



SUMARIO

DOCTRINA

A) DERECHO PROCESAL

- 01/ El proceso cautelar en el nuevo Código Procesal Civil, un paso esencial en la tutela de los ciudadanos. Silvia Barona Vilar (España)
- 02/ La regulación de la nulidad procesal en el nuevo Código Procesal boliviano: un análisis a partir de cuatro cuestiones. Felipe Gorigoitia Abbott (Chile)

B) TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

- 03/ Argumentación, arbitraje y arbitrariedad: las contradicciones del Tribunal Constitucional en el Recurso Directo de Nulidad contra laudos. Horacio Andaluz Vegacenteno (Bolivia)

C) DERECHO CONSTITUCIONAL

- 04/ El homeschooling a debate: ¿una hipótesis de responsabilidad paterna? Alma María Rodríguez Guitián (España)
- 05/ Patria potestad y educación religiosa de los hijos menores. Rosa M^a. Ramírez Navalón (España)

D) DERECHO DE LA PERSONA

- 06/ Las vestimentas que violan los derechos humanos de las mujeres. Burka y velo islámico en la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa. Graciela Medina (Argentina)
- 07/ La defensa de los menores frente a las agresiones de los medios de comunicación. Gisela María Pérez Fuentes (México)

E) DERECHO DE FAMILIA

- 08/ El tratamiento en Derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida. Aurora López Azcona (España)
- 09/ Las donaciones por razón de matrimonio en la Ley Valenciana 10/2007, de régimen económico matrimonial. Esther Algarra Prats (España)
- 10/ El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro. Juan Antonio Tamayo Carmona (España)

CUESTIONES JURÍDICAS

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

CRÓNICA LEGAL

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

rBD 

REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO

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

Editorial: Fundación Iuris Tantum

Santa Cruz de la Sierra - Bolivia

Pasaje Tumusla 77

Telf. +591 3 3375330

Correo Electrónico:

orlandoparada.vaca@gmail.com

revistarbd@gmail.com

info@revistabolivianadederecho.org

www.revistabolivianadederecho.org

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

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

Coordinación General: Bertha Julieta Bustillos Obleas

juliebustillosobleas@gmail.com

Diseño Original: Claudia Justiniano Suárez

c_justiniano@cotas.com.bo

Indexada en:

- LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México)
- INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS (Producido por la Asociación Americana de Bibliotecas Jurídicas)
- SciELO (Scientific Electronic Library Online)
- ANVUR (Agencia Nacional de Evaluación del sistema universitario y de investigación en Italia)
- e-revist@as (Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España)

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

SUMARIO

19

DOCTRINA

A) DERECHO PROCESAL

- 01/ El proceso cautelar en el nuevo Código Procesal Civil, un paso esencial en la tutela de los ciudadanos. Silvia Barona Vilar (España)
- 02/ La regulación de la nulidad procesal en el nuevo Código Procesal boliviano: un análisis a partir de cuatro cuestiones. Felipe Gorigoitia Abbott (Chile)

B) TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

- 03/ Argumentación, arbitraje y arbitrariedad: las contradicciones del Tribunal Constitucional en el Recurso Directo de Nulidad contra laudos. Horacio Andaluz Vegacenteno (Bolivia)

C) DERECHO CONSTITUCIONAL

- 04/ El homeschooling a debate: ¿una hipótesis de responsabilidad paterna? Alma María Rodríguez Guitián (España)
- 05/ Patria potestad y educación religiosa de los hijos menores. Rosa M^a. Ramírez Navalón (España)

D) DERECHO DE LA PERSONA

- 06/ Las vestimentas que violan los derechos humanos de las mujeres. Burka y velo islámico en la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa. Graciela Medina (Argentina)
- 07/ La defensa de los menores frente a las agresiones de los medios de comunicación. Gisela María Pérez Fuentes (México)

E) DERECHO DE FAMILIA

- 08/ El tratamiento en Derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida. Aurora López Azcona (España)
- 09/ Las donaciones por razón de matrimonio en la Ley Valenciana 10/2007, de régimen económico matrimonial. Esther Algarra Prats (España)
- 10/ El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro. Juan Antonio Tamayo Carmona (España)

F) DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

- 11/ La intervención del corredor o alfarrasador en los contratos agrarios valencianos. Javier Barceló Doménech (España)
- 12/ Reflexiones sobre las limitaciones a la facultad de goce del titular de viviendas de protección oficial. M^a. Dolores Mas Badia (España)

G) DERECHO ADMINISTRATIVO

- 13/ Menores, drogadicción y alcoholismo. M^a. Pilar Montes Rodríguez (España)

H) DERECHO FINANCIERO

14/ Los principios de generalidad e igualdad en la normativa tributaria municipal y su infracción por las ordenanzas fiscales. Fernando Hernández Guijarro (España)

15/ La importancia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la relevancia de su jurisprudencia en materia tributaria sobre los Estados Miembros. José Carlos Pedrosa López (España)

I) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

16/ El acta notarial perfecta de comunicaciones por Whatsapp. Antonio Ripoll Soler (España)

CUESTIONES JURÍDICAS

17/ Aspectos de interpretación constitucional ante la nueva constitución política del Estado plurinacional de Bolivia. Edgar Peña Venegas (Bolivia)

18/ La reelección presidencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Alan E. Vargas Lima (Bolivia)

19/ Indigenismo y Constitución en Bolivia (un enfoque desde 1990 a la fecha). Eric Cícero Landívar Mosiño (Bolivia)

20/ ¿Neo?-Constitucionalismo. J. Ignacio Núñez Leiva (Chile)

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

A) DERECHO CONSTITUCIONAL

21/ La escolarización de un menor en un colegio de educación especial y la supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a la educación. Comentario a la STC 10/2014, de 27 de enero (RTC 2014, 10). Alfonso Martínez-Carbonell López (España)

B) DERECHO DE FAMILIA

22/ Suspensión del derecho de visita de los padres respecto del menor acogido. Comentario a la STS (Sala 1ª) 663/2013, de 4 de noviembre. Adela Serra Rodríguez (España)

23/ Reflexiones en torno a la pensión de alimentos: la irretroactividad de la modificación de una pensión de alimentos. Comentario a la STS núm. 162/2014, de 26 de marzo (RJ 2014, 2035). Pedro Chaparro Matamoros (España)

24/ La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor. Comentario a la STS núm. 679/2013, de 20 de noviembre (RJ 2013, 7824). Sonia Rodríguez Llamas (España)

25/ Dies a quo para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de impugnación de la filiación matrimonial correspondiente al marido. Comentario a la STS núm. 728/2013, de 2 de diciembre (RJ 2013, 7832). Enric Bataller i Ruiz (España)

26/ La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 19 de julio (EDJ 2013, 149996). Fabiola Meco Tébar (España)

C) DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

27/ Recurso de casación, incumplimiento por el comprador del contrato de compraventa de inmueble. Comentario a la STS (Sala de lo Civil) 705/2013, de 12 de noviembre (RJ 2013, 7866). Mª. Jesús Monfort Ferrero (España)

28/ El plazo de aceptación de la oferta como límite de vigencia. Comentario a la STS núm. 506/2013, de 17 de septiembre (RJ 2013, 6826). Raquel Guillén Catalán (España)

D) DERECHO MERCANTIL

29/ El contenido del contrato de cuentas en participación. Comentario a la STS de 29 de mayo de 2014. Paola N. Rodas Paredes (España)

30/ Contrato de descuento: titularidad y calificación del crédito anticipado con anterioridad al concurso del cedente. Comentario a la STS núm. 238/2014, de 26 de mayo (RJ 2014, 2831). M^a. Rosa Isern Salvat (España)

E) DERECHO LABORAL

31/ Periodista tertuliano: de nuevo sobre el carácter laboral de la relación contractual. Comentario a la STS 19 febrero 2014 (RJ 2014, 2075). Francisco Ramos Moragues (España)

32/ Accidentes sufridos en el hotel cuando el trabajador se encuentra “en misión”. Eduardo Enrique Taléns Visconti (España)

33/ Las posibilidades de un despido objetivo del art. 52.c) E.T. durante un ERE temporal. Comentario a la STS de 12 de marzo de 2014. Héctor Clark Soriano (España)

F) DERECHO ADMINISTRATIVO

34/ El derecho a la igualdad de acceso en el ejercicio de oposición por maternidad. Comentario a la STS de 14 de marzo de 2014 (JUR 2014, 97110). Belén Andrés Segovia (España)

G) DERECHO PROCESAL

35/ La oposición a la ejecución hipotecaria y las cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89). Caso Mohamed Aziz contra CatalunyaCaixa (Asunto C-415/11). Rosa Pascual Serrats (España)

H) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

36/ Acciones declarativas negativas y litigación internacional de los derechos de patente: ¿problema resuelto? Cambio jurisprudencial a partir de los asuntos Solvay y Folien Fischer. Cristian Oró Martínez (Luxemburgo) y M^a. Aránzazu Gandía Sellens (España)

I) DERECHO PENAL

37/ La influencia de los medios de comunicación en la administración de justicia. A propósito de un caso mediático. Comentario a la sentencia del juzgado de menores de Sevilla, núm. 1. Sentencia de 24 marzo 2011 (ARP 2011, 287). Asunción Colás Turégano (España)

J) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

38/ Vigilancia del trabajador mediante dispositivo GPS colocado en el vehículo de la empresa: límites y garantías. Comentario a la STSJ Madrid núm. 260/2014, de 21 de marzo (AS 2014, 823). Daniel Toscani Giménez (España)

K) DERECHO Y DEPORTE

39/ El interés superior del menor como límite al ejercicio de la patria potestad. Comentario a la STS núm. 26/2013, de 5 de febrero (RJ 2013, 928). Raquel Guillén Catalán (España)

CRÓNICA LEGAL

40/ La Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana. José Ramón de Verda y Beamonte (España)

41/ El interés del menor como criterio de aplicación de la Ley Valenciana de relaciones familiares. Javier Barceló Doménech (España)

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

42/ El recurso de apelación en el proceso contencioso-administrativo a la luz de la jurisprudencia española. Luis de las Heras Vives (España)

DIRECCIÓN GENERAL

DR. ORLANDO PARADA VACA

Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

DIRECCIÓN ACADÉMICA

DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDAS BEAMONTE

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARÍA

D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS

Beuario de Investigación de la Universidad de Valencia, España

CONSEJO EDITORIAL

PROF. ALEX PARADA MENDÍA

Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

PROF.ª CLAUDIA PARADA ALGARAÑAZ,

Universidad Católica Boliviana, Bolivia

PROF. JERJES JUSTINIANO ATALÁ

Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ

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

DRA. ROSA MOLINER NAVARRO

Prof.ª Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DRA. VIRGINIA PARDO IRANZO

Prof.ª Titular de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO:

DR. ÁNGEL A. BLASCO PELLICER

Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia, España

DRA. PÍA CALDERÓN CUADRADO

Catedrática de Derecho Procesal, Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, España

DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI

Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DR. JORGE ESQUIROL

Law Professor, Florida International University (FIU), USA

DR. GIAMPAOLO FREZA

Catedrático de Derecho Privado, Universidad Lumsa de Palermo, Italia

DR. ENRIQUE GÓMEZ ROYO

Catedrático Emérito de Derecho Romano, Universidad de Valencia, España

DR. FRANCISCO JOSÉ MAGRANER MORENO

Catedrático de Derecho Financiero, Universidad de Valencia, España

DR. LORENZO MEZZASOMA

Catedrático de Derecho Privado, Universidad de Perugia, Italia

DR. CARLOS PIZARRO WILSON

Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. EMILIANO BORJA JIMÉNEZ

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia

DR. JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

DR. JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

DR. ANDREA FEDERICO

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia

DR. LAURENT NEYRET

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Artois, Francia

DR. GABRIEL GARCÍA CANTERO

Catedrático Emérito de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
Catedrática de Derecho de Familia, Universidad de Cuyo, Argentina
PROF. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA
Catedrático de Contratos civiles y mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

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

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

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

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

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

RESPONSABLES DE SECCIÓN:

Derecho y Bioética

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

Derecho Constitucional

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

Derecho y Deporte

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

Derecho Internacional Privado

PROF. ALFONSO ORTEGA GÓMEZ
Profesor Colaborador Derecho Internacional Privado, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

Derecho Mercantil

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

Derecho y Nuevas Tecnologías

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

Derecho Procesal

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

Derecho de Consumo

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

Derecho Financiero

DR. ANTONIO VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA
Profesor Adjunto de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Navarra, España

Derecho Medioambiental

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

Derecho Notarial y Sucesorio

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

Derecho Penal

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

Propiedad Intelectual e Industrial

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

Teoría General del Derecho

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

Derecho Comparado

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

Derecho del Trabajo

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



FUNDACIÓN IURISTANTUM
REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO
AÑO X - Nº 19
ENERO/2015
EDICIÓN SEMESTRAL
ISSN-2070-8157
SANTA CRUZ - BOLIVIA

FINES Y OBJETIVOS

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

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

COBERTURA TEMÁTICA:

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

PÚBLICO AL QUE ESTÁ DIRIGIDO:

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



Tecnología y Derecho

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Director



DOCTRINA



**EL PROCESO CAUTELAR EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL CIVIL, UN PASO ESENCIAL EN LA TUTELA DE
LOS CIUDADANOS**

**THE PROVISIONAL MEASURES PROCESS IN THE NEW
CIVIL PROCEDURE CODE, AN ESSENTIAL STEP IN THE
PROTECTION OF CITIZENS**

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 16-69



Silvia
BARONA
VILAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de septiembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: La regulación del proceso cautelar en el nuevo Código Procesal Civil supone un impulso de la tutela cautelar, genera expectativas en los ciudadanos hacia una justicia rápida y eficaz, y permite prever un buen instrumento procesal tuitivo del ciudadano. Pero también genera dudas e interrogantes, fruto de un inicio como "proceso" pero una regulación como incidente –que no lo es- que se abordan y se tratan de resolver desde los principios del nuevo modelo procesal, e inspirados en parámetros de igualdad y de justicia de los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: Medidas cautelares, proceso cautelar.

ABSTRACT: The new regulation of provisional measures set forth by the Code of Civil Procedure of 2013 implies a great boost for this sort of measures. The new regulation generates positive expectations for citizens in so far it favours an idea of civil justice much quicker and more efficient, fully prepared to cope with the juridical expectations and needs of modern citizens. However and despite this broadly positive approach the new regulation generates some doubts and questions in so far precautionary measures are firstly dealt with as a procedure incident though afterwards they give place to a real procedure. This new hidden provisional measures procedure must be developed in accordance to the basis of civil procedure designed by the CPC and standing on the principles of equality and substantive justice.

KEY WORDS: Provisional measures, precautionary measure procedure.

SUMARIO.- I. Una interesante regulación de la tutela cautelar en el nuevo Código Procesal Civil.- II. Partes y Tribunal en el proceso cautelar.- 1. Partes.- 2. Tribunal. Facultades.- III. Características, naturaleza jurídica y presupuestos de las medidas cautelares.- 1. Características y naturaleza jurídica.- 2. Presupuestos.- A) Situación jurídica cautelable y apariencia de buen derecho. Fumus boni iuris.- B) Peligro por la mora procesal (Periculum in mora).- C) Caución: ¿presupuesto o posibilidad?.- IV. Algunas reflexiones sobre las medidas cautelares en concreto. Referencia a la potestad genérica.- 1. Anotación preventiva de demanda.- 2. Embargo preventivo.- A) Presupuestos o elementos que lo fundan. Procedencia.- B) Bienes inembargables.- C) Designación de depositario.- D) Ejecución del embargo y prioridad del embargante.- 3. Secuestro.- 4. Intervención y administración judicial.- A) Presupuestos o elementos que lo fundan.- B) Régimen jurídico de la medida cautelar de administración (interventor administrador).- C) Régimen jurídico de otras modalidades de intervención: del interventor informante al interventor recaudador.- D) Obligaciones y responsabilidad del interventor. Posible remoción.- E) Honorarios de los interventores.- 5. Inhibición de bienes.- 6. Prohibición de innovar.- 7. Prohibición de contratar.- 8. Otras medidas.- V. ¿Olvido de la caución sustitutoria para impedir la práctica de la medida cautelar o voluntad de no reconocimiento legal de la misma?.- VI. Procedimiento cautelar. Ideas generales.- 1. Crítica inicial.- 2. A instancia de parte.- 3. Momento para solicitarlas.- A) Antes de la demanda.- B) Con la demanda.- C) Con posterioridad a la presentación de la demanda.- D) Algunas exigencias comunes a todos los momentos procesales.- 4. Contradicción previa-contradicción diferida.- VII. Resolución cautelar.- 1. Plazo.- 2. Contenido de la resolución.- 3. Cosa juzgada.- 4. Recurso.- 5. Ejecución.- VIII. Variabilidad de la medida cautelar.- IX. Relación de dependencia entre tutela cautelar y proceso principal.- 1. Tutela cautelar ante causam: necesidad del proceso principal.- 2. Terminación del proceso principal.- A) Finalización del proceso sin contradicción.- B) Finalización del proceso con contradicción. Situación en la segunda instancia.- C) Alzamiento de las medidas cautelares tras la sentencia firme.- X. Responsabilidad por daños y perjuicios.

