masa y por medios electrónicos provocan ciertas interrogantes sobre la funcionalidad de la normativa y sus sanciones, lo que urge solucionar.

⁶⁰ A modo de ejemplo Corte de Apelaciones de Santiago: *Sernac con Pacific Fitness Club* (2015, rol n° 1693-2015), *Sernac con Inmobiliarias Las Encinas de Peñalolén S.A* (2014, rol n° 8281-2013); Corte de Apelaciones de Valparaíso, Pérez o con Corporación Universidad Aconcagua (2013, rol n° 424-2013).

⁶¹ CORRAL (2007) nota 42.

⁶² *Ibidem*.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALESSANDRI, Arturo (2008): *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC H., Antonio (2005): *II Tratado de Derecho Civil, partes preliminar y general* (7ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

BAMBACH S., Victoria (1991): “Cláusulas Abusivas”, en BARROS B., Enrique (ed.), *Contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 45-80.

BARAONA G., Jorge (2012): *La nulidad de los actos jurídicos. Consideraciones históricas y dogmáticas* (Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez).

____ (2014): “La nulidad de las cláusulas abusivas en la Ley N° 19.496: Naturaleza y régimen”, en BARRIENTOS C., Francisca (coord.), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 233-242.

BARRIENTOS C., Francisca (2014): “El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión”, en BARRIENTOS C. Francisca (coord.), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 297-312.

CONTARDO G., Juan Ignacio (2013): “Comentario de sentencia Sernac con Cencosud”, *Derecho Público Iberoamericano*, vol. 3: pp. 203-237.

____ (2014): “Ensayo sobre el requisito de la escrituración y sus formas análogas en los contratos por adhesión regidos por la Ley n° 19.496”, en BARRIENTOS C. Francisca (coord.), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 113-127.

CORRAL T., Hernán (2007): “La descodificación del Derecho Civil en Chile”, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (ed.), *El Código Civil de Chile (1855-2005)* (Santiago, Editorial LexisNexis) pp. 641-651.

____ (2013): “Notas sobre el caso ‘Sernac con Cencosud’: valor del silencio y prescripción de acción de nulidad de cláusulas abusivas”, *Revista de Derecho: Escuela de Postgrado*, vol. 3: pp. 221-226.

- CORTEZ M., Gonzalo (2004): *El nuevo procedimiento regulado en la Ley n° 19.496 sobre protección a los Derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Lexis Nexis)
- DE LA MAZA G., Íñigo (2004): "El control de las cláusulas abusivas y la letra g)", *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 3: pp. 35-67.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2002): "Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)", en MENÉNDEZ M., Aurelio y DÍEZ-PICAZO, Luis (dirs.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación* (Madrid, Civitas) pp. 61-73.
- DOMÍNGUEZ A., Ramón (2008): "Todo el que tenga interés en ello... (Sobre el art. 1683 del Código Civil Chileno y el interés para alegar la nulidad absoluta)", en MANTILLA E., Fabricio y PIZARRO W. Carlos (eds.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet* (Santiago, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri) pp. 541-560.
- GONZÁLEZ P., Isabel (2009): "Artículo 83: Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato", en BERCOVITZ R., Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Navarra, Editorial Thomson Reuters) pp. 981-995.
- HÜBNER G., Ana (1999): "Derecho a la contratación en la Ley de Protección al Consumidor", en CORRAL TALCIANI, Hernán (ed.), *Derecho del consumo y protección al consumidor. Cuadernos de Extensión Jurídica N° 3* (Santiago, Universidad de Los Andes) pp. 125-144.
- LARROUMET, Christian (1998): *Responsabilidad civil contractual. Algunos temas modernos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LÓPEZ S., Jorge (2010): *Los Contratos, Parte General* (5ª edición actualizada, Santiago, Editorial Legal Publishing).
- LORENZINI B., Jaime y POLIT C., Joaquín (2013): "El régimen de la nulidad y la resolución en el derecho del consumidor chileno", en DOMÍNGUEZ H., Carmen, GONZÁLEZ C., Joel, BARRIENTOS Z., Marcelo y GOLDENBERG S., Juan Luis (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII* (Santiago, Editorial Legal Publishing) pp. 465-480.
- MIQUEL, José María (2002): "No incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales", en MENÉNDEZ M., Aurelio y DÍEZ-PICAZO, Luis

(dirs.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación* (Madrid, Civitas) pp. 427-482.

PINOCHET O., Ruperto (2007): “¿Integra el derecho de consumo el derecho civil, el derecho mercantil o conforma una disciplina jurídica autónoma?”, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (ed.), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, Editorial LegalPublishing) pp. 9-20.

____ (2011): “Delimitación material del Derecho de Consumo. Noción Consumidor y Usuario”, en VÁSQUEZ P., María (dir.), *Estudios de Derecho Comercial* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot – Legal Publishing) pp. 343-367.

PIZARRO W., Carlos (2008): “10 años de lucha contra las clausulas abusiva. Balance y perspectivas”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile - Fundación Fernando Fueyo Laneri) pp. 75-80.

____ (2013): “Artículo 16 A” en DE LA MAZA G., Íñigo y PIZARRO W., Carlos (dirs.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 352-356.

POLIT C., Joaquín (2014): “Algunas reflexiones sobre la nulidad parcial de las cláusulas abusivas y la integración de los contratos de adhesión a la luz de la nueva regulación de la Ley de Sernac Financiero”, en TAPIA R., Mauricio, GATICA R., María y VERDUGO T., Javiera (coords.) *Estudios de Derecho Civil, en homenaje a Gonzalo Figueroa Yáñez* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 485-495.

RAKOFF, Todd (1983): “Contracts of adhesion: an essay in reconstruction”, *Harvard Law Review*, vol. 96 n° 6: pp. 1173-1284.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1995): *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno, teoría bimembre de la nulidad* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

____ (2015): *Derecho del Consumidor. Estudio Crítico* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).

ROYO M., Miguel (1949): “Contratos por adhesión”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 2 n° 1: pp. 54-70.

SÁNCHEZ L., Bárbara y DíEZ-PICAZO G., Ignacio (2002): “Régimen aplicable”, en MENÉNDEZ M., Aurelio y DíEZ-PICAZO, Luis (dirs.), *Comentarios a la ley*

sobre condiciones generales de la contratación (Madrid, Civitas) pp. 483-518.

SANDOVAL L., Ricardo (2004): *Las reformas introducidas por la ley N°19.955 de 14 de julio de 2004 a la ley N°19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Lexis Nexis).

SAN MARTÍN N., Lilian (2015): “La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 n° 3: pp. 745-784.

TAPIA R., Mauricio (2008): “Orden público de protección en el derecho chileno”, en MANTILLA E., Fabricio y PIZARRO W. Carlos (eds.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet* (Santiago, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri) pp. 485-506.

TAPIA R., Mauricio y VALDIVIA O., José (1999): *Contratos por adhesión Ley n° 19.496* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

VIAL D., Víctor (2003): *Teoría General del Acto Jurídico* (5ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

VIDAL O., Álvaro (2000): “Contratación y consumo. El contrato de consumo en la Ley n° 19.496 sobre protección a los Derechos de los Consumidores”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXI: pp. 229-255.

WAHL S., Jorge (2006): “La protección de los derechos de los consumidores en Chile. Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la Ley 19.955 de 2004”, en BARAONA GONZÁLEZ, Jorge y LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (eds.), *La protección de los derechos de los consumidores en Chile. Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la Ley 19.955 de 2004. Cuadernos de Extensión Jurídica n° 12* (Santiago, Universidad de Los Andes) pp. 59-77.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley n° 3/2014 (España), por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *Boletín Oficial del Estado* n° 76, de 28 de marzo de 2014.

Ley n° 7/1998 (España), sobre condiciones generales de la contratación, de 13 de abril de 1998, *Boletín Oficial del Estado* n° 89, de 14 de abril de 1998.

Ley n° 19.946, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, de 7 de marzo de 1997.

Ley n° 19.955, modifica la Ley n° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, de 14 de julio de 2004.

Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Real Decreto Legislativo n° 1/2007, de 16 de noviembre de 2007.

JURISPRUDENCIA CITADA

8° Juzgado Civil de Santiago, *Sernac con Ticketek* (2015): 6 enero 2015, rol n° 5711-2013, acción de nulidad e indemnización de perjuicios.

Corte de Apelaciones de La Serena, *Cofré y otros con Aguas del Valle* (2008): 29 agosto 2008, rol n° 90-2008, acción de Indemnización de perjuicios, *Legal Publishing* 39807.

Corte de Apelaciones de Santiago, *Sernac con Inmobiliarias Las Encinas de Peñalolén S.A* (2014): 3 junio 2014, rol n° 8281-2013, acción interés colectivo o difuso, VLEX-571525178.

—, *Sernac con Pacific Fitness Club* (2015): 11 mayo 2015, rol n° 1693-2015, acción de nulidad y publicidad engañosa, VLEX-569847082.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, *Pérez con Corporación Universidad Aconcagua* (2013): 9 octubre 2013, rol n° 424-2013, acción de nulidad, VLEX-565942702.

Corte Suprema, *Sernac con Cencosud* (2013): 24 abril 2013, rol n° 12355-2011, acción de nulidad e indemnización de perjuicios, *Westlaw* CL/JUR/880/2013.

LOS GRUPOS DE SOCIEDADES. UN ANÁLISIS PENDIENTE ACERCA DE UNA REGULACIÓN SISTEMÁTICA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Corporate groups. An outgoing analysis about a systematic regulation lope in the Spanish legislation

NAYIBER FEBLES POZO*
Universidad de Girona
Girona, España

RESUMEN: Este trabajo realiza un análisis crítico acerca del grupo de sociedades en el ordenamiento jurídico español, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial. El autor enfatiza la dispersión jurídica al respecto, así como el necesario reconocimiento explícito de los grupos de sociedades en la legislación española. El autor también discurre acerca del concepto de grupos de sociedades en otros ordenamientos jurídicos, tales como el portugués y el brasileño, con especial atención al grupo jerárquico o grupo por subordinación.

PALABRAS CLAVE: grupos de sociedades, dirección unitaria, control, derecho español

* Doctorando Universidad de Girona, Girona, España. Correo electrónico: <feblespozo@gmail.com>.

Artículo recibido el 13 de julio de 2016 y aceptado para publicación el 15 de octubre de 2016.

ABSTRACT: *This paper undertakes a critical analysis about the corporate group in the Spanish legal system, including the case law and the scholarly opinions on the matter. The author emphasizes the legal dispersion in this field and defends the explicit recognition of the corporate group by the Spanish law. The author also deals with the definition of corporate group in other legal systems, like the Portuguese and the Brazilian, with especial regard to the so called hierarchical group or group by subordination.*

KEYWORDS: *Corporate groups, unit address, control, Spanish Law*

INTRODUCCIÓN

La regulación de los grupos de sociedades en España es una asignatura pendiente. Los grupos son reconocidos por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, esta última le dedica gran atención, pero el legislador español no acaba de regularlos como tal, de forma sistematizada. Sin duda, existe una decisión de política legislativa detrás de esta carente regulación normativa. Sin embargo, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos -el alemán, el portugués y el brasileño- en España se ha decidido que los grupos no deben ser regulados, pero la no regulación de los mismos, no imposibilita la existencia del grupo de sociedades a nivel nacional, muestra de la existencia de los mismos, como hemos mencionado al inicio, es el reconocimiento jurisprudencial que tienen los grupos de sociedades en la jurisprudencia española.¹

La falta de regulación única de los grupos en la legislación española, no significa que ellos no se reconozcan, como hemos señalado antes, tanto la jurisprudencia, como la propia legislación española, reconocen su existencia e importancia ante la ausencia de un conjunto homogéneo de normas. Los grupos están presentes en el ámbito laboral, tributario, societario, contable,

¹ Desde el punto de vista de la existencia y funcionamiento de los grupos de sociedades, no nos cabe la menor duda que ha sido obra de los tribunales, tanto en sede del derecho del trabajo con mayor profundidad, así como, en el derecho mercantil. Al respecto, Tribunal Supremo (STS 1954/2014), Audiencia Provincial Barcelona (SAP B 6634/2015), Tribunal Superior de Justicia de Galicia (STSJ GAL 7859/2015), Tribunal Superior de Navarra (STSJ NA 224/2015).

siendo la normativa que los regula en cada uno de estos ámbitos, diferente y asimétrica.²

El grupo de sociedades es -según la mayoría de los autores³- la forma de concentración empresarial preferida por los operadores jurídicos, para obtener una dimensión de empresa óptima y afrontar los retos competitivos del mercado.⁴ En el ámbito positivo, la regulación de los grupos de sociedades en general suele presentar, entre otros, dos rasgos que encuentran explicación en la dificultad, ante la que se halla el jurista, de concebir en términos de abstracción y de regular situaciones que, como el grupo, constituyen ante todo una realidad económica. Si bien cabe afirmar que, salvo excepciones, las legislaciones contemporáneas suelen adolecer de la ausencia de una definición única y general de grupo de sociedades⁵, regulándose el mismo de forma sectorial. Esto se debe a la dificultad de abstracción del significado estrictamente empresarial del grupo y a la interdisciplinariedad de esta nueva forma de empresa.

En este sentido, el fenómeno de los grupos de sociedades, aunque satisface necesidades actuales de los operadores económicos, afecta a bienes jurídicos protegidos por diversos sectores del ordenamiento, como son: la libre competencia, los derechos de los accionistas minoritarios, de los trabajadores, los derechos de crédito de los acreedores, los derechos de los consumidores, la estabilidad del sistema financiero, entre otros. Pero, aunque su regulación especial, de conformidad con los principios que rigen cada rama del ordenamiento, sea necesaria para una adecuada protección de los específicos intereses afectados, se hace preciso, a la vez, una regulación general sobre grupos -tarea bastante difícil, incluso, para los ordenamientos comunitarios⁶-, por lo menos una previa comprensión de las características esenciales de la figura. El análisis de éstas y, de las realidades económicas

² Cabe destacar que si bien no existe una regulación única que regule el grupo de sociedades en el ordenamiento jurídico español, sí son reconocidos por diferentes áreas del Derecho. *Vid.* SEBASTIÁN (2009) p. 94, EMBID (2003) pp. 38-41.

³ *Vid.* entre otros, EMBID (1996) p. 1225, FERNÁNDEZ (1995) pp. 1221 y 1222.

⁴ En este sentido, SÁNCHEZ (2000) p. 11, se pronuncia respecto de la necesidad de mejora y perfeccionamiento técnico de las estructuras de unidades de producción.

⁵ En este sentido, cabe reconocer la regulación específica al fenómeno de los grupos de sociedades por algunos ordenamientos jurídicos nacionales, tales como, la Ley de sociedades por acciones alemana de 1965 (*Aktiengesetz*), hay traducción al español con estudio preliminar por EMBID (2010); la Ley de Sociedades por acciones brasileña de 1976 y el Código de Sociedades Comerciales portugués de 1986.

⁶ *Vid.*, EMBID (1989) pp. 357-417.

sobre las que se asienta el fenómeno, contribuirá a evitar la diversidad de terminología jurídica equívoca, traducible en muchos casos en una confusión de la figura con situaciones intermedias de vinculación empresarial, cuya presencia, en diversa medida y con diversos grados, constituye el segundo de los rasgos que caracteriza a las legislaciones contemporáneas en la materia.

En la regulación legal de los supuestos de grupo se tiende a confundir esta figura con situaciones de control societario, de influencia dominante, -tal y como sucede en el art. 42 del Código de Comercio español (en adelante C.Com)⁷- o de participación significativa en el capital, entre otras. Y, en el mejor de los casos, el legislador adopta como técnica de regulación, el establecimiento de presunciones de existencia de grupo de sociedades sobre la base de otras situaciones de vinculación empresarial⁸, criterio este último, no desechable siempre que se tenga presente que el supuesto de hecho de la presunción es sólo indicio de una situación de vinculación mucho mayor -que implica el funcionamiento de una empresa que trasciende las estructuras societarias- y en tanto no se traduzca el mecanismo legislativo en una elaboración de listados que impliquen una duplicidad de términos.⁹ Así pues, todo intento de diferenciación del grupo, aunque no pueda ser concluyente al tratarse de una realidad cambiante, influirá en una regulación de éste, y de las demás relaciones inter-empresariales de acuerdo a su importancia, ya que no se produce en todas ellas el mismo nivel de concentración económica, ni de riesgo para los intereses comprometidos.

Los grupos de sociedades, al tener entre sus causas la necesidad de organización de empresas de grandes dimensiones, cuya viabilidad supera el tradicional binomio “empresa-persona jurídica”, predominan en el ámbito de las sociedades mercantiles, fundamentalmente capitalistas, siendo en su

⁷ Si bien el propio art. 42 Código de Comercio establece una delimitación exclusiva del grupo meramente de control, es cierto que en determinadas ocasiones, en cambio, se reconoce en el grupo la existencia de una “unidad de decisión” como establece el art. 4 de la Ley del Mercado de Valores (en adelante LMV), lo que es presumible en una situación de control, a estos efectos, *vid.*, EMBID (2003) pp. 22-24; así reconoce también, EMBID (1996) p.1229, al plantear que, “para el legislador español, no existe diferencia apreciable entre situación de control y grupo”.

⁸ En determinados casos no estamos ante un desconocimiento de la diferencia entre control y grupo, sino que el legislador simplemente se ha valido de presunciones ante la imposibilidad de concretar realidades de naturaleza económica. Al respecto EMBID (1996) pp. 1239 y 1240, señala que como la dirección unitaria no es un concepto fácil de precisar, cabe presumir la existencia de grupo en presencia de un mero supuesto de control.

⁹ *Vid.*, RAMÍREZ (2001) pp. 630-632.

mayoría sociedades del tipo anónima¹⁰, con una amplia base económica y personal.

Por todo lo anterior, en el presente trabajo, analizamos el grupo de sociedades desde el punto de vista doctrinal, partiendo desde las diferentes nociones del concepto de grupo, así como las referencias en materia de grupos en otros ordenamientos jurídicos, el grupo jerárquico o por subordinación, clasificación ésta, que no siendo la única de grupos de sociedades, consideramos la de mayor relevancia para nuestro trabajo.¹¹ Lo que nos permitirá conocer el interior del grupo de sociedades, sin abarcar más allá del marco objeto de estudio del presente trabajo.

I. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES: UNA IMPRONTA NECESARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La doctrina¹² más autorizada respecto al tema ha manifestado siempre los elementos que definen al grupo desde el punto de vista económico, la relación de dependencia ya sea directa o indirecta de una o varias sociedades dependientes respecto a otra dominante y el ejercicio de una dirección económica única¹³ o unitaria por ésta -sociedad dominante- sobre el conjunto de los demás. Este último elemento “el ejercicio de la dirección económica unificada” permite la constitución de una nueva unidad empresarial distinta de la diversidad de las formas jurídicas, la cual, a su vez, tendrá intereses propios que pueden o no diferir de las sociedades que conforman el propio grupo.¹⁴

Uno de los fenómenos más importantes en el ámbito de las sociedades mercantiles es la aparición de grupos de sociedades, en los que existe

¹⁰ No siendo ésta una excepción, ya que, al referirnos a grupos de sociedades, entendemos éste en el sentido amplio, abarcando también otros tipos societarios, como sociedades cooperativas e incluso sociedades civiles, siempre con sus oportunas salvedades, al respecto EMBID (2003) p.63.

¹¹ Distinción ésta reconocida por la doctrina más actual en materia de grupo de sociedades, al respecto, entre otros, EMBID (2003) pp. 6-8, GIRGADO (2001) pp.145-148.

¹² *Vid.*, EMBID (1989) p. 376.

¹³ En este sentido, BOLDÓ (2006) p.329, reconoce que el elemento de la dirección económica única caracteriza típicamente a los grupos y les permite distinguirlo de otras uniones de sociedades.

¹⁴ *Ibidem.*, defiende que en este sentido puede existir una preponderancia del propio grupo respecto al resto de las sociedades que lo integran, específicamente sobre el interés social particular de éstas, trayendo como consecuencia un replanteamiento de las normas tradicionales del Derecho de sociedades.

una sociedad dominante, y una o más sociedades dominadas, bien directamente, o indirectamente a través de otras entidades del grupo. El control se ejerce normalmente detentando la mayoría -o en su caso la totalidad- de los derechos de voto en la junta de socios, o excepcionalmente, a través de pactos con socios minoritarios que permiten la designación por la dominante de la mayoría del órgano de administración. Como bien comentamos en la introducción del presente capítulo, en el Derecho Español no existe una regulación general de los grupos de sociedades. En el ámbito del derecho de sociedades, la única mención a la que la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC) hace referencia a los grupos de sociedades es en su art. 18, el cual se limita únicamente a remitirnos al art. 42 del C.Com.

1. Concepto de grupo de sociedades; una visión desde el derecho comparado y el derecho español

A) APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE GRUPO DE SOCIEDADES

La definición de grupos de sociedades no es una cuestión pacífica única en el derecho español, ni en el derecho comparado. Si bien, existe unanimidad en la doctrina¹⁵ en considerar que, un grupo es un agregado empresarial integrado por diversos sujetos de Derecho que, sin perjuicio de su personalidad jurídica propia, quedan sometidos en su actuación en el mercado a una dirección económica unificada, ejercida por la entidad cabecera del grupo. Sin embargo, la concurrencia o no de los elementos que caracterizan la existencia de un grupo de sociedades -los cuales hemos referenciado en el epígrafe anterior- determinan la distinción conceptual entre un concepto estricto y uno amplio del grupo. El primero de ellos, necesitaría de la existencia de una doble relación de dominio, dependencia y sometimiento a una dirección unitaria, la falta de uno de ellos contribuye a la inexistencia de la noción de grupo, lo que hace prevalecer como requisito indispensable la dirección unitaria derivada de la relación de dependencia.¹⁶ El segundo, o sea, el concepto amplio de grupos, trae consigo, por una parte, la eliminación del concepto

¹⁵ En este sentido se han pronunciado, entre otros, LÓPEZ (2014) p. 31, EMBID (2003) p. 3.