I. UNA INTERESANTE REGULACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL.

La aprobación del Código Procesal Civil boliviano (en adelante CPC) supone una auténtica revolución en la conformación de la tutela cautelar. Atrás quedó el modelo arcaico y pasado de consideración de medidas cautelares como algo incidental en el

• Silvia Barona Vilar

Licenciada (premio extraordinario) y doctora en Derecho (premio extraordinario) por la Universitat de Valencia, donde en la actualidad es Catedrática de Derecho Procesal. En posesión de la más alta distinción para un jurista español, Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort. Con formación científica en Alemania (becaria DAAD, Max-Planck, Alexander von Humboldt), realizó la tesis doctoral en el Max-Planck de Freiburg; Doctora honoris causa por la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno de Santa Cruz de la Sierra, ha realizado estancias de investigación en diversas Universidades de prestigio, dirigido 13 tesis doctorales, publicado 15 libros (autoría única) y 100 (autoría compartida); ha publicado un centenar de artículos en revistas nacionales y extranjeras, siendo miembro del consejo científico de algunas de ellas. En los últimos años ha destacado en su trayectoria profesional su vinculación a la mediación y el arbitraje. Árbitro y mediadora de Cortes nacionales e internacionales, fue Presidenta de la Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Valencia (2007-2011). Es cónsul honorario del Consulado de la Lonja de Valencia y fue miembro-asesor de la Comisión que elaboró los principios de la nueva Ley de Planta y Demarcación Judicial (2008-2009). Su vinculación a Bolivia se halla especialmente a la Gabriel René Moreno (docente, directora de postgrados y directora de tesis doctorales), y también como docente de la Católica y de la de San Andrés; conferenciante en Tribunal Constitucional; autora de dos libros en Bolivia, sobre medidas cautelares en el proceso civil y sobre medidas cautelares en el proceso penal, autora de los Comentarios a la reforma del nuevo Código Procesal Civil boliviano de 2013 (La Paz) y directora de Comentarios a la Ley de Arbitraje de Bolivia en 2014; y ha sido consultora jurídica internacional a petición de la Procuraduría General en la tramitación de la reforma de la Ley 1770 de Arbitraje, en 2014. Correo electrónico: Silvia.Barona@uv.es.

proceso para transformarse en un verdadero “proceso cautelar”¹. Su estudio deberá conectarse por ende con la función jurisdiccional e integrándose con el proceso debido a que se refiere el art. 115 de la Constitución boliviana² y art. 4 del CPC³. Avala esta idea la nueva regulación que, intitula el Título II como “Proceso cautelar”. Si se habla de proceso, se habla de tutela, y si hay tutela, hay órganos jurisdiccionales y, por tanto, función jurisdiccional. No en vano los tribunales de justicia son los órganos a quienes se atribuye la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 7). Estas dos manifestaciones (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) se cumplen por medio del instrumento, que es el proceso (de declaración y el de ejecución).

El proceso cautelar surge como la tercera manifestación de la función jurisdiccional, y precisamente como consecuencia de la duración del proceso, declarativo y de ejecución, siendo su garantía. Queda consagrado en el nuevo CPC, en los arts. 310 a 337, siendo su misión garantizar la efectividad y el cumplimiento de la futura posible sentencia que recaiga. No resulta baladí esta transformación, dado que existe un objeto diverso del proceso principal que garantiza (es la pretensión cautelar), aun cuando se van a tramitar en el mismo procedimiento los dos procesos produciéndose una acumulación de ambos. En consecuencia, el legislador ofrece un tratamiento específico, diverso del de declaración, en lo que a reglas de competencia se refiere, a la regulación de la necesidad, o no, de audiencia con carácter previo como regla general, al desarrollo de la vista, la resolución que se dicta, el régimen de recursos, etc.

II. PARTES Y TRIBUNAL EN EL PROCESO CAUTELAR.

Delimitar subjetivamente el proceso cautelar es imprescindible, a los efectos del tratamiento jurídico que se ofrece. De ahí la necesidad de hacer referencia a las partes del proceso y al tribunal que conocerá del mismo.

I. Partes.

Sólo es posible adoptar la tutela cautelar a instancia de parte (art. 310.III); el tribunal no podrá hacerlo de oficio, lo que responde a los principios esenciales del proceso civil, y especialmente al de oportunidad y dispositivo.

- 1 Sobre esta cuestión y la necesidad de una reforma procesal que ofreciera una verdadera tutela cautelar en el proceso civil boliviano me pronuncié hace ya algunos años en mi obra *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil: una necesidad ineludible*. Santa Cruz de la Sierra (2003): Colección jurídica Editorial El País.
- 2 Este artículo reza: “I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueves y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones”.
- 3 Dispone: “Toda persona tiene derecho a un proceso judicial justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido a disposiciones jurídicas generales aplicables a los que se hallen en una situación similar; comprende el conjunto de requisitos que debe observar toda servidora o servidor judicial en las instancias procesales, conforme a la Constitución Política del Estado, los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos y la ley”.

En relación con quienes deban ser consideradas partes en el proceso habrá que estar al proceso civil declarativo del que pende. No existe especialidad respecto de la capacidad de las partes, dado que quien tiene capacidad en el proceso declarativo, la tiene para solicitar la tutela cautelar (arts. 29 y ss.). Lo mismo sucede con la legitimación, en cuanto son legitimados activos el demandante, o futuro demandante del proceso declarativo o demandante reconvenzional, y pasivo, quien lo es o lo será en el proceso de declaración.

2. Tribunal. Facultades.

Asumido que la función cautelar es función jurisdiccional, deben delimitarse las normas que configuran la atribución competencial a los tribunales. En esencia debe tenerse en cuenta:

1º) Las medidas cautelares civiles son competencia de los órganos que la tienen en el orden civil.

2º) Criterios de atribución de la competencia cautelar. Atenderá al momento en que la misma se solicite y sea adoptada. Es por ello que habrá que tener en cuenta:

a) Si la medida se solicita antes de la iniciación del proceso principal (cautelares *ante causam*) será competente el juez del proceso principal; en este caso, los Juzgados Públicos Civil y Comercial (que sustituyen a los Juzgados de Instrucción y Partido en lo Civil y Comercial) (art. 69 Ley 25 Órgano judicial). El art. 312 así lo corrobora⁴. No obstante, se establece una salvedad curiosa en el art. 313: validación de las medidas si hubiere sido ordenada de conformidad con las disposiciones contenidas en el capítulo de cautelares, sin perjuicio de no prorrogar la competencia para el conocimiento de la causa principal. Esta “convalidación” se justifica en el equilibrio existente en el Código entre la seguridad jurídica y la justicia. No obstante, la autoridad judicial que decreta la medida siendo incompetente “inmediatamente después de ser requerido por parte interesada, remitirá los antecedentes a la autoridad que sea competente”⁵.

b) Si se solicita con la demanda o con posterioridad, pero antes de la finalización del proceso, será competente el mismo órgano que conoce del asunto en la primera instancia (los mismos órganos anteriores).

4 “Será competente para disponer las medidas cautelares, si hubieren sido planteadas como medida preparatoria, la autoridad judicial que deba conocer la demanda principal”.

5 Surgen algunos interrogantes sobre este precepto. ¿Puede exigirse responsabilidad al juez por esta actuación? ¿Qué sucede si el juez que adoptó la medida no procede de forma inmediata remitir los antecedentes a la autoridad competente? En este caso podrían generar daños y perjuicios a alguna de las partes que podría suscitarse su exigibilidad al juez que se niega a remitir las actuaciones. Esa no remisión ¿podría llevar a un conflicto de competencia o sería más bien el resultado de una actuación de ignorancia judicial con reclamación de daños y perjuicios?

c) Si se solicita durante la sustanciación de la segunda instancia o fase de recurso, será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos (competencia funcional). Así serán competentes las Salas de apelación civil de los Tribunales Departamentales de Justicia (art. 56 Ley 25); y será competente la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de Justicia (art. 42) cuando, conociendo de la casación, le pidan una medida cautelar.

d) Finalmente el nuevo CPC incorpora unas normas de cooperación judicial internacional que permiten abrigar la idea de que pueden ejecutarse en Bolivia medidas cautelares que se hubieren adoptado por tribunales extranjeros –siempre que no sean contrarias a la legislación boliviana o al orden público internacional, art. 497.⁶- e igualmente pueden adoptarse en Bolivia por los tribunales civiles bolivianos medidas cautelares respecto de personas o bienes que deberán incorporarse a procesos no seguidos en Bolivia o que deban ejecutarse fuera del territorio boliviano (art. 500).

Una especial cuestión referida al tribunal es la que se regula en el art. 314 bajo el título “Facultades de la autoridad judicial”. Es de destacar que se atribuyen facultades al juez civil que quizás exceden de lo que se debería considerar como funciones propias de un juez civil. En todo caso, debe entenderse que en un proceso civil son las partes las que deciden –libremente- acudir al proceso y configurar desde la disponibilidad el mismo. Estas facultades, por tanto, deben interpretarse en ese sentido y desde los principios de oportunidad y dispositivo que conforman los cimientos del proceso civil; es decir, interpretación restrictiva. En todo caso, y más allá del art. 314 existen otros preceptos que abrigan facultades diversas a las aquí expuestas, a las que nos iremos refiriendo *infra*:

1º) Para evitar perjuicios innecesarios, podrá limitar la medida cautelar solicitada o disponer otra diferente o menos rigurosa si lo estimare suficiente para la protección de los derechos (art. 314)⁷. Surgen algunas dudas: por un lado, qué son perjuicios innecesarios, dado que es el juez el que decide y la parte puede no considerarlo igualmente de innecesario; y en segundo lugar y más importante, en ocasiones lo que una persona, como el juez, pueda entender que es menos gravoso puede entenderse más gravoso para otra; o viceversa. Se sugiere, en consecuencia, interpretaciones judiciales deben ser restrictivas y basadas en la proporcionalidad entre lo solicitado y lo que pretende garantizarse.

6 Si bien en estos casos la ejecución de estas medidas, así como la contracautela, se regirán por las leyes del estado Plurinacional (art. 497.III).

7 Este precepto puede completarse con la potestad cautelar genérica a que se refiere el art. 324 CPC, que permute, siempre bajo motivo fundado, adoptar medidas cautelares que no se encuentren reguladas de forma explícita en el Código, dado que se deja abierta esta posibilidad de forma genérica al referirse a que “podrá solicitar las medidas urgentes que según las circunstancias fueren las más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”, lo que otorga igualmente ese grado de potestad del tribunal para decidir cuál o cuáles son las medidas más adecuadas de acuerdo con las circunstancias concurrentes. Insistimos en el grado de excepcionalidad que hay que otorgar a esta facultad judicial y a la necesidad de interpretarla restrictivamente.

2º) Establecer su alcance. En esta determinación intervendrán numerosas cuestiones derivadas de la concurrencia de los presupuestos para la estimación o desestimación de la medida, modalidad de contracautela, extensión objetiva (sobre qué bienes se embarga, funciones del administrador o del interventor, obligaciones de los mismos y honorarios, personas a quienes notificar, más allá de las partes, la determinación de la medida y su alcance...). También en el alcance hay que determinar en principio la duración de la misma que como regla general "subsistirán mientras duren las circunstancias [presupuestos] que las determinaron" (art. 314.II).

3º) Podrá disponer la modificación de la medida, sustitución o cese, en razón de la protección de los derechos, bien de oficio o a petición de parte. Si bien los presupuestos pueden cambiar y provocar la variabilidad de la medida, lo normal debe ser que estos cambios se efectúen a instancia de parte y solo *excepcionalmente* se adopten de oficio dado que, de lo contrario, se produce una *descafeinización* de los principios del sistema procesal civil.

4º) Exigir la prestación de contra cautela suficiente, salvo los casos exceptuados⁸, garantizando que si, llegado el momento final del proceso, la sentencia es desestimatoria de la pretensión y se hubieren generado daños y perjuicios al soportante de la medida, se podrán sufragar esos daños y perjuicios. Lo recomendable es la exigencia de la misma, suficiente para evitar daños mayores tras el alzamiento de la medida cautelar por innecesaria.

5º) Dispondrá el levantamiento de la medida, condenando al demandante, si hubiere lugar, al pago de daños, perjuicios y costas cuando la medida se hubiere adoptado *ante causam* y no se presenta la demanda principal dentro de los 30 días siguientes de su ejecución (art. 310.II). Se produce la caducidad de la medida que es reconocida de oficio por el juez.

III. CARACTERÍSTICAS, NATURALEZA JURÍDICA Y PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

I. Características y naturaleza jurídica.

Comenzando por las características puede considerarse como tales⁹:

1º) *Instrumentalidad*: Son exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad y el cumplimiento de la sentencia que en el futuro puede dictarse;

8 El art. 321 establece esta posibilidad, dado que podrán ordenarse "bajo responsabilidad de la parte solicitante, sin necesidad de dar caución. La autoridad judicial deberá fundar su decisión en consideración a la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la posibilidad jurídica y la proporcionalidad de la medida. Sin embargo se requerirá contracautela cuando se trate de intervención judicial y en los casos señalados por ley".

9 BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil* (con MONTERO AROCA/GÓMEZ COLOMER/CALDERÓN CUADRADO). Valencia (2014): Tirant lo Blanch, 22ª ed., p. 699.

así, son instrumentales del proceso de declaración y del de ejecución, de ahí que CALAMANDREI las denominaba *instrumentos del instrumento*. Su razón de ser no es sino la dependencia que tienen respecto de otro proceso, de ahí su naturaleza instrumental.

2°) *Provisionalidad*: En cuanto carecen de vocación de definitivas, deben alzarse cuando en el proceso principal se haga inútil el aseguramiento, ora por cumplimiento de la sentencia, ora por actuaciones en ejecución que despojan de motivación el mantenimiento de las medidas.

3°) *Temporalidad*: De duración limitada, sin ser determinable *a priori*, nacen para extinguirse. Se adoptan por tiempo limitado, que depende de la duración del proceso principal, consecuencia evidente de la instrumentalidad.

4°) *Variabilidad*: Son susceptibles de modificación y alzamiento, son variables, pudiendo ser modificadas e incluso suprimidas, según el principio *rebus sic stantibus*, cuando se modifica la situación de hecho que dio lugar a su adopción. La variabilidad puede ser positiva (para adoptarlas o modificarlas) o negativa (para alzarlas).

5°) *Proporcionalidad*: Deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines pretendidos. Para ello se realizará un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, potenciándose con ello una menor onerosidad para el demandado. Siempre deberá motivarse la decisión judicial basada en la idea de proporcionalidad.

Estas características llevan a considerar su naturaleza jurídica y diferenciarla de otras instituciones con cierta afinidad. Son conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, si bien no son medidas de aseguramiento de las personas –por ejemplo de menores o incapaces-, porque no guardan relación con el proceso principal; éstas medidas son preventivas, pero no cautelares. Tampoco son cautelares la prueba anticipada ni la justicia provisional o sumaria –que deja abierta la vía de un proceso plenario posterior-.

En otro tiempo se sostuvo doctrinalmente que las medidas cautelares aseguraban sólo la ejecución de la sentencia. Esta posición ha sido superada, dado que no solo sirven para garantizar la ejecución de la sentencia sino la efectividad de la misma, lo que se muestra cuando la parte “vencedora” en el pleito no quiere que se ejecute la sentencia convirtiéndola en condena dineraria, sino que quiere que se ejecute en sus justos términos (hacer, no hacer...). Es por ello que, según la función que desarrollan, más o menos incisiva, es posible distinguir:

a) Medidas de aseguramiento: constituyen la situación adecuada para que, una vez dictada la sentencia en el proceso principal, pueda procederse a la ejecución de la misma (el ejemplo más significativo es el embargo preventivo);

b) Medidas de carácter conservativo, que tienden a evitar que el demandado, durante la pendency del proceso, pueda aprovecharse de los resultados de los actos que se consideran ilícitos por el actor (intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad ilícita);

c) Medidas innovativas o anticipatorias de la posible estimación de la pretensión, produciéndose una innovación sobre la situación jurídica preexistente al proceso principal (cesación de una actividad, prohibición de su inicio, suspensión de acuerdo societario, entre otras).

2. Presupuestos.

Para la adopción de las medidas cautelares se hace necesario que concurren una serie de elementos fundamentales que la doctrina denomina “presupuestos”. Son aquellos fundamentos que permiten mantener una probabilidad o posibilidad de que pueda, al finalizar el proceso, estimarse la pretensión del actor, y por ello, y ante la probabilidad, que no seguridad, de esta situación, se adoptan medidas como garantía de la efectividad de esa posible sentencia estimatoria de la pretensión. Son los que se regulan en el art. 311 CPC y a los que la doctrina procesal¹⁰ ha venido denominando: a) La situación jurídica cautelable y la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); b) El peligro por la mora procesal (*periculum in mora*); c) La contracautela (con carácter general) y con la posibilidad de medidas sin contracautela (art. 320).

A) Situación jurídica cautelable y apariencia de buen derecho: *fumus boni iuris*.

La situación jurídica cautelable vendrá delimitada en cada una de las medidas cautelares con carácter específico (por ejemplo, art. 325 –anotación preventiva- la situación jurídica cautelable vendrá determinada por la pretensión constitutiva de un derecho real sobre bienes inmuebles o muebles registrables; en el caso del embargo, el art. 326 determina la situación jurídica cautelable referida a una pretensión que vaya a poder ejercitarse sobre deuda en dinero, o en frutos, rentas y cosas fungibles convertibles en dinero, esto es, una pretensión de condena dineraria). Es decir, vendrá referida a la pretensión que se ejercite.

Vinculado a ella se halla el presupuesto de la “apariencia de buen derecho” o *fumus boni iuris*. No puede exigirse prueba al actor de la existencia del derecho subjetivo por él alegado en el proceso principal, dada que la misma se efectuará

10 Por todas, puede verse, BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional*, cit., pp. 700 y ss.

en él, pero tampoco puede adoptarse la medida cautelar sólo porque lo pida el actor. Entre uno y otro extremo la adopción precisa que se acrediten unos indicios de probabilidad, de verosimilitud, de “aparición de buen derecho” (art. 31 I.III), lo que no es sino la exigencia del art. 31 I de esa indispensabilidad para la protección del derecho. Es por ello que solo puede basarse en la probabilidad, provisional e indiciaria, a favor del demandante de la medida cautelar sobre el derecho que viene afirmando en el proceso principal, justificado documentalmente (art. 31 I.III), sin que se exija prueba plena, sino verosimilitud. De ahí que a este presupuesto se le denomine *humo*, referido a ese grado de posibilidad o probabilidad de estimación de la pretensión ejercitada en el proceso.

B) Peligro por la mora procesal (*periculum in mora*).

Implica la necesidad de conjugar los riesgos que amenazan la duración del proceso principal y el peligro de inejecución o de ineffectividad de la sentencia estimatoria. Pueden concurrir dos tipos de peligro: el retraso y el daño que se puede producir por la demora.

Son dos los sistemas para su configuración legal: *in abstracto* -duración del proceso-, aprovechable para hacer ineffectiva la tutela y que encuentra acomodo en el art. 31 I.II (*la demora del proceso*); y también pueden concurrir peligros *in concreto*, que son específicos y referidos esencialmente a algunas medidas cautelares, como insolvencia o no disposición de medios económicos suficientes (pretensiones pecuniarias), riesgos derivados de la inutilidad práctica que se pretenden contrarrestar a través de una anotación preventiva, peligro de las actividades propias de la sociedad o copropiedad (intervención), riesgo de difusión de una determinada actividad o publicidad, riesgos de continuidad de la actividad, entre otros, y que habitualmente vienen configurados en la regulación de las medidas específicas.

Aun cuando el art. 31 I.III se refiere a ambos presupuestos en cuanto a la necesidad de justificación documental, debe diferenciarse el humo del peligro, dado que en el segundo caso el peligro es más etéreo y difícil de mostrar documentalmente. No en vano el legislador se refiere a “sin que sea necesaria prueba plena”. Por ejemplo, la duración del proceso no hace falta justificarla porque es evidentemente conocida.

C) Caución. ¿Presupuesto o posibilidad?

La caución sirve para responder, en su caso, de los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionarse al demandado si, con posterioridad, se pone de manifiesto que la medida carecía de fundamento y es por ello revocada¹¹. Debemos conectarla con el art. 323, que establece la posible condena al resarcimiento de daños y perjuicios

¹¹ Sobre la caución, su régimen jurídico, su naturaleza y la importancia de su configuración en la tutela cautelar puede verse, BARONA VILAR, S.: *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil*, cit., pp. 120-130.

si la parte lo solicita, y para su garantía la caución es pertinente. Ahora bien, el legislador no hace referencia en el art. 311 a la caución para adoptar la medida. ¿Significa que no es presupuesto o si cabe qué no es necesaria?

De la regulación que se efectúa en los ordenamientos jurídicos y también del boliviano, debemos concluir que la caución es un elemento que fundamenta la medida, en cuanto favorece su adopción (contragarantía para quien soporta la medida), si bien lo básico es que no se debe considerar como presupuesto de adopción sino de ejecución de la medida, esto es, para su ejecución se necesita prestación de caución como garantía.

El legislador boliviano, sin embargo, se refiere a la exención de esta contracautela, lo que puede producir confusión o una errónea interpretación de no exigencia de la misma. Creemos imprescindible efectuar una interpretación *sensu contrario*, afirmando que la regla general debiera ser la exigencia de caución y la excepcional, la exención de la misma, aun cuando no se dice así en el CPC. Se establece como principio general en el art. 320 que se requerirá contracautela “cuando se trate de intervención judicial y en los casos señalados por la ley” (art. 331 por ejemplo). Y habrá que justificar la no exigencia de caución en atención a “la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la posibilidad jurídica y la proporcionalidad de la medida” (art. 320). Esto debe llevar a interpretar, junto al art. 323 que se refiere al resarcimiento de daños y perjuicios, que para garantizarlos, en caso de desestimación de la pretensión, la mejor manera de su efectividad es tener “garantía” del resarcimiento. Y ésta se consigue a través de la exigencia de caución, pero no para adoptarla, sino para ejecutarla. Si no se exige ésta puede generar verdaderas frustraciones y desde luego una merma de la tutela judicial pretendida por todo ciudadano. De ahí nuestra consideración de que la regla general debe ser exigir caución.

Aun cuando nada se diga en torno a su determinación cuantitativa y cualitativa, esta se debe dejar a la interpretación judicial, debiendo apoyarse en las diversas modalidades existentes en derecho así como en la capacidad económica de la parte y la fortaleza de la verosimilitud del derecho.

V. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN CONCRETO. REFERENCIA A LA POTESTAD GENÉRICA.

La delimitación de las medidas cautelares en el CPC se rige por un sistema mixto: por un lado, la enumeración de una serie de medidas cautelares específicas (arts. 325 a 337) y, por otro, se recoge en el art. 324 una cláusula abierta para un poder cautelar genérico al permitir “las medidas que según las circunstancias fueren las más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”.

No obstante, queremos insistir en la necesidad de entender que esta potestad cautelar genérica debe ser “cosa de partes”, estamos en un proceso oportuno y dispositivo, por lo que es importante también en la tutela cautelar atender a esa concepción del proceso civil como lo que es y, por ello, la misión del juez no puede ser la de suplir la voluntad interpretativa de la parte, lo que no es óbice a la función tuitiva restringida que se otorga a los tribunales.

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, el nuevo CPC boliviano no recoge un elenco de medidas cautelares específicas, sino que se regulan tan solo de forma concreta la anotación preventiva, el embargo preventivo, el secuestro, la intervención judicial (incluso no diferenciando entre interventor y administrador sino confluyendo ambos), la inhibición de bienes, la prohibición de innovar y la prohibición de contratar. Esto no implica que solo puedan adoptarse estas medidas, sino que cabrá adoptar otras medidas que sean necesarias al respecto, como se desprende a título de ejemplo en los arts. 316 y 317 CPC en relación con las pretensiones que se ciernen sobre el proceso de fabricación o de negociación cuando se refiere la demanda a bienes de establecimientos comerciales o industriales¹², así como en el mismo art. 324 tantas veces referido. De ellos se deriva una suerte de cláusula abierta que ofrece cobertura a la adopción de medidas que, no estando explícitamente reguladas en el CPC, pueden, sin embargo, regularse en otras leyes materiales o incluso ser producto de la similitud con la pretensión ejercitada en el proceso principal. Por tanto, no existe *numerus clausus* sino *numerus apertus* en la conformación específica de la tutela cautelar.

I. Anotación preventiva de demanda.

Regulada en el art. 325 CPC las notas que permiten definirla en cuanto a su regulación son:

1º) Situación jurídica cautelable: cuando se ejercite una pretensión constitutiva (constitución, modificación o extinción, o cualesquiera sea la forma de desmembración del derecho) de un derecho real –propiedad de bienes inmuebles o muebles sujetos a registro-. Repárese que se trata, en suma, de derechos registrables, dado que, de lo contrario, carece de sentido.

2º) El *fumus boni iuris*: probabilidad de que se dicte sentencia favorable a la pretensión constitutiva sobre derecho real ejercitada en el proceso principal.

12 Así, la cesación de una actividad, abstención temporal de una conducta, prohibición temporal de interrupción de una actividad, intervención de cuenta bancaria, intervención y depósito de ingresos obtenidos por actividad ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, formación de inventario de bienes, depósito temporal de obras u objetos que se reputen producidos con infracción de normas de propiedad industrial o intelectual, o depósito de material para su producción (planchas, maquetas, maquinaria, etc.), suspensión de acuerdos societarios, etc.

3°) *Periculum in mora*: riesgo de transmisiones de esos bienes o derechos sobre los que versa el proceso, efectuadas por el demandado, y que impidieren la efectividad de la sentencia.

4°) Es un acto de publicidad, si bien no impide al titular del derecho el ejercicio del contenido de su derecho, ni tampoco le otorga preferencia (art. 325.II). Pero es una medida de naturaleza asegurativa. Sirve para garantizar la efectividad que va a poder darse a la sentencia que estima la pretensión del actor respecto esencialmente otras medidas cautelares. No en vano se establece en el apartado IV del art. 325: "Si la sentencia de primera instancia es favorable a la parte que solicitó la medida, a petición de esta, la autoridad judicial ordenará el embargo o secuestro de los bienes afectados con la anotación". Es garantía de publicidad de medidas como embargo o secuestro, a instancia de parte, no de oficio.

5°) Se establecen normas de materialización de la medida, tales como que deberá ser la autoridad judicial la que efectúe la orden al registro público. El objeto de inscripción: nombre de las partes del proceso, objeto, naturaleza de la causa, situación de los bienes y el folio de la matrícula o los datos del registro si la anterior no existiera. Es imprescindible el qué, dónde, cómo y en relación con qué se va a producir esta anotación preventiva, de ahí la determinación de los contenidos en el art. 325.III. Es una medida, por ello, que conjuga actividad judicial con actividad registral.

2. Embargo preventivo.

Considerada históricamente como "la" medida cautelar por excelencia, por cuanto permite garantizar no solo la pretensión dineraria específica, sino también su función genérica, no necesariamente es la más adecuada. De ahí la necesidad de impulsar la adopción de otras medidas más comprometidas con la pretensión que se ejercite y que favorezcan la efectividad de la tutela pretendida¹³. Es difícil, sin embargo, quebrar la consideración legal y práctica de que el embargo es la medida más asegurativa de todas, en cuanto garantiza la ejecución forzosa de condena dineraria, aun cuando ésta no sea por condena directa sino por ejecución subsidiaria por incumplimiento de condena originaria. En cualquier caso, hay que tratar de ser imaginativos y sobre todo de emplear las armas que el legislador otorga, tanto a los abogados de parte como a los jueces, para obtener y decretar la tutela cautelar más adecuada en cada momento.

El legislador, lejos de mejorar su regulación, ha incorporado una formulación fragmentada del mismo. Recoge el elenco de bienes inembargables en el art. 318

13 Puede verse en materia de embargo preventivo referido a la situación anterior en Bolivia, BARONA VILAR, S.: *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil*, cit., pp. 167 y ss.

y el uso de bienes embargados en el art. 319, dedica los arts. 326 a 328 a su estricta regulación, sin perjuicio de las referencias que a lo largo del Código pueden encontrarse al mismo.

A) Presupuestos o elementos que lo fundan. Procedencia.

La *situación jurídica cautelable* atiende a pretensiones de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables en metálico (convertibles en dinero), que es lo que el art. 326 atribuye en el párrafo I como "obligación en dinero o en especie", por lo que la situación cautelable para el embargo es muy amplia. No obstante, cabe adoptar el embargo no solo respecto de pretensiones pecuniarias sino que también se entiende adecuada respecto de pretensiones hereditarias (en condominio o sociedad) o en demandas reivindicatorias, división de herencias, nulidad testamentaria o simulación, o incluso en caso de acciones reales respecto del bien demandado mientras dure el juicio, e incluso en caso de obligaciones de hacer como la exigencia de cumplimiento de un contrato de compraventa. El legislador boliviano quiere seguir manteniendo, al menos en teoría, el embargo como una medida de función cautelar *de amplio espectro* y no solo cuando se esté ejercitando una pretensión pecuniaria, sino también en garantía de obligaciones de hacer (pretensiones de condena) o en pretensiones constitutivas o incluso declarativas en parte (nulidad hereditaria o declaración de simulación que, amén de ser declarativas, producen efectos constitutivos).

En todos estos supuestos en que se ejercitan estas pretensiones, *fumus boni iuris* será la apariencia del derecho alegado y, por ende, la verosimilitud de estimación de la pretensión que se ejercita.

El *periculum in mora* vendrá determinado, amén de por la duración del proceso-peligro genérico-, por la posible insolvencia del demandado mientras se realiza el proceso principal, y por eso este embargo afecta uno o más bienes de aquél a la posible futura ejecución.

El legislador, como en otros ordenamientos, ha querido incorporar una serie de elementos que van a servir de valoración de una mayor verosimilitud de la existencia del derecho y/o de la existencia del peligro de ineffectividad o inejecución de la sentencia que pueda dictarse. Así, el art. 326.I CPC establece que se podrá pedir el embargo preventivo por el acreedor de una obligación en dinero o en especie cuando:

1º) El deudor no tuviere domicilio en el territorio del Estado Plurinacional. Juega en cuanto elemento que favorece la situación que pudiera hacer inútil la efectividad de la sentencia que en su día se dicte.

2º) El crédito constare en documento público o privado reconocido y no contare con una garantía suficiente. Y es esa ausencia de garantía suficiente lo que genera peligro, teniendo en cuenta a su vez que la concurrencia del crédito en documento público o privado reconocido abre una suerte de verosimilitud del derecho.

3º) El coheredero, el condominio o el socio con respecto a los bienes de la herencia del condominio o de la sociedad, respectivamente, acrediten la verosimilitud del derecho y el peligro de la demora.

4º) La persona que tuviere que demandar reivindicación, división de herencia, nulidad de testamento o simulación, u otras acciones reales respecto del bien demandado mientras dure el juicio, presentará prueba documental que haga verosímil su pretensión. En estos casos el legislador boliviano ha querido mantener una posición “antigua” del embargo, manteniéndola como la “supermedida”, como si solo a través de ella fuera posible garantizar a quien vaya a vencer en el pleito algo, siquiera fuere dinero, aun cuando la pretensión ejercitada no hubiere sido económica sino reivindicativa de la propiedad o de la posesión o de la declaración. En estos casos el demandante que vence quiere que se ejecute la sentencia en sus justos términos, no que le den dinero. Existen otras modalidades cautelares que no son el embargo y que podrían satisfacer a la parte más.

5º) Se demandare el cumplimiento de un contrato de compraventa, si el derecho fuere verosímil. En este supuesto resulta chocante la posición del legislador: En el caso de la compraventa lo que pretende el que demanda es que se cumpla con las obligaciones (hacer, no hacer, dar, entregar), a salvo de que se trate de impagos, en cuyo caso la obligación dineraria es perfectamente garantizable por embargo. En los otros supuestos podríamos pensar en otro tipo de medidas que garanticen mejor el derecho reconocido.

Se favorece el embargo si se dan estas circunstancias, lo que no es óbice a que son meros referentes valorativos y que en todo caso podrá solicitarse otra medida. Será el buen abogado el que deberá aconsejar a su cliente acerca de la mejor de las medidas a solicitar.

B) Bienes inembargables.

El art. 318 establece un listado de los bienes que no son embargables, cuales son:

1º) Los sueldos y salarios, salvo que se trate de pensiones de asistencia familiar. En este caso el equilibrio lleva a excepcionar la excepción.

2º) Las pensiones, jubilaciones, montepíos, rentas de vejez o invalidez y demás beneficios sociales establecidos legalmente, excepto el caso de asistencia familiar.

3º) Las prendas de uso personal y los muebles imprescindibles que guarnecen la vivienda del deudor y de su familia, salvo que la deuda provenga de la adquisición de los mismos muebles o de alquileres de la casa. Se tratan todos ellos de bienes de primera necesidad, de ahí que el legislador haya querido excluir de este elenco de inembargables los denominados bienes suntuarios, precisamente por la naturaleza que les caracteriza.

4º) Los libros relativos a la actividad laboral del deudor.

5º) Las máquinas, herramientas, instrumentos y otros objetos de trabajo de que se sirve el deudor indispensables para el ejercicio de su profesión u oficio o para la enseñanza de alguna ciencia, profesión, arte u oficio, de manera individual, salvo el caso de bienes prendados o cuando la deuda provenga de la adquisición de esos bienes.

6º) Los artículos de consumo y subsistencia personal y familiar por un período de seis meses. La determinación de los seis meses ha sido discrecional del legislador boliviano, dado que podría haber sido tres o cuatro meses o un año. La determinación de seis meses no obedece a ninguna razón objetiva.

7º) Los mausoleos, sarcófagos y nichos perpetuos.

8º) Aquellos que señale la ley expresamente, entendiéndose aquellos que puedan recogerse en una norma específica que determine esta naturaleza.

Regla especial es la que se contiene en el art. 319 en relación con bienes embargados afectados a los servicios públicos: "...no obstante el embargo, seguirán utilizándose por el deudor. La autoridad judicial, en todos los casos, limitará al mínimo indispensable las prohibiciones de uso de los bienes embargados, salvo disposición en contrario".

C) Designación de depositario.

La autoridad judicial, al disponer el embargo preventivo, deberá determinar su alcance, en los términos que se determinan en el art. 314.2 CPC¹⁴. Precisamente en lo que al embargo preventivo se refiere, amén de determinar sobre qué va a recaer el embargo, será necesario designar un depositario, a quien se advertirá de posibles responsabilidades (art. 326.III)¹⁵.

14 El art. 160 regulaba el significado del depósito como medida cautelar y el 161 se refería a las obligaciones del depositario, aun cuando se mantenía su estrecha y directa vinculación con el embargo, en los términos actuales. Puede verse, BARONA VILAR, S.: *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil*, cit., pp. 191-196.

15 Es por ello que es una medida cautelar con efectos aseguratorios, en cuanto se pretende la situación que haga factible el cumplimiento efectivo de la sentencia que en su momento se dicte en el proceso principal. Puede verse el desarrollo *in extenso* de la misma BARONA VILAR, S.: *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil*, cit.,

No se determina un elenco de obligaciones del depositario, lo que no es óbice a la necesidad de su consideración, especialmente el deber de conservación de los bienes en depósito o custodia, así como la necesidad de la dación en cuenta del depositario.

En relación a la designación de depositario, se establece la viabilidad de que lo sea el demandado-ejecutado, autorizándosele al uso de lo embargado en lo que no fuere incompatible con su conservación.

D) Ejecución del embargo y prioridad del embargante.

La ejecución y efectos que deba producir el embargo preventivo se sujetarán a lo que dispone el Código Procesal en ejecución forzosa (art. 327). Significativa es la prioridad del art. 328: cuando se trate de embargo de bienes que no se encuentren vinculados a causas legítimas de preferencia, tendrá el acreedor “derecho a cobrar íntegramente su crédito, intereses, costas y costos, con prelación a otros acreedores, salvo en el caso de concurso. Los embargos o secuestros posteriores afectarán únicamente al sobrante que quedare después de pagados los créditos que dieron lugar a embargos o secuestros anteriores”.