¹⁶ Al respecto, BOLDÓ (2006) pp.329 y 330, reconoce que el concepto estricto de grupo puede partir de una segunda restricción: limitar tal noción sólo a los grupos compuestos por sociedades, dejando de lado la posible integración de empresarios individuales y de otras figuras asociativas con o sin personalidad jurídica. De esta forma se excluyen los llamados grupos por coordinación, *vid.*, SÁNCHEZ (1979) p. 48.

de dependencia¹⁷, y por otra, una sustitución del criterio de dirección unitaria por el de interés común del grupo¹⁸ respecto al primero.

A la hora de acatar el concepto jurídico del grupo de sociedades es preciso reconocer las múltiples variantes que entraña este fenómeno. Como bien hemos referenciado antes, nos encontramos con el desafío de la independencia jurídica-dirección unitaria¹⁹ de las sociedades que conforman el grupo. De ahí que, tal y como reconoce Fernández Markaida “si consideramos que el derecho de sociedades ha venido desarrollando su normativa de acuerdo con el principio de independencia jurídica y económica de las sociedades”²⁰, es de fácil comprensión que la mera existencia del grupo colisionará, *prima facie*, con un principio básico y tradicional de aquella rama del derecho, la de sociedades.

Resulta necesario resaltar la gran diversidad estructural que caracteriza a los grupos de sociedades. En la práctica podemos encontrar una multiplicidad de clasificaciones de grupos no excluyentes una de otras: grupos por subordinación o jerárquicos; grupos de estructura paritaria o por coordinación; grupos centralizados o descentralizados; públicos o privados; contractuales o fácticos; de tamaño pequeño, mediano o grande²¹; etc. Lo que dificulta notablemente la labor del legislador, ya que obliga a éste a articularlos de forma diferente según su variedad tipológica. Unido a la gran diversidad tipológica de los grupos de sociedades, debemos tener presente que el fenómeno grupal se manifiesta en una gran variedad de sujetos, físicos o jurídicos, públicos o privados cuyas características deben ser tenidas en cuenta por el legislador, así como la gran heterogeneidad de sectores económicos.²²

¹⁷ Respecto a éste, se señala que lo que verdaderamente interesa para llegar a una noción de grupo es el hecho de la dirección unitaria, o sea, se trata de que la unidad empresarial agrupada ha perdido su autonomía y capacidad para decidir autónomamente sus procesos empresariales. Y para ellos no es necesario acudir a la noción de dependencia, *vid.*, BOLDÓ (2006) p. 330.

¹⁸ De esta forma es el llamado interés del grupo el que permite individualizar la noción de grupo y justificar su regulación, al respecto, *Ibidem*.

¹⁹ *Vid., ídem.*, p. 332.

²⁰ Al respecto, FERNÁNDEZ (2001) p. 151.

²¹ Al respecto, *vid.* una clasificación completa de los grupos de sociedades en DUQUE (1996) p. 398.

²² Como puede ser, a modo de ejemplo, en el sector financiero, donde por su especial connotación, la Administración controla y vigila el fenómeno de integración empresarial de este tipo de sociedades.

Debemos tener presente que la noción de grupo reúne una serie de elementos, como son: el control, la dirección unitaria o el interés del grupo²³, los cuales, al no estar regulados en normas positivas del ordenamiento jurídico-español, y responder a conceptos jurídicamente indeterminados, tampoco ayudan a una correcta definición de este fenómeno. Hasta aquí, podemos apreciar que el primer problema que nos encontramos respecto al Derecho de grupos es referente a la propia conceptualización del mismo, con otras palabras, a la delimitación del concepto de grupo, muestra de ello lo es, sin duda alguna, la diversidad de corrientes doctrinales al respecto.²⁴

Conviene resaltar que en el presente trabajo partimos siempre de una visión dinámica de los grupos de sociedades. Por lo que, desde esta perspectiva, la mera existencia del elemento de control no conforma por sí sola el grupo de sociedades; es un instrumento necesario en cuanto a los grupos por subordinación se refiere, pero no es suficiente para la calificación del grupo. De ahí que, podamos resaltar como elementos conformadores del concepto de grupo los siguientes; pluralidad de empresarios independientes, el instrumento de obtención del poder de dirección y la dirección unitaria.²⁵

Pese a la carencia de personalidad jurídica en los grupos de sociedades, tanto la doctrina²⁶ como la jurisprudencia²⁷ han centrado sus esfuerzos en el estudio de este fenómeno de empresa moderna. Ya que, como consecuencia de la dirección económica unitaria que preside el funcionamiento de los grupos, se pueden derivar perjuicios para las propias sociedades integrantes del grupo y terceros, que requieren de la correspondiente respuesta jurídica a fin de proteger los posibles intereses en juego.

²³ Al respecto *vid.* apartados I.2 y I.3 del presente trabajo.

²⁴ Por una parte, nos enfrentamos a la doctrina que sigue una concepción estricta del grupo, los cuales se conforman mediante los mecanismos de dependencia y dirección unitaria, lo que contradice el principio de independencia jurídica del Derecho de sociedades. Y, por otra parte, nos encontramos la doctrina que defiende una concepción más amplia del grupo, el cual para que exista basta con que se ejerza una dirección unitaria de todas las sociedades, supuesto éste que abarcaría la regulación de los grupos por subordinación, los cuales se caracterizan por la ausencia de dependencia societaria. A ambas posiciones nos hemos referido en el inicio del presente epígrafe. *Vid.* FERNÁNDEZ (2001) p. 154.

²⁵ A tales efectos, FERNÁNDEZ (2001) pp. 156-173, reconoce dichos elementos como notas delimitadoras o elementos característicos que jurídicamente constituyen el concepto de grupo.

²⁶ *Vid.*, EMBID (2003) p. 31, BOLDÓ (2006) p. 334.

²⁷ *Vid.*, sentencias del Tribunal Supremo (STS 3166/2014, STS 735/2014) y Audiencia Provincial Barcelona (SAP B 6634/2015).

Este sistema ya no se presenta sólo como el resultado de un proceso de concentración empresarial, sino también, como del de descentralización o desconcentración de actividades de una empresa que devino demasiado grande, o que, por razones de dispersión geográfica o de especialización, requiere la creación de sujetos societarios separados, sin por ello dejar de constituir una unidad económica y de decisión. Es el elemento de la “dirección económica unitaria” -tal y como hemos referenciado en epígrafes anteriores- ejercida por un sujeto de acuerdo a una estrategia o interés común a todos los miembros del grupo, el elemento esencial de éste.²⁸

En el derecho comparado son pocos los ordenamientos que ofrecen una definición y regulación de este fenómeno.²⁹ Resulta interesante el ejemplo de la Unión Europea, en cuyo seno se formó, hace más de treinta años, el propósito de elaborar unas normas específicas sobre los grupos de sociedades, promulgando al efecto dos directivas: una, sobre los aspectos contables, y otra, sobre la vertiente jurídico-material.³⁰ La primera se aprobó, efectivamente, en 1983 y fue objeto de recepción legislativa por los diversos países de la Unión; en España, en concreto, encontramos sus huellas en diversos preceptos, de entre los que destacan los artículos 42 al 49 del C.Com.

Sin embargo, ordenamientos jurídicos como Alemania, Portugal y Brasil, los cuales han realizado un tratamiento sistemático de la materia³¹, constituyen referentes internacionales en materia de grupo. Motivos por los cuales, en los epígrafes siguientes, haremos una breve referencia a los ordenamientos jurídicos brasileño y portugués respecto a la materia objeto de estudio en el presente capítulo: los grupos de sociedades.

²⁸ Vid., LÓPEZ (2014) p. 32.

²⁹ Vid. nota supra 5.

³⁰ La directiva sobre el régimen jurídico-material de los grupos fracasó, existiendo además voluntad por parte de la propia Unión Europea de no llevarla adelante. Sin embargo, pese a la aprobación de dicha directiva, la propia Unión Europea transfiere a los Estados, sobre la base del principio de subsidiaridad, la competencia legislativa esencial para fijar sus bases fundamentales, siendo prueba de ello, el Informe Winter (noviembre de 2002), elaborado por un relevante equipo de juristas europeos, en el que se fijan las pautas para la regulación de las sociedades mercantiles en el ámbito europeo. Al respecto, EMBID y SALAS (2005) p.27.

³¹ Existen otros Estados, Francia e Italia, los cuales también le han prestado atención a la figura de los grupos, pero desde un punto de vista parcial y fragmentaria, renunciando a la ordenación sistemática del grupo, considerando suficiente los principios generales del Derecho de sociedades a los efectos del tratamiento de los grupos, vid. GIRGADO (2001) p. 20.

B) BREVE REFERENCIA AL GRUPO DE SOCIEDADES EN EL ORDENAMIENTO BRASILEÑO

En el ordenamiento jurídico brasileño, en su Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSAB), específicamente en el artículo 265, establece que “una sociedad controladora y sus controladas pueden constituir, en los términos de este capítulo, grupo de sociedades, mediante convención por la cual se obligan a cambiar recursos o esfuerzos para la realización de los respectivos objetivos, o a participar de las actividades o empresas comunes”. De cuya definición podemos determinar las características más significativas de la regulación del concepto de grupos en Brasil, destacando las siguientes; la adopción del criterio contractual de regulación de grupos de sociedades, denominándose el contrato de convención; se reconoce y regula el grupo por subordinación, ya que el propio precepto parte de la existencia previa de un control; la mera existencia de un control societario, que no supone la constitución de un grupo de sociedades, sino que se trata de dos conceptos diferentes³² y; por último, no hay una referencia a la dirección unitaria.³³

Sin embargo, consideramos destacable la regulación que la legislación brasileña efectúa en cuanto a la organización interna del grupo, como son la administración y organización. La propia ley se limita a establecer unos principios mínimos de organización del grupo³⁴, cuyo precepto infiere que la estructura organizativa del grupo, ofrecida por la ley -basada en la sociedad anónima- es de carácter dispositivo.³⁵

Otro de los elementos diferenciadores de LSAB, respecto al grupo, es la regulación que hace respecto a la legitimación del poder de dirección sobre el grupo³⁶, o sea, la obligación de acatar tal poder por las sociedades filiales, los límites del mismo, así como la reparación de perjuicios ocasionados por el ejercicio extralimitado de tal poder mediante la concesión de acciones al socio externo, o minoritario, contra los administradores de su sociedad y frente a la sociedad dominante. Es de destacar también que la LSAB -a diferencia de los elementos positivos reconocidos anteriormente- no ha prestado atención a los grupos fácticos, los mismos no se encuentran regulados,

³² *Vid.*, FERNÁNDEZ (2001) p. 81.

³³ En este sentido, EMBID (1989) p. 81, destaca la posible confusión del legislador brasileño respecto al concepto de control y de dirección unitaria.

³⁴ Al respecto, el art. 272 LSAB establece que “la convención de constitución del grupo deberá definir la estructura administrativa del grupo de sociedades, pudiendo crear órganos de deliberación colegiada y cargos de dirección general”.

³⁵ *Vid.*, FERNÁNDEZ (2001) p. 83.

³⁶ *Vid.* art. 273 de la LSAB.

ni definidos en la propia ley.³⁷ También podemos apreciar una ausencia de regulación de los grupos por coordinación en la ley brasileña, el legislador brasileño no ha pretendido contemplar un tipo de grupo que se caracterice por la dirección unitaria sin relación de dependencia.

C) *LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PORTUGUÉS*

El 2 de septiembre de 1986 se publica en el Diario de la República de Portugal el Decreto-Ley n° 262/86, por el que se aprueba el Código de Sociedades Comerciales (en adelante CSCP). El mismo tiene en común con la LSAB, entre otras cosas, el principio contractual de constitución de los grupos de sociedades.³⁸

El CSCP se caracteriza por la taxatividad o carácter cerrado de las situaciones jurídicamente consideradas de grupo, como por la limitación de su ámbito de aplicación, quedando éste restringido a sociedades anónimas, limitadas y en comanditas por acciones con sede en Portugal, siendo éste último criterio de ubicación o localización de las sociedades, considerado como una forma de excluir la protección de las sociedades filiales -de otra dominante- con sede fuera de Portugal. No obstante, se excluye también la posibilidad de que otros tipos sociales o las propias personas físicas participen en este sistema de integración empresarial, ni siquiera como empresa dominante.³⁹

Pero al igual que ocurre en el Derecho de grupos en Brasil, el CSCP parte de la formación gradual del grupo de sociedades, estableciendo un proceso que desarrolla a través de varios supuestos, como son, (i) las sociedades de simple participación, (ii) sociedades en relación de participaciones recíprocas, (iii) sociedades en relación de dominio, y (iv) sociedades en relación de

³⁷ Si bien es cierto que la tipificación de dichas figuras plantea los mismos problemas que el grupo creado mediante contrato de convención, al que la ley no destina normas protectoras del patrimonio social, ni de los acreedores o los accionistas externos al grupo, art. 276 de la LSAB, cuya omisión supone el punto más vulnerable de toda la regulación en materia de grupos.

³⁸ Aunque FERNÁNDEZ (2001) p. 90, reconoce que el CSCP tiene muchos más vínculos con la regulación de los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico alemán que con el brasileño. Inspirándose aquel en el proyecto de novena Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1984.

³⁹ Al respecto, ANTUNES (1993) p. 25, refiere que esta norma se trata en su conjunto de “un derecho de las sociedades subsidiarias o dependientes que no contiene ninguna regulación relevante concerniente a la sociedad madre o al grupo como tal”.

grupo. En los tres primeros supuestos, rige el principio de supremacía del interés de las sociedades participadas o dominadas, ya que se considera que todavía no existe una unidad económica. Mientras que una vez alcanzada la constitución del grupo, el contrato de subordinación otorga a la sociedad directora el derecho a dirigir o dictar órdenes a las sociedades dominadas, las cuales, salvo excepciones, tienen el deber de acatar. Sin embargo, el resto de los supuestos, dígame el tercero y cuarto, resultan los más interesantes. El primero de éstos se caracteriza por incluir la regulación de los grupos fácticos, entendidos como aquellos con relación de dependencia, pero sin contrato de subordinación. Por lo que resulta decisivo en este sentido el concepto de control o influencia dominante, en los que la doctrina⁴⁰ reconoce tres presupuestos para su establecimiento, siendo a tales efectos, el presupuesto de potencialidad, el de estabilidad y el de amplitud.

Podemos afirmar que el CSCP no le presta atención al grupo de hecho, no regula el sistema de protección dirigido a accionistas externos o acreedores, tampoco ha previsto disposiciones especiales en materia de responsabilidad de este supuesto fáctico.⁴¹ Respecto a los grupos de sociedades, el CSCP regula tres categorías, las cuales son, (i) los grupos constituidos por dominio total⁴², (ii) el contrato de grupo paritario⁴³, (iii) el contrato de subordinación.⁴⁴

⁴⁰ Al respecto, FERNÁNDEZ (2001) p. 92, reconoce que en el presupuesto de potencialidad no es necesario que la influencia sea efectiva, sino que basta con que lo sea potencialmente, respecto al presupuesto de estabilidad, reconoce que se requiere una prolongación temporal de la influencia dominante por la sociedad rectora del grupo, y como el presupuesto de amplitud, reconoce que la influencia debe ser amplia de forma que pueda surtir efectos en toda la unidad patrimonial del grupo.

⁴¹ *Vid.*, ANTUNES (1995) p. 370.

⁴² El contrato de dominio total se encuentra regulado en los arts. 488-491 del CSCP, el cual se reconoce que queda a medio camino entre el contrato de subordinación y la fusión, naciendo jurídicamente *ex lege* y no por la voluntad de las partes, bien inicialmente o posteriormente, supuesto en el que el problema se centra prioritariamente a la hora de esclarecer los casos de participación indirecta de la sociedad dominante.

⁴³ La legislación portuguesa no le dedica un régimen propio, al igual que en el derecho brasileño, pese al reconocimiento que la propia ley hace del grupo paritario o por coordinación.

⁴⁴ El contrato de subordinación supone un negocio jurídico bilateral, sirviéndole como elementos de soporte y fundamento: la gestión social unitaria y exclusiva, y la subordinación al interés del grupo. Este contrato se encuentra regulado en el art. 493 del CSCP.

D) UNA MIRADA AL GRUPO DE SOCIEDADES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El ordenamiento jurídico español en lo que a grupo de sociedades se refiere, se caracteriza por la carencia de un cuerpo normativo suficiente y la dispersión en preceptos aislados en diferentes sectores jurídicos. Por lo que el tratamiento diferenciado de los grupos de sociedades en cada sector, dificulta o impide en gran medida la constitución de un Derecho de grupos. De ahí que podamos constatar el abandono en que el legislador societario ha dejado esta figura societaria.

Motivos por los cuales, en el ordenamiento jurídico español, no existe en estos momentos una noción unitaria y definida del grupo de sociedades. La noción básica del grupo se encuentra en el artículo 42 C.Com., el cual regula una noción de grupo que alberga única y exclusivamente la finalidad de imponer a la sociedad dominante la obligación de formular las cuentas consolidadas del grupo, comportando las mismas responsabilidades para la sociedad y para sus administradores. Coincidimos con Fernández Maikada⁴⁵ respecto a que, el legislador ha recogido el concepto de “grupos consolidables” más que el de “grupo de sociedades”, fijando así los mecanismos para presumir la existencia de una relación de dominación entre dos o más sociedades. Por lo que pudiéramos resumir que esta norma ha fijado lo que la doctrina ha venido a denominar el “perímetro de consolidación”.⁴⁶

La noción de grupo consolidable recogido en el artículo 42 C.Com., es el núcleo actual de la definición del grupo de sociedades en nuestra legislación mercantil y societaria. A él se remiten, expresa o implícitamente, los demás preceptos que delimitan la relación de dominio o de grupo, tal es el caso del artículo 18 LSC y el artículo 4 LMV, entre otras, quedando solamente constreñido el contenido del artículo a determinados supuestos. Lo que permite que el concepto de grupo de sociedades esté circunscrito a la idea de control, sin perjuicio de que algunas de las técnicas de control, recogidas en el mismo, son prácticamente inoperantes, o se encuentran subsumidas en otras. Por lo que, al contrario de lo establecido en el artículo 4 LMV, se omite el concepto de control externo, entendido como el basado en un contrato o en una cláusula estatutaria, no existe tampoco una referencia expresa a la figura del control conjunto, es decir, la situación de dominación en la que existe pluralidad de sociedades controladoras o dominantes, concepto éste que podemos entre ver en el propio artículo 4 LMV.

⁴⁵ Vid., FERNÁNDEZ (2001) p. 219.

⁴⁶ Vid., ROJO (1996) p. 467.

Resulta necesario reconocer que la circunstancia determinante de la constitución del grupo en la LMV, en contraposición con el artículo 42 C.Com., es la denominada “unidad de decisión”, también llamada “dirección única o unitaria”, situación que se presume existente, *iuris et de iure*, por el ejercicio efectivo de un control o la mera posibilidad de ejercerlo, introduciendo en este último caso la figura del control potencial. Por otro lado, debe destacarse que el legislador ha utilizado la denominación de “grupos de entidades”, no de sociedades, ampliando así la noción de grupo a otras formas jurídicas diferentes de las mercantiles y que no aparecen incluidas en el artículo 42 C.Com.

Como podemos apreciar, en el ordenamiento jurídico español existe una diversidad respecto a la definición de grupos de sociedades, teniendo en cuenta la pluralidad de normas que se refieren a la figura del grupo. Sin embargo, el único punto en común entre las diferentes definiciones legales existentes, consiste en referir la idea de grupo exclusivamente al concepto de control, esto es, a lo que serían los grupos de dominación o por subordinación, compuestos por una sociedad dominante y otra dominada.

Tal y como referenciamos antes, mientras que en el ámbito jurídico mercantil la noción de grupo descansa en el elemento “control”, efectivo o potencial, el cual se obtiene por la posesión mayoritaria de los derechos de voto o la facultad de nombrar o destituir a los miembros del órgano de administración. En otros ámbitos, por ejemplo, el tributario, referente al Impuesto sobre Sociedades⁴⁷, exige que la sociedad dominante tenga una participación, directa o indirecta, de al menos el 90 por 100 del capital social de las sociedades dependientes.

Si bien es cierto la relevancia que tiene la regulación de los grupos de sociedades en los ordenamientos jurídicos alemán, portugués y brasileño, respecto al resto de los ordenamientos carentes de dicha regulación, teniendo en cuenta la importancia del grupo en el ámbito no sólo mercantil, sino también laboral, fiscal, entre otros; los mismos no son ajenos a fallos, los cuales han sido señalados por la doctrina.⁴⁸

Coincidimos con Boldó cuando sintetiza como principales fallos en los intentos de regulación unitaria de los grupos: “el desconocimiento por el legislador del significado estrictamente empresarial del grupo, la fatal contraposición entre el interés del grupo y el interés de las sociedades dependientes

⁴⁷ Vid. art. 81.2 de la Ley nº 43/1995.

⁴⁸ Vid., BOLDÓ (2006) p. 332

y, por último, la exclusiva comprensión del régimen jurídico de aquél como un conjunto de normas de carácter protector”.⁴⁹

En fin, en el Derecho Español, el fundamento que ha servido para conseguir una cierta armonización y convergencia normativa es la llamada “unidad de decisión”. El concepto de grupo, como hemos señalado anteriormente, se encuentra contenido en el actual artículo 42 C. Com., que se acerca claramente a la noción germana de grupo, muy estrechamente relacionada con la noción de control, sin perjuicio de que éste conlleva en la práctica la unidad de dirección, aunque no tenga que ser así necesariamente en todo caso.⁵⁰

El propio artículo 42 C.Com. define al grupo en función de la existencia de “la unidad de decisión”, la cual se presume siempre y cuando exista una “relación de control”.⁵¹ En este sentido, el precepto responde a las disímiles peticiones que, de forma unánime, se venían reflejando en la doctrina⁵². Lo que no le resta importancia, cuando de grupo se trata, a la dirección económica unitaria como elemento de vital importancia en materia de grupos de sociedades.