3. Secuestro.

El art. 326 CPC regula el supuesto específico del secuestro de bienes muebles o semovientes. El art. 1320 CC derogado recogía el secuestro y el depósito judicial con sus modalidades y requisitos. Y los arts. 106 y 107 de la Compilación de leyes de Procedimiento Civil –derogada–, contenía disposiciones análogas en el Capítulo de diligencias preparatorias para la demanda, y de ahí pasó al CC y al CPC derogado (arts. 162 y 163)¹⁶.

Se trata de una medida cautelar que podría considerarse apropiada en aquellos supuestos en que en el proceso principal se ejercita una pretensión de entrega de cosa mueble, en posesión del demandado, evitándose la imposibilidad de la entregar cosa mueble en ejecución por transmisión de la misma de forma irrevindicable o por hacerla desaparecer.

Es por ello que el legislador ha establecido una serie de supuestos que hacen recomendable la adopción de esta medida, que son:

p. 194. Se trata de una medida que tiende a evitar el deterioro o la ocultación físicos de los bienes muebles y su transmisión a tercero con carácter de irrevindicable.

16 BARONA VILAR, S.: *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil*, cit., p. 197.

1º) Cuando el embargo no asegure por sí solo el derecho pretendido por la parte solicitante, siempre que se presente documento que hiciera verosímil el crédito cuya efectividad se trata de garantizar:

2º) Cuando fuere necesaria la guarda o conservación de bienes para asegurar el resultado de la sentencia. En este caso, el dinero no satisface el resultado de la sentencia sino la entrega del bien, se trata de una obligación de entregar una cosa no de su especie en dinero.

3º) El deudor ofreciere bienes para su descargo.

4º) No procede cuando el demandado tenga título de propiedad o posesión del bien por más de un año.

5º) La autoridad judicial nombrará depositario de los bienes secuestrados a quien igualmente advertirá de las responsabilidades que conforme a la ley asume.

Es una medida que se implica con el embargo preventivo y aun cuando su significado se halla intrínsecamente vinculado a la existencia de un bien y a la afección del mismo, el secuestro ofrece unas garantías respecto de las pretensiones ejercitadas que en ciertos casos el embargo no ofrece. Para su ejecución también se remite al proceso de ejecución regulado en el CPC. E igualmente habrá que considerar la prioridad a la que nos hemos referido en materia de embargo y a la que se refiere el art. 328 CPC en relación igualmente con el secuestro de los bienes del deudor que no se encuentren vinculados a causas legítimas de preferencia, teniendo derecho a ser los primeros los acreedores en cobrar íntegramente su crédito, intereses, costas y costos, con prelación a otros acreedores, salvo en caso de concurso. Los secuestros posteriores afectarán únicamente al sobrante que quedare después de que se haya efectuado el pago de los créditos que dieron lugar a secuestros anteriores (art. 328).

6º) El legislador establece una norma de remisión, en cuanto para cuanto no se halle expresamente resuelto y regulado en el este art. 366 CPC entiende que habrá que estarse a las normas establecidas para el embargo.

4. Intervención y administración judicial.

El legislador se refiere en la Sección III a la Intervención judicial tan solo, si bien en el articulado (arts. 329 a 334) también hace alusión al interventor con facultades de administración, lo que permite diferenciar intervención y administración. Aun cuando la denominación sea única en el CPC boliviano, las dos vías son posibles.

Así, cuando se pretende la entrega de bienes cuyo valor principal reside en la productividad (establecimientos industriales o comerciales o fincas rústicas), la

medida tiende a garantizar el mantenimiento de esa productividad, y puede pedirse bien la intervención judicial (controlándose los actos de administración que realice el demandado), bien la administración judicial (se nombra un administrador que sustituye al demandado en la administración del bien). Esta es la verdadera situación jurídica cautelable en el caso de la intervención y de la administración judicial. En aquellos supuestos en que no se pretende la entrega del bien sino garantizar la productividad del mismo y que de esa manera también se garantice la efectividad de la sentencia que pueda recaer (por ejemplo cuando se ha producido el embargo preventivo de los frutos y rentas que produce el bien), puede ser de gran interés este tipo de medida cautelar.

A) Presupuestos o elementos que lo fundan.

Lejos de encontrar un único precepto que regule esta situación, hemos de determinarla de la lectura de la regulación en el CPC y en este sentido se refiere tanto a aquellas pretensiones que hagan referencia a las posibles actividades de la sociedad o de la copropiedad y pretendan garantizarla (art. 329), como cuando se ejercita una pretensión a entregar un bien que se tenga a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que tenga interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o bien su garantía sea realmente primordial para la efectividad de la condena que en su día pudiere recaer (art. 330)¹⁷.

Si bien esos datos permiten coordinar situación jurídica cautelable con *fumus boni iuris*, cierto es que entre los peligros se encuentra la duración del proceso (peligro en abstracto) más los peligros específicos de la garantía de la productividad, sea respecto de la actividad empresarial en sí o sea respecto de frutos, rentas, etc.

En muchas ocasiones estas medidas se adoptan en supuestos en que cabría solicitar un embargo, si bien estas medidas son más incisivas a fin de garantizar la efectividad que pudiere obtenerse de la sentencia de condena que pueda llegar realmente a dictarse.

El legislador destina un número mayor de artículos a la regulación de estas medidas que a otras, como ya lo hacía en la legislación antecesora. El art. 368 CPC ha establecido una serie de reglas para el desarrollo de la intervención o de la administración judicial, con el fin de delimitar lo que se entiende por el régimen jurídico general de estas medidas.

En esta medida de intervención se determina expresamente la exigencia de contracautela (art. 320 y 331.3), dado que aun cuando se permite adopción cautelar

17 Un desarrollo *in extenso* de los presupuestos de esta medida cautelar pueden encontrarse, aun cuando desde el prisma de la legislación ya derogada, en BARONA VILAR, S.: *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil*, cit., pp. 204-206.

sin caución, el art. 320 dispone que “sin embargo se requerirá contracautela cuando se trate de intervención judicial”, lo que implica una excepción a lo que pareciera ser considerado como una posible regla general; y, por otro, el art. 331.3 determina que “será fijada teniendo en cuenta la clase de intervención y los perjuicios, costas y costos que la medida pudiere irrogar”.

B) Régimen jurídico de la medida cautelar de administración (interventor administrador).

1º) Se regula en el art. 329 que la considera medida subsidiaria o complementaria (“a falta de otra medida cautelar o complementaria de una anteriormente dispuesta”).

2º) El interventor administrador tendrá la facultad de coadministrar con el administrador natural o sustituirlo.

3º) Esta medida de intervención-administración la podrán pedir socios o copropietarios, siempre que los actos u omisiones de los administradores o poseedores de los bienes de la sociedad o de la copropiedad, pudieren ocasionar perjuicio grave o pusieren en peligro las actividades propias de la sociedad o de la copropiedad.

4º) El juez deberá tomar en consideración para la designación de interventor que recaiga en persona idónea para desempeñar la función y que sea ajena a la sociedad intervenida. Y en todo caso, será el juez el que determine en cuanto al alcance de la medida, las funciones que le son atribuidas al interventor y el plazo que durará su función, plazo que podrá prorrogarse solo cuando la autoridad judicial lo disponga (art. 331). Hay que considerar que en la meritada resolución judicial deberá igualmente consignarse la forma de actuación del interventor, si tiene o no facultades de administración o, si cabe, si se mantiene o no la administración preexistente, la necesidad de rendición de cuentas y por supuesto la retribución (honorarios) procedente.

C) Régimen jurídico de otras modalidades de intervención: del interventor informante al interventor recaudador.

Con el fin de tener en cuenta el régimen jurídico aplicable cuando se trata de otras modalidades de intervención, vamos a tomar en consideración la división que ofrece el legislador entre el interventor informante y el interventor recaudador.

1º) Se regulan ambas en el art. 330 y pueden ser solicitadas por cualquier interesado, fuere o no socio o copropietario (a diferencia del supuesto anterior interventor-administrador).

2º) Interventor informante: su función consistirá en conocer el estado de los bienes, objeto del proceso o las operaciones o actividades desarrolladas por el interventor administrador con la periodicidad que se disponga en la resolución judicial (alcance de la medida). Es complementario del anterior.

3º) Interventor recaudador: su función se circunscribe exclusivamente a la recaudación de la parte embargada, sin injerencia alguna en la administración. Tiene sentido esta medida cuando la misma recae sobre pretensiones que tienen por objeto bienes productores de frutos civiles o naturales. En esta medida y como consecuencia de la determinación de su alcance por resolución judicial, será el juez el que determinará el monto de la recaudación, que no podrá exceder del cincuenta por ciento de las entradas brutas, debiendo ser el importe depositado a la orden del juzgado dentro del plazo que se determine.

4º) El juez deberá considerar que es la persona más idónea para desempeñar la función de interventor informante o de interventor recaudador; y deberá señalar sus funciones en el auto cautelar así como el plazo de duración de las mismas, que podrá prorrogarse solo cuando la autoridad judicial lo disponga (art. 331). Del mismo modo que en el caso de intervención administrador el juez deberá determinar en el auto la forma de actuación del interventor; si se mantiene o no la administración preexistente, la necesidad de rendición de cuentas e igualmente la retribución (honorarios) procedente.

D) Obligaciones y responsabilidad del interventor. Posible remoción.

El art. 332 CPC ha venido a concluir una serie de obligaciones del interventor; que deberán exigirse en lo que se denomina como la rendición de cuentas:

1º) Desempeñar personalmente la función, observando estrictamente las instrucciones que imparta la autoridad judicial. No en vano el juez ha de personalizar esta función en quién sea más idóneo para el ejercicio de su función, por lo que será solo el que es designado como tal el que realizará la función.

2º) Prestar informes periódicos mientras dure la intervención y uno al final al concluir las funciones en el cual rinda cuentas de su cometido.

3º) Vigilar la conservación del activo y cuidar que los bienes no sufran deterioro.

4º) Dar cuenta, en el caso del interventor informante, de toda irregularidad que advirtiere en la administración.

Por defectos en su función o por incumplimiento de estas obligaciones podrá incurrirse en responsabilidad civil y/o penal (art. 332.II). La responsabilidad civil

por incumplimiento de las funciones se deriva la misma ley, de manera que la ley es el contrato que el interventor asume, en el que se establecen las condiciones, funciones y exigencias, que serán igualmente incorporadas a la resolución cautelar; y podrá dar lugar a la reparación e indemnización por daños y perjuicios que se hubieren causado, amén del cese de su función, por supuesto. Y especialmente deberá considerarse que esa responsabilidad se vinculará a la función de veracidad de la información que ofrecen en su actividad y especialmente en sus informes. Penalmente es el CP el que tipificará esta gestión fraudulenta, falsedad, alteración de precios, etc. o que pudiere derivar en otros tipos penales más o menos gravosos pero que en todo caso pasarían por una cesación de su cargo si es que estuviere desempeñando la función todavía.

El art. 334 establece la posible remoción de los interventores, sin derecho a percibir honorarios, a petición de parte o de oficio, cuando:

1º) No cumpla su cometido o revele falta de idoneidad (además de generar responsabilidad)

2º) Ejerciere sus funciones con negligencia inadmisibles que comprometa el interés de las partes y la conservación de los bienes.

3º) Incurriere en abuso en el ejercicio de sus funciones.

Se trata todas ellas de extralimitaciones e infracciones a los límites y obligaciones que asumió al aceptar su cargo como interventor; por lo que las consecuencias que se derivarán de las mismas llevarán a la responsabilidad y a la remoción del cargo.

E) Honorarios de los interventores.

El art. 333 determina la retribución que obtiene el administrador o interventor por el ejercicio de su función. Habrá que considerar:

1º) El interventor percibirá el honorario fijado por la autoridad judicial, una vez se haya aprobado el informe final de su gestión.

2º) Si la actuación del interventor tuviere que prolongarse durante un plazo que, a criterio de la autoridad judicial, justifique el pago de anticipos, previo conocimiento de las partes, ellos se fijarán en proporción al importe total de su honorario.

3º) Para determinar la regulación del honorario, se tendrán en cuenta la naturaleza y modalidades de la intervención, las utilidades obtenidas como consecuencia de ella, el tiempo de duración y otras circunstancias que correspondan.

4°) No se establece en la ley quién paga esta retribución, si bien debemos considerar por lógica jurídica que la misma se abonará por el peticionario o, mediando circunstancias que así lo determinen, por los productos obtenidos por el propio bien intervenido (parece razonable).

5. Inhibición de bienes.

El art. 335 CPC regula esta medida de inhibición, que es claramente una medida cautelar de aseguramiento, similar a la función que se cumple con el embargo preventivo. No existía en la vieja legislación una referencia específica a esta medida, aun cuando su incorporación era perfectamente factible ex art. 169 del viejo Código¹⁸. Su razón de ser se asienta en el carácter subsidiario de la misma, por cuanto puede adoptarse en aquellos casos en que, dándose los presupuestos para proceder al embargo preventivo, sin embargo falta el elemento esencial que es el de que no se conocen los bienes del deudor o bien aun conociéndose éstos, sus bienes, no permiten cubrir el importe del crédito reclamado.

En consecuencia, garantiza una pretensión fundamentalmente pecuniaria, al permitir tener bienes del deudor garantizados para, en el caso de que se estime la pretensión, se pueda obtener cantidades suficientes para cubrir la condena del deudor y por tanto la satisfacción económica del acreedor; para ello deberá concurrir verosimilitud del derecho del que se pretende reconocimiento en el proceso. Y el *periculum in mora* se asienta, amén del peligro de duración del proceso, en el peligro de posible insolvencia del deudor en el momento en que siendo condenado se proceda a la ejecución forzosa de la sentencia condenatoria al mismo.

Su objeto es la inhibición de vender o gravar los bienes del deudor. Y surtirá efectos desde la fecha de su anotación en el registro correspondiente, otorgando preferencia sobre las medidas de inhibición que puedan ser ordenadas con posterioridad.

6. Prohibición de innovar.

Se regula en el art. 336 CPC la denominada medida de prohibición de innovar; cuyas notas y características son:

1°) Es una medida cautelar que en principio y con carácter general se podrá disponer en toda clase de procesos, siempre que concurren los presupuestos. Es una medida conservativa, que mantiene el *statu quo* o la situación de hecho establecida

¹⁸ Este precepto reza del modo siguiente: "Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes quien tuviere fundado motivo para temer que, durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia". Con ello se venía a sostener una suerte de *numerus apertus* en el elenco de medidas señaladas.

antes de que se procediere a su adopción. Su situación jurídica cautelable viene referida a las pretensiones de condena a una obligación de no hacer específica; no se trata de cualquier obligación de no hacer, ni a la consideración de una genéricamente enunciada, sino a la específica de no innovar:

2º) El legislador ha querido consagrar de forma explícita los presupuestos para adoptar esta medida cautelar; que son:

a) En primer lugar, el presupuesto del *fumus boni iuris* ("el derecho fuere verosímil"). Debe existir probabilidad o verosimilitud de reconocimiento del derecho en la futura sentencia que se dicte. Como en el resto de medidas estamos en todo caso no en supuestos de absoluta certeza o convicción del acto sino en la probabilidad de su realización.

b) En segundo lugar, el *periculum in mora* ("existiere peligro de que si se altera la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiere influir en la sentencia o hacer ineficaz o imposible su ejecución") (art. 336.1). Esto no es sino la denominada irreparabilidad que se deriva de la realización de una conducta ilícita o lícita, pero que existe la adopción de medidas cautelares que, de no adoptarse, podrían hacer ineficaz la sentencia o de imposible ejecución.

7. Prohibición de contratar.

A esta segunda posibilidad, recogida en el art. 337, también se ha querido referir el legislador, estableciendo su marco normativo y los presupuestos y efectos que esta medida exige y puede llegar a producir. En este sentido, debemos de tener en consideración:

1º) Es una medida conservativa, en cuanto pretende garantizar el *statu quo*, favoreciendo con ello el aseguramiento de la ejecución forzada de los bienes objeto del litigio, aun cuando también puede ser anticipatoria, al evitar *a priori*, mediante la adopción de la medida, que se realice una conducta sobre la que gira el proceso y es precisamente una obligación de no hacer:

2º) Ahora bien, curiosamente esta medida queda condicionada a lo que dispone el art. 337.1, es decir, que su adopción, amén de la función que hemos expuesto, puede producirse como consecuencia de su adopción por disposición legal que así lo determine o bien porque igualmente quedare así expuesto en el contrato suscrito por las partes. En los supuestos en que se adopta por ley o por norma contractual, se convierte ora la ley ora el contrato en fundamento de adopción de la medida, que desde luego sustenta el presupuesto del *fumus boni iuris*.

3º) La situación jurídica cautelable y el *fumus* se hallan directamente referidas al objeto del contrato, esto es a los bienes, que son el objeto del litigio. De ahí que el objeto de esta medida sea precisamente la prohibición de contratar sobre determinados bienes (tipo de pretensión –de condena a un no hacer- que se ejercita o si se quiere, situación jurídica cautelable). El objeto a que se refiere el contrato son bienes, que no servicios, porque así se ha establecido específicamente en la ley. Ello nos lleva a excluir esta medida respecto de aquellas pretensiones que versen sobre servicios contratados (telefonía, construcción, gas, luz, etc.), porque a ellos no se refiere el art. 337.

A esta situación jurídica cautelable deberá unirse la verosimilitud del derecho que se ejercita en cuanto a los bienes objeto del contrato, amén del peligro que conllevaría de no adoptarse la misma, dado que durante la pendency del proceso (peligro genérico) podría hacerse imposible la ejecución de la sentencia que versare sobre dichos bienes; impedir cautelarmente que se contrate sobre esos bienes es y ofrece una garantía jurídica, siquiera cautelar, que favorece la efectividad de la tutela que se está planteando en el proceso principal.

4º) Obviamente no se trata de una prohibición en abstracto, que sería prohibición de contratar, sino que debe limitarse y así recogerse en la medida, la prohibición de contratar sobre qué tipo de bienes es sobre lo que se produce la prohibición de contratar. Es por ello que deberá individualizarse, como dice la ley, lo que es objeto de prohibición. El art. 337.I así lo dispone: "...la autoridad judicial ordenará la medida, individualizando el objeto de la misma..." (no es sino la determinación del alcance de la medida exigido por la ley).

5º) Se inscribirá la medida en los registros correspondientes, con el fin de dar publicidad a terceros que pudieren de buena fe intentar mantener una relación jurídica con la parte.

6º) Asimismo, se procederá a notificar a los interesados y a cuantos terceros sea necesario por mención del solicitante, para que de forma preferente tengan conocimiento de la medida. Así, tanto el registro como la notificación son formas de dar parte de la existencia de la medida, bien a la sociedad en general a través del registro, o bien a partes e interesados, por medio de la notificación.

7º) Es especialmente curiosa la referencia en el art. 337.II, regulador de la prohibición de contratar, a una cuestión que no solo debería ser considerada de manera privilegiada en esta medida, sino que entendemos es posible respecto de cualesquiera medida que pueda adoptarse cautelarmente. Reza este apartado: "La prohibición quedará sin efecto si quien la obtuvo no dedujere la demanda dentro del plazo de treinta días de haber sido dispuesta, y en cualquier momento en que se demostrare su improcedencia".

Se trata del supuesto de que se hubiere adoptado la medida con carácter previo a la interposición de la demanda en el proceso principal, esto es, se trataría de las medidas *ante causam*. *Conditio* de su mantenimiento es que se presente la demanda en el proceso principal en el plazo de treinta días tras haber sido dispuesta. De lo contrario, habrá que proceder a su alzamiento; alzamiento que igualmente se va a producir cuando se demostrare su improcedencia por cambio de aquellas circunstancias que dieron lugar a la adopción de la misma (presupuestos). Se trata de una clara manifestación de la naturaleza instrumental de las medidas y de su consideración de provisionalidad y variabilidad que les caracteriza como consecuencia de la instrumentalidad.

8. Otras medidas.

No estamos ante un *numerus clausus* de medidas, sino que, antes al contrario, es posible adoptar otras medidas diversas a las expuestas. El Código nos ofrece esta posibilidad. Especialmente, el art. 336, II viene a hacer referencia a cualesquiera otra que pueda adoptarse en relación con la efectividad de la tutela pretendida: “Excepcionalmente, cuando no sea aplicable otra medida prevista por la ley y ante la inminencia de un perjuicio irreparable, la autoridad judicial puede ordenar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda, en los siguientes casos...”. De este precepto, por ello, debemos considerar:

1º) Se inicia la regulación con el adverbio “excepcionalmente”. El juego de “otras” medidas se rige en defecto de las expresamente recogidas en la ley. ¿Significa que serán escasas las mismas? La respuesta debe ser negativa. En realidad la excepcionalidad a que se refiere este precepto no lleva a la restricción o cuasi limitación de las mismas –las otras no reguladas expresamente en los preceptos anteriores- sino atribuyéndoles carácter residual, esto es, en defecto de la posible aplicabilidad de las recogidas legalmente.

2º) Para que pueda procederse a la adopción de otras medidas cautelares deberá concurrir “inminencia de un perjuicio irreparable”. No es sino el reconocimiento de la concurrencia del *periculum in mora* como presupuesto de adopción de la medida, aun cuando quizás con un elemento de agravación en cuanto a la introducción de la naturaleza de irreparabilidad a que se refiere el legislador en relación con el peligro. Es por ello que este presupuesto del *periculum in mora*, más allá del significado común de la duración del proceso como peligro genérico incorporará una suerte de intensidad del peligro que se asentaría en los dos elementos propios: por un lado, la inminencia, lo que comportaría una mayor credibilidad en la posible existencia del peligro, al estar éste más próximo que en los supuestos del peligro genérico; por otro lado, en la irreparabilidad del mismo, que impediría no ya que el daño se fuere a producir sino que éste en su caso fuere o pudiese ser reparable.

3°) Se les atribuye la función de “ordenar la reposición de un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda”. Se pretende una proyección cautelar más allá de la mera conservación o mantenimiento del *statu quo*. Repárese que esta referencia a “ordenar la reposición” es *a priori* más incisiva e intromisora que cualesquiera otra medida de conservación o de aseguramiento. Lo que se exige es que la petición cautelar de reposición no sea sino la que de sustento a la petición objeto de la demanda en el proceso principal del que es instrumental la medida. En consecuencia, una suerte de anticipación si bien fundada en la instrumentalidad que destila la medida cautelar en relación con el proceso principal.

4°) La función determinada y la condicionada instrumentalidad de las medidas no abre sin más una cláusula para adoptar medidas cautelares, cualesquiera que fuere, sin limitación o condicionamiento alguno, sino que el legislador ha querido abrir esta cláusula cautelar (una suerte de tutela cautelar indeterminada pero determinable) a los siguientes casos:

A) *Procesos interdictos*. Se autoriza la adopción de medidas cautelares. Aun cuando se aplica el régimen común, se permite excepcionalmente la adopción de oficio de la medida cautelar que exija la naturaleza y alcances de la situación presentada. Nuestra recomendación es que los jueces asuman este reto con mucha precaución para evitar reclamaciones contra los jueces.

La indeterminación de la medida se asienta en esa idea de que cualesquiera modalidad de tutela podría ser válida siempre que así lo exija la naturaleza y alcances de la situación presentada, lo que es tanto como dejar a la discrecionalidad —que no arbitrio— del decisor, en atención a las circunstancias concurrentes y a la necesidad, la exigibilidad de una u otra medida cautelar. Es decir, con este precepto se permite la denominada tutela cautelar genérica que ofrece la posibilidad de ser concretada en cada caso en función de las condiciones expuestas y cuando se entienda que cumple o puede cumplir las expectativas cautelares en relación con su naturaleza instrumental respecto del proceso correspondiente.

B) *Obra nueva perjudicial y daño temido*. También el legislador en el art. 336. II CPC ha querido referirse a un supuesto especial, referido al supuesto de que la demanda “persiga la demolición de una obra en ejecución que daña la propiedad o la posesión del demandante” (esto es, la situación jurídica cautelable consistente en una condena a un hacer no personalísimo). Se permite igualmente a la autoridad judicial que disponga la paralización de los trabajos de edificación. Esta medida cautelar consiste en un hacer, por cuanto supone dejar de hacer lo que se estaba haciendo, dado que si no hago nada, los trabajos de edificación continuarían. En este caso, pensar en un embargo no garantizaría la pretensión del actor y sí otro tipo de medida como la que aquí se refiere el legislador:

De igual manera el legislador hace referencia a la posibilidad de que pueda ordenarse las medidas de seguridad que se dirijan a "evitar el daño que pudiera causar la caída de un bien en ruina o una situación de inestabilidad". Se trata de medidas asegurativas de una situación en la que concurre un peligro cualificado o si cabe específico, no genérico, que se asienta en el posible daño, muy probablemente mal reparable –aun cuando lo fuere- si se produce la caída o derrumbe de un bien que por su estado ruinoso o inestable pueda preverse este devenir.

C) *Abuso de derecho*. El tercer supuesto que de forma expresa viene encuadrado en esta tutela genérica amplia que no específica es el abuso de derecho, de modo que si una demanda versa sobre el ejercicio abusivo de un derecho, se permite *ex lege* que la autoridad judicial pueda dictar medidas indispensables "para evitar la consumación del perjuicio irreparable". Son conceptos que reflejan un estado de necesidad que permite:

a) Por un lado que sea el juez el que pueda adoptar las medidas.

b) Que sea el juez el que decida qué tipo de medida adaptable al caso.

c) Que concorra, más allá del peligro genérico un peligro específico y cualificado, en cuanto se le añade, como en otros supuestos, la idea de la irreparabilidad y la idea de la evitabilidad del daño. Conceptos como evitable e irreparable son conocidos y muy estrechamente vinculados al significado de la tutela cautelar.

d) Todo ello sin olvidar que en este caso *el fumus boni iuris* debe girar en torno a la cuestión de la concurrencia de una demanda en la que se denuncia la posible existencia de un abuso de derecho y de una verosimilitud o probabilidad e estimación de la pretensión como elemento fundamentador de la adopción de la medida.

En este ejercicio de abuso de derecho las posibilidades son múltiples. Cabe medidas que afectan al sector económico como las medidas de cesación provisional o abstención temporal de una actividad de producción o comercialización podría entrar en este grupo (competencia, competencia desleal, infracción derecho de patentes, marcas, diseños...). También en abuso de derecho las que tienden a paliar y evitar la explotación de los derechos de propiedad intelectual como los que ampara a un cantante-compositor famoso que escribe letras y las canta y con las que gana mucho dinero pero se explotan por otros aprovechando su fama, de modo que cabría adoptar medidas tendentes a evitar o paliar este abuso de derecho cometido por los infractores.

D) *Derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz*. En el ámbito de estos derechos fundamentales referidos a la persona en cuanto tal –intimidad- o en cuanto a sus atributos –imagen, en abstracto, o voz, en concreto- también el legislador ha querido

introducir una desviación cautelar o si cabe una incorporación a los supuestos de excepcionalidad a que se refiere el CPC en este precepto. Es por ello que se establece que cuando la demanda se refiera a "reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida personal o familiar, así como la preservación y debido aprovechamiento de la imagen o la voz de una persona, la autoridad judicial podrá dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada". ¿Cuáles serán las condiciones de esta excepcionalidad?

a) La situación jurídica cautelable girará en torno a la concurrencia del derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz, que vinculados a la apariencia de buen derecho comportarían una suerte de "humo" en la posible concurrencia y estimación de la pretensión ejercitada por el actor en su demanda referida a estos derechos.

b) Específicamente se referirá al posible reconocimiento o reparación o evitación de un mal a alguno de estos derechos, dado la naturaleza de derechos personalísimos, que afectan a la vida personal o familiar; o bien a la imagen o la voz.

c) Se deja abierta la puerta a que sea la autoridad judicial la que a la vista de los fundamentos y las circunstancias que concurren, se adopte una u otra medida cautelar; desde el valor que se otorgue a la naturaleza y a las circunstancias de la situación que se presente.

d) Estas medidas pueden ser no solo de gran valor para garantizar la efectividad de la tutela que se requiere en el proceso principal, sino que son fundamentales para evitar la continuidad en la infracción o lesión de estos derechos. Y en ese contexto nos podemos encontrar con medidas anticipatorias de la sentencia, como la paralización de un video o de la publicación de una revista o periódico, la evitación de una publicidad etc., en cuyo caso se está produciendo y accediendo a una tutela anticipatoria en la que el equilibrio es mucho más favorable respecto del que alega concurrencia de una lesión a estos derechos respecto de aquellos frente a los que se dirige o se va a dirigir la demanda principal.

V. ¿OLVIDO DE LA CAUCIÓN SUSTITUTORIA PARA IMPEDIR LA PRÁCTICA DE LA MEDIDA CAUTELAR O VOLUNTAD DE NO RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA MISMA?

En algunos ordenamientos jurídicos se ha reconocido como algo especial la denominada caución sustitutoria de la medida o si se quiere la sustitución de la posible medida cautelar solicitada o adoptada por caución. Que no la regule, no significa que no sea posible su adopción en Bolivia.

Ahora bien, no podemos olvidar los fundamentos o cimientos esenciales sobre los que se asienta no solo el proceso cautelar sino el proceso civil mismo que se

ha querido pergeñar en el nuevo modelo procesal civil. Y desde este punto de vista encontramos siquiera sea un hilo fino que permite la permeabilidad a este tipo de medida o situación de sustitución de la medida cautelar por caución, y es la que se deriva de la aplicación del principio general que se otorga a la autoridad judicial en el art. 314 CPC al considerar que podría disponerse de otra medida cautelar “diferente o menos rigurosa si lo estimare suficiente para la protección de los derechos”. Se trata de una puerta abierta a esta posibilidad, no siendo elemento discriminatorio que favorezca a quienes tienen dinero y perjudique a quienes no lo tienen. En consecuencia, es posible, pero siempre desde coordenadas de excepcionalidad.

VI. PROCEDIMIENTO CAUTELAR. IDEAS GENERALES.

Pese a la denominación de “proceso cautelar” creemos que el legislador boliviano no ha querido dar el paso real para convertir el cautelar en verdadero proceso. Al menos tenemos la sensación de que se ha quedado a mitad camino, en cuanto no ha ofrecido una regulación propia de un proceso al ejercicio de la pretensión cautelar. Pese a iniciar la regulación con un guiño al proceso cautelar, lo cierto es que la ausencia de éste en su regulación deja un tanto insatisfechos a los lectores. ¿Por qué afirmamos esto?

I. Crítica inicial.

No se ha recogido en la reforma una regulación específica, clara, precisa, en torno al desarrollo procesal y procedimental del proceso cautelar. E insistimos que si se ha querido cambiar la denominación en el Título II dándole el de “Proceso cautelar”. El cambio nos pareció desde el principio muy positivo. Así, se inicia con cierto impulso de cambio, pretendiendo otorgar una autonomía que debería y debe ser propia del cautelar; pero en el desarrollo del articulado de la ley el legislador no se ha atrevido a revolucionar el mundo de las cautelares, dejando abierta la interpretación, aun cuando con la fijación de unos límites que, cuanto menos, chirrían en la concepción moderna del proceso y especialmente del proceso cautelar; y diríase que incluso contradicen el sentir general de los principios acuñados en los preceptos iniciales del nuevo Código.

Resulta cuanto menos muy discutible pensar en un proceso cautelar en el que tan solo se oye a una parte, tan solo participa una parte y se adopta o no la medida o medidas pensando, escuchando y determinando según lo que la parte pida y aporte como mecanismo de sustento de su petición. Se produce una esquizofrenia legislativa, una bipolaridad, que se refleja en un título que pretende dar el salto, las cautelares se convierten en una modalidad de tutela del ciudadano, una garantía del desarrollo del proceso, se permiten medidas anticipatorias, se permiten medidas incluso sin caución...pero todas estas reglas, todas estas normas, generan ineludiblemente un enorme desequilibrio en la parte que va a soportar las medidas, dado que a ella el

legislador no les ofrece compensación, elementos de equilibrio, ellas se hallan en un estado de invisibilidad que puede generar indefensión. Ésta es la mayor falencia que observamos en la regulación de estos preceptos y quizás la experiencia y el paso de los años lleven a la necesidad de reconsiderar esta regulación y a introducir una suerte de equilibrio, de garantías para ambas partes, que no lleven a la condena cautelar sin sentencia (porque no la hay, sino auto), sino a la posibilidad de ser oído, bien antes de adoptar la medida (que parece la solución más acorde con un proceso tan ágil como el que se pretende instaurar en el nuevo modelo procesal) o bien después pero inmediatamente. De lo contrario es una condena sin haber sido oído, lo que supone un claro atentado a la tutela efectiva de los ciudadanos.

Es más, el legislador no quiere tampoco llegar a esta situación. De hecho, cuando en el art. 321 se refiere a la posible modificación de las medidas, éstas no solo pueden solicitarse por el actor, sino también por el deudor; dado que según dispone el art. 321.2, “el deudor podrá solicitar el cambio de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantizare suficientemente el derecho del acreedor: De la misma manera podrá pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor o la reducción del monto por el cual la medida cautelar hubiere sido dispuesta, siempre que corresponda”. El legislador sabe de la necesidad de otorgar un equilibrio en el tratamiento que se otorga a ambas partes en el proceso cautelar; no negando las opciones de ser oído de quien debe soportar la medida, sus argumentarios y por supuesto las posibilidades de cambios en las cautelares consecuencia de sus aportaciones y de no perder la idea fundamental de que las medidas se basan en un “humo” que no ofrece nitidez absoluta a la hora de otorgar medidas cautelares.

Por todas estas reflexiones iniciales no se entiende la ausencia de una regulación procesal común en el ámbito de la adopción de la tutela cautelar; que puede, perversamente, volverse en su contra y llevar en el futuro a situaciones no deseadas que permitan incluso regulaciones específicas en cada una de las medidas o en determinadas medidas en lo que a su tramitación procedimental se refiere; o a interpretaciones plurales y diversas según sea el operador judicial que las deba otorgar.

Esa opción del legislador boliviano choca con una posición diversa mantenida en la mayor parte de los países que han incorporado un nuevo código procesal basado en un modelo eminentemente oral, eficiente y que ofrezca a los ciudadanos una justicia pronta y eficaz, garante de los derechos que la ciudadanía reclama a los tribunales. Uno de los impulsos que se han venido realizando en la mayor parte de los códigos procesales modernos ha sido la regulación de un procedimiento cautelar uniforme, válido para cualesquiera que fuere la medida y con esta nueva regulación, la desaparición de la dispersión normativa. Así se han incorporado a estos Códigos

procesales civiles lo que se ha denominado el “Procedimiento para la adopción de medidas cautelares”, que en el Código boliviano no se ha incorporado.

Podemos, sin embargo, y pese a estas graves ausencias del Código boliviano, ofrecer una respuesta en consonancia con la interpretación integradora del Código, de modo que si el legislador quiso denominar al cautelar como proceso, es más que razonable que el desarrollo de este proceso, ausente en el tenor literal del Título II, se esté a los principios esenciales del nuevo Código y desde luego se respeten los elementos que dan sustento al proceso civil: dualidad de posiciones, contradicción e igualdad.