No obstante, en la propuesta de Código Mercantil que ha sido presentada por la Comisión de Codificación al Ministerio de Justicia, la misma opta por un concepto de grupo de sociedades amplio, articulado en torno a la existencia de una unidad de dirección como elemento definitorio del grupo (entendida, en términos generales, como la presencia de unas políticas financieras y económicas unificadas o centralizadas entre las distintas sociedades del grupo), en el cual tienen cabida tanto los grupos verticales o por subordinación, como los horizontales o por coordinación, sea cual fuere el mecanismo por el cual el grupo se ha configurado. Sin embargo, la noción de control continúa siendo relevante en la medida en que el control de una sociedad sobre otra supone la presunción, *iuris tantum*, de la presencia de una dirección unitaria ejercida por la controlante.⁵³ Se señala, por si fuera necesario, que el grupo de sociedades carece de personalidad jurídica, por lo cual éste, pese a su regulación, no se constituiría como sujeto susceptible de imputación de relaciones jurídicas.

⁴⁹ *Ídem.*, p. 333.

⁵⁰ *Vid.*, LÓPEZ (1996) p. 31.

⁵¹ *Vid.*, BOLDÓ (2006) p. 336.

⁵² *Ídem.*

⁵³ *Vid.* PAZ-ARES (2014) p. 89.

Aunque los redactores de la propuesta de Código Mercantil no se hayan aventurado a edificar la noción de grupo sobre la presencia de una “unidad económica” o “empresa plurisocietaria” como la más avanzada doctrina planteaba, la propuesta mejora con creces la definición actual contenida en el artículo 42 del C.Com. (a la cual se remite el artículo 18 de la LSC), que resulta insuficiente. Recordemos que al albor de la regulación vigente se corre el riesgo de considerar “grupo” a vinculaciones de sociedades que estrictamente no lo son, ya que no actúan bajo una unidad de dirección; el artículo 42 del C.Com. –desde su actual redacción dada por la Ley nº 16/2007– construye la definición de grupo en torno al “control” o a la “posibilidad de control”, ignorando el requisito de la dirección unitaria o “unidad de decisión” sobre el que gravitaba su redacción anterior. Por otro lado, mayoritariamente se entiende que la actual concepción excluye tanto a los grupos por coordinación como aquellos por subordinación cuya “matriz” sea una persona física (caso muy frecuente) u otro tipo de persona jurídica.

Si bien no constituye objeto de análisis en el presente trabajo el derecho de la competencia, no podemos negar la relación existente entre éste y el derecho de sociedades, más específicamente con los grupos de sociedades. A modo de ejemplo, podemos citar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en el caso *Akzo Nobel NV y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas* (2009, asunto C-97/08)⁵⁴, confirmó que el hecho de que una sociedad estuviese completamente participada por su matriz da lugar a una presunción *iuris tantum* que permite atribuir responsabilidad a esa matriz por la infracción de las normas de defensa de la competencia cometida por su filial.

2. Dirección económica unitaria y administración de hecho en los grupos de sociedades

La unidad de dirección económica del grupo opera a través de una red de mando jerarquizada, donde los protagonistas suelen ser los órganos de administración de las sociedades filiales, que actuarán siguiendo los dictados del órgano de dirección de la sociedad dominante titular de la dirección unitaria. De esta forma, la ejecución de la política económica unitaria queda en manos de los administradores, siendo el papel de las juntas generales simplemente ignorado desde el punto de vista material, lo que se traduce en un aumento de poder de los órganos de administración de las sociedades filiales

⁵⁴ Esta sentencia abrió un debate sobre el enfoque adoptado por el TJUE sobre este asunto y las posibilidades reales de que una matriz pueda aportar de manera exitosa pruebas que desvirtúen la presunción de responsabilidad

y, por ende, en una pérdida mayor del poder del órgano representativo de los socios, reemplazando el principio de separación de poderes por el de la acumulación de poder.

El empleo del poder de dirección unitaria puede orientar a la sociedad filial a la consecución de un interés empresarial distinto al suyo, lo que puede traducirse, en no pocas ocasiones, en un daño patrimonial para la sociedad e indirecto para los acreedores. Ello sucede normalmente porque el Derecho de sociedades les compele a llevar los negocios de su sociedad de acuerdo al mejor interés de ésta, bajo la amenaza de incurrir en responsabilidad ante los accionistas, los acreedores y la sociedad misma, pero, por otro lado, estos mismos administradores se encuentran compelidos a seguir las instrucciones que provienen de la matriz y que persiguen un interés global del grupo, cayendo en una doble presión, planteándose este mismo conflicto en la junta general de socios.

Sectores de nuestra doctrina, han pretendido extender el ámbito subjetivo del régimen de responsabilidad de administradores para aplicarlo a los administradores de la sociedad dominante, o a ésta misma, sobre la base de acudir a la figura del administrador de hecho.⁵⁵

Conviene precisar que la mera unidad organizativa y estratégica de las actividades de las distintas sociedades no implica necesariamente el ejercicio de las facultades de administración de las sociedades agrupadas. Por ello, no puede sostenerse que la simple existencia de un grupo de sociedades nos sitúe de manera directa y automática ante un supuesto de administración de hecho.

La unidad de dirección, a través de la que se manifiesta la legítima y lícita relación de control o dependencia que caracteriza al grupo, conlleva únicamente la coordinación de manera centralizada de las políticas estratégicas y organizativas de las filiales, persiguiendo la satisfacción del interés del grupo. Sobre la base de las anteriores consideraciones se encuadrarían, en el marco de la unidad de dirección, hechos frecuentes en la práctica de los grupos, tales como; el control de la composición de los miembros del Consejo de Administración de la filial o la circunstancia de que algunos miembros del Consejo de la matriz sean a su vez administradores de la filial *interlocking directorates* o el hecho de que, en ocasiones, las decisiones tomadas por los administradores de la filial en el ejercicio de sus facultades requieran, en

⁵⁵ Vid., LÓPEZ (1996) p 33.

atención a una lícita previsión estatutaria, la autorización de la matriz a través del ejercicio legítimo de sus derechos en la Junta General.

Para poder considerar a la matriz como administrador de hecho de la filial es preciso probar que, más allá de una injerencia legítima en la gestión de la filial, en el marco de una planificación estratégica y organizativa, establecida por la matriz en el seno del grupo, la sociedad matriz de manera directa y externa, con conocimiento y consentimiento de la filial, ha venido de hecho gestionando ésta de manera continuada y efectiva.

Esta viene a ser la doctrina del TJUE, recogida en el caso *Eurofood IFSC Ltd.* (2006, asunto C-341/04), el hecho de que las decisiones económicas de la filial puedan, o deban, ser controladas por la sociedad matriz cuyo centro de interés esté situado en un Estado distinto al de la filial, no es suficiente para desvirtuar la presunción sobre el lugar donde radica el centro de intereses principales del deudor. Ello acontecería sólo si la matriz actuara como administradora de hecho de manera pública y transparente, lo que no sucede en supuestos en que simplemente la sociedad matriz se encuentre, en virtud de su participación accionarial y de su facultad para nombrar administradores, en una posición de control respecto de la sociedad filial.

La calificación de la sociedad matriz como administradora de hecho de la filial, supondría que aquélla ha realizado un ejercicio de asunción directa, sistemática y no esporádica de la actividad estrictamente gestora de la filial.⁵⁶ Lo que no acontece cuando la sociedad matriz ejerce una influencia sobre la gestión de la filial desde su posición de entidad matriz o dominante, como cabecera del grupo, con la finalidad de asegurar la planificación estratégica y las directrices de gestión a nivel de grupo. Es la apariencia en el tráfico lo que permitiría imputar los actos del administrador de hecho a la propia sociedad.

El Tribunal también afirma la responsabilidad de la sociedad dominante cuando la actuación seguida dentro del grupo genera una apariencia que justifica la confianza del tercero en tal consecuencia.

Supuesto distinto de los anteriores es aquel en que la matriz, en el marco de la dirección estratégica del grupo, ejerce su control mediante el impulso de determinadas decisiones perjudiciales para la filial, pero beneficiosas para el conjunto del grupo. No cabe en estos casos acudir a la figura del administrador de hecho, ni ocultar en fraude de ley, para suplir lo que constituye realmente una laguna en el ordenamiento jurídico español, consistente en la

⁵⁶ Vid., LÓPEZ (1996) p 34.

inexistencia de un derecho general de grupos en el que se contemple el ejercicio de la unidad de dirección, en perjuicio de socios y/o acreedores de una determinada sociedad filial integrada en el grupo.

Actuaciones como, por ejemplo, canalizar fondos de un sector de negocio hacia otro más rentable; cambios en la implantación territorial de centros de explotación de la titularidad de distintas filiales ubicadas en diferentes Estados; optar entre distintos tipos de negocios en situaciones de dificultad de financiación a nivel de grupo, etc. En estos casos no podemos hablar de administración de hecho, ni oculta en fraude de ley, sino simplemente una laguna por inexistencia de un derecho material o sustantivo de grupos que aborde precisamente esta casuística como sucede en otros ordenamientos de nuestro entorno.⁵⁷ Sin duda alguna, en cuanto a la dirección económica unitaria se trata, ocupa un papel relevante, también, el tipo de grupo de sociedades. De ahí que, teniendo en cuenta el objeto de estudio de nuestro trabajo, y en consonancia con el orden metodológico a seguir en el epígrafe siguiente, nos centraremos en el estudio de los grupos de sociedades jerárquico o por subordinación.

3. El grupo de sociedades jerárquico o por subordinación, la relación de control o dominio

Si bien hemos referido con anterioridad, las distintas definiciones de grupos de sociedades en las cuales prevalece como elemento esencial el conjunto de sociedades que, conservando su personalidad jurídica independiente, se encuentra sometida a una dirección económica unificada -única según otro sector de la doctrina⁵⁸- sobre la base del control.⁵⁹ Sin embargo, cabe señalar que esta noción -al incluir como presupuesto la existencia de una relación de control-, conduce a restringir el concepto de grupo de sociedades a una sola de las categorías en que se divide el fenómeno; los grupos jerárquicos o por subordinación, teniendo en cuenta el tratamiento de los mismos en el Derecho positivo y en sede jurisprudencial y doctrinal⁶⁰, estando en consonancia, a su vez, con el objetivo planteado en nuestro trabajo. Ya que

⁵⁷ Vid., ALONSO (2011) pp. 87-102.

⁵⁸ Al respecto, EMBID (1996) p. 1238, propone un concepto operativo de validez global que defina al grupo como “el conjunto de sociedades sometidas, sobre la base del control, al ejercicio de una dirección económica de carácter unificado”.

⁵⁹ En este sentido, vid. EMBID (1996) p. 1228, MARTÍNEZ-GIJÓN (1999) p. 210.

⁶⁰ Si bien doctrinalmente se han reconocido la existencia de dos tipos de grupos, el grupo jerárquico o por subordinación y el grupo horizontal, paritorio o por coordinación, no es menos cierto que en el primero de ellos es donde existe cabida para el control societario,

es en este tipo de grupos, donde con mayor frecuencia se ha tenido que hacer uso de la teoría del levantamiento de velo societario, no sólo para determinar la responsabilidad del hecho cometido, sino también para la validez y cumplimiento de la cláusula arbitral a aquellos no signatarios del convenio.

A la luz de la propuesta del nuevo Código de Comercio, art. 291-1.1a, existirá grupo: “cuando una sociedad esté sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades estén sometidas al poder de dirección unitario de una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese poder de dirección”.

Es decir, hay grupo tanto en el caso de que una sola sociedad esté sometida al poder de dirección de otra, como en el caso de que varias sociedades se encuentren sometidas al poder de dirección unitario de otra sociedad o de cualquier otra persona natural o jurídica. Nótese que, en el segundo caso, el poder debe ser unitario, en el sentido de que ese poder recaiga conjuntamente sobre todas las sociedades. Por consiguiente, lo relevante en este tipo de grupos es la existencia de una relación de sometimiento o control por parte de un sujeto sobre una o varias sociedades. De este modo, se incluyen en la categoría de grupo las frecuentes estructuras en las que una persona natural la que se encuentra en el vértice y aquellas otras cuyo vértice es otra persona jurídica no sociedad, por ejemplo, una fundación. Sin embargo, se excluye del supuesto aquellas estructuras en las que una persona natural o jurídica no sociedad “somete” a una sola sociedad; es decir, para que exista “grupo de sociedades” debe, al menos, contarse con la presencia de dos o más sociedades.

Por ello, habrá siempre un sujeto -sociedad o no- denominado dominante o controlante, que será quien ejerce el poder de dirección sobre otras que se consideraran dominadas o dependientes; de ahí que el texto de propuesta de Código Mercantil matice que las normas relativas a la sociedad dominante serán de aplicación a cualquier persona natural o jurídica que ejerza el poder de dirección sobre sociedades dependientes (artículo 291-2).

Como decíamos anteriormente, lo relevante para la existencia de grupo es el sometimiento de una o varias sociedades a un poder de dirección, cualquiera sea el fundamento o el mecanismo por el cual se origine, por lo que, aunque lo más frecuente será que nos encontremos ante grupos de base societaria, el sometimiento al poder de dirección puede lograrse por muy

y que nos hemos referido en el presente epígrafe en relación directa con el elemento de la dirección unitaria. Entre otros, EMBID (2003) p. 7, RAMÍREZ (2001) p. 631.

diversos medios, como el contrato de dominación, disposiciones estatutarias, la identidad de administradores, etc.

Limitándonos al análisis de la figura de los grupos por subordinación, el control y las técnicas que hacen posible su obtención son los primeros indicios de la formación del grupo, pero no pueden identificarse con el mismo, ya que para hablar de grupo en sentido propio es necesaria la existencia de una dirección económica unificada, tal y como hemos sostenido con anterioridad. Es ésta, como “elemento unificador del grupo”⁶¹, la que le distingue de un mero supuesto de control societario. Por lo que, para comprender la realidad económica y jurídica que constituye el grupo de sociedades, es necesario aprehender los medios de adquisición del control, el control en sí mismo, la influencia dominante y el concepto de dirección unitaria.

El control es el punto de partida en la formación de un grupo por subordinación. Esto no significa que se subordine la importancia de tal situación a la posterior formación de esta nueva forma de empresa, ya que el control por sí mismo genera efectos jurídicos que el ordenamiento también tiende a detectar, regular y limitar.⁶² Sin embargo, la regulación de las situaciones de control se establece en la mayoría de los casos, en tanto se presume de una situación de grupo, como ocurre en el supuesto de la imposición del deber de consolidación contable según el método de integración global.⁶³ Por este motivo, a los efectos del presente trabajo, interesa el análisis de la noción de control como presupuesto de la formación de un grupo de sociedades jerárquico o por subordinación y, como supuesto de hecho sobre el que suele recaer la presunción de su existencia.

Hablar de grupo de sociedades es hablar de una pluralidad de entidades independientes jurídicamente, pero que desde la perspectiva económica mantienen una relación de dependencia⁶⁴, de forma que la libertad de delinear sus directrices de gestión económica se encuentra mermada, contemplando el grupo desde esta perspectiva, el elemento del “control”, como uno de sus componentes, implicaría un respeto formal de la organización -legal o estatutaria- de las personas jurídicas que lo integran. Por este motivo, el

⁶¹ Vid., EMBID (1996) p. 1227, EMBID (2003) pp. 9-13, 45, 54.

⁶² Vid., EMBID (1996) p. 1235.

⁶³ Este método se impone también a las sociedades que se encuentran en el supuesto del art. 42.1 C.Com., no por el mero hecho de que ejerzan un control, sino porque a través de éste se presume que constituyen un grupo del cual son dominante, *vid.*, MARINA (1992) p. 403.

⁶⁴ Vid., GALGANO (1995) p. 63.

control debe recaer o ejercerse a través de aquel órgano de la sociedad que reúna entre sus facultades aquellas que permitan a la dominante dirigir la actividad de la dominada.

A) *EL CONTROL COMO CONCEPTO UNITARIO*

Como afirmamos en la parte introductoria de este apartado, el control es respecto del grupo sólo un presupuesto para su formación. Ya que para poder hablar de grupo de sociedades es necesaria la presencia de una dirección económica unificada, siendo el control el poder de determinar la gestión de otro, y considerando, que el grupo está formado por sociedades que conservan su independencia jurídica, establecemos como primera premisa; que el dominio debe recaer sobre el órgano societario que detenta el poder de gestión, el poder de dirigir la marcha económica de la empresa, aun cuando en determinados casos, pueda afirmarse que es necesario primero tener presencia significativa en otros órganos sociales.⁶⁵

Como se deduce de su texto, el artículo 42.1 del C.Com., no establece un concepto de control, sino que se limita a enumerar supuestos de hecho, en los cuales parece considerar existente una relación de dominio⁶⁶ con suficiente entidad como para hacer presumible la existencia de un grupo de sociedades.⁶⁷ A pesar de ello, dicho precepto ha adquirido dentro de la legislación española un cierto protagonismo en lo que a control y a grupos se refiere⁶⁸, compartido, en menor medida, con el artículo 4 LMV, tal y como hemos referenciado en apartados anteriores. Aunque el primero de ambos se limita a indicar cuándo una sociedad mercantil debe consolidar sus cuentas con las de sus dependientes.⁶⁹ Motivos por los cuales, podemos considerar

⁶⁵ Esta afirmación está en relación con la ya antigua discusión doctrinal sobre la posibilidad de una noción de control externo, de un “control” no basado en un vínculo financiero, posesión de una participación significativa.

⁶⁶ El art. 42 del C.Com., de manera indirecta deja entrever que considera los supuestos enumerados en su punto 1 como de control, al hacer referencia en su punto 2 a la sociedad dominante.

⁶⁷ Desde nuestro punto de vista el artículo de referencia contempla un sistema doble de presunción, presume que en los supuestos que enumera, existe una situación de dominio y sobre esta hipótesis presume la existencia de grupo. Esta es la razón por la cual impone el deber de consolidar las cuentas anuales según la técnica de la integración global, que normalmente se utiliza en el caso de estructuras de grupo.

⁶⁸ *Vid.*, EMBID (1996) p. 1231.

⁶⁹ Son muchos los autores que mantienen esta afirmación, entre otros; MARINA (1992) p. 378, MARTÍNEZ-GIJÓN (1999) p. 25, EMBID (1996) p. 1237, SÁNCHEZ (2000) p. 23, DUQUE (1989) pp.

que, a tenor de la legislación española, la consideración del concepto de dominio, o lo que es lo mismo, para poder entender lo que se considera como dominio⁷⁰ debe partirse siempre del “archi” mencionado artículo 42 C.Com.

Si es evidente la quiebra del principio democrático de correspondencia entre capital y poder en el interior de la sociedad, y por lo que se refiere a facultades, la Junta General ha perdido la dirección de los destinos de la empresa social, ¿por qué el legislador sigue presumiendo la existencia de control, e incluso de grupo, cuando se es socio y se posee la mayoría de votos en la Junta General? Esta cuestión nos obliga a plantearnos, a fin de mantener la validez de nuestra postura en el sistema español, el poder que la Junta General o, deberíamos decir, los accionistas de control, poseen sobre el órgano de administración.

B) EL CONCEPTO DE CONTROL EN EL ARTÍCULO 42 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

El legislador del Código de Comercio no ha sido ajeno a la influencia que ejerce la Junta General sobre el órgano administrativo, y al dominio de ésta por parte de los accionistas de control. Por eso cuando en su artículo 42 apartados 1.a) y c)⁷¹ considera como un supuesto de control la posesión de la mayoría de los derechos de voto, no está considerando el dominio de la Junta General y las funciones que sobre la marcha de la empresa conserva ésta. Se contempla la posesión de la mayoría de votos, porque ésta sigue siendo, según las facultades y reglas de funcionamiento de la Junta General, la forma básica de acceder al órgano administrativo. Esto se ve corroborado con el supuesto descrito en el apartado 1.d) del mismo artículo, ya que si lo que interesa para obtener el control fuera la calidad de socio o el dominio de la Junta General, no se consideraría suficiente haber nombrado a dicho órgano sin tener en cuenta el porcentaje de votos que se necesitó para ello.

514-515. No obstante, son muchas las normas que, para el concepto de grupo o control, remiten al propio art. 42 del C.Com., entre las cuales podemos encontrar, el propio art. 4 LMV, el art. 18 LSC, al art. 20 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, entre otras.

⁷⁰ Teniendo en cuenta siempre los supuestos que se recogen en el propio art. 42 C.Com., *vid.*, RAMÍREZ (2001) p. 651.

⁷¹ Como podemos ver en este apartado el ejercicio del control se contempla por una pluralidad de personas o, bajo el predominio a su vez de una de ellas, a tales efectos, *vid.*; RUIZ (1995) p. 3337. No obstante, un sector minoritario de la doctrina considera incompatible la noción de control con su ejercicio por parte de una pluralidad de sujetos. MARTÍNEZ-GIJÓN (1999) pp. 213-215; aunque al parecer la realidad viene demostrando lo contrario.

Lo que contienen los apartados a), c) y d) del artículo 42 del C. xCom. son las posibilidades de derecho⁷² y de hecho⁷³ de nombramiento del órgano administrativo. Por esto, por el propio concepto de control y porque el supuesto restante contemplado en el apartado b)⁷⁴ no ofrece duda de referirse al nombramiento del órgano de administración, creemos que los supuestos de control contemplados por este artículo se reducen a uno solo: presencia o influencia sobre el órgano administrativo. Además, si consideramos el control como el poder de influir o dirigir la gestión de otra persona jurídica a través del órgano de administración de la misma, debemos admitir en consecuencia que sólo en el supuesto del inciso d) del artículo 42.1 del C.Com. y, en los demás que como él contemplen algún tipo de vínculo, relación o actividad sobre el órgano administrativo⁷⁵, existe una situación de control. De esta forma, en los demás casos podemos hablar de presupuestos o situaciones en las cuales el legislador presume su existencia.⁷⁶

⁷² En este sentido, MARTÍNEZ-GIJÓN (1999) p. 213, refiere que la posesión de la mayoría de los derechos de voto se califica como control de derecho, porque se ejerce el control por derecho propio, es decir, como consecuencia directa de su participación en el capital, sin necesidad de pactos ni vínculos indirectos de control.