Eso significa que cualquier juez que pueda asumir la competencia en materia cautelar, podría construir su proceso cautelar desde las normas que conforman el proceso civil declarativo y, por tanto, asumiendo una necesidad, en todo caso, de cumplir con la contradicción, aunque sea diferida, esto es, otorgando la posibilidad mediante una audiencia, *postmedida*, al demandado, para que pueda defenderse frente a la medida adoptada, la no justificación de los presupuestos alegados por el actor en su demanda, la petición de variación de la medida por otra, etc. Esto es, en suma, el ejercicio del derecho de defensa que debe garantizarse en todo proceso que sea tal proceso y en el que necesariamente se respeten los principios de dualidad de posiciones (demandante y demandado), principio de contradicción (sea previa o diferida) y principio de igualdad (otorgando a las partes en el proceso los mismos derechos, las mismas cargas y las mismas obligaciones). Otra posición la vemos absolutamente indefendible. No obstante, animamos al legislador a clarificar esta posición e integrar siquiera sea unas reglas procedimentales que permitan garantizar a ambas partes los mismos derechos.

2.A instancia de parte.

Para la adopción de una medida se requiere instancia de parte, no siendo posible la adopción de oficio de la tutela cautelar. El significado de esta afirmación ha sido realizado a lo largo de nuestra exposición. Las medidas cautelares, en cuanto proceso cautelar civil, se rigen por el principio dispositivo, de manera que no tiene sentido hablar de un proceso de oficio, como tampoco tiene sentido que en materia civil el proceso cautelar lo sea de oficio. Es contrario a su propio significado. Y además, a esta afirmación no se opone el hecho de que se le otorgue una cierta potestad al juez en materia de medidas cautelares, a la hora de valorar si la medida es la más adecuada o proporcionada a las circunstancias concurrentes pero ello no significa que de oficio se adopte la medida cautelar. Tampoco altera este principio general y la afirmación de la oportunidad de las medidas por las partes cuando el art. 314 CPC incorpora una suerte de facultades de la autoridad judicial que permiten limitar la medida o disponer otra diferente o menos rigurosa si lo estima suficiente para la protección de los derechos.

El art. 310 como punto de partida de la adopción de las medidas cautelares a solicitud de parte refleja cuanto hemos venido exponiendo. Se intitula "Oportunidad", en cuanto recoge en esencia cuanto hemos venido proclamando, y esencialmente que "las medidas se decretarán únicamente a instancia de parte, bajo responsabilidad de quien las pidiere, salvo que la ley disponga lo contrario". Con este precepto se insiste en el papel esencial que las partes tienen en el proceso, en cuanto son las que piden, son las que responden por lo pedido y ante lo pedido y solo pueden versar sobre aquello que es de las partes, sean bienes o sean derechos.

Esa consideración de la tutela cautelar "a instancia de parte" permite favorecer igualmente la asunción de responsabilidad de quien la pide, siempre que se den las coordenadas expuestas en el art. 323 CPC. De este modo, cuando se hubiere dispuesto una medida cautelar que posteriormente se levante como consecuencia de ser considerada como un abuso del actor o bien que el solicitante se excedió en su derecho para obtenerla, se asumirá la condena al resarcimiento de daños y perjuicios si la parte "soportante de la medida" así lo solicita. Es por ello que, en suma, se trata de un precepto que proclama la responsabilidad de quien se excede y consigue, durante la pendencia del proceso, la adopción de medidas que causan un evidente daño o perjuicio a quien la padece. La libertad de elegir y decidir solicitar medidas cautelares tiene como contrapartida la posible asunción de responsabilidad por el exceso de las mismas.

3. Momento para solicitar medidas.

Afirmado lo anterior, resulta de interés verificar en qué momento se pueden solicitar las medidas cautelares –y adoptar, obviamente-. El legislador boliviano dispone en el art. 310:

"1. Las medidas cautelares podrán solicitarse antes de la demanda o durante la sustanciación del proceso.

2. Cuando se planteen como medida preparatoria de demanda, caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda principal dentro de los treinta días siguientes de habérselas ejecutado. La autoridad judicial de oficio dispondrá el levantamiento de las medidas cautelares, condenándose a la parte demandante, si hubiere lugar, al pago de daños, perjuicios y costas".

El legislador, en consecuencia, asume que los momentos en que esta solicitud puede formularse son antes, con y después de la demanda del proceso principal.

A) Antes de la demanda.

La solicitud de medidas cautelares antes de la demanda del proceso principal debe formularse mediante escrito en el que, dado que se trata del primer escrito

realizado por las partes, habrá que: 1º) Determinar el tribunal al que se dirige el escrito; 2º) Identificar a los sujetos activo y pasivo; 3º) Fundamentar la medida; y 4º) Expresar la medida concreta que se pide.

La razón de todas estas exigencias no es otra que no existe proceso declarativo aun, pese a que el cautelar se inicia para garantizar el que va a iniciarse posteriormente que es el declarativo. Es por ello que los requisitos de este escrito son mayores que cuando las medidas se solicitan estando pendiente el proceso declarativo principal. Ahora bien, en el caso de solicitar medidas cautelares *ante causam* se ciñen esencialmente a la fundamentación, por cuanto ésta debe ser doble: por un lado, general, referida a los presupuestos; y, por otro, especial, en cuanto deberá razonarse la urgencia o necesidad de la adopción *ante causam*.

La adopción de las medidas antes de la interposición de la demanda del proceso principal condiciona la incoación del mismo, de modo que la demanda principal deberá interponerse dentro de los treinta días siguientes a la ejecución de las medidas. No se dice desde la adopción, sino desde la ejecución de las mismas (art. 310.II). Así, De si en el plazo de treinta días no se interpusiese la demanda, debe entenderse que se producirá la caducidad de pleno derecho de la medida, lo que no es sino la necesidad de que se decrete el alzamiento o la revocación de los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados para la ejecución de la medida, condenando al solicitante cautelar al pago de todos los gastos del proceso y declarándole responsable de los posibles daños y perjuicios que se hubieren podido ocasionar al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas. Esta es una de las múltiples medidas facilitadoras y sancionadoras de manera que el CPC está incorporando una suerte de equilibrios entre ambas partes: si bien favorece que el futuro demandante, que aun no lo es al no haber proceso declarativo principal, pueda interponer la petición de tutela cautelar sin existir todavía proceso al que garantizar; también debe equilibrar el daño y posibles consecuencias que pueden derivarse para quien debe soportar la medida o medidas cautelares que pueden adoptarse sin proceso principal en marcha. Ese equilibrio queda cubierto en la regulación que se hace en el CPC en el art. 310.

B) Con la demanda.

La solicitud de la medida se efectuará de ordinario junto a la demanda del proceso principal. Formalmente en un mismo escrito se formularán, pues, dos demandas: una, la del proceso principal, y la otra, la del cautelar. Los requisitos de las dos son comunes, distinguiéndose claramente entre una y otra demanda.

Además de la presentación formal con escritura, junto a la demanda, deberá determinarse la medida o medidas que pretendan adoptarse así como su alcance. Y esa petición deberá ir conectada con la presentación de los "presupuestos legalmente exigidos para su adopción" (art. 311), que deberán acreditarse por los

medios que conoce el ordenamiento jurídico, aun cuando el legislador se ha referido solo a la vía documental.

C) Con posterioridad a la presentación de la demanda.

En la medida en que el CPC está permitiendo en su art. 310 que las medidas cautelares se soliciten durante la sustanciación del proceso, está abriendo la viabilidad a la petición de tutela cautelar con posterioridad a la presentación de la demanda, incluso pendiente un recurso –haciendo una interpretación expansiva de sustanciación del proceso e incluyendo en el mismo a los recursos pendientes-, si bien en estos casos parece razonable entender que se admitirá con carácter restrictivo, esto es, sólo cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en estos momentos. Al no prohibirse, entendemos que está permitiéndose la posibilidad de plantearlo en estos momentos posteriores.

D) Algunas exigencias comunes a todos los momentos procesales.

Cualquiera que fuere el momento en que se ejercita la pretensión cautelar, la solicitud deberá atender a tres requisitos: 1º) Claridad; 2º) Precisión; y 3º) Justificación de los presupuestos para su adopción. Los dos primeros requisitos —claridad y precisión— se refieren a la petición como elemento compositivo de la demanda, y suponen la necesidad de que en la solicitud se establezca la petición de manera tal que quede delimitado el ámbito dentro del cual debe moverse el órgano competente para decidir, no pudiendo dar cosa distinta, ni más de lo pedido, por aplicación del principio dispositivo. Insistimos en la definición del cautelar como proceso, a que se refiere el Título II. El tercer requisito comporta la necesidad de justificar la concurrencia de los presupuestos exigidos legalmente para la adopción de la medida, para lo cual se acompañarán los medios necesarios para su acreditamiento, tanto los de carácter documental como aquellos que, no siéndolo, puedan servir a los mismos fines.

En los supuestos en que la contracautela juega como presupuesto (art. 320), deberá en el escrito de petición de la medida o medidas cautelares ofrecerse la prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituirla y con justificación del importe que se propone.

Presentada la solicitud de tutela cautelar, se incoa el proceso cautelar. Es por ello que se entiende que la petición de las medidas genera la apertura del proceso cautelar, ora antes de la demanda del proceso principal pero con vocación futurible de acumulación de procesos, ora como procesos acumulados mediante la vía de la acumulación inicial –proceso declarativo principal y proceso cautelar instrumental del proceso declarativo principal-. Ante la ausencia de regulación de la sustanciación (solicitud de medidas) así como para la modificación, sustitución o cese, y aun

constituyendo pieza separada (procedimentalmente hablando) se deberán tomar como reglas procedimentales las que se regulan con carácter general en el proceso declarativo con el que o al que se acumula.

No por ya afirmado debe no ser reiterado que precisamente porque estamos ante un proceso propio es por lo que se exige uno de los principios esenciales y consustanciales a la idea de proceso que es el principio de contradicción. En la tutela cautelar debe estar presente no solo la existencia de las dos partes –principio de dualidad de posiciones-, no solo el principio de igualdad, como hemos visto en diversas ocasiones respecto del tratamiento que se le da a las partes en el proceso y en la regulación del proceso en el CPC, sino que se exige el cumplimiento del principio de contradicción. Ello no es óbice a interpretar y entender este principio de contradicción de forma distinta a la consideración del mismo en el proceso principal, a saber; es posible que la contradicción sea previa o bien que se diferida, pero contradicción debe existir en todo caso. Y solo desde esta afirmación es posible interpretar y aclarar las disposiciones que el legislador boliviano ha incorporado en la regulación del procedimiento cautelar:

4. Contradicción previa-contradicción diferida.

Si nos atenemos al art. 315 CPC deberíamos afirmar que el demandado no existe en el cautelar y que la medida se debe adoptar siempre sin audiencia de la otra parte. Pero aun cuando esa pudiere ser la primera interpretación que hagamos, no es posible sostenerla por algunos de los argumentos esgrimidos, amén de por una necesidad ineludible de interpretación integral del modelo procesal, que impide esa afirmación.

El art. 315 CPC dispone:

“I. Las medidas cautelares se decretarán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente ni observación planteados por el destinatario de la medida podrá impedir su ejecución.

II. Si el afectado con las medidas cautelares no hubiere tenido conocimiento de ellas a tiempo de su ejecución, será notificado dentro del plazo de tres días computables desde su ejecución.

III. De la valoración de la prueba ofrecida, la autoridad judicial resolverá fundadamente la admisión o rechazo de la medida”.

Insistimos, la afirmación primera de que las medidas cautelares se decretarán sin audiencia de la otra parte creemos que debe interpretarse de forma diversa a como se expresa, esto es, se decretarán sin audiencia *previa* de la otra parte. Esto es

diverso de lo que dice pero es lo que entendemos ha querido manifestar el legislador. Reflexiones en relación con esta idea son las que a continuación exponemos:

1º) En primer lugar, se arrastra históricamente la idea de que las medidas cautelares se asientan para ser efectivas en el factor sorpresa, lo que lleva a la necesidad de que el sujeto pasivo no tenga conocimiento de la petición de las mismas o de la adopción de las mismas, evitando de este modo actuaciones torticeras que impidan o hagan ineficaz la adopción de la medida. Ciertamente esta afirmación es realista y obedece a la garantía de la garantía, a saber, es una manera de garantizar que las medidas, instrumentos garantizadores del proceso y de la eficacia de la sentencia, cumplan su cometido y no queden en "papel mojado".

2º) Ahora bien, mantener que la medida se adopte *inaudita parte debitoris*, es decir, sin oír previamente a la parte contraria, no implica negar la posibilidad de ser oída la parte. Afirmar que la medida se adopte de este modo exige, en cualquier caso, oír de forma diferida a la parte contraria.

3º) Las formas en que esta audiencia diferida se pueden realizar son diversas y pueden ir desde la posibilidad de plantear contra el auto que adopta la medida cautelar *inaudita parte debitoris* un recurso, hasta la posibilidad de plantear la existencia de un procedimiento de audiencia *ex post* medida, que ofrezca la posibilidad de que el demandado puede alegar o, si cabe, contra-alegar cualesquiera de los argumentos que permite el ordenamiento jurídico para contrarrestar las alegaciones efectuadas por el actos en la pretensión cautelar; y con cualesquiera de los medios probatorios permitidos en derecho. Solo de ese modo es posible garantizar los principios esenciales del modelo procesal y en concreto el art. I en sus numerales 13 y 15 referidos a los principios de igualdad procesal y de contradicción. Negar esta posibilidad es negar la esencia misma del proceso y convertir la pretensión cautelar y su decisión judicial posterior en una vía inquisitorial que en absoluto se pretende por el nuevo Código.

4º) Repárese que uno de los preceptos que recoge el Código en el que se pone de manifiesto esta posibilidad de oír al demandado *ex post* medida es el art. 321.II, en el que se regula la posibilidad de que el demandado solicite el cambio de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que se siga garantizando el derecho del acreedor; e incluso se permite la sustitución por otros bienes del mismo valor o la reducción del monto por el cual la medida cautelar hubiere sido dispuesta, siempre que corresponda. Con este tenor literal se está acogiendo esta posibilidad de ser oído el demandado tras la medida cautelar, reclamando una suerte de cambio de medida o de objeto sobre el que se afecta la medida, lo que implica una aceptación de esa contradicción *a posteriori*.

Se trata, en suma, de entender que el legislador boliviano, pese a asumir como punto de partida la adopción de medidas *inaudita parte debitoris*, no por ello se niega la posibilidad de ser oído, siquiera fuere bajo la fórmula de la denominada contradicción diferida. Uno de los argumentos jurídicos que podemos apuntar en este punto y que reflejan ese nivel de duda que esta cuestión ha provocado en la *mens legislatoris* a la hora de configurar el régimen de contradicción previa o diferida es que si bien en el artículo referido la claridad a favor de la no contradicción previa es absoluta, también es cierto que cuando se regula la posible modificación de la medida adoptada se incorpora la contradicción previa en el art. 321.III al establecer precisamente que la resolución de modificación de la medida se adopta previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días (debe entenderse para que la otra parte pueda manifestar lo que estime pertinente en torno a la situación cautelar planteada de contrario). Si esta contradicción previa está presente al modificar la medida, no es en absoluto disparatado –antes al contrario– que la medida se adopte tras dar traslado a la parte no solicitante de la medida cautelar; en cuanto será esa otra parte la que se verá compelida, afectada, etc. por la posible tutela cautelar que se adopte.

Lo que podría ser objeto de crítica es este posicionamiento radical inicial del legislador boliviano por entender y aceptar solo en su regulación de forma explícita la medida cautelar sin oír a la parte demandada antes de su decreto, y sobre todo no acoger, siquiera en régimen de excepcionalidad, la posibilidad de la medida cautelar con contradicción previa, como se ha hecho en numerosos países que han incorporado en esta última década modelos procesales modernos, basados en la oralidad, en la concentración, en la publicidad, en la inmediación y sobre todo otorgando un instrumento de tutela cautelar que pretende asentarse en la atribución de la función de garantías con la que nace el nuevo proceso civil.

En estos otros modelos se suele incorporar; regulada de forma minuciosa, una tramitación a través de audiencia (siendo coherente con todo el modelo incorporado), cuyas notas fundamentales son:

1º) Admitida la solicitud, el tribunal convocará a las partes a una audiencia con carácter preferente, que se celebrará dentro del quinto día hábil a la notificación.

2º) El contenido de la vista consistirá en:

a) Las alegaciones del demandante y demandado, exponiendo cada uno lo que les convenga a su derecho, sin exclusión;

b) La práctica de las pruebas, que se admitirán si son pertinentes, haciéndose especial referencia a la necesidad de considerar las circunstancias concurrentes y la

necesidad de sumariada con que debe celebrarse la audiencia. Se favorece aquellos medios de prueba que vayan a ser de fácil práctica en el acto de la audiencia;

c) Cabe referenciar en la vista a las cauciones (contracautelas). Por un lado, servirá la vista para formular alegaciones relativas al tipo y a la cuantía de la caución para responder de los posibles daños y perjuicios que la adopción de la medida pudiera causar al patrimonio del demandado; y por otro, podrá solicitarse la sustitución de la posible medida cautelar que se acuerde por la caución sustitutoria de la medida;

d) Las infracciones que se hubieran producido en la audiencia podrán ser protestadas por las partes a los efectos de motivar el recurso contra el auto que resuelva sobre las medidas cautelares. Al tratarse de un cauce oral permite protesta, que se hará constar en el acta o a través de los medios electrónicos que se desarrollen, lo que podrá llevarse al argumentario del posible recurso que se plantee contra el auto en virtud del cual se adoptan las medidas cautelares.

No existe, sin embargo, en la regulación boliviana algo semejante a lo expuesto, ni tan siquiera en la breve referencia a la contradicción previa que se acoge en el supuesto de modificación de la tutela cautelar ex art. 321 CPC. Invitamos, por ello, al legislador boliviano a una reflexión que lleve a modificar la regulación y dar cobertura a esta vía. Todo ello y sin perjuicio de considerar que la adopción de las medidas es con carácter general con contradicción diferida, sin que ello implique una infracción de este principio. Esta opción no es lo común en la mayor parte de las legislaciones, sino la contradicción previa, como regla general, y como excepción, la adopción *inaudita parte debitoris*, bajo el fundamento de razones de urgencia o de necesidad que se sostendrían en el peligro de no adoptarse de forma sorpresiva o bien porque podría ésta quedar en peligro si, aun adoptándose la medida, ésta no hubiera podido paliar el efecto pernicioso que conlleva el conocimiento por parte del demandado de la existencia de una demanda cautelar, colocándose en situación de hacer imposible o inútil por ineficaz la adopción de la tutela cautelar.

Incluso más. En la mayor parte de los sistemas procesales se exige que la resolución que adopta la medida sin audiencia previa deberá motivar, por un lado, la presencia de los requisitos para la adopción de la medida y, por otro, las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

En conclusión, la situación actual en Bolivia es que las medidas se adoptan con carácter casi exclusivo *inaudita parte debitoris* (art. 314.I.1), aun cuando debamos entender que de una u otra forma el juzgador debe hacer un esfuerzo integrador por darle opción al demandado de que manifieste su posición respecto de la tutela cautelar que soporta, al ser antinatural desde el punto de vista jurídico. La opción mejor hubiera sido que se regulase en la ley la manera de realizar ésta y que ofreciera

las garantías de igualdad en el trato de todos los ciudadanos bolivianos, de manera que fuera la ley la que se aplicase.

La ausencia de norma va a dar lugar, por un lado, a una posible interpretación cortoplacista, a saber, que la ley solo deja abierta la puerta a la adopción de medidas por petición, alegación y prueba de una parte –la actora- y sin oír ni antes ni después a la demandada, lo que quebranta el modelo democrático de derecho, si bien también permite asumir un rol absolutamente garantista que proteja y permita que ambas partes sean oídas, pero para ello habrá que *inventar*, desde la interpretación racional, justa y lógica del juez, la vía y manera de conseguir ofrecer esta solución. La diversidad de trato ante el silencio de la ley no es la mejor de las soluciones.

Es por todo ello que efectuamos la sugerencia al legislador boliviano para que contemple la posibilidad real y sobre todo la manera de hacer realidad el ejercicio del derecho de contradicción al demandado. Es una necesidad ineludible si se pretende ser coherente con la nueva posición adoptada por el mismo.

VII. RESOLUCIÓN CAUTELAR.

La decisión del tribunal sobre la solicitud de las medidas cautelares reviste la forma de auto motivado (art. 315 CPC en relación con art. 211 y 210 CPC¹⁹).

I. Plazo.

El legislador boliviano no ha recogido explícitamente el plazo para proceder a acordar o denegar la tutela cautelar mediante la resolución judicial. En la mayor parte de los ordenamientos se ha fijado un plazo propio para evitar dilaciones excesivas en el tiempo. Incluso podría haberse empleado de forma explícita aquí una referencia a que se dicte la resolución “sin dilaciones excesivas”. De ahí la recomendación que efectuamos de fijar plazo para dictar la resolución en el proceso cautelar; sea ésta estimatoria o desestimatoria de la pretensión art. 212 CPC que establece que los autos (sean interlocutorios o sean definitivos, que serían así los que deberíamos considerar a efectos de la tutela cautelar) serán dictados en el plazo máximo de cinco días. Es un plazo razonable en atención a la naturaleza especialmente urgente -y, por tanto, de no demora- que conlleva la decisión de adoptar o no adoptar una o varias medidas cautelares pendiente el proceso principal.

19 No se dice de forma expresa en ninguno de estos preceptos que la resolución revestirá la forma de *auto*, si bien queda clarificado al integrar todos los preceptos, amén de entender qué es el proceso cautelar y la naturaleza de la tutela cautelar pretendida. Si se tiene en cuenta la función de garantía que la adopción o la denegación de una medida cautelar comporta, es obvio que ni la providencia ni el auto interlocutorio sería lo adecuado, sino el auto definitivo a que se refiere el art. 211 CPC y ello por cuanto se pretende no resolver la cuestión del proceso principal empero sí una cuestión que afecta a derechos, que requieren sustanciación. Y ello pese a que se remite al art. 210 para la determinación de los requisitos necesarios de la resolución.

Pese a todo, consideramos conveniente que en el futuro se regulen los días en que se considera que debe el juzgador proceder a adoptar la decisión que estime o no la tutela cautelar solicitada.

2. Contenido de la resolución.

El contenido de la resolución puede ser estimatorio (accediendo a la solicitud de la tutela cautelar) o desestimatorio (denegándola). En cualquier caso, entendemos que las consecuencias que se producen por la estimación o desestimación de la pretensión cautelar son tales que requieren de la pertinente motivación. No en vano repárese que en la obtención de tutela efectiva, de acceso a la justicia que proclama el Código procesal civil no puede sino conseguirse mediante la fundamentación de lo otorgado o denegado judicialmente, máxime cuando parece del tenor literal estricto deducirse esa adopción cuasi sin contradicción previa que de forma generalizada parece propugnar el legislador. Así también lo ha venido incorporando el legislador boliviano en el art. 315.III: “De la valoración de la prueba ofrecida, la autoridad judicial resolverá fundadamente la admisión o rechazo de la medida”.

Recuérdese lo trascendental de la motivación de las resoluciones judiciales, clara manifestación de la función jurisdiccional y de su vinculación a la Ley, de modo que “el derecho constitucional del justiciable a exigirla se funda en que el conocimiento de las razones que conducen al órgano judicial a adoptar sus decisiones constituye instrumento, igualmente necesario, para contrastar su razonabilidad a los efectos de ejercitar los recursos judiciales que procedan y, en último término, a oponerse a decisiones arbitrarias que resulten lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva”²⁰. Obviamente cuando se hace referencia a esta exigencia de motivación no se trata ni se exige un razonamiento exhaustivo y pormenorizado sobre todas las alegaciones y opiniones de partes, ni todos los aspectos y perspectivas que se planteen, siendo a este respecto suficiente que se exprese la razón causal del fallo, consistente en el proceso lógico-jurídico que sirve de soporte a la decisión, lo que no es obstáculo a la parquedad o brevedad de los razonamientos, siempre que evidentemente se permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que han servido al juez para fundamentar su decisión. Y esa idea de motivación es extrapolable al ámbito cautelar también.

Entiendo, desde parámetros que exceden muy probablemente de lo que expresamente señala el legislador, que la decisión cautelar debería fundamentarse:

1º) Por un lado, en el caso de que la medida se adopte *inaudita parte debitoris*, debería motivarse: que concurren los presupuestos necesarios para adoptar la

20 Entre otras resoluciones españolas, AAP Guadalajara 2 febrero 2005 (JUR 2005, 92352), o AAP Santa Cruz de Tenerife 23 septiembre 2002 (JUR 2003, 35710).

medida y justificar que concurren razones suficientes para hacer aconsejable acordar la medida sin oír a la contraparte. A la motivación del auto se refiere el art. 210 CPC. A la exigencia de justificación de adopción de la medida sin contradicción previa no se refiere el legislador o más bien, antes al contrario, es la posición más común que se asumirá ateniendo a ser la regla que establece específicamente el legislador boliviano.

2º) Por otro, si integrando todos los preceptos del Código el juez entendiere necesario realizar una suerte de audiencia previa, siquiera fuere de forma muy breve pero para dar debido cumplimiento del principio de contradicción antes de adoptar la medida cautelar, con el fin de poder fundamentar su decisión atendiendo a las aportaciones, alegaciones y pruebas de ambas partes, no se haría necesario motivar o justificar una decisión con solo oír a una parte, sino tan solo justificar la decisión cautelar adoptada en atención a la concurrencia o no de los presupuestos para adoptar las medidas cautelares. En consecuencia, habrá que concretar sí se han acreditado o no los presupuestos, la procedencia o no de todas o de algunas de las medidas cautelares, e incluso la exigencia o no de la caución. Así:

a) *Si el auto es estimatorio.*

Debe fijarse por el tribunal con toda precisión, por un lado, la medida o medidas cautelares que se acuerdan y su régimen o "alcance" de la medida o medidas (art. 314). Y en todo caso, dentro de los límites de la congruencia judicial, que exige valorar la gravosidad de la medida y la eficacia garantista en relación con el proceso y con la posible resolución que en su día se dicte, deberá moverse el juzgador y motivar fundadamente las razones de ello.

Cuestión diversa, sin embargo, es la posibilidad de dictar una resolución adoptando medida menos gravosa (cualitativamente) que la solicitada por el actor; o adoptando menos medidas de las pedidas (cuantitativamente), siempre que no comporten modificación sustancial del objeto procesal, que pueda provocar indefensión. Situación recogida en el art. 314.I.I. En este caso, el auto debe desestimar la medida, argumentando a favor de la medida que se acuerda, sin que dicha resolución pueda tildarse de incongruente, siempre que la medida acordada esté prevista por la ley, y se hayan considerado los presupuestos para su adopción así como la adecuación entre la medida y la finalidad pretendida. Repárese que la tutela judicial cautelar; si bien pedida por el actor, también se concede en relación con el demandado, de ahí la necesidad de ponderar; bajo la proporcionalidad, la tutela que se concede, en cuanto el tribunal otorga tutela a ambos. De ahí las dificultades de interpretación y decisión del juez en el ámbito de la tutela cautelar. Y, sobre todo, de su justificación en la resolución que se otorgue.

Finalmente, y aun cuando es equívoca la posición del legislador boliviano en relación con la contracautela, dado el art. 320 CPC, en cuanto a permitir medidas sin caución, apelamos de nuevo a la razonabilidad del juzgador y a la valoración de esa proporcionalidad que exige la adopción de una medida cautelar, en cuanto ésta es una “carga” sobre el demandado sin sentencia que le condene. La medida cautelar no puede convertirse en un instrumento de desigualdad procesal de las partes, porque eso va contra un modelo procesal como el que el legislador ha aprobado en 2013, y se aproximaría más a un modelo inquisitivo. Es por ello que parece razonable que se intente asumir que el actor cuando la medida se adopta está siendo cautelarmente favorecido desde el punto de vista procesal, lo que debe compensarse en el trato de igualdad de las partes, y ese trato equilibrado puede alcanzarse mediante la exigencia de prestación de contracautela, siquiera sea simbólica, que permita equilibrar ambas partes.

Pues bien, en aquellos supuestos en los que el juez, haciendo uso de esa facultad, decida imponer una contracautela al actor, debería determinar forma, cuantía y tiempo de prestación de la caución. Deberá fundamentarse en el auto, en atención al art. 320 CPC, la exigencia o no de caución, por qué, cuánto y cuál o cuáles deben ser las cauciones más adecuadas.

Nada se dice tampoco respecto del tipo de contracautela. Ahora bien, desde la referencia legal de que “las medidas se decretarán únicamente a instancia de parte, bajo responsabilidad de quien las pidiere, salvo que la ley disponga lo contrario” (art. 310.III), debe considerarse que esa responsabilidad debe poder garantizarse mediante alguna medida, siendo lógico que sea a través de la contracautela. Puede ser dinero en efectivo, cheque certificado, cheque de gerencia o de caja, garantía bancaria o de instituciones financieras, siendo el juez el que modulará la caución, siempre respetando la proporcionalidad en relación con la capacidad patrimonial de solicitante.

b) *Si el auto es desestimatorio.*

El tribunal debe motivar las razones por las que deniega la medida solicitada. Por ejemplo, la falta de acreditación de los presupuestos necesarios para la adopción de la medida llevaría a la justificación de su denegación. Ahora bien, debe entenderse bien que esa denegación de la medida solicitada no comporta, en absoluto, una imposibilidad de acceso a la tutela cautelar, dado que el actor puede reproducir su solicitud siempre y cuando hubieren cambiado las circunstancias existentes en el momento de la petición.

De hecho, éste es uno de los posibles contenidos que pueden incorporarse a la resolución cautelar, dado que el art. 315.III así lo concluye: “De la valoración de la prueba ofrecida, la autoridad judicial resolverá fundadamente la admisión o rechazo

de la medida". Es por ello necesario motivar también el por qué no se considera necesaria la admisión de la medida, muy probablemente por no concurrir algunos de los elementos necesarios para fundamentarla en el proceso. Insistimos, sin embargo, que no puede exigirse el mismo grado probatorio que en el proceso principal, sino en términos de probabilidad, posibilidad, verosimilitud, humo, a la postre.

3. Cosa juzgada.

Una de las características de las medidas cautelares es su variabilidad (art. 314.II y 321), que ha llevado a cierto sector doctrinal a la negación de la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones cautelares. Sin embargo debe atenderse a la naturaleza de la tutela cautelar, que no es otra que la que pretende garantizar la eficacia de los resultados que puedan llegar a alcanzarse en el proceso principal, de manera que lo razonable es entender que la cosa juzgada debe predicarse de las resoluciones cautelares cuando se mantienen los presupuestos para su adopción. Lo contrario conduce a un estado de inestabilidad e inseguridad jurídica, indefendible, por otra parte²¹.

Es por ello que, siempre que se produzca el mantenimiento de los presupuestos que, concurriendo, dieron lugar a la adopción de la tutela cautelar, habría que afirmar la existencia de cosa juzgada, y ello por cuanto conservándose la misma causa de pedir, el auto cautelar debe desplegar estos efectos, excluyéndose un nuevo pronunciamiento sobre el mismo auto.

Cuestión distinta es cuando cambia el fundamento fáctico que sirvió de base para dictar la resolución cautelar, dado que en este caso nada impediría que la parte vuelva a solicitar la medida denegada, el alzamiento de la misma si fue concedida, o incluso su modificación. A esta posibilidad se refiere el legislador siempre que cambien las coordenadas-circunstancias que puedan plantearse al juzgador y hacerle cambiar de opinión en función de lo que se pueda aportar-justificar por la parte, sea demandante o sea demandado (art. 321).

4. Recurso.

Dictada la resolución cautelar, siendo ésta estimatoria o desestimatoria de la pretensión ejercitada por el actor, puede ser objeto de impugnación. Así, el art. 322 CPC dispone: "La resolución que admitiere o denegare una medida cautelar u ordenare su sustitución o modificación por otra, podrá ser impugnada por vía de apelación en efecto devolutivo".

El recurso es una suerte de contradicción, siquiera diferida, que debería resolverse con tramitación preferente para poder cumplir con las garantías requeridas en

21 Puede verse, BARONA VILAR, S.: *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil*, cit., pp. 260-261.

relación con el trato igual y equilibrio entre partes demandante-demandada en el proceso. Y debemos entender que las costas se impondrán con arreglo a los criterios generales establecidos en el Código.

5. Ejecución.

Acordada la medida, deberá procederse a su ejecución, siendo competente el tribunal que dictó la resolución, aplicando con ello una regla de competencia funcional que lleva a considerar que es el mismo órgano que la dicta, el competente para su ejecución. Poco se dispone de forma específica en relación con la ejecución de las medidas cautelares. No obstante, debemos considerar:

1º) Que para lo que no se regula específicamente en el articulado del CPC en relación con cada una de las medidas cautelares, habrá que estar a la regulación común de la ejecución de sentencias contenida en el mismo.

2º) Que el legislador se refiere de forma directa y específica a la ejecución en sede cautelar de la medida del embargo preventivo y del secuestro, si bien en este caso se remite (art. 327 CPC) tan solo a las normas comunes del Código, a saber, al Capítulo II, Título V del Libro Segundo del Código, es decir, arts. 404 y siguientes, referido a la ejecución coactiva de sumas de dinero, precisamente por la específica relación que aquellas medidas tienen de forma directa con las ejecuciones de condena dinerarias.

3º) Ello no es óbice a que en cada una de las medidas cautelares específicamente reguladas, el legislador boliviano ha querido configurar reglas de actuación, en atención al tipo de medida de que se trate. A título de ejemplo, en la intervención judicial se establece quién puede ser administrador e interventor; funciones, clases, obligaciones, honorarios, y posible remoción. Todas ellas suponen una suerte de normas de conformación-ejecución de la medida una vez ésta haya sido estimada en el auto cautelar. En el caso de la medida de anotación preventiva también el art. 325 viene a recoger unas reglas de actuación para proceder siempre en colaboración autoridad judicial-autoridad registral.

4º) En todo caso, y sin norma específica, parece razonable entender que como norma general para la ejecución de la medida cautelar se debería levantar acta firmada por todos los que han intervenido en la ejecución de la misma.

VIII. VARIABILIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR.

Entre las características de las medidas se encuentra la variabilidad, lo que no es sino la posibilidad de que, una vez dictada la resolución cautelar, sea posible modificarla. Así se desprende del art. 321, intitulado "Modificación":

“I. El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ella no cumple adecuadamente la función de garantía.

II. El deudor podrá solicitar el cambio de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. De la misma manera, podrá pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor o la reducción del monto por el cual la medida cautelar hubiere sido dispuesta, siempre que corresponda.

III. La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días”.

La solicitud de modificación de las medidas deberá fundarse en los requisitos que se exigen en cuanto a la forma en que se solicita la pretensión cautelar –ora antes de la demanda, ora en la demanda, ora con posterioridad a la misma-. No obstante, queremos matizar que cuando se hace referencia a la posible variabilidad o modificación de las medidas, son varias las vías, atendidas las diversas situaciones, que pueden producirse y generar esta variabilidad de las medidas. Así:

1º) Puede plantearse esta variabilidad en los supuestos en que la medida cautelar se adoptó y la parte demandada soportante de la medida no comparte esta decisión y acude, por ello, a la posible impugnación del auto, mediante la interposición del correspondiente recurso de apelación. Aun cuando no es el que recoge el art. 321, está sin embargo incorporado al art. 322 CPC y forma parte igualmente de esta posible variación.