⁷³ El apartado d) del art. 42.1 del C.Com., regula un caso de control de hecho, en cuanto lo que se regula es la posibilidad de que, aunque no se posea la mayoría de los derechos de voto, se nombre a los administradores, debido al absentismo a las Juntas Generales, a las limitaciones estatutarias a la asistencia a las mismas, entre otros. Este apartado contiene una referencia implícita al “control minoritario” ya mencionado. Autores como RUÍZ PERIS manifiestan que lo que se produce, debido a la pulverización del capital, al absentismo de los accionistas y a las propias normas societaria de computo de mayorías es una situación de carácter oligárquico, RUIZ (1995) p. 3334 y GALGANO (1988) p. 27.

⁷⁴ Si bien en la doctrina existe discusión sobre la validez del supuesto contenido en este apartado. Un sector considera que el mismo obedece a una deficiente transposición de la Directiva sobre cuentas consolidadas, la cual contemplaba una figura no permitida en el ordenamiento español: la reserva estatutaria a favor de algunos socios, de las facultades de nombramiento del órgano administrativo. Por lo cual, este supuesto carece de validez en la práctica, *vid.*; MARTÍNEZ-GIJÓN (1999) p. 215. Sin embargo, otra parte de la doctrina considera aplicable esta práctica estatutaria en el ordenamiento español e incluso predica su utilidad en el caso de filiales comunes, *vid.* RUIZ (1995) p. 3337.

⁷⁵ Puede tratarse también de una omisión, como es el no separar a los administradores de la gestión anterior, pudiendo hacerlo, como sostiene RUIZ (1995) p. 3333. Esta actitud puede entenderse como indicio de una comunidad de intereses con éstos.

⁷⁶ Coincidimos con RUIZ (1995) p. 3332, quien señala que “hasta que no se dé la sustitución de los miembros del órgano administrativo, no se podrá hablar en puridad del establecimiento de una situación de control, no podrá considerarse que la sociedad se encuentre controlada”.

Por otro lado, los apartados del artículo 42.1 C. de Com., contienen mecanismos de adquisición de control que sólo se refieren al de tipo interno⁷⁷ extracontractual. Además de estos, existen otras técnicas para establecer un dominio -o una coordinación- del órgano administrativo, como la comunidad de consejeros, regulada en el artículo 4 de la LMV.

Los grupos contractuales de sociedades no están regulados en el ordenamiento español, por lo cual todos los supuestos de control que recoge, lo son de control por influencia de hecho sobre el órgano administrativo. De allí, que al ser éste un órgano formalmente autónomo, adquieran importancia las facultades de nombramiento y revocación del mismo. Pero en el caso de los grupos contractuales la independencia de este órgano viene limitada por el contrato de dominación que regula la organización del grupo de sociedades. En éstos, la actuación del órgano administrativo conforme a las directrices de la sociedad dominante, viene impuesta como un deber derivado del contenido del contrato de empresa.⁷⁸ Aunque para la firma de estos contratos se requiera de la aprobación de la Junta General, y por tanto tener mayoría en la misma, ello no es óbice para continuar afirmando que el control que se obtiene o que se ejerce a partir de entonces, viene causado directamente por el contenido del contrato.

Para establecer el control sobre una sociedad, no hace falta ser socio de la misma, sino que también se puede hablar de un control indirecto. Una sociedad puede controlar a otra a través del control que ejerce sobre la misma una de sus dependientes, o a través de la suma de las participaciones que posean varias de éstas. Para hablar de control indirecto solo es necesario que la titularidad del control, independientemente del tipo de que se trate -interno⁷⁹,

⁷⁷ Para hablar de control interno es requisito *sine qua non* la posesión de participaciones en el capital de la sociedad dominada, independientemente de que las mismas puedan ser insuficientes para adquirir el control necesitándose de pactos con otros socios o de los votos por acciones no poseídas en propiedad.

⁷⁸ Al respecto, ESTABAN y GIRÓN (1982) p. 232, refiriéndose al derecho alemán, expresan que en el caso de los grupos contractuales de sociedades existe una importante excepción al principio de actuación con independencia del órgano administrativo, ya que entonces el *Vorstand* viene obligado por el contrato de dominación a seguir las instrucciones de la sociedad dominante. En estos grupos se reconoce formalmente el derecho de instrucción de la sociedad dominante. También, RUÍZ (1995) p. 3343-3348, entiende que, junto con los contratos de dominación, son también medios para adquirir un control externo contractual, la franquicia, la concesión, la agencia, e incluso habla de la posibilidad de establecer un control por medio de contratos de financiación.

⁷⁹ *Vid.*, RUÍZ (1995) p. 3341.

externo: contractual o extracontractual⁸⁰-, sea ejercido por la dependiente o dependientes de la indirectamente dominante, pudiendo darse el caso de que entre ésta y la indirectamente dominada no exista relación alguna.

II. EL CONTROL SOCIETARIO COMO PRESUPUESTO DEL GRUPO DE SOCIEDADES

1. Características del control

Al hablar de control, la doctrina indica que este poder deberá tener como características la estabilidad y la generalidad.⁸¹ El dominio debe de ser general -al menos potencialmente- ya que la gestión sobre la que se ejerce está formada por una diversidad de actos y a la vez constituye un proceso unitario.

Por otro lado, si consideramos que el control es uno de los presupuestos para la formación de un grupo, será necesario que se trate de una posibilidad estable de dirigir la gestión ajena, para que sobre el mismo pueda establecerse una dirección unitaria. En este sentido, si bien una relación de control no equivale necesariamente a un grupo de sociedades, debe de ser potencialmente apta para que sobre la misma se configure la dirección unificada⁸², en el caso de los grupos por subordinación.

2. Situación de control y concepto de grupo de sociedades

Al ser el control un poder, no es necesario para su existencia que se produzca su ejercicio, sino sólo que éste sea posible. En este matiz creemos que se encuentra la diferencia entre control e influencia dominante. Así pues, el control existe desde el momento en que se posee la capacidad de ejercer una influencia dominante sobre otra sociedad.⁸³ La influencia dominante se pue-

⁸⁰ *Ídem.*, p. 3316.

⁸¹ *Vid.*, ANTUNES (1993) pp. 359-380, RUIZ (1995) p. 3329.

⁸² Al respecto, MARTÍNEZ-GIJÓN (1999) pp. 210-211, el cual defiende que el control es un presupuesto para el ejercicio de la influencia dominante y de la dirección unitaria. Así como, SÁNCHEZ (2000) p. 19, que reconoce que en el grupo de sociedades han de manifestarse conjuntamente los dos elementos: la dominación o control sobre una o varias sociedades y su sometimiento a una dirección única.

⁸³ La doctrina manifiesta que el control es un presupuesto para el ejercicio de una influencia dominante, siendo a la vez inseparables ésta y el control. De tal manera que sólo se puede decir que una sociedad controla a otra cuando tiene la capacidad necesaria para ejercer una influencia dominante sobre ella. El autor se refiere en este sentido a un control efectivo, MARTÍNEZ-GIJÓN (1999) p. 210.

de entender como el conjunto de posibilidades de actuación que se obtienen al adquirir el control y como el ejercicio concreto y puntual de ese conjunto de posibilidades -todas o algunas-. De esta forma, mientras el control puede ser meramente potencial, cuando -en el ordenamiento español- se hace referencia a la existencia de una situación de influencia dominante, se está hablando necesariamente de un ejercicio de ese conjunto de posibilidades ligadas al control.⁸⁴ Por tanto, el control puede ser potencial o actual y en el caso de que fuese actual estamos hablando del ejercicio o de una situación de influencia dominante.

Como bien hemos planteado en epígrafes anteriores, el elemento que define la existencia de un grupo de sociedades es la dirección unitaria. Aunque en algunas ocasiones el legislador defina al grupo de sociedades en función de la existencia de dirección unitaria, no es usual la determinación del contenido de la misma, sino que generalmente se recurre a la técnica de presumir su presencia en los casos de control o dependencia. Al respecto, hemos de indicar que cuando el ejercicio del control es planificado y estable, y no referido solamente a un aspecto en concreto ni a un momento puntual, estaremos frente a una dirección unitaria⁸⁵ y, por tanto, frente a un grupo de sociedades. La dirección unitaria es una actividad de gobierno continuada.⁸⁶ Hablar de dirección unitaria -y con ella del establecimiento de una unidad económica- implica traspasar las fronteras de una simple situación de control o de influencia dominante, pasando del ámbito societario a una nueva forma de empresa: el grupo.⁸⁷

En el grupo de sociedades por subordinación se construye una organización jerárquica, en virtud de la cual y mediante el poder de dirección, se imparten instrucciones a los órganos de gestión de las sociedades dependientes. La extensión de la dirección unitaria determina la estructura de los grupos de sociedades, de modo que cuando la misma se ejerce solo sobre los asuntos de financiación y personal⁸⁸ estaremos frente a un grupo descentralizado,

⁸⁴ Vid., EMBID (1996) p. 1230.

⁸⁵ El poder de dirección se concreta no en un hecho que se produce en un determinado momento, como puede ser la designación de administradores, sino en algo permanente, vid., SÁNCHEZ (2000) p. 20.

⁸⁶ Vid., ídem., p. 21.

⁸⁷ Vid., EMBID (1996) p. 1230.

⁸⁸ Teniendo en cuenta el contenido de la dirección unitaria, vid., EMBID (1989) p. 386, expresando entre otras cuestiones que la dirección unitaria para ser tal debe recaer como mínimo sobre las materias de financiación y personal; la competencia para decidir sobre estas materias constituye el contenido mínimo de ésta.

y cuando se extienda a otros sectores de la actividad económica de las dominadas ventas, producción, entre otras; el grupo será de tipo centralizado. En estos últimos, el interés de la empresa del grupo debe prevalecer incondicionalmente en todos los casos y la autonomía jurídica de las sociedades dependientes es una pura formalidad, de forma que -a través de la dirección unitaria- se convierte a las sociedades integrantes, en simples departamentos dentro de la gran empresa del grupo de sociedades. En los grupos descentralizados, en cambio, las sociedades dependientes suelen conservar una parcela -de contenido variable- de comportamiento empresarial autónomo.⁸⁹

III. EL INTERÉS DEL GRUPO DE SOCIEDADES

1. *Legitimación del interés del grupo de sociedades*

Si partimos de que el fenómeno del grupo de sociedades surge cuando varias sociedades se unen y actúan bajo una dirección común, es lógico pensar que dicha dirección debe tener un propósito, que no puede ser otro que la consecución de un objetivo económico, con la peculiaridad de que, para la consecución de ese fin, cada una de las sociedades constituye una mera parte del todo; es decir, la empresa pasa de situarse en el plano societario al plano plurisocietario, de manera que la empresa ya no la constituye una sociedad individualmente considerada, sino que la empresa es el grupo.⁹⁰ Ese perseguido objetivo económico, a cuya consecución la dirección unitaria va a aspirar, se denomina interés del grupo⁹¹ y se manifiesta en la búsqueda del máximo beneficio conjunto, aunque no necesariamente para todos los miembros.

Como bien nos hemos referido anteriormente, el propio concepto de grupo de sociedades se encuentra ya recogido en algunas normas sectoriales del ordenamiento español; el legislador no desconoce el fenómeno del grupo, sino que lo reconoce. He aquí donde nos encontramos con la paradoja; de la diversidad de normas que hacen alusión al grupo de sociedades parece desprenderse que el grupo se encuentra, de alguna manera, legitimado; sin

⁸⁹ *Vid.*, ídem., pp. 366 y 367.

⁹⁰ En este sentido, GIRÓN (1986) p. 202, se refiere al grupo con el término “superempresa”.

⁹¹ El concepto de interés de grupo no resulta extraño en la literatura jurídica española, muchos son los autores que se han preocupado por estudiar el alcance, significado y legitimidad del mismo, y es que, en efecto, el problema nace de la circunstancia de que el Derecho de sociedades español está configurado para que sea una sola persona jurídica la que desarrolle una actividad económica y, por lo tanto, todo el régimen jurídico para su funcionamiento queda articulado en torno a esta previsión. Es precisamente aquí donde el derecho colisiona con la realidad.

embargo, el legislador no le ha otorgado los instrumentos necesarios para su correcto desarrollo.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, en Brasil existe una regulación específica sobre los grupos de sociedades de tipo contractual recogida en los artículos 265 a 277 LSAB. Esta regulación obliga a los administradores de las sociedades filiales a observar las instrucciones de los administradores del grupo que no supongan violación de la ley o del contrato de grupo, artículo 273 LSAB. Por otro lado, en el ordenamiento brasileño también encontramos grupos de facto, que son aquellos que no se han constituido de conformidad a lo establecido en las normas citadas, por lo que se regularán según lo previsto para las situaciones de control accionarial, artículos 116 a 118 LSAB y en las normas del Código Civil brasileño, artículos 1097 a 1101, específicamente el artículo 1098, que trata las sociedades controladas.

El problema del grupo en el Derecho español se concreta en la dificultad de poder legitimar la actuación del conjunto de las sociedades que lo forman en orden a la consecución del interés común o interés del grupo, máxime cuando alguna de estas pudiera resultar perjudicada a consecuencia de una instrucción perjudicial, produciéndose conflicto de intereses en su seno: el del grupo de sociedades como empresa plurisocietaria y el de la sociedad individual. Es por ello que la verdadera problemática del fenómeno no subyace tanto en declarar legítimo, o no, el ejercicio de ese poder de dirección externo a la sociedad, como en admitir que tal poder se dirija a la consecución de un interés distinto -el interés del grupo- que, en algunas ocasiones, será contrario al interés individual de las sociedades agrupadas.⁹²

2. La legitimidad del grupo y del ejercicio de la dirección unitaria o externa

Actualmente, son cada vez menos frecuentes, y ya no son sólo objeto de crítica unánime por parte de nuestra doctrina científica, también buena parte de la jurisprudencia viene manifestándose en los últimos años en un sentido contrario a concebir cualquier poder de dirección externa en una suerte de

⁹² En este sentido, FUENTES (2007) p. 134, sitúa en este ámbito (la actuación en interés distinto) el problema del grupo de sociedades, pues considera que la existencia de un poder de dirección externo no es obstáculo en el ordenamiento español, en el que se reconoce la posibilidad de llevar a cabo un poder de dirección proveniente de instancias diferentes al órgano de administración de la sociedad, por ejemplo: la posibilidad de que la Junta pueda impartir instrucciones vinculantes o el reconocimiento que el legislador hace en el artículo 78 de la Ley de Cooperativas de que existen sociedades dominantes que pueden ejercer su influencia sobre otras.

fraude de ley, que justifique el desconocimiento de las personalidades jurídicas diferenciadas del sujeto que ejerce el poder y del sujeto que queda sometido a él.

En la actualidad, queda fuera de toda duda que el grupo es una estructura legítima y reconocida por el legislador español, y ello a pesar de que las referencias de las leyes españolas al grupo son escasas y en ocasiones dispares, lo que dificulta deducir con nitidez los criterios de política jurídica que existen en nuestro ordenamiento respecto de esta figura. Tal reconocimiento se desprende claramente de las múltiples referencias que en él se hace al grupo, lo que, unido al principio constitucional de la libertad de empresa, refleja un propósito tal vez inconsciente pero único: el reconocimiento del grupo como institución legítima y plenamente concorde con nuestro ordenamiento.⁹³

La problemática acerca de la legitimidad del grupo ya no se sitúa en torno a la legitimidad o no del ejercicio de una dirección externa sobre las sociedades que lo forman, sino en determinar si la consecución del interés global de la empresa de grupo en detrimento del interés particular de esas sociedades puede considerarse también legítima.

3. Las instrucciones perjudiciales como medio de alcanzar interés del grupo

Será perjudicial aquella instrucción que impartida por la matriz provoque una disminución efectiva o un peligro real para el patrimonio de la sociedad filial afectada, siempre y cuando se emita en interés del grupo. En sentido amplio, ha de entenderse por instrucción cualquier medida adoptada por la sociedad matriz mediante la cual quiere influir e influye en la gestión de la sociedad filial, incluyendo no solo las instrucciones en sentido estricto -órdenes-, sino también cualquier otro tipo de declaración de voluntad de la matriz -consejos, directivas, recomendaciones, etc.- en virtud de las cuales la sociedad filial se vea obligada a modificar su comportamiento adecuándolo a las directrices de la matriz⁹⁴. Una instrucción perjudicial es aquella que obliga a tomar una serie de medidas que un administrador de una sociedad, independiente, que actuara diligentemente en interés de su sociedad no adoptaría. Estas instrucciones se materializarán habitualmente en la celebración de negocios jurídicos o en la adopción de determinadas medidas o actos por la sociedad filial -ya se trate de un comportamiento activo o pasivo-.⁹⁵

⁹³ Vid., EMBID (2003) p. 31.

⁹⁴ Vid., DE ARRIBA (2009) p. 247.

⁹⁵ Ídem., pp. 403 y 404.

En determinadas ocasiones, la realidad del tráfico impone que sea necesario llevar a cabo un acto perjudicial para una de las sociedades del grupo, si este acto, trae como resultado un beneficio mayor para el conjunto de la empresa plurisocietaria. Se plantea entonces la cuestión, de si al amparo del interés del grupo, es legítimo que la dirección unitaria del grupo imparta instrucciones que se traduzcan en actos perjudiciales para alguna de las sociedades integrantes. La cuestión no es sencilla, si se tiene en cuenta que, las instrucciones perjudiciales plantean un problema de conflicto de intereses al colisionar con el deber de fidelidad de los administradores de la sociedad que las reciben.

Ante la problemática del conflicto de intereses, y a falta de un régimen jurídico *ad hoc* que lo resuelva, la mayoría de la doctrina ha concluido que la legitimidad del grupo de sociedades se dará en tanto no vulnere el ordenamiento societario vigente.⁹⁶ La consecución del interés del grupo no puede perjudicar el interés particular de ninguno de sus miembros, por lo que sus efectos deberán ser positivos o, cuando menos, neutros para el interés particular de cada una de las sociedades integradas en él. Por más que se apele al interés del grupo, no resulta justificado que en el derecho español se pueda perjudicar a una sociedad sin una efectiva compensación.

4. La valoración del perjuicio en el grupo de sociedades: la doctrina de las ventajas compensatorias

Cabe plantearse, si de la propia existencia del grupo y la complejidad de las relaciones que se establecen de manera habitual entre sus miembros, como resultado de la dirección unitaria en interés del grupo, debe resultar en un examen del concepto del perjuicio de los actos intragrupo bajo unos parámetros idénticos que, si de una “sociedad isla” se tratase, o si, por el contrario, se debe examinar la operación desde una perspectiva diferente.

Los ordenamientos que se han ocupado de regular el fenómeno de los grupos de sociedades, han reconocido la existencia de un interés de grupo y han tratado salvaguardarlo articulando mecanismos que permitan su consecución, a la vez que se protegen intereses de terceros.⁹⁷ Para ello, se ha recurrido a la llamada doctrina de las ventajas compensatorias que legitima

⁹⁶ Vid., EMBID (2003) p. 32, GIRGADO (2001) p. 277, SÁNCHEZ-CALERO (2005) pp. 7-70, FUENTES (2007) p. 146-151.

⁹⁷ En el derecho comparado, la doctrina de las ventajas compensatorias tuvo su origen y posterior desarrollo en la labor de la jurisprudencia. En el caso de Italia, esa doctrina fue llevada a los textos legales en el 2003. También se encuentra presente en el ordenamien-

la injerencia de un perjuicio a una sociedad integrada en un grupo, siempre que de la operación se derive un beneficio para el conjunto, y la sociedad perjudicada sea efectivamente compensada por la desventaja sufrida, por lo que se debe hacer un balance entre los sacrificios y ventajas que la pertenencia al grupo supone para esa sociedad. Aunque en aplicación de la doctrina de las ventajas compensatorias, el juicio sobre la legitimidad de la dirección unitaria sigue dependiendo de que el interés de la sociedad filial no se vea perjudicado, lo determinante es la incorporación de una valoración distinta sobre el respeto a tal interés, teniendo en cuenta no a la sociedad del grupo aisladamente, sino, al conjunto de relaciones en que se halla involucrada.

Para que la doctrina resulte aplicable habrían de cumplirse determinados requisitos: (i) ha de tratarse de una operación resultado de una política de grupo y realizada en interés del grupo, (ii) debe de preverse una compensación adecuada, y (iii) el acto perjudicial debe respetar la supervivencia de la sociedad, es decir, esa instrucción o acto no podrá ser determinante de que la sociedad quede en estado de insolvencia.⁹⁸

Aunque la doctrina de las ventajas compensatorias no es desconocida en nuestro derecho proyectado, pues su aplicación ya fue planteada e incluida en el borrador del proyecto del Código de Sociedades Mercantiles, se plantea si esta teoría es aplicable en nuestro ordenamiento sin necesidad de una reforma legislativa. La aplicabilidad de esta teoría en nuestro Derecho de sociedades podría contar principalmente con dos obstáculos; (i) la prohibición de la *compensatio lucri cum damno*, artículo 1686 Código Civil español (en adelante CC) y (ii) el deber de fidelidad del administrador. Sin embargo, quien se ha ocupado de estudiar la cuestión no ha encontrado óbice a que ésta se aplique *lege lata* en el ordenamiento español.

Por lo que respecta a la primera cuestión, ha de entenderse que la desventaja no es un daño o un perjuicio, sino un valor de contraprestación. De este modo, sólo cuando la desventaja no sea compensada en tiempo y forma oportuna, se considerará que se ha ocasionado un daño, y, el deber jurídico de compensación se transformará en una obligación de indemnizar por los perjuicios causados. El otro gran obstáculo, el deber fidelidad, que recae sobre el administrador de la sociedad filial que ha de acatar la instrucción perjudicial, quedaría salvado al reinterpretar el principio de interés social de un modo más amplio, considerando que tal interés debe de ser concebido

to alemán, aunque el principio se materializa de forma diferente en función del tipo de grupo que se trate (contractual, fáctico o por incorporación).

⁹⁸ Vid., FUENTES (2007) p. 152.

como un interés consciente de su necesaria coordinación con un interés global de la empresa que constituye el grupo. Así, la contradicción que supone el enfrentamiento del interés social que cada sociedad del grupo persigue y los sacrificios que le son exigidos en nombre del interés común, es superada a través de la disociación temporal de la noción de interés social, puesto que si la sociedad comete un acto contrario a su interés social inmediato a favor del interés del grupo, está en realidad persiguiendo su interés social propio, en la medida en que puede razonablemente atender una contrapartida futura por este sacrificio.⁹⁹

Aun habiendo sido identificada la teoría de las ventajas compensatorias como la solución idónea al conflicto de intereses intragrupo, no existe en la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada, consenso en torno a lo que se debe considerar una adecuada compensación. En términos generales, distinguimos dos corrientes: (i) la teoría cuantitativa, y (ii) la teoría cualitativa, caracterizada por una mayor flexibilidad.¹⁰⁰

La posición cuantitativa, paradigmática del ordenamiento alemán, requiere que el otorgamiento de la ventaja deje a la sociedad como si nunca hubiese sufrido desventaja alguna, lo que exige que el perjuicio se compense por completo, y si no, de forma simultánea, pero sí muy cercana en el tiempo. Esta posición ha sido objeto de críticas, al entenderse que exigir una rígida identificación cuantitativa entre ventaja y desventaja significa desconocer la realidad del grupo, pues subordinar la legitimidad de la consecución del interés del grupo a la obtención de un resultado económico, equivalente al que se habría obtenido de haber sido la sociedad independiente, refleja la idea tradicional de que el interés del grupo se justifica en tanto haya una ausencia de perjuicio para la filial.

La postura que defiende una compensación cualitativa parte de una concepción en la que prima el funcionamiento del grupo como empresa, en la que cada sociedad en él integrada, es una pieza más destinada a favorecer la riqueza del conjunto, propugnándose una teoría de la compensación que se basa en un procedimiento valorativo asentado en la racionalidad, coherencia y eficiencia del acto –aun cuando sea perjudicial para la sociedad- respecto de una mejoría económica general de grupo a medio y largo plazo, de la cual razonablemente, puede derivar una ventaja para la sociedad en cuestión, aun cuando sea sobre planos económicos o momentos distintos respecto de aquel

⁹⁹ De esta problemática se ha ocupado en profundidad ídem., pp. 153-155, quien también ha citado doctrina extranjera.

¹⁰⁰ Ídem., pp. 155-194.

en que tuvo lugar la operación, y también, según un parámetro no rígidamente proporcional ni necesariamente cuantitativo.¹⁰¹ El referente legislativo de esta posición es el ordenamiento italiano, si bien con mayor claridad en el ámbito penal que en el civil.

Ahora bien, los defensores de la aplicabilidad de la doctrina de las ventajas compensatorias basada en una valoración cualitativa de la compensación, no por ello deja de considerar que aquella compensación, aunque no sea cuantitativa, sí debe ser proporcional, ya que únicamente la relación proporcional entre ventajas y desventajas convertirá la compensación en adecuada y justificará la adopción por parte de la sociedad de grupo de medidas desventajosas para su propio interés. La compensación también debe ser cierta, es decir, que no sea hipotética o virtual.¹⁰²

CONCLUSIONES

La LSAB establece claramente una distinción entre las fases de adquisición de control y la de constitución del grupo, éste último perfeccionándose mediante el contrato de convención, de ahí el carácter dinámico de dicha normativa. No obstante, la misma carece de una mención expresa de la dirección unitaria, así como de disposiciones normativas en materia de responsabilidad. Carece, a su vez, de una regulación de los grupos fácticos, pudiendo ampliar la regulación de las técnicas de adquisición del control, sobre todo de las societarias.

La regulación legal española puede ser calificada como insuficiente o de intervención mínima, debido a que solamente se regulan algunos aspectos puntuales, concretos o incidentales del orden mercantil, laboral, fiscal, contable, procesal, entre otros, de los grupos de sociedades, en función de los intereses o bienes jurídicos que cada rama o, mejor dicho, que cada norma del Derecho desea proteger y de las necesidades que puedan ir surgiendo.

La ausencia de una adecuada normativa societaria respecto al grupo, en el ordenamiento jurídico español, así como la dispersión de su tratamiento en otros sectores jurídicos, no debe suponer un obstáculo para sentar las bases de un necesario Derecho de grupos. Sin olvidar la complejidad del supuesto de hecho objeto de regulación, en el que confluyen una gran variedad de

¹⁰¹ *Vid.*, FUENTES (2007) p. 195.

¹⁰² FUENTES (2007) pp. 173 y 174, defiende la aplicabilidad, en el ordenamiento español, de una postura en la que la compensación sea cualitativa, proporcional y cierta, al respecto.

aspectos sustanciales, como son; interés de las partes, organización del grupo, relaciones internas de las sociedades integrantes del grupo y la legitimidad.

El sistema de regulación de los grupos de sociedades en el ordenamiento español tiende a ser tuitivo, pero no en razón de los aislados conceptos que otorga cada rama del ordenamiento jurídico. Los cuales, definen al grupo solo en función de la vinculación entre las sociedades que lo conforman, sino de los aislados preceptos que regulan supuestos específicos sobre los grupos de sociedades, en los que generalmente se busca la protección de los bienes jurídicos de cada rama del Derecho a la que pertenecen y en donde la noción de grupo se considera como predefinida.

En materia de Derecho comunitario, consideramos necesario una regulación conjunta armonizadora de todos los países miembros. Ya que la dimensión del grupo, en un mundo globalizado y en el que las relaciones comerciales cada vez son más internacionalizadas, los grupos de sociedades juegan un papel fundamental en las mismas. Motivos por los cuales, la dimensión del grupo, cada vez más, rebasa las fronteras nacionales de los Estados, lo que puede ocasionar grandes problemas de aplicación normativa, así como cuestiones de extraterritorialidad de las normas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ANTUNES, José Engrácia (1993): *Os grupos de sociedades* (Coímbra, Editorial Almedina).

____ (1995): "The law of affiliated companies in Portugal", en AA.VV.: *I Gruppi di Società*, Venezia: Atti del convegno internazionale di studi, 16-17-18 novembre 1995 (Milano, A. Giuffrè Editore) pp. 355-388.

BOLDÓ, Carmen (2006): *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español* (Navarra, Editorial Aranzadi S.A).

DE ARRIBA, María (2009): *Derecho de grupos de sociedades* (Navarra, Editorial Aranzadi).

DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F. (1989): "El derecho de las empresas vinculadas en la legislación española (especialmente en la Ley de reforma parcial y de adaptación a las Directivas comunitarias en materia de sociedades y en la Ley del Mercado de Valores)", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, vol. 9 n° 35: pp. 465-526.

- ____ (1996): "Los métodos de grupos de sociedades", ponencia en *VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Barcelona: Instituto de Derecho Comparado.
- EMBID IRUJO, José Miguel (1989): "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (El proyecto de Novena Directiva)", *CDC*, n° 5: pp. 359-417.
- ____ (1996): "La problemática de los grupos", en AA.VV.: *II Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995* (Madrid, Editorial Mc Graw-Hill) pp. 1223-1242.
- ____ (2003): *Introducción al derecho de los grupos de sociedades* (Granada, Editorial Comares).
- ____ (2010): *Ley alemana de sociedades anónima* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- EMBID IRUJO, José Miguel y SALAS FUMÁS, Vicente (2005): *El gobierno de los grupos de sociedades* (Madrid, Fundación Alternativas, Documento de trabajo n° 64).
- ESTABAN, Gaudencio y GIRÓN, José (1982): *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho Europeo y reforma del Derecho español* (Madrid, Editorial Civitas).
- FERNÁNDEZ MARKAIDA, Idoia (2001): *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial* (Madrid, Editorial de Derecho Reunidas S.A).
- FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis (1995): "Algunas acotaciones sobre el concepto de grupos de sociedades en los derechos mercantil y laboral", en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch) pp. 1219-1238.
- FUENTES, Mónica (2007): *Grupo de sociedades y protección de acreedores. Una perspectiva societaria* (Madrid, Editorial Thomson-Civitas).
- GALGANO, FRANCESCO (1988): *La società per azioni* (2ª edición, Padova, Editorial Padova).
- ____ (1995): "El desplazamiento del poder en las sociedades anónimas europeas", en AA.VV.: *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima* (Madrid, Editorial Civitas) pp. 63-86.

- GIRÓN, José (1986): *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil* (Madrid, Editorial Civitas).
- GIRGADO, Pablo (2001): *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades* (Granada, Editorial Comares).
- LÓPEZ EXPÓSITO, Antonio Jesús (2014): “Los grupos de sociedades, ¿ámbitos ajenos a la responsabilidad ante acreedores y socios”, *eXtoikos*, n° 13: pp. 31-36.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, Luis Manuel (1996): *Los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico español y colombiano* (Colombia, Editorial Temis S.A).
- MARINA, Ángel (1992): *Régimen jurídico de la contabilidad de empresario* (Valladolid, Editorial Lex Nova).
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo (1999): “El fenómeno del control o de dependencia entre las sociedades”, *Revista de Derechos de Sociedades*, n° 12: pp. 210-229.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido (2014): “Uniones de Empresas y Grupos de Sociedades”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y ROJO FERNÁNDEZ, Ángel (dirs.), *Lecciones de derecho mercantil* (12ª edición, Navarra, Editorial Aranzadi) pp. 636-656.
- RAMÍREZ OTERO, Lorena (2001): “El control y los grupos de sociedades”, *Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña*, n° 5: pp. 629-664.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel José (1996): “Los grupos de sociedades en el Derecho Español”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 220: pp. 457- 484.
- RUIZ, Juan Ignacio (1995): “Significado del control empresarial en el derecho español”, en AA.VV.: *III Estudios en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch) pp. 3315-3354.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando (1979): “Grupos de sociedades y mercados de valores”, *Boletín Financiero de la Bolsa de Barcelona*, n° 69.
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (2000): “De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, vol. 19 n° 77: pp. 7-64.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan (2005): “Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 5: pp. 7-60.

SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael (2009): “La insolvencia de los grupos de sociedades: una reforma pendiente”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio, RODRÍGUEZ, José Antonio y SEBASTIÁN, Rafael (drs.), *La Ley Concursal y su aplicación* (Madrid, Fundación de Estudios Financieros) pp. 93-110.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil de Brasil, Ley Nº 10.406 de 10 de enero de 2002, entrada en vigor 11 de enero de 2003.

Código Civil de España, Real Decreto de 24 de julio de 1889. *Boletín Oficial del Estado* nº 206, de 25 de julio de 1889, última modificación de 6 de octubre de 2015.

Código de Comercio de España

Código de Sociedades Comerciales (Portugal), Decreto-Ley nº 262/86. Diario de la República de Portugal, de 2 de septiembre de 1986.

Ley de Mercado de Valores (España), Real Decreto Legislativo nº 4/2015, aprueba su texto refundido, de 23 de octubre de 2015.

Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (España), Real Decreto Legislativo 6/2004, aprueba su texto refundido, de 29 de octubre de 2004.

Ley de Sociedades Anónimas (Brasil), Ley nº 6.404, 15 diciembre 1976.

Ley de Sociedades de Capital (España), Real Decreto Legislativo 1/2010, aprueba su texto refundido, de 2 de julio de 2010.

Ley nº 16/2007 (España), de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, de 4 de julio de 2007.

Ley nº 43/1995 (España), del Impuesto sobre Sociedades, de 27 de diciembre de 1995.

JURISPRUDENCIA CITADA

Audiencia Provincial Barcelona (2015): 30 junio 2015, SAP B 6634/2015, resolución n° 170/15. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7460497&links=%22170%2F2015%22&optimize=20150907&publicinterface=true>>, fecha de consulta: 15 de septiembre de 2016.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Eurofood IFSC Ltd.* (2006): 2 mayo 2006, asunto C-341/04. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0341&rid=1>>, fecha de consulta: 15 de septiembre de 2016.

_____, *Akzo Nobel NV y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas* (2009): 10 septiembre 2009, asunto C-97/08. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008CJ0097&rid=3>>, fecha de consulta: 15 de septiembre de 2016.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (2015): 13 octubre 2015, STSJ GAL 7859/2015, resolución n° 5645/2015. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7514750&links=%225645%2F2015%22&optimize=20151110&publicinterface=true>>, fecha de consulta: 15 de septiembre de 2016.

Tribunal Superior de Justicia de Navarra (2015): 21 mayo 2015, STSJ NA 224/2015, resolución n° 219/2015. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7452577&links=%22219%2F2015%22&optimize=20150821&publicinterface=true>>, fecha de consulta: 15 de septiembre de 2016.

Tribunal Supremo (2014): 28 febrero 2014, STS 735/2014, resolución n° 80/2014. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6991100/Levantamiento%20del%20velo/20140314>>, fecha de consulta: 15 de septiembre de 2016.

____ (2014): 30 abril 2014, STS 1954/2014, resolución n° 100/2014. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7084748&links=%22100%2F2014%22&optimize=20140602&publicinterface=true>>, fecha de consulta: 15 de septiembre de 2016.

_____ (2014): 17 julio 2014, STS 3166/2014, resolución n° 429/2014. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7140923/Levantamiento%20del%20velo/20140807>>, fecha de consulta: 15 de septiembre de 2016.

COMENTARIOS DE
JURISPRUDENCIA

DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES FRENTE A LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES

*Commentary of a judgement on
consumer rights against security
systems of commercial establishments*

ERIKA M. ISLER SOTO*
Universidad Bernardo O'Higgins
Santiago, Chile

RESUMEN: Este documento comenta una sentencia que se pronuncia respecto de los derechos de los consumidores frente a los sistemas de seguridad con que cuentan los establecimientos comerciales. Las temáticas que se abordan se refieren a la dignidad de los consumidores, la posibilidad de configurarse una infracción de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, la tutela de los datos personales, así como la posibilidad de sancionar dos veces una misma conducta. Al respecto, se postula la procedencia de la sanción, señalándose además, que hoy en día no se exige la celebración de un contrato de consumo, para que la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, sea procedente.

PALABRAS CLAVE: Consumidor, guardias de seguridad, contrato

* Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesora de Derecho Civil, Universidad Bernardo O'Higgins. Correo electrónico: <erikaisler@yahoo.es>.

Comentario de jurisprudencia recibido el 6 de julio de 2016 y aceptado para publicación el 15 de octubre de 2016.

ABSTRACT: *This paper comments a verdict that refers to the rights of consumers in relation to the security systems that commercial establishments have. The issues it covers are the dignity of consumers; the possibility of liability arising from the Consumer Protection Act, after the obligations emanating from the business to consumer contract have been fulfilled; the personal data protection; and the possibility of punishing twice the same conduct. It is defended that the sanction is appropriate, without the need to conclude a consumer contract to be applicable the Consumer Protection Act.*

KEYWORDS: *Consumer, security guard, contract*

INTRODUCCIÓN

El art. 3 de la Ley de Protección del Consumidor (en adelante LPDC) establece los denominados derechos básicos de los consumidores, entre ellos, el no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios (art. 3 letra c de la LPDC). Con el objeto de tutelar de mejor manera al consumidor, el legislador especificó en su art. 15, el deber de los establecimientos comerciales que mantengan funcionarios de seguridad, de respetar la dignidad y los derechos de las personas. Agrega esta disposición, además la única facultad que la LPDC les otorga, cual es, en caso de que se sorprenda a un consumidor en la comisión flagrante de un delito, ponerlo sin demora a disposición de autoridades competentes.

Si bien la mayoría de las sentencias que se dictan en sede de protección de los derechos de los consumidores no se refieren a esta temática, lo cierto es que el compromiso de bienes jurídicos indisponibles que importa la transgresión de esta norma, implica que siempre sea importante relevar una decisión judicial pronunciada en este sentido.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

El caso que se comenta *Vera Videla con Salcobrand*¹, se originó en la acción interpuesta por una consumidora, que había ingresado junto a su hija a las dependencias de la denunciada a comprar un medicamento prescrito por

¹ Corte Suprema, *Vera Videla con Salcobrand* (2015, rol n° 10.546-2015), acoge recurso de queja interpuesto respecto de Corte de Apelaciones de Valparaíso (2015, rol n° 315-2015).

receta médica, documento que, como es habitual, fue retenido por el vendedor. Aproximadamente tres horas después de estos hechos, concurrieron al domicilio de la compradora, dos personas de delantal blanco, quienes, luego de identificarse como la cajera y el jefe de local, la acusaron de haber hurtado el producto, habiendo presenciado esta segunda situación, su propia hija y otros vecinos del sector. Agrega la actora, que con el objeto de desmentir la incriminación de la que había sido objeto, exhibió la boleta de compra, luego de lo cual los funcionarios se retiraron sin siquiera pedir disculpas por el malentendido.

En razón de lo anterior, es que la afectada denunció a la empresa vendedora, por infracción a los artículos 15 y 23 LPDC, acción que fue acogida en primera instancia por el Juzgado de Policía Local (en adelante JPL) de San Felipe.

No obstante, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, revocó dicha resolución, absolviendo a la denunciada por estimar que no se habían cumplido los presupuestos de los tipos infraccionales indicados, esto es, que la conducta denunciada ocurra en las dependencias del proveedor y que el producto o servicio sea nocivo para el consumidor, respectivamente.

Habiéndose recurrido de queja, la Corte Suprema, acogió la tesis de la actora, confirmándose finalmente la sentencia condenatoria de primera instancia, y ordenando el pago de una suma única de \$5.000.000.

II. LAS INFRACCIONES DENUNCIADAS

La LPDC consagra en su art. 50 una acción contravencional o sancionatoria, que procede cuando el proveedor incumpla cualquiera de las normas contenidas en dicha ley. Se trata de una manifestación del *ius puniendi* estatal, propia del derecho administrativo sancionador, y como tal, igualmente sujeta a los principios aplicables a éste, y de manera supletoria, a los imperativos del derecho penal que resulten procedentes.

A consecuencia de lo anterior, es que rige también en estas materias, el principio de tipicidad, el cual “implica que la conducta infractora debe estar precisada en la ley, sin que quepa establecer infracciones de forma genérica o vaga”.² Así las cosas, para que el acto lesivo sea sancionable, debe poder ser susceptible de enmarcarse exactamente en alguno de los tipos infraccionales de la LPDC, puesto que en caso contrario, quedará impune, aun cuando

² COSCULLUELA y LÓPEZ (2011) p. 226.

sea abiertamente injusto. Tal como explican Barrientos Camus y Contardo González, se exige que se configure la infracción, esto es, una “conducta típica, antijurídica y culpable”.³

Esta es una de las defensas que frecuentemente suelen invocar los proveedores, cuando han sido denunciados, esto es, la falta de concurrencia de alguno de los presupuestos de las normas alegadas por el o los actores, tal como ocurre en esta ocasión. En efecto, no cabe duda de que se ha causado un menoscabo a los derechos de la compradora y su hija, pero la redacción de las normas por ellas invocadas, dio pie para que se discutiera acerca de la satisfacción o insatisfacción de la conducta de la denunciada, de cada uno de los elementos de los tipos infraccionales consagrados en los artículos 15 y 23 LPDC.

1. La infracción consagrada en el art. 15 LPDC

Señala el art. 15 de la LPDC: “Los sistemas de seguridad y vigilancia que, en conformidad a las leyes que los regulan, mantengan los establecimientos comerciales están especialmente obligados a respetar la dignidad y derechos de las personas.

En caso que se sorprenda a un consumidor en la comisión flagrante de un delito los gerentes, funcionarios o empleados del establecimiento se limitarán bajo su responsabilidad, a poner sin demora al presunto infractor a disposición de las autoridades competentes.

Cuando la contravención a lo dispuesto en los incisos anteriores no fuere constitutiva de delito, ella será sancionada en conformidad al artículo 24”.

Esta norma establece dos hipótesis: un mandato y una facultad. Se puede apreciar que se trata de dos enunciados distintos, no copulativos, por lo que si el proveedor ha vulnerado la dignidad del consumidor de cualquier forma – salvo el caso excepcionalmente permitido por el inciso segundo- será posible de ser condenado infraccional y civilmente.

Con todo, el inciso tercero del art. 15 sanciona la vulneración de cualquiera de los dos aspectos mencionados con una multa de hasta 50 Unidades Tributarias Mensuales (art. 24 de la LPDC), salvo que la conducta fuere constitutiva de delito, en cuyo caso, regirá la sanción penal. A este respecto, cabe señalar que al parecer para este caso concreto, el legislador ha optado por la

³ BARRIENTOS y CONTARDO (2013) p. 557.

no aplicación conjunta de la responsabilidad administrativa y la penal, lo que podría obedecer al deseo de no vulnerar el principio *non bis in ídem*.⁴

A) *EL DEBER DE RESPETAR LA DIGNIDAD Y LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS*

Como se indicó, en primer lugar, la disposición impone al proveedor un mandato, el que se traduce en un deber especial de respeto de la dignidad y derechos de las personas por parte de los funcionarios de los establecimientos comerciales. Se trata de una especificación de la obligación correlativa al derecho básico ya consagrado en el art. 3 letra d) de la LPDC a no ser discriminado arbitrariamente.

Por otra parte, constituye una manifestación de las garantías constitucionales, a la igualdad ante la ley (art. 19 n° 2 de la Constitución Política de la República de Chile), así como a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de los que se es titular (art. 19 n° 3 de la CPR).

Si bien la regla ya podía extraerse a partir de la aplicación directa de nuestra Carta Fundamental, resultaba también conveniente una alusión expresa en la LPDC, puesto que de esta manera, se otorga mayor fuerza a la prescripción. Más aún, si se considera que la Constitución Nacional -a diferencia de otros regímenes foráneos- ha omitido cualquier alusión al sujeto débil de la relación de consumo, éste como supuesto especial de tutela.

Asimismo, a partir de la inclusión de disposiciones de este tipo -cláusulas de dignidad- se tiende a la unificación normativa, tanto de esta parcela especial de protección, como del Derecho Constitucional y de los Derechos Humanos. A este respecto, cabe traer a colación la opinión de Rolla: “las cláusulas sobre la dignidad humana cumplen una función de unificación, en el sentido que compactan la multiplicidad de derechos reconocidos en las cartas constitucionales en torno a la noción de persona, favoreciendo una reconstrucción unitaria de la misma. Los diversos derechos, aun poseyendo cada uno un significado específico, tutelan un bien jurídico unitario: la persona en su individualidad y dignidad”.⁵

De esta manera, la importancia que reviste esta regla es que protege no un interés puramente patrimonial, sino que la propia dignidad esencial de

⁴ “El significado de este principio *non bis in ídem* o inadmisibilidad de la persecución penal múltiple, consiste en que no se puede someter a juicio a un imputado más de una vez por el mismo hecho, sea en forma simultánea o sucesiva”, DEL RÍO y ROJAS (1999) p. 113.

⁵ ROLLA (2008) p. 167

la persona, esto es, aquella “la cualidad del ser humano predicable única o exclusivamente como atributo suyo, coherente con su inteligencia, libertad e igualdad, en fin, con su responsabilidad, rasgos de racionalidad que lo erigen en un depósito, máximo o supremo, de valores que integran su espíritu y materia”.⁶

A consecuencia de lo anterior, es que en este caso, el consumidor, además de las acciones derivadas de la LPDC, es titular del recurso de protección⁷, pudiendo optar por cualquiera de estas vías.

B) LAS FACULTADES QUE SE OTORGAN A LOS GUARDIAS DE SEGURIDAD

En segundo término, el art. 15 LPDC consagra, la única facultad que esta normativa le otorga al proveedor, y sólo para el caso de la comisión de un delito flagrante⁸, consistente en “poner sin demora al presunto infractor a disposición de autoridades competentes”.

Es lo que ocurriría por ejemplo, con los tratos vejatorios, acusaciones públicas, atentados contra la integridad o seguridad del presunto infractor, o bien con cualquier otra conducta que no sea el ejercicio de la facultad concedida por la norma.

Así, por ejemplo se ha fallado que la retención “brusca” de una consumidora a quien se la había acusado de hurtar una billetera encontrada en el bolsillo de un pantalón –con posterioridad se demostró su inocencia mediante un procedimiento penal- constituía una infracción al art. 15 LPDC, puesto que si bien la denunciada y demandada la había puesto a disposición

⁶ CEA (2004) p. 39.

⁷ FERNÁNDEZ (2003) p. 17.

⁸ Art. 130 del Código Procesal Penal (Chile): “Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia: a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito; b) El que acabare de cometerlo; c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice; d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y e) El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato. Para los efectos de lo establecido en las letras d) y e) se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas”.

de carabineros, ello no había sido realizado en observación de un delito flagrante, por lo que se condenó a la denunciada y demandada al pago de 40 Unidades Tributarias Mensuales por infracción a dicha disposición y a \$5.000.000 por concepto de indemnización del daño moral.⁹

Tampoco se estimó como concordante con la norma, el obligar a permanecer a un sujeto en una sala, obstaculizando su salida, a quien también se había acusado injustamente de hurto en un local comercial.¹⁰

Más proteccionista fue el Juzgado de Policía Local de Cerrillos¹¹, confirmado por el Tribunal de Alzada, el cual condenó a una empresa proveedora, incluso cuando una consumidora había salido del sector de cajas con productos en un carro que no había pagado, al haberse acreditado que ello había obedecido a que se dirigía a una sección de la tienda –“terrazas”- que se encontraba ubicado fuera del local comercial. En esta ocasión, el Tribunal estimó que no se había acreditado la intencionalidad de la actora de hurtar las especies, no bastando con el simple traspaso de las cajas, señalando que “no parece aconsejable que los guardias de un establecimiento comercial, tengan la facultad de retener a cualquier persona sin tener la plena seguridad que está cometiendo un delito”.

Lo propio ocurrió en la causa *Jirón Vargas con Supermercado Jumbo*, originándose en la acción interpuesta por un consumidor a quien se le acusó de haber sustraído un bloqueador solar, que según se acreditó con posterioridad, le había sido entregado por su propio empleador por ser un elemento de seguridad, al desempeñar sus labores en una piscina. En este caso, el afectado fue agredido por parte de guardias de seguridad, por negarse a ingresar a una sala a la cual era compelido.¹²

En el caso que se comenta, el proveedor infringió doblemente la norma: en primer lugar no nos encontramos frente a una situación de flagrancia, particularmente si se considera que habían transcurrido más de tres horas

⁹ 1° Juzgado de Policía Local de Rancagua, *Larenas Caro con Ripley Store Limitada* (2012, rol n° 426.061-2011), confirmada por la Corte de Apelaciones de Rancagua (2013, rol n° 102-2012).

¹⁰ 1° Juzgado de Policía Local de Rancagua, *SERNAC con Supermercado Santa Isabel* (2013, rol n° 438.476-2012)

¹¹ Juzgado de Policía Local, *Oyarzún Araos con Sodimac S.A.* (2008, rol n° 93.452-CG-2008), confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago (2009, rol n° 603-2009).

¹² Juzgado de Policía Local de Copiapó, *Jirón Vargas con Supermercado Jumbo* (2007, rol n° 605-2007).

entre la concurrencia de la consumidora y su hija a las dependencias comerciales y la visita de los funcionarios a su vivienda. Por otra parte, tampoco la empresa proveedora se había limitado a realizar la única facultad que le otorgaba el art. 15 LPDC, esto es, poner al infractor flagrante a disposición de la autoridad competente, sino que había decidido por sus propios medios concurrir al domicilio particular de la actora –valiéndose de información privada obtenida de la receta médica- para acusarla de la comisión de un delito. Al respecto cabe señalar que aun cuando le constare la efectividad del hurto, lo que debió realizar, es simplemente denunciarlo ante la autoridad correspondiente, para que se siga el conducto regular aplicable a estos casos, toda vez que en nuestro sistema jurídico, no resulta procedente la autotutela como mecanismo de resolución de conflictos.

No obstante, precisamente el elemento más grave de la conducta de la denunciada –esto es, el haber concurrido al domicilio particular de la actora– es lo que la empresa invoca como defensa. En efecto, una vez denunciada, argumenta que la infracción descrita en el art. 15 exige que los hechos hayan ocurrido dentro de los “establecimientos comerciales”, puesto que en caso contrario no será punible, tesis que fue acogida por la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

En este sentido, los ministros del Tribunal de Alzada, al informar sobre el recurso, sostuvieron que no se podía considerar que los funcionarios habían actuado en representación de la denunciada, puesto que los hechos habían ocurrido varias horas después de la celebración de la compraventa y fuera del local comercial. En este sentido señalaban que esta norma “dice relación con los sistemas de seguridad y vigilancia de los establecimientos comerciales, sin que puedan extenderse más allá de la esfera de control del proveedor”.¹³

No obstante lo anterior, esta tesis fue desechada por la Corte Suprema, al haberse recurrido de queja, por considerar que el art. 15 de la LPDC contiene una “norma de protección general en favor de los consumidores, que pone de relieve la dignidad y sus derechos por sobre las necesarias medidas de resguardo que los proveedores pueden adoptar para precaver eventuales delitos”.¹⁴ Agrega que una interpretación como la esgrimida por la denunciada es restrictiva “afectando los derechos de la consumidora, contrariando la finalidad de la ley, en cuanto a otorgarle un estatuto de protección ante el proveedor, al ser la parte más débil de la relación contractual de consumo”,

¹³ Corte de Apelaciones de Valparaíso (2015, rol n° 315-2015).

¹⁴ Corte Suprema, *Vera Videla con Salcobrand* (2015, rol n° 10.546-2015) considerando 4°.

por lo que el texto del art. 15 de la LPDC no se restringe a la actuación de los sistemas de seguridad que se encuentren dentro del espacio físico donde los proveedores ofrezcan sus bienes y servicios. De acuerdo a lo anterior, estimó que la conducta sí coincidía con la descrita en la norma en comento, en el sentido de que ella tiene por objeto, precisamente, tutelar al consumidor.

La decisión de nuestro máximo Tribunal es la correcta, toda vez que no podría entenderse que una norma que fue dictada con el objeto de tutelar de mejor manera al consumidor termine perjudicándolo.

Por otra parte, no es posible sostener que el lugar donde ocurrieron los hechos, sirva de eximente de responsabilidad, desde que ello habilitaría al proveedor para, fuera de las dependencias de sus locales comerciales, utilizar cualquier tipo de mecanismo de seguridad, sea que ellos atenten o no contra la dignidad de los consumidores. Nada es más alejado del objetivo de la norma, la cual busca precisamente, restringir el actuar del proveedor.

En otro orden de cosas, cabe señalar que la expresión “establecimientos comerciales”, es utilizada como sinónimo de proveedores y no como determinación de lugar de los hechos, puesto que en tal caso, la redacción debió de haber sido distinta, por ejemplo, señalándose: “Los sistemas de seguridad y vigilancia que (...), se mantengan en los establecimientos comerciales (...)”. En efecto, su asociación al verbo rector “mantener” conlleva que sea precisamente el sujeto del enunciado. Así, una correcta interpretación de la norma: Los sistemas de seguridad y vigilancia que, en conformidad a las leyes que los regulan, mantengan los establecimientos comerciales están especialmente obligados a respetar la dignidad y derechos de las personas”, conlleva a que ella equivalga a decir que “los sistemas de seguridad y vigilancia que mantengan los proveedores están especialmente obligados a respetar la dignidad y los derechos de las personas”.

2 La infracción del art. 23 LPDC

De acuerdo al art. 23 inc. 1° de la LPDC: “Comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio”.

Tal como se indicó con anterioridad, la LPDC es una normativa eminente infraccional y cuyas denuncias son conocidas por Juzgados de Policía Local, esto es, Tribunales que en su origen nacieron para conocer contravenciones.

De esta manera, y frente a la deficiencia de la redacción de sus disposiciones, es que se suele invocar el art. 23 inc. 1° de la LPDC en la gran mayoría de las denuncias interpuestas en esta sede, sea acompañando a otras infracciones, sea de manera autónoma como una forma de accionar en todos aquellos casos en los cuales, habiéndose vulnerado los derechos de los consumidores, no existe ninguna otra norma que tipifique la conducta descrita.

En el caso que se comenta, se optó también por denunciar su infracción en conjunto con las otras normas, con el objeto de asegurar una condena –si no se cumplían los presupuestos de las demás contravenciones- o bien para incrementar el *quantum* infraccional, si el Tribunal consideraba que concurrían ambas.

No obstante, la Corte de Apelaciones de Valparaíso desechó la acción en su totalidad, estimando que también en esta ocasión faltaba de la concurrencia de un presupuesto del tipo, cual es, que se trate de un producto o servicio nocivo para la salud. En efecto, el Tribunal de Alzada señaló respecto de esta norma que “nace la responsabilidad cuando el proveedor incumple esta obligación general, que determina que los productos que expende no deben ser potencialmente nocivos para la salud, ni inadecuados para el consumo humano, así como además, en caso de falla, que exista un respaldo por parte de la empresa, en función de que el producto adquirido, cumpla sus fines”.¹⁵

Dicha consideración no es correcta, puesto que de la redacción del art. 23 de la LPDC se desprende que los elementos de configuración son la negligencia del proveedor, el menoscabo al consumidor y la venta de un bien o la prestación de un servicio.

El primero de ellos se refiere a uno de los pocos casos en que la propia LPDC se pronuncia respecto del aspecto subjetivo u objetivo de la responsabilidad, exigiendo al menos la concurrencia de culpa, incluyendo con mayor razón el dolo. De acuerdo a los hechos descritos y acreditados en juicio, no cabe duda que la acusación infundada de hurto, unido al apersonamiento de funcionarios en el domicilio de la consumidora, se ha debido al menos a la negligencia del proveedor, en el sentido de que con un mínimo de diligencia, habría podido verificar el eventual pago del producto, por ejemplo, revisando las boletas emitidas en el período y cuyo precio coincidiera con el valor del medicamento. En lugar de ello, la gestión de la denunciada se limitó a buscar

¹⁵ Corte de Apelaciones de Valparaíso, *Vera Videla con Salcobrand* (2015, rol n° 315-2015) considerando 8°.

el domicilio particular de la actora, con el objeto de acusarla de una conducta ilícita no cometida.

También se generó en este caso un perjuicio a la consumidora afectada y a su hija, al verse expuestas gratuitamente a una situación que vulneraba tanto su intimidad como su honra. No se comparte la tesis de la Corte de Apelaciones, toda vez que la mención de la norma a ciertas circunstancias a las cuales debe afectar el menoscabo –“calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida” del bien o servicio- no excluyen la responsabilidad de la empresa, puesto que precisamente el servicio de venta y post-venta no se ha prestado con calidad, ni de acuerdo a su procedencia natural.

Así, se había fallado con anterioridad. Por ejemplo, en la causa *Sernac con Empresas La Polar S.A.*¹⁶, se condenó a la denunciada por infracción a los mismos artículos 15 y 23 de la LPDC, en un caso en el cual, luego de la activación errónea de las alarmas de seguridad, se acusó a una consumidora de haber hurtado ciertos productos. Como se puede apreciar, en este caso, tampoco se exigió la nocividad o falta de seguridad de la prestación.

Con todo, al no señalar el art. 23 de la LPDC una sanción específica, se debió de haber condenado también conforme al art. 24 de la LPDC, esto es, una multa de hasta 50 Unidades Tributarias Mensuales.

Ahora bien, respecto de la posibilidad de aplicar responsabilidad administrativa y la civil, para esta contravención, el legislador nada ha dicho, a diferencia de lo que ocurre con legislaciones foráneas que sí han consagrado una regla general al respecto.

Así, la legislación española establece que la instrucción de una causa penal ante los Tribunales de Justicia, suspende la tramitación del expediente administrativo sancionador que se hubiere invocado por los mismos hechos, sin que se pueda castigar dos veces una misma conducta, sin perjuicio de ilícitos concurrentes (art. 46 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Cabe señalar que en este país, ya la doctrina con anterioridad había venido sosteniendo la misma regla respecto de las sanciones penales y las del derecho administrativo sancionador. En este sentido, explica Ramírez Torrado: “dentro de ese universo en que puede verse manifiesto

¹⁶ 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *SERNAC con Empresas La Polar S.A.* (2010, rol n° 24.076-DIO-2008) confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2010, rol n° 1750-2010).

el poder sancionar el Estado, éste no puede reiterarse en sede de un mismo individuo por idéntico hecho y bien jurídico, so pena de violar lo establecido por el principio en estudio. Es el orden penal el que deberá prevalecer, aun cuando las sanciones previstas en la normativa administrativa sean más estrictas en ciertos eventos y, de este modo, disolver la posible concurrencia de dos órdenes distintos, pero que conforman un solo *ius puniendi* del Estado”.¹⁷

Por el contrario, encontramos también sistemas en los cuales ello es permitido. Así, de los artículos 100 y 110 del Código peruano vigente sobre la materia, se desprende que la responsabilidad administrativa se entiende sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

Como se señaló, la LPDC, salvo casos aislados en que se niega la aplicación conjunta –el ya mencionado art. 15 de la LPDC- o bien se acepta –artículos 39 y 49 de la LPDC- no establece una regla general. No obstante, en las demás situaciones, la sanción penal no excluye la infraccional y viceversa¹⁸, siempre que se trate de la vulneración de bienes jurídicos protegidos distintos y que la causa invocada sea diferente, tal como lo ha señalado nuestra jurisprudencia.¹⁹ De esta manera, la conducta del proveedor podría ser sancionada conforme al art. 23 de la LPDC y a las normas penales, si se cumplen los presupuestos para ello.

CONCLUSIONES

Las sentencias contradictorias a que dieron lugar el caso que se comenta, dan cuenta de la diversidad de pareceres que pueden surgir a propósito de las facultades que tienen los guardias de seguridad para tutelar los derechos patrimoniales del proveedor.

No obstante, ello revela asimismo la importancia de otorgar un tratamiento doctrinario a esta temática, de tal manera que se puedan ir generando criterios comunes de interpretación que resguarden de mejor manera las garantías fundamentales de los consumidores.

Lo anterior presenta una particular importancia, desde que la redacción de las normas que suelen invocarse por los legitimados activos -artículos 15

¹⁷ RAMÍREZ (2010) p. 297.

¹⁸ CORRAL (2013) p. 946.

¹⁹ Juzgado de Policía Local de San Bernardo, *SERNAC con Braun Medical S.A.* (2010, rol n° 3422-4-2008), confirmada por la Corte de Apelaciones de San Miguel (2010, rol n° 187-2010).

y 23 de la LPDC- pueden dar lugar a una eventual absolución, en razón de la aplicación del principio de tipicidad, herencia del derecho penal.

Finalmente, cabe señalar que se destaca la decisión final de la Corte Suprema, en orden a condenar a una empresa que acusó injustamente a una consumidora de la comisión de un hecho ilícito, vulnerando su dignidad e inmiscuyéndose en su vida privada. De paso, además da lugar para importantes consideraciones a propósito de la aplicabilidad de la LPDC -la relación de consumo en lugar del contrato mixto-, así como de la procedencia de daños post-contractuales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARRIENTOS, Francisca y CONTARDO, Juan (2013): "Art. 23 inc. 1", en DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO WILSON, Carlos (edits.), *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 556-582.
- CEA EGAÑA, José (2004): *II Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CORRAL, Hernán (2013): "Artículo 49", en DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO WILSON, Carlos (edits.), *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 944-947.
- COSCULLUELA, Luis y LÓPEZ, Mariano (2011): *Derecho Público Económico* (4ª edición, Madrid, Editorial Iustel).
- DEL RÍO FERRETI, Carlos y ROJAS, Francisco (1999): *De la reforma procesal penal* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda.).
- FERNÁNDEZ, Francisco (2003): *Manual de derecho chileno de protección al consumidor* (Santiago, Editorial Lexis Nexis).
- RAMÍREZ, María (2010): "El criterio de interpretación del principio *non bis in idem* previsto en el artículo 45.3 de la Constitución Española", *Ius et Praxis*, vol. 16 n° 1: pp. 287-302.
- ROLLA, Giancarlo (2008): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Lima, Editora Jurídica Grijley).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú, Ley n° 29.571, 1 de septiembre de 2010.

Código Procesal Penal de Chile, de 12 de octubre de 2000, actualizado al 5 de julio de 2016.

Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (España), Real Decreto Legislativo 1/2007, *Boletín Oficial del Estado* n° 287, de 30 de noviembre de 2007.

Ley n° 19.496 (Chile), establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, de 7 de marzo de 1997, actualizada al 30 de agosto de 2016.

JURISPRUDENCIA CITADA

1° Juzgado de Policía Local de Copiapó, *Jirón Vargas con Supermercado Jumbo* (2007): 18 abril 2007, rol n° 605-2007.

1° Juzgado de Policía Local de Rancagua, *Larenas Caro con Ripley Store Limitada* (2012): 29 junio 2012, rol n° 426.061-2011.

_____, *SERNAC con Supermercado Santa Isabel* (2013): 18 marzo 2013, rol n° 438.476-201.

3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *SERNAC con Empresas La Polar S.A.* (2010): 30 enero 2010, rol n° 24.076-DIO-2008, confirmada por la C. Ap. Santiago, Ing. 1750-2010, 25 agosto 2010.

Corte de Apelaciones de Rancagua, *Larenas Caro con Ripley Store Limitada* (2013): 3 abril 2013, rol n° 102-2012.

Corte de Apelaciones de San Miguel, *SERNAC con Braun Medical S.A.* (2010): 17 mayo 2010, rol n° 187-2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, *Oyarzún Araos con Sodimac S.A.* (2009): 11 marzo 2009, rol n° 603-2009.

_____, *SERNAC con Empresas La Polar S.A.* (2010): 25 agosto 2010, rol n° 1750-2010.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, *Vera Videla con Salcobrand* (2015): 5 agosto 2015, rol n° 315-2015.

Corte Suprema, *Vera Videla con Salcobrand* (2015): 30 septiembre 2015, rol n° 10.546-2015, *Westlaw* CL/JUR/5959/2015; 108215.

Juzgado de Policía Local de Cerrillos, *Oyarzún Araos con Sodimac S.A.* (2008): 11 marzo 2009, rol n° 93.452-CG-2008, confirmado por la C. Ap. Santiago, Ing. 603-2009, 11 marzo 2009.

Juzgado de Policía Local de San Bernardo, *SERNAC con Braun Medical S.A.* (2010): 18 enero 2010, rol n° 3422-4-2008, confirmada por la C. Ap. San Miguel, Ing. 187-2010, 17 mayo.2010.

RECENSIONES

CLAPHAM, ANDREW, GAETA,
PAOLA Y SASSÓLI, MARCO
(EDITORS): THE 1949 GENEVA
CONVENTIONS: A COMMENTARY,
OXFORD, OXFORD UNIVERSITY
PRESS, 2015, 1400 PP.

FERNANDO VILLAMIZAR LAMUS*
Universidad Bernardo O'Higgins
Santiago, Chile

I. LOS CONVENIOS DE GINEBRA, UNA BREVE INTRODUCCIÓN

“¡Cuántos penosos episodios, cuántas conmovedoras peripecias y cuántas decepciones de toda índole!

¿No se podrían fundar sociedades voluntarias de socorro cuya finalidad sea prestar o hacer que se preste, en tiempo de guerra, asistencia a los heridos?”

Henri Dunant, *Recuerdo de Solferino*

La guerra es un acto humano en el que imperan la destrucción y la severidad. La historia de la humanidad es prolija en demostrarnos cómo se comporta el ser humano en las situaciones de guerra y cómo los principios básicos de convivencia se ven seriamente afectados. En razón de esta sinrazón, un ginebrino llamado Henri Dunant quiso hacer algo para evitar los excesos propios de los conflictos tras su experiencia en la batalla de Solferino del 24 de junio de 1859.

* Abogado, Universidad del Rosario, Colombia. Doctor en Ciencia Política y Sociología, Universidad Pontificia de Salamanca, Investigador del Observatorio Regional de Paz y Seguridad, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile. Profesor Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Chile.

Los horrores de esa batalla fueron consignados por Dunant en un libro titulado *Recuerdo de Solferino* (1862). Allí narra que como “simple turista, totalmente ajeno a esta gran lucha, tuve, por una coincidencia de circunstancias particulares, el raro privilegio de poder presenciar escenas emocionantes, que he decidido reevocar”. También narra cómo organizó a la población civil para asistir a los heridos sin importar el bando. Esta idea de una institución neutral que asistiera a los heridos de la guerra quedó en la cabeza de Dunant y la difundió entre diversas autoridades suizas de la época, algunas de las cuales recibieron favorablemente los postulados de Dunant.

Es así como el 17 de febrero de 1863 se reúne un comité de cinco miembros, incluido Dunant, que da lugar al nacimiento del Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR). Al año siguiente se firma por parte de doce Estados y bajo el auspicio del CICR el “Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña de 1864”, conocido como la *Primera Convención de Ginebra*, que fue posteriormente actualizado en 1906, 1929 y 1949. Posteriormente, en 1906, como consecuencia de la guerra ruso – japonesa, tuvo lugar la *Segunda Convención de Ginebra* para el “Mejoramiento de la Condición de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar”, que fue actualizada en 1929 y en 1949.

En 1929 se firmó la Convención de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña y el Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra, en lo que se conoce como la *Tercera Convención de Ginebra*, y tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, se firmó la *Cuarta Convención de Ginebra* en 1949, cuyo título es “Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra”.

Todos estos instrumentos pretenden hacer viva la idea de Dunant de limitar la barbarie de la guerra, pero dadas las nuevas formas de guerra la obra reseñada aporta nuevas luces a un fenómeno cambiante y persistente, que con las nuevas tecnologías incluye elementos a considerar para procurar limitar los daños de los conflictos armados.

II. THE 1949 GENEVA CONVENTIONS: A COMMENTARY

“¡No me deje usted morir!», decían algunos de esos desventurados que, tras haberme tomado la mano con extraordinaria vivacidad, expiraban no bien les abandonaba esa fuerza facticia”

Henri Dunant, *Recuerdo de Solferino*

Esta extensa obra se divide en dos grandes partes. La primera parte se refiere a cuestiones transversales de las Convenciones, a sus disposiciones comunes, a cómo garantizar el cumplimiento de las Convenciones y a explicar las Convenciones de Ginebra en un contexto de conflicto armado interno o internacional. La segunda parte se dedica al análisis de cada una de las Convenciones. Lo interesante es que cada gran tema de las Convenciones es tratado con profundidad y mediante problemáticas concretas. Es tan atractiva cada capítulo de esta obra, que hacer una reseña que abarque los más de treinta capítulos es casi un imposible en el espacio permitido para esta reseña, razón por la cual seleccionaré algunos de los temas que a mi juicio fueron los capítulos con un mejor enfoque para la realidad del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) en América Latina, pues la mayoría de análisis se concentran en los sucesos que actualmente están en curso en lugares como Siria, Iraq o Libia por ejemplo.

En ese orden de ideas, los primeros capítulos del libro se destacan por la problemática sobre la cual versan, que son aquellos aspectos poco diáfanos para la aplicación del DIH. Lo interesante para el lector es la forma en que se complementan los diversos capítulos, de manera que los aparentes vacíos de una exposición son colmados por otro capítulo.

El libro inicia con un capítulo sobre el concepto internacional de conflicto armado. En éste su escritor Andrew Clapham resalta las nuevas realidades presentes en los conflictos armados internacionales, principalmente la aplicabilidad de las Convenciones de Ginebra en terrenos tan difusos como los conflictos relativos al ciberespacio, y en ese contexto hace una distinción muy compleja en la práctica de los conceptos de ataque armado, uso de la fuerza, y la intervención. A su vez, el autor estudia el papel que juega un Estado que controla a un grupo armado que opera al interior de otro Estado, una realidad propia de las "proxy wars" que ocurren actualmente en varios escenarios del mundo.

Todos esos análisis hechos por Clapham tienen como objetivo la determinación de los derechos y las obligaciones internacionales aplicables de conformidad con el DIH. Pero no todos los conflictos armados pueden caer en la categoría de interno o internacional. Por eso es tan relevante ver cómo se pueden aplicar las Convenciones de Ginebra en conflictos "transnacionales" y "mixtos", que es la labor examinada por Marko Milanovic, y que complementa lo escrito por Clapham.

Este capítulo de Milanovic aborda los tipos de conflictos no ortodoxos que no encajan claramente en el molde binario de conflicto armado internacional (en adelante CAI) / conflicto armado no internacional (en adelante

CANI) de los Convenios de Ginebra. El autor parte con un acápite de definiciones y cuestiones de terminología que son muy valiosas para quienes se inician en el DIH y muy refrescante para quienes ya se han iniciado en éste. A continuación, examina brevemente los procesos de transformación que pueden llevar un tipo de conflicto a mutar en el otro, a saber, la internacionalización de conflictos inicialmente internos y la internalización de conflictos internacionales. También se analiza la situación de CANIs transfronterizos, es decir CANIs que no son puramente internos, y en los conflictos mixtos o híbridos en los que un CAI y CANI pueden existir en paralelo.

Otro capítulo interesante es el de Gabriella Venturini sobre el ámbito de aplicación temporal de los Convenios de Ginebra. La autora se basa en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales en que se aplica el DIH en los conflictos armados internacionales e internos y las operaciones de mantenimiento de la paz. También analiza los límites temporales de la responsabilidad penal internacional para violaciones de los Convenios de Ginebra y concluye con una discusión sobre los desafíos de la coordinación entre la aplicación de los Convenios con las normas de derechos humanos, que sigue siendo aplicable durante los conflictos armados.

Esta posición de Venturini se perfecciona con el estudio de Katja Schöberl, quien trata sobre el ámbito geográfico de aplicación de los Convenios de Ginebra. Proporciona un análisis del alcance geográfico de los conflictos armados internacionales dentro y fuera de los territorios de los estados beligerantes. También se discute la aplicación del artículo 3 común a los conflictos “tradicionales” no internacionales armados al interior del territorio de un Estado contratante. Finalmente la autora pretende contribuir al debate sobre términos relativos a conflictos como por ejemplo ‘desbordamiento’, ‘multinacional’, ‘transfronterizo’, y los conflictos armados “transnacionales” mediante el análisis de si el artículo 3 común que un tratado puede aplicarse fuera del propio territorio de un Estado contratante.

Junto con lo anterior, Yves Sandoz examina en primer lugar los diferentes significados de la noción de neutralidad: la neutralidad como un principio básico del derecho internacional humanitario; la neutralidad como principio fundamental del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja; y “neutralidad” como un status de Estados no partes en un conflicto armado internacional. También analiza los derechos y obligaciones de los Estados neutrales; diferentes roles para un Estado neutral bajo la Convención de Ginebra; y la aplicabilidad de la ley de neutralidad en los conflictos armados internos y la “guerra contra el terrorismo”. Respecto de este último tema el análisis es complejo, pero fascinante y vale la pena profundizar sobre el mismo.

Posteriormente, el libro se encarga de casos concretos como la distinción entre quién está herido y enfermo a la luz del DIH, realizada por Annyssa Bellal. La autora explica cómo los Convenios de Ginebra de 1864, 1904, y 1928, así como los dos primeros Convenios de Ginebra de 1949, se centran precisamente en esta categoría de personas que sufren más directamente las consecuencias de la guerra. En este capítulo se aborda la cuestión de quién debe ser considerado como herido y quién como enfermo, o en otras palabras, quiénes son los beneficiarios de la protección legal concedida por los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales. Se analizan las disposiciones para la protección de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas y la población civil, y la definición de los heridos y enfermos en el Protocolo adicional I.

Lo anterior se complementa con los trabajos de Steven Haines y Gilles Giacca. El primer autor citado se dedica a las consecuencias humanitarias de la guerra en acciones en el mar. Examina el derecho humanitario relativo al derecho de los náufragos, frente a preguntas tales como: ¿Quién es náufrago? ¿Cuándo se convierte alguien en náufrago, y en qué momento deja de serlo? Para responder esas preguntas, analiza los náufragos en el contexto de la Convención de Ginebra de 1949 II para el mejoramiento de la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar. Un aspecto interesante de este tema es que no ha habido ninguna guerra naval general y sostenida desde 1945, por lo tanto, no hay evidencia de la práctica estatal sustancial desde entonces, y en ese contexto el autor cree que la ley aplicable no ha sido revisada formalmente desde 1949, por lo cual podría haber desfases entre la realidad y la obsolescencia legal, debido a que ha habido un cambio significativo en las características de la marina mercante actual y en el caso de una guerra naval general, el DIH en esta materia podría requerir una interpretación más fresca que la que podría darse en 1949.

El segundo autor citado, Gilles Giacca, analiza las disposiciones de los Convenios de Ginebra de entender las obligaciones contraídas con los heridos, y los combatientes y civiles náufragos enfermos. Los principales temas legales discutidos son: si los heridos, enfermos y náufragos civiles tienen derecho a la misma protección que los combatientes en CAIs; si el tratamiento requerido de los náufragos difiere de la proporcionada a los heridos y enfermos; si la población civil tiene todos los derechos y obligaciones hacia combatiente o civil heridos, los enfermos y los náufragos; si el artículo 3 común ofrece niveles comparables de protección a los que se detallan en el CAI; si los civiles y las sociedades de socorro en los conflictos armados sin carácter internacional (CANIs) están protegidos contra las sanciones por ofrecer asistencia, similar a la forma en que están protegidos en el CAI; y si ese supuesto es afirmativo, el autor se pregunta cómo operan estas obligaciones

de respetar, proteger, recoger y cuidar y si aplican a los grupos armados en conflicto armado no internacional.

A su vez es muy relacionado con esta temática lo relativo al estudio realizado por Stuart Casey-Maslen sobre el status, derechos y obligaciones del personal médico y religioso presente en un conflicto para el mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña. El deber de respetar y proteger tanto al personal sanitario y religioso, militar y civil en todas las circunstancias, es aplicable a los conflictos armados internacionales y el conflicto armado no internacional. Esta garantía jurídica se aplica al mencionado personal en todo momento y en todo lugar, tanto en el campo de batalla como detrás de las líneas. La eliminación deliberada o las lesiones intencionales al personal sanitario y religioso civil y militar con derecho a protección en virtud del DIH (es decir, no cometer actos perjudiciales para el enemigo) ascendería a un crimen de guerra según el autor.

Desde luego en un conflicto armado, interno o internacional, no sólo se pueden afectar a las personas que prestan servicios médicos, sino que los edificios médicos, materiales y medios de transporte (incluidos vehículos médicos, aeronaves y embarcaciones) involucrados en campaña, como lo analiza Katja Schöberl. En ese acápite se analiza el régimen de protección para esos bienes establecido por los Convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos adicionales y las reformulaciones del derecho internacional, como el Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados en el mar y con el Manual *Humanitarian Policy and Conflict Research* para el Derecho Internacional aplicable a la guerra aérea y de misiles.

Por supuesto, esta protección se puede perder como lo explica Tom Haeck, quien se centra en las condiciones en que la protección concedida a las unidades médicas, establecimientos y transportes, así como al personal sanitario y religioso puede cesar. Haeck concluye que de conformidad con las Convenciones de Ginebra la protección de las diferentes categorías de unidades y establecimientos no cesará, a menos que se haga uso de ellas, fuera de sus deberes humanitarios, actos perjudiciales para el enemigo. Pero en esta problemática, el uso del emblema se convierte en un elemento a analizar muy juiciosamente, pues hay eventos recientes como la famosa Operación Jaque, en la cual se rescató a entre otros rehenes a Ingrid Betancourt, en que se usó el emblema del CICR.

En ese contexto, Antoine A. Bouvier trata la idea de “neutralización” de los servicios médicos militares y sus auxiliares que condujo a la idea de hacerlos visibles mediante el uso de un signo distintivo que sería el mismo en todos los países, que sería reconocido internacionalmente por tratado, y

el uso indebido de los cuales sería castigado por la ley. Este capítulo trata de las normas que regulan el uso del emblema de la Convención de Ginebra. A pesar de los muchos usuarios diferentes y varios usos posibles del emblema, todas las normas pertinentes tienen un denominador común. Esto condiciona el uso del emblema en tres requisitos básicos: el uso debe ser autorizado; que debe ser controlado; y, en general, en su función de protección, la fijación del emblema debe limitarse a las actividades médicas.

Por otra parte, después de abordar las temáticas anteriores y otras circundantes, la obra comentada hace un análisis pormenorizado de las circunstancias que determinan quién es un prisionero de guerra. En esta problemática se resalta el trabajo de Sean Watts, quien examina las disposiciones de calificación para los prisioneros de guerra en el marco del Tercer Convenio de Ginebra. Watts demuestra que el artículo 4 del Tercer Convenio de Ginebra se limita a identificar grupos cuyos miembros tienen derecho al status de prisionero de guerra y enumera las condiciones para otros grupos cuyos miembros tienen derecho a ese estado. El artículo no identifica los requisitos generales para la conducta beligerante individual, o para los ejércitos y grupos armados en general, pero el enfoque interpretativo propuesto por el autor asegura la aplicación del régimen de protección del Convenio.

III. COLOFÓN: LOS ACUERDOS ESPECIALES EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES

Stuart Casey-Maslen analiza el alcance y la naturaleza de la protección de acuerdos especiales en los conflictos armados internacionales, su relevancia en los conflictos armados no internacionales, y las consecuencias jurídicas de una violación de éstos. En mi opinión, este aspecto es relevante por al menos tres motivos: (i). En primer lugar, porque la noción de un acuerdo especial va más allá de la protección proporcionada por los cuatro Convenios de Ginebra 1949. (ii) En segundo lugar, por la situación concreta que vive Colombia en este momento que está en proceso un acuerdo de paz entre el Gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército Popular (FARC- EP), del cual Chile es acompañante, y (iii) En tercer lugar, el último comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja de 2016, que no está incluido en el análisis de este libro que fue publicado en octubre de 2015, por el cual un acuerdo de paz, cese del fuego u otro acuerdo también puede constituir un acuerdo especial en el sentido del artículo 3 común, o un medio para aplicar el artículo 3 común, si contiene cláusulas que traen a la existencia más obligaciones derivadas de los Convenios de Ginebra y / o su Protocolos adicionales.

VILLAMIZAR LAMUS, FERNANDO (2016): CLAPHAM, ANDREW, GAETA, PAOLA Y SASSÓ-LI, MARCO (EDITORS): THE 1949 GENEVA CONVENTIONS: A COMMENTARY, OXFORD, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2015, 1400 PP.

En suma, es un libro extenso, profundo pero muy explicativo del Derecho Internacional Humanitario. La casuística y los análisis hacen de esta obra un texto de obligatoria consulta para quienes quieran estudiar esta rama del Derecho, y con un nivel medio de inglés es posible entender adecuadamente un gran porcentaje de la obra.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. ALCANCE Y POLÍTICA EDITORIAL

1. *Ars Boni et Aequi* tiene el cometido de contribuir al desarrollo de las Ciencias Jurídicas a través de la publicación de investigaciones originales e inéditas circunscritas a las diversas ramas del Derecho. Es desde ahí que surge la invitación a todos los operadores jurídicos a fin de tener un constante estudio, reflexión, análisis, crítica y proposiciones en el ámbito jurídico iberoamericano.
2. Se trata de una publicación en formato electrónico e impreso de periodicidad semestral. El nº 1 de cada año aparece en junio, y el nº 2, en diciembre.
3. Se convoca a todos los investigadores y estudiosos del Derecho, tanto nacionales como extranjeros, al envío de colaboraciones en las tres secciones permanentes de la Revista (estudios, comentarios de jurisprudencia y recensiones), para que una vez aprobados se posibilite su publicación y difusión. Las colaboraciones se reciben durante todo el año.
4. El envío de una colaboración supone el compromiso del autor de no someterlo simultáneamente a la evaluación de otras publicaciones periódicas. Además supone la cesión de derechos de autor a la Revista, una vez aprobado el artículo, para efectos de su reproducción.
5. La admisión de la colaboración procederá conforme a un sistema de arbitraje de doble ciego, que implica la revisión y evaluación de la colaboración por un académico nacional o extranjero, externo a la Revista, especialista en la disciplina a la cual se adscribe la colaboración.
6. Los colaboradores cuyos trabajos fueren aceptados y publicados en la Revista recibirán gratuitamente un ejemplar de la que contenga su colaboración y 10 separatas.

II. FORMA Y PREPARACIÓN DE MANUSCRITOS

1. Las colaboraciones pueden presentarse en idioma español o inglés, en formato tamaño carta, numeradas, letra Times New Roman, tamaño 12, interlineado sencillo, y con un espacio adicional entre párrafos.

2. Los estudios monográficos deberán contener entre 7000 y 15000 palabras; los comentarios de jurisprudencia, entre 5000 y 12000 palabras; y las reseñas, entre 1000 y 3000 palabras; incluidas las notas al pie de página, listados de referencias y apéndices, en su caso.
3. La colaboración debe estar encabezada por el título completo en español, mayúscula y negrita. Luego se agrega su traducción al inglés, en minúscula y cursiva. Seguidamente debajo del título se ha de consignar el nombre del autor y su afiliación institucional, indicando ciudad y país de la institución. Luego, un resumen de 75 a 150 palabras y de tres a cinco palabras clave en español e inglés. Tanto el resumen como las palabras claves deben estar en español e inglés (*abstract* y *keywords*).
4. Los títulos y subtítulos correspondientes a las divisiones principales del artículo deberán ser claros, concisos, debidamente relacionados con los contenidos del mismo y sin subrayados de ninguna especie.
5. En cuanto a las divisiones del texto y su enumeración se recomienda utilizar un máximo de cuatro niveles, enumerados con números romanos, arábigos, letra mayúscula y letra minúscula, seguidos de punto final o paréntesis, del modo que se ejemplifica a continuación:

I. TÍTULO DEL APARTADO (primer nivel) (letra negrita, mayúscula, con número romano seguido de punto)

1. Título de subapartado (segundo nivel) (letra negrita y cursiva, minúscula salvo la primera letra, con número arábigo seguido de punto)

A) TÍTULO DE SUBAPARTADO (tercer nivel) (letra con efecto versalitas y cursiva, minúscula salvo la primera letra, con letra mayúscula seguida de cierre de paréntesis)

a) *Título de subapartado* (cuarto nivel) (letra cursiva, minúscula salvo la primera letra, con letra minúscula seguida de cierre de paréntesis)

6. No se enumerarán los apartados correspondientes a la introducción, conclusiones, listado bibliográfico, jurisprudencial y de normas.
7. No se usará letra negrita, salvo para los títulos. Para destacar una palabra u oración del trabajo o de sus citas se usará cursiva. También, se usará cursiva en los títulos de obras y revistas, y en palabras en otro idioma.

8. Se utilizará el sistema de citación con notas a pie de página numeradas consecutivamente y ajustadas a las normas adoptadas por la revista.

III. ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE CITACIÓN

1. Los trabajos que deseen publicarse en la revista jurídica *Ars Boni et Aequi*, deberán enviarse vía electrónica a la casilla arsboni@ubo.cl. El correo electrónico debe contener la solicitud de publicación, el nombre del autor y la sección de la revista en la que postula la inclusión de su trabajo. En hoja separada, debe incluirse una biografía corta de cada uno de los autores de no más de 50 palabras, incluyendo grados académicos, ocupaciones y cargos actuales, publicaciones principales, correo electrónico, dirección postal y teléfono.
2. También deberá adjuntarse una carta de compromiso en la cual los autores señalan que el trabajo es inédito y se comprometen a no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas. Asimismo, indicará que ceden a la revista los derechos de reproducción del texto una vez que sea admitido.
3. El sistema de citación adoptado por la Revista corresponde a las normas de la *International Standardization Organization*, ISO 690 e ISO 690-2, en relación con sus equivalentes emanadas del Instituto Nacional de Normalización: NCH1143.Of1999 Documentación – Referencias bibliográficas – Contenido, forma y estructura, y NCH 1143/2.Of2003 Información y documentación – Referencias bibliográficas – Parte 2: Documentos electrónicos o partes de ellos, las que han sido declaradas norma chilena oficial por Resolución n°75 de 1999 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 24 de febrero de 1999 y Resolución n° 92 de 2003 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 13 de marzo de 2003, respectivamente.
4. **Bibliografía citada:** Al final del trabajo irá un listado de todas las referencias bibliográficas efectivamente citadas o referidas bajo el título de "Bibliografía citada". La lista se ordenará alfabéticamente por su primer elemento, que es el apellido del autor, junto al año de publicación, entre paréntesis. Si se dictan dos o más obras de un mismo autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán entre sí, con letras minúsculas a, b, c, etc., a continuación del año y dentro del paréntesis. El o los apellidos del autor se escribirán en versalitas y el nombre en redonda.
5. En todas las referencias, los apellidos de los autores se escribirán en versalitas y el título de la obra en que se encuentra, en cursiva. Finalmente,

en un paréntesis debe incluirse el número de edición, en caso de que haya más de una, la ciudad de publicación y la sede editorial.

6. La referencia a los artículos de revista y de capítulo de libros hará indicación de los números de página de inicio y final. Se usará sangría francesa. Los títulos de libros y de publicaciones periódicas en lengua extranjera se indican en el idioma original.

Ejemplos:

- A. **Libros:** BENADAVA, Santiago (1989): *Derecho Internacional Público* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ (número de edición (excepto la primera), ciudad de publicación, editorial) / (si se trata de obras de más de un volumen se debe indicar el número de éstos sin mencionar las páginas).

- B. **Traducciones:** AKEHURST, Michael (1972): *Introducción al Derecho Internacional* (Trad. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial).

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ (Trad. nombre del traductor, ciudad de publicación, editorial, número de edición si corresponde).

- C. **Capítulo de libro:** AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", en LLANOS MANSILLA, Hugo y PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coords.), *I Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia) pp. 145-184.

Elementos: Autor(es) del capítulo/ (año de publicación): / "título del capítulo" / nombre del editor(es) o coordinador(es) del libro, cuando éste difiere del autor del capítulo o artículo (indicando su calidad de editor(es) o coordinador(es), / título del libro (en cursiva) / (ciudad de publicación, editorial) / paginación.

- D. **Artículo de revista:** VAN DE WYNGARD, Jorge (2010): "La potestad disciplinaria de las fuerzas armadas y carabineros: un análisis constitucional", *Ars Boni et Aequi*, vol. 6 n° 1: pp. 27-79.

Elementos: Autor(es) del artículo/ (año de publicación): / "título del artículo", / título de la Revista, (en cursiva) / volumen y número: / paginación.

- E. **Documentos en formato electrónico:** BASSIOUNI, M. Cherif (2005): "Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea". Disponible en: <http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf>, fecha de consulta: 22 mayo 2007.

Elementos: Autor(es) del documento/ (año de publicación): / "título del documento". / Disponible en: <vínculo del documento>, / fecha de consulta: día mes año.

7. **Normas citadas.** Luego del listado de referencias bibliográficas se deben incluir todas las referencias legales o normativas, bajo el título "Normas jurídicas citadas". Dicho listado se limitará a las normas efectivamente citadas o referidas en el trabajo. Se ordenarán alfabéticamente, de menor a mayor número, si es del caso, y se usará sangría francesa. Se indicarán, en el caso de una ley, el número de ésta, su denominación oficial si la tiene y la fecha de la publicación (día, mes y año).

Ejemplo: Ley nº 20.431, establece normas que incentivan la calidad de atención al contribuyente por parte del servicio de impuestos internos, de 30 de abril de 2010.

8. **Jurisprudencia citada.** Tras el listado de referencias legales se debe incluir uno de todas las sentencias efectivamente citadas o referidas en el trabajo, bajo el título "Jurisprudencia citada". Las sentencias se ordenarán por tribunal con un criterio alfabético y cronológico. Si existieran diversas sentencias en el mismo tribunal y año se ordenarán alfabéticamente por el nombre de las partes. Se usará sangría francesa. La referencia hará indicación del tribunal / nombre de las partes en cursiva (si se trata de sentencia civil), nombre del procesado (si se trata de sentencia penal), nombre del caso (si se trata de sentencia internacional), nombre por el que se conoce el requerimiento (si se trata de sentencia de Tribunal Constitucional) / el año de la sentencia (entre paréntesis y redonda) seguido de dos puntos (:) / fecha (día, mes y año) / nº rol, de serie, de expediente u otro equivalente / fuente de localización. En el caso de citar jurisprudencia internacional, se deberá ocupar el sistema propio de referencia que utilizan las cortes y tribunales de origen de la sentencia para su identificación.

Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Radrigán y otros* (2009): 13 abril 2009, rol nº 2447-2008, *Westlaw* CL/JUR/8560/2009.

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Lotus* (1927): 7 septiembre 1927, serie A n° 10. Disponible en <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm>, fecha consulta: 26 marzo 2012.

Corte Suprema, *Contra Contreras Sepúlveda y otros (Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez)* (2004): 17 noviembre 2004, rol n° 517-2004. Disponible en *Ius et Praxis*, vol. 10 n° 2: pp. 337 – 375.

Tribunal Constitucional, *Requerimiento respecto del Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989* (2000): 4 agosto 2000, rol n° 309. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=29863/>, fecha consulta: 15 diciembre 2012.

Radrigán y otros (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de abril de 2009, rol n° 2447-2008, *Westlaw* CL/JUR/8560/2009.

9. **Notas al pie de página:** Las notas al pie de página irán numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice, en que se incluirán las referencias o citas abreviadas a obras, normas y jurisprudencia, conforme a continuación se explica:

A. **Obras:** En las referencias abreviadas de libros, artículos de revista y demás formatos se señalará en la nota al pie el apellido del autor (en versalitas), el año (entre paréntesis) y el número (s) de la (s) página (s) precisas en que aparece la referencia citada. Si la obra tiene dos autores, sus apellidos se unen por medio de la conjunción “y”. Si la obra tiene tres o más autores su indicación deberá contener el apellido del primer autor seguido por la expresión latina “et al.”. Si se contemplan obras de un mismo autor publicadas en un mismo año, se distinguirán por una letra seguida del año de publicación.

Ejemplos:

Obras con un autor: MANSON (1978) p. 52.

Obras con dos autores: FIX-ZAMUDIO y VALENCIA (2003) p. 247.

Obra con tres o más autores: GALLARDO *et al.* (2011) p. 94.

Más de una obra de un mismo autor y año de publicación: GUZMÁN (2005a) p. 12.

- B. **Normas:** En la nota respectiva se deberá indicar el número de la norma y su año de publicación.

Ejemplo: Ley n° 20.431 de 2010.

- C. **Jurisprudencia:** Se indicará el nombre del tribunal, los apellidos de las partes, nombre del caso o norma revisada (en el caso de sentencias de tribunales constitucionales) (en cursiva), seguido del año de la sentencia y su n° de rol, serie, expediente o su equivalente (entre paréntesis), página, párrafo o considerando, según corresponda.

Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Radrigán y otros* (2009, rol n° 2447-2008) considerando 3°.

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Lotus* (1927, serie A n° 10) p. 14.

Tribunal Constitucional, *Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* (2000, rol n° 309).

- D. **Otras fuentes de consulta:** En caso del uso de otras fuentes que no sean obras, normas o jurisprudencia, se referirán exclusivamente a nota de pie de página, individualizando autor, título de la fuente y soporte material de consulta, según corresponda.

Ejemplo, noticias: "Chubut enfrenta el peor incendio forestal que se haya registrado en Argentina", *La Nación: Argentina*, 26 de febrero de 2015. Disponible en: <<http://www.lanacion.com.ar/1771568-chubut-enfrenta-el-peor-incendio-forestal-de-la-historia-de-argentina>>, fecha de consulta: 2 julio 2016.

- 10. Presentación de tablas o figuras (gráficos o imágenes):** Dentro del cuerpo del texto solo podrán incluirse imágenes, tablas y gráficos atinentes a la materia de la publicación:

- A. **Tablas:** Las tablas se realizarán en formato Word, llevarán un título conciso y serán enumeradas correlativamente con números arábigos, usando letra mayúscula negrita. Ejemplo: **TABLA N° 1, TABLA N° 2, TABLA N° 3**. Las observaciones adicionales se incluirán al pie de la tabla. Se cita en el texto por el número de la tabla, esto es, utilizando el número específico de la tabla. Ejemplo: Como se muestra en la Tabla n° 1.

- B. **Figuras (gráficos e imágenes):** Se considerará figura a todo tipo de material gráfico que no sea tabla (diagrama, gráfico, fotografía, dibujo, entre otros). Las figuras se realizarán en formato .jpg (resolución mínima 350 ppp (puntos por pulgada) y tamaño máx. de 15 cm. de ancho por 18 cm. de alto; todos los elementos deben ser legibles; entre 8 y 14 puntos. Enumere todas las figuras de manera consecutiva con números arábigos a la largo de todo el texto, usando letra mayúscula negrita. Ejemplo: **FIGURA N° 1, FIGURA N° 2, FIGURA N° 3.** Dentro del texto, se refiere a las figuras por sus números. Ejemplo: Como se muestra en la Figura n° 1 o véase la Figura n° 2.

IV. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN Y APROBACIÓN DE TEXTOS

1. El Comité Editorial se reserva el derecho de rechazar los textos antes de enviarlos a arbitraje en el caso que no se ajusten a los lineamientos de la revista.
2. El Comité Editorial se reserva el derecho de solicitar enmiendas menores antes de enviar la colaboración a arbitraje. Por ejemplo: lenguaje, ortografía, normas de citación, datos bibliográficos.
3. Las colaboraciones recibidas postuladas a las secciones “Estudios” y “Comentarios de Jurisprudencia” son sometidas a un procedimiento de arbitraje de doble ciego, es decir, el revisor no conoce la identidad del autor del manuscrito, ni el autor conoce la identidad de los evaluadores.
4. Los revisores examinan las colaboraciones conforme a una pauta de evaluación, que considera aspectos de forma y de fondo, una ponderación general y una recomendación al editor acerca de la publicación del trabajo.
5. El resultado del arbitraje será comunicado al autor. Este tendrá que ajustar el trabajo a las observaciones hechas por los evaluadores, dentro del plazo de un mes. Incorporadas las mejoras sugeridas, el autor debe enviar a la revista la nueva versión del trabajo con la función “control de cambios” de Word.
6. Recibida la segunda versión ajustada, el editor revisa si las observaciones han sido acogidas por el autor o si ha justificado satisfactoriamente su omisión. Tras esta revisión, el editor puede decidir: aceptar el trabajo a publicación, solicitarle al autor hacer ciertas enmiendas o enviar el trabajo a una nueva evaluación externa. Se establece un máximo de hasta dos revisiones externas por colaboración. Si en la tercera versión

el trabajo no cumple plenamente con las observaciones formuladas, será rechazada su publicación.

7. Dos meses antes del lanzamiento de cada número, el editor prepara el cierre del proceso de edición correspondiente, ordenando la aparición de los originales aprobados en cada una de las tres secciones de la revista, conforme a la rama del Derecho a la que se pueden adscribir, según el siguiente criterio de prelación: Derecho Internacional, Derecho Político, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Laboral, Filosofía del Derecho, Historia del Derecho, Enseñanza del Derecho.
8. En los fascículos de junio y de diciembre de cada año se publican los artículos que hayan sido aceptados. Primero, en la versión electrónica de la revista, y se procede al envío correspondiente a las bases electrónicas en las cuales se encuentra la revista indexada. Segundo, se realiza el envío gratuito de ejemplares a las principales bibliotecas del país, a los miembros de los tribunales superiores de justicia y a los más célebres estudios jurídicos chilenos.

INSTRUCTIONS TO AUTHORS

I. SCOPE AND POLICY

1. *Ars Boni et Aequi* is committed to contribute to the development of Legal Science through the publication of original and unpublished researches confined to the various branches of law, to invite all legal operators to constant study, reflection, analysis, critical and propositions in Latin-American juridical area.
2. This is an electronic and printed publication presented every six months. The n° 1 of each year appears in June, and n° 2, in December.
3. We invite to all researchers, domestic and foreign, to submit articles to cover the three regular sections of the magazine (studies, case law comments and books reviews). The works are evaluated and if they are approved we permit their publication and dissemination. Contributions are received all the year.
4. Sending an original article to the editor implies that the author is not going to submit it simultaneously to other periodicals. Also assigns the copyright of the text, once admitted, to *Ars Boni et Aequi*.
5. A double and anonymous arbitration will review and evaluate the work, by a national or foreign specialist, external to the institution or magazine editor.
6. The authors, whose works were accepted and published in the Journal, will receive a free copy with it and 10 offprints.

II. FORM AND PREPARATION OF MANUSCRIPTS

1. The articles can be submitted in English or Spanish, letter-size page, numbered and fully legible, font Times New Roman, size 12, no spacing, and with an extra space between paragraphs.
2. The *Studies* should have between 7000 to 15000 words; the *Case law reviews*, between 5000 to 12000 words; and the *Books review*, between 1000 to 3000 words. In all cases including footnotes and references.
3. It should be headed by the full title in English, bold capitals. Then add a Spanish translation, in lowercase italics. Immediately below it must

include the author's full name and her/his institutional affiliation, indicating city and country of the institution. Then, It has to include an abstract, between 75 to 150 words; and three to five keywords. In English and Spanish. Both abstract and keywords have to be in English and Spanish (*resumen y palabras clave*).

4. The titles and subtitles for the main divisions of the article should be clear and concise properly related the contents thereof without underlined whatsoever.
5. As for the divisions of the text and its listing is recommended up to four levels, numbered with Roman numerals, Arabic numerals, uppercase and lowercase, followed by endpoint or parentheses, as exemplified below:

I. SECTION TITLE (first level) (bold, uppercase, with Roman number followed by dot).

1. Subsection title (second level) (bold and italics, lowercase except the first letter, with Arabic numeral followed by dot).

A) *SUBSECTION TITLE* (third level) (VERSAILLES and italics, lowercase except the first letter, with capital letter followed by closing parenthesis).

a) *Subsection Title* (fourth level) (italics, lowercase except the first letter, with lower case letters followed by closing parenthesis).

6. No listing the sections relating to the introduction, conclusions, bibliographical list, judicial rules and norms, should only be provided with the same format as the titles of the chapters, but no numbers or letters.
7. You do not use bold, except for titles as explained above. Neither use underlining. Italics will be used only to highlight a word or sentence from work or notes. Similarly, it is recommended italics in titles of books and periodicals, for titles of sources, to transcribe text sources (eg. articles of a code or law or paragraphs of a sentence and words in another language).
8. It will be used a citation system with footnotes numbered consecutively and adjusted to the standards adopted by the Journal.

III. ORIGINAL SUBMISSIONS AND PUBLICATION STANDARDS

1. The articles to be published in *Ars Boni et Aequi*, must be submitted by email to arsboni@ubo.cl. The email must contain the publication

request, name of the author and the specification in which category the work must be included. On a separate page should include a short biography of each one of its authors of no more than 50 words, considering academic degrees, jobs, current positions, major publications, email and postal addresses and telephone.

2. There also must be attached a letter in which the authors note that the work is unpublished and undertake not to submit simultaneously to other journals. Also, the authors of the articles must inform if such work is published as part of a book or a bigger work.
3. The citation system adopted by the Journal corresponds to the standards of the International Standardization Organization, ISO 690 and ISO 690-2, in relation to their equivalent issued by the Chilean National Standards Institute: NCH1143.Of1999 Documentation - Bibliographic references - Content, form and structure, and NCH 1143/2.Of2003 Information and documentation - Bibliographic references - Part 2: Electronic documents or parts thereof, which have been declared official Chilean Standard by Resolution n° 75 of 1999 of the Ministry of Economy, Diario Oficial, 24 February 1999 and Resolution n° 92 of 2003 of the Ministry of Economy, Diario Oficial, 13 March 2003, respectively.
4. **Bibliographic references:** At the end of the work will be a list of all references effectively cited or referred under the title "Bibliography cited". The list must be sorted alphabetically according to the last name of the author, with its year of publication in parentheses. If there are two or more works by the same author published in the same year, they must be distinguished in parentheses by small letters a, b, c, etc. after the year of publication and inside the parenthesis. The last names of the author will be written in *VERSAILLES* and name in round. In no case can be cited two different literature sources in a single reference. In this list, reference books contain an indication of the total number of pages, and the reference to journal articles and chapters of books will display the page numbers start and end.
5. In every reference, the authors' last names will be written in *VERSAILLES* and the title in italics. Finally, into a parenthesis there must be included the city of publication, publisher and number of edition in case there is more than one.
6. The references of journal articles and book chapters will indicate the numbers of beginning and ending. French indentation will be used.

Books titles and periodical publications in a foreign language will indicate the original language.

EXAMPLES:

- A. **Books reference:** ADAMS, Randolph G. (1958): *Political Ideas of the American Revolution* (Third edition, New York, Barnes Noble Inc.).

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / (edition number (except for the first one), place of publication, publisher).

- B. **Translations reference:** AKEHURST, Michael (1972): *Introducción al Derecho Internacional* (Trad. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial).

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / edition number (except the first) / (Trad. translator name, number of edition if it corresponds, place of publication, publisher).

- C. **Books chapters reference:** AGUILAR CAVALLO, Gonzalo and MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", en LLANOS MANSILLA, Hugo and PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coords.), *1 Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia) pp. 145 – 184.

Elements: Author (s) of the chapter / (year of publication): / "title of chapter" / en / name of the author (s) or coordinator (s) of the book, when it differs from the author of the chapter or article (indicating his capacity as editor (s) or coordinator (s) / book title (in italics) / (place of publication, publisher) / chapter pages.

- D. **Periodical's articles reference:** WALDRON, Jeremy (2005): "Foreign Law and the modern Jus Gentium", *Harvard Law Review*, vol. 119 n° 1: pp. 129 – 147.

Elements: Author (s) / (date) / "Article title" / title of the journal (in italics) / volume and number: / pages.

- E. **Electronic documents reference:** BASSIOUNI, M. Cherif (2005): "Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea". Available at <<http://www.publicacionescdh.uchile>>.

cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf>, date of access: May 22, 2007.

Elements: Author (s) / (date) / "Document Title" / Available at: <link> / date of access: Month day, year.

7. **Legislation:** After the list of bibliographic references, there must be included a list of all legal or regulatory references, entitled "Legislation cited". This list is limited to the statutes effectively quoted or referred in the work. The must be sorted alphabetically, from lowest to highest number, if applicable. If it is applicable, it will be indicated the number, the official title and publication date (day, month and year).

EXAMPLES:

Declaration of Independence of the United States of America, U.S.C.A. *Constitution*, first volume, pp. 1-5, 4 July 1776.

Statute of the Permanent Court of International Justice, League of Nations, 16 December 1920.

8. **Cases:** After the legislation reference list, there must be included a list of all sentences actually quoted or referred to in the work, entitled "Cases law cited". The sentences were ordered by the court with alphabetical and chronological approach. If there are several statements in the same court and same year, they shall be ordered alphabetically according to the name of the parties. The reference shall mention: The court / name of the parts in italics (if it is a civil judgment), name of the accused (in the case of criminal judgment), case name (if it is an international judgment), the name by which requirement is known (if it is Constitutional Court judgment) / year of the judgment (round brackets) followed by a colon (:)/ date (day, month and year) / n° role, serie n° or equivalent / source location.

EXAMPLES:

International Court of Justice, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (1971): June 21, 1971, advisory opinion. Available at <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=a7&case=53&code=nam&p3=4>>, accessed: March, 26 2012.

Permanent Court of International Justice, *Lotus case* (1927): September 7, 1927, Series A n° 10. Available at <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm>, accessed: March 26, 2012.

9. **Footnotes:** Footnotes must be numbered in Arabic characters and they must be inserted in a superscript format, which will include references or short citations to works, norms and jurisprudence.

A. **Brief bibliographic references:** Abbreviated references in books, magazine articles and other formats will be noted in the footnote: only the first author's last name (in VERSAILLES), year (in parenthesis) and the number or numbers of the page or pages accurate in the cited reference appears. It is recommended not to make references to jobs that have not been addressed directly by the author, either critically or at their approaches. Readers can check the full details of the reference in the Bibliography cited list at the end of work (described above). If a work has three, four more authors, cite all authors in the reference list end. In the footnotes page is written only the first author followed by *et al.*, Year of publication and page respectively.

In case citing two or more works by different authors in the same reference, write the names and respective years of publication, separated by a comma.

Examples:

Works by one author: MANSON (1978) p. 52.

Works by two authors (surnames are joined by the conjunction and): FIX-ZAMUDIO and VALENCIA (2003) p. 247.

Works with three or more authors: Gallardo *et al.* (1990) p. 20.

More than one work with same author and year of publication: GUZMÁN (2005a) p. 12.

B. **Brief legislation references:** It shall indicate the number (of title) of the statute and the year of publication.

Example: Ley n° 20.431 de 2010.

C. **Brief case references:** The footnotes of jurisprudence shall indicate the name of the court, the name of the parties (in italics), the year of the sentence and its role n°, series, file or its equivalent (in parentheses), page,

paragraph, or considering. Thus, readers can check the full details of the judgment in the list of Case cited at the end of the work.

Example: Permanent Court of International Justice, Lotus case (1927, Series A n° 10) p. 14.

D. Other references: In the case you used other references that are not bibliographic, legislation or case law, they will be indicated only in footnote, indicating author, title reference and source location.

Example, news: "Chubut enfrenta el peor incendio forestal que se haya registrado en Argentina", *La Nación: Argentina*, 26 de febrero de 2015. Available at: <<http://www.lanacion.com.ar/1771568-chubut-enfrenta-el-peor-incendio-forestal-de-la-historia-de-argentina>>, fecha de consulta: 2 julio 2016.

10. Presentation of graphs, tables, figures and images: Within the body text can only be included images, tables and graphics related to the subject of the paper.

A. Tables: The tables will be in Word format, with a concise title and be numbered consecutively with Arabic numerals, capital letters using bold. Example: **TABLE N° 1, TABLE N° 2, TABLE N° 3**. Additional observations will be included at the bottom of the table, will be organized in columns and rows.

B. Figures (graphics and photos): It will be considered figure any kind of graphic material that is not a table (chart, graph, photograph, drawing, etc.). The figures are made in .jpg (minimum resolution 350 dpi (dots per inch) and max. size 15 cm. wide x 18 cm. high; all items must be legible; between 8 and 14 points. List all Figures consecutively with Arabic numerals in the text, using bold capital letter. Example: **FIGURE N° 1, FIGURE N° 2, FIGURE N° 3**. In the text, the figures are referred to by their numbers. Example: As shown in Figure n° 1 or see Figure n° 2.

IV. PROCEDURE FOR STUDIES AND CASE LAW REVIEW AND APPROVAL

1. Before sending the articles to arbitration, the Editorial Committee reserves the right to reject articles if they are not adjusted to the guidelines of the Journal.
2. In this stage, the text is formally checked (style, language, spelling, procedure of edition, translations into Spanish). After this review, the author

can be requested to complete bibliographical information or footnotes if it is necessary.

3. Studies and cases law have a double and anonymous arbitration procedure to review and evaluate the work, by a national or foreign specialist, external to the institution or magazine editor.
4. The reviewers evaluates parameters like originality of the work, developing arguments, writing, syntax, spelling, style, size and structure of work, relevance and timeliness of the literature, agreement between titles, summaries and key words with the content of the work.
5. The results of the arbitration will be communicated to the author, who will have to adjust his/her work to the observations or recommendations made by the arbitrators.
6. Once the adjusted version is received, it is checked if the observations done to the article haven been fully accepted by the author. After this review, new recommendations can be realized to the author. It is established a maximum of two corrections. If in the third review the article does not fully comply with the observations, it will be understood that the article has been rejected by the Editorial Committee.
7. Two months before the date of each issue is published, ends the corresponding editing process. The studies and cases law are included in the index in accordance with the branch of the Law which it is possible to assign the article, according to the following criterion of marshalling: International Law, Constitutional Law, Criminal Law, Procedural Law, Labour Law, Civil Law, Commercial Law, Legal Philosophy, Legal History, Legal Education.
8. In June and December, accepted works are published. First, in the electronic version of the Journal. Second, we send free paper copies of the Journal to major libraries in the country, members of the superior courts and the most famous Chilean legal buffets.