2º) En los supuestos en que el demandante pide la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ella no cumple de forma adecuada la función de garantía (art. 321.II).

3º) En tercer lugar, es posible solicitar por el demandado el cambio de una medida cautelar adoptada por otra –no es impugnación sino solicitud de cambio-, alegando que le resulta demasiado perjudicial y, por tanto, solicitando una menos perjudicial a la misma, siempre que la nueva permita igualmente garantizar suficientemente el derecho del acreedor. ¿Qué significa suficientemente? Es algo que habrá que determinar caso por caso y que comportará una suerte de subjetividad evidente que, necesaria e irremediabilmente, quedará en manos del órgano jurisdiccional.

De igual modo debe tenerse en cuenta que podrá pedirse en este trámite de intento de modificación la sustitución por otros bienes del mismo valor o la reducción del monto por el cual la medida cautelar hubiere sido dispuesta, siempre

que corresponda (art. 321.II *in fine*). Se trata, en suma, no tanto de cambio de medida sino del objeto sobre el que a la postre recae la misma.

4º) Cabe igualmente la posibilidad de que de oficio, o a petición de parte, se proceda a la modificación o sustitución, incluso, cese de la medida, en razón de la mejor protección de los derechos (art. 314.II), lo que confirma la idea de que las medidas nacen para extinguirse, en cuanto son provisionales y temporales, y en cuanto puedan alterarse de alguna manera los elementos que confluyeron para fundamentar la misma, puede producirse la alteración, variación de las medidas específicas. Esta facultad cuando se atribuye al juez de oficio, personalmente, considero que debe interpretarse como la excepción, de modo que en un proceso de partes, en un proceso en el que las partes son las que asumen el control, impulsan, deciden, restringen etc., no es recomendable atribuir funciones incisivas al juez, y cuando éstas se incorporan, deben interpretarse desde la excepcionalidad.

Como no puede ser de otra manera, siempre que sea petición de parte la que mueve la modificación de la o las medidas, deberá la misma presentarse como demanda de modificación de las medidas cautelares, fundándose en la alegación y prueba de hechos y circunstancias que provocan o pueden provocar esta situación. En todo caso, queremos afirmar que no es lo mismo modificación que alzamiento de medidas y ello por cuanto, si bien en la modificación se solicita un cambio de tutela cautelar por otra, en el alzamiento lo que se solicita es la no continuación de la tutela cautelar existente. El efecto es diverso, y por ello los motivos que el legislador contempla para ambos casos, también lo son.

Específicamente refiriéndonos a la modificación de las medidas cautelares, hemos de considerar:

1º) La modificación de la medida se fundamenta en la característica de la variabilidad o susceptibilidad de modificación: Los hechos y circunstancias que motivaron su adopción pueden variar, y con ellas la modificación de las medidas adoptadas.

2º) La modificación de las medidas cautelares debería, en esencia y en atención al claro principio dispositivo que rige en el proceso civil, provenir de petición de parte, no siendo posible la modificación de oficio. Sin embargo el legislador boliviano ha sido en este punto celoso de la "tutela estatal" otorgando facultades al juez para que pueda de oficio proceder a modificar las medidas cautelares en razón de la mejor protección de los derechos, siendo –a mi parecer– un contrasentido en sí mismo porque puede generar una suerte de función inquisitiva que no se justifica ni comprende en un proceso civil como el que se regula en el nuevo texto boliviano, al chocar directamente esta facultad con los principios esenciales del proceso civil, en el que lo que están en juego son fundamentalmente intereses particulares, dado

que cuestión diversa es aquel caso en el que lo que están en juego y prevalecen son los intereses públicos.

3º) La solicitud de modificación será sustanciada y resuelta, aun cuando no se refiere específicamente en la ley —y se recomienda una enmienda en el sentido de su incorporación futura— como si de una demanda se tratara, con necesidad de oír a la otra parte y por tanto en cumplimiento de un proceso contradictorio.

4º) La modificación no supone que la resolución cautelar no produce efectos de cosa juzgada, dado que aquélla sólo es posible cuando se produce una variación en la *causa petendi*, y si se modifica la situación de hecho con base en la que se adoptaron, no se mantiene la identidad objetiva que comportaría el efecto de cosa juzgada. Así, si las circunstancias de hecho no se han alterado, a la petición de modificación de las medidas puede oponerse la excepción de cosa juzgada; si los hechos no son los mismos, por modificarse la causa de pedir, no puede alegarse la excepción de cosa juzgada.

IX. RELACIÓN DE DEPENDENCIA ENTRE TUTELA CAUTELAR Y PROCESO PRINCIPAL.

Consecuencia del carácter instrumental del proceso cautelar respecto del proceso principal, existe una dependencia del mantenimiento de las medidas respecto de la suerte del proceso principal, lo que supone que las medidas sólo pueden perdurar en tanto en cuanto exista proceso del que penden. No significa esta afirmación que las medidas cautelares deban mantenerse mientras se mantiene el proceso, porque no es así, sino que las medidas encuentran una suerte específica vinculada necesariamente al resultado que se alcance al acabar el proceso principal. De ahí la relación instrumental proceso cautelar-proceso principal y de ahí que las posibles crisis que dan lugar a la finalización del proceso principal igualmente afecten al cautelar:

I. Tutela cautelar ante *causam*: necesidad del proceso principal.

Cuando las medidas se hubieran adoptado antes de la demanda —lo que el legislador boliviano denomina como medida preparatoria de la demanda— por razones de urgencia o necesidad, la dependencia respecto del proceso principal se halla en la necesidad de existencia de éste, de modo que las medidas quedarán sin efecto si la demanda no se presenta en el plazo previsto legalmente. Esa necesaria instrumentalidad implica, atendido el art. 310:

1º) Necesidad de presentar la demanda en el plazo de treinta días siguientes de habérselas ejecutado.

2º) Deberá presentarse ante el mismo tribunal que concedió la tutela cautelar, produciéndose con ello una regla legal de reparto que se conoce como reparto por antecedentes.

3º) La no presentación de la demanda principal supone el alzamiento o la revocación de oficio por la autoridad judicial de los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados a los efectos de la ejecución de las mismas.

4º) El alzamiento o revocación de las medidas comportará la condena en costas al solicitante, así como la declaración de responsabilidad por los daños y perjuicios producidos al sujeto pasivo que ha debido soportar la adopción de las medidas.

2. Terminación del proceso principal.

Si la medida se adoptó para favorecer un futuro proceso que nunca llega por no interponer en tiempo la demanda en el proceso principal, hemos visto cómo el legislador responde de forma contundente, terminando la “vida jurídica” de la medida, amén de asumir una serie de consecuencias jurídicas derivadas de la misma. Es, en el fondo, una solución basada en la eficiencia procesal que, de no darse, comporta una suerte de sanción impuesta legalmente, como consecuencia del incumplimiento.

Esa instrumentalidad y vinculatoriedad entre las medidas cautelares y el proceso principal se da, por ello, tanto cuando la medida permite garantizar el proceso futuro inmediato como también cuando se ha de poner fin al proceso, por los motivos que fuere, incluso por considerar ya concluido el proceso en contradicción. En estos supuestos de terminación del proceso la estrecha relación de la tutela cautelar pendiente debe correr suerte pareja, sin perjuicio de las posibles situaciones que puedan favorecer o matizar sus resultados.

La conexión entre proceso principal y cautelar se manifiesta con la suerte que las medidas corren tras la finalización del proceso principal, de modo que dependerá del resultado final del proceso declarativo, el mantenimiento o, en su caso, el alzamiento de la medida, atendiendo a la terminación normal o anormal de aquél.

A) Finalización del proceso sin contradicción.

Cuando el proceso principal finaliza anormalmente, sin sentencia contradictoria, por desistimiento, sobreseimiento, renuncia, allanamiento, transacción o por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto, la suerte de las medidas quedará condicionada al resultado que cada uno de estas actuaciones pueda suponer en el proceso. Si ya no hay proceso, difícilmente puede mantenerse cautelarmente lo que ha quedado sin contenido, si bien las situaciones específicas de cada uno de estos actos comportan soluciones diversas.

Si se produce el *desistimiento del demandante*, se abandona el proceso iniciado por éste, sin resolución de fondo, provocándose el alzamiento de las medidas cautelares adoptadas a instancia del actor. Si es desistimiento en la segunda instancia o estando pendiente casación, la suerte de las medidas cautelares dependerá del contenido de la resolución dictada, dado que se genera tal situación que deviene firme la resolución recurrida. Situación similar es en caso de *sobreseimiento*, poniéndose fin al proceso de forma abrupta y por alguna de las razones que permiten esta posibilidad en el Código, y provocándose con ello la innecesariedad de la tutela cautelar.

Alcanzada la *extinción por inactividad* en la instancia, habrá inmediato alzamiento de las medidas, dado que si desaparece el proceso principal, no tienen sentido las medidas. Cuestión diferente es la extinción por inactividad producida en fase de recursos, produciendo la confirmación de la sentencia dictada en la instancia, condicionando la suerte de las medidas al contenido de la resolución del proceso principal, es decir, a que en la misma –en la resolución– se hubiere producido la estimación o desestimación de la pretensión.

Si hay una situación de *renuncia* del actor, con dejación por ello de la pretensión interpuesta por aquél, la suerte de las medidas cautelares es la de su alzamiento, al perder sentido su mantenimiento. Si se produce *allanamiento*, conformándose el demandado con la pretensión, la solución será la misma que si se estima la pretensión del actor.

Si finaliza de forma anormal el proceso como consecuencia de una *transacción entre las partes*, lo que comporta que en el proceso no existirían vencedores ni vencidos, sino que se llega a un acuerdo entre las partes, podremos distinguir dos posibles situaciones: 1º) Una transacción judicial: se alzan las medidas si en la transacción no se asume la pretensión garantizada cautelarmente, si bien podría mantenerse la cautela cuando no mediare renuncia expresa a las medidas que se hubieren adoptado; y 2º) Si es extrajudicial, lo normal será que traiga consigo el consabido alzamiento de las medidas cautelares.

Cuando se obtiene una satisfacción extraprocesal de las pretensiones o la carencia sobrevenida del objeto del proceso, también debería producirse el alzamiento de las medidas cautelares, al carecer de objeto el proceso-instrumento del proceso principal.

B) Finalización del proceso con contradicción. Situación en la segunda instancia.

Manteniéndose la contradicción entre las partes hasta el final, la suerte de las medidas cautelares dependerá del contenido de la propia sentencia que se dicte.

a) *Si la sentencia es estimatoria* de la pretensión: Si la estimación es parcial, el tribunal resolverá sobre el mantenimiento, modificación o levantamiento de la medida con audiencia de las partes. Si la estimación es total, lo razonable es que automáticamente deberá efectuarlo el juez, aun cuando las medidas vendrán a mantenerse hasta que la sentencia devenga firme y transcurra el plazo de espera de la ejecución de dicha resolución.

b) *Si la sentencia es desestimatoria*, se acordará por el tribunal el inmediato levantamiento de las medidas adoptadas, salvo que el demandante manifieste su intención de recurrir, pudiendo solicitar su mantenimiento o modificación. El tribunal, oída la parte contraria, atendidas las circunstancias, resolverá lo procedente. Regla general es el alzamiento; la excepción, el mantenimiento o la adopción de medida distinta, siempre que medie petición del recurrente, se cumpla con el principio de contradicción o audiencia, y jueguen a este respecto determinadas circunstancias que puedan fundamentar la presencia de la tutela cautelar durante la segunda instancia. Si la sentencia es desestimatoria de la pretensión y se alzan las medidas cautelares, se deberá imponer las costas al demandante.

Aun cuando no existe, como en otros ordenamientos jurídicos, una norma que recoja esta situación y que ofrezca soluciones de cómo actuar en cada caso, hemos apelado al sentido común y a las soluciones contempladas en otros ordenamientos jurídicos. No obstante, sería conveniente que en el futuro el ordenamiento si que recogiera estas soluciones y las integrara en la regulación de las medidas cautelares en el Código procesal.

3. Alzamiento de las medidas cautelares tras la sentencia firme.

Si la sentencia fue absolutoria y se convierte en firme el tribunal dejará sin efecto inmediatamente y de oficio todas las medidas cautelares adoptadas. Afecta tanto a la terminación del proceso con sentencia contradictoria como sin la citada contradicción, a través de aquellas fórmulas que pueden convertir la decisión en firme, impidiéndose con ello el posterior conocimiento por parte del juez de la misma pretensión en un proceso posterior. Los requisitos para que pueda procederse a este alzamiento son:

1º) El contenido de la resolución que pone fin al proceso debe comportar la absolución del demandado, sobre el que pesan las medidas cautelares adoptadas, aunque esa absolución puede ser sólo en la instancia (sentencia meramente procesal).

2º) Esta situación no viene como consecuencia de haber sido dictada sentencia absolutoria, sino que ésta, la sentencia que se dicta desestimando la pretensión del actor, deviene firme.

3º) El alzamiento de las medidas cautelares se lleva a cabo de oficio. La razón no es otra que en este caso existe cosa juzgada y por tanto ya entra el orden público en juego.

4º) Consecuencia de esta situación, el demandante deberá: por un lado, pagar las costas y los gastos del proceso cautelar; siempre a pedido de parte y podrá ser condenado a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, siempre que se prueben que los perjuicios se han producido como consecuencia de una medida cautelar.

Tampoco se recoge en el Código procesal estas reglas a actuar sino que son la recomendación que se efectúa desde la lógica jurídica, si bien sería más que recomendable la incorporación de algunas normas que clarificaren la actuación del juez en el supuesto en que haya que decidir la suerte de las medidas cautelares, en atención a la suerte del proceso principal. En este sentido, si la tutela cautelar es instrumental de la tutela declarativa, si el proceso cautelar se debe configurar paralelo e intrínsecamente dependiente del proceso principal, sería muy recomendable incorporar en la ley las normas que permiten ir poco a poco resolviendo la manera en la que actuar en función de cómo acaba el proceso y los efectos que produce.

X. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

El art. 323 CPC dispone bajo el título de “Responsabilidad”:

“I: Cuando se dispusiere que una medida cautelar se levante por haberse demostrado que el solicitante abusó o se excedió en su derecho para obtenerla, la resolución lo condenará al resarcimiento de daños y perjuicios si la otra parte lo solicitare.

II. La determinación del monto se sustanciará por vía incidental. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior; la autoridad judicial, de oficio, podrá aplicar multa”.

Si bien, por un lado, el demandante en el proceso principal ya instado o con un futuro inmediato es el que va a llevar de alguna forma la iniciativa en el proceso cautelar; no debe entenderse como proceso de una parte. Se requiere de un equilibrio entre ambas que exige que también el demandado tenga cubierta una suerte de garantía frente a unas medidas cautelares “erróneamente” decretadas o si cabe mejor solicitadas. Y es por ese equilibrio que exige la tutela de los ciudadanos, el proceso debido, que se regula en este art. 323 la responsabilidad que va a poder reclamarse como consecuencia de una medida cautelar adoptada de forma excedida. Ello nos lleva a insistir en esa necesidad de considerar, por tanto, que el demandado debe tener la posibilidad de ser oído. Ahora bien. Vamos a tener en cuenta una serie

de elementos a efectos de confeccionar el régimen jurídico adecuado, en atención a lo que dispone este precepto.

1º) Se produce, por un lado, la posibilidad de exigencia de responsabilidad del actor por adopción de medidas cautelares que posteriormente se demuestra eran innecesarias. Esa innecesariedad se puede poner de manifiesto por abuso del actor o porque se excedió en su derecho para obtenerla. La lectura del precepto nos hace sugerir la propuesta de reforma del Código (y mientras tanto de la capacidad de actuación que tenga el juez a la hora de valorar la posible adopción de la tutela cautelar en un proceso y la necesidad de contar con la versión y alegación del demandado soportante potencial de las medidas cautelares) para integrar una necesidad de oír al demandado, como pieza esencial en la consolidación de la tutela cautelar; sea antes o sea después, esto es, mediante contradicción previa o diferida, pero en todo caso con la posibilidad de contrarrestar la petición del demandante en torno a las medidas cautelares.

2º) Cuando el legislador hace referencia en el art. 323.I CPC de que se levante la medida por abuso o exceso será como consecuencia de la desestimación del actor en la demanda, sea total o sea parcial, o sea como consecuencia de terminación anormal del proceso por alguna de las causas que analizamos *supra* y que ofrecen una disminución o negación de la tutela pedida por el actor. Se pone de manifiesto en estos casos que la medida cautelar era innecesaria y por tanto se adoptó generando unos daños y perjuicios a la persona que las sufre. No se trata de considerar que la desestimación de la demanda principal o su estimación parcial comporta automáticamente la declaración de innecesariedad de la medida y la posible responsabilidad por daños y perjuicios, sino que ésta, la condena a resarcir; deberá incorporarse al contenido de la resolución, siempre a petición de parte, no de oficio.

3º) La determinación del monto para la indemnización se sustanciará por la vía incidental. Eso significa que habrá que abrir un nuevo procedimiento al efecto, generando una suerte de dilación procesal. Este incidente es garantía de la parte demandada en cuanto puede solicitar no solo la condena por los daños y perjuicios sino también la cuantía de la misma. Ahora bien, si a lo largo del proceso principal el demandado haya venido refiriéndose a la situación cautelar y haya pedido no solo el alzamiento de las medidas sino también un pronunciamiento acerca de la posibles responsabilidad por daños y perjuicios, debemos entender que el juez deberá resolver en la sentencia que pone fin al proceso no solo las pretensiones principales sino también las cautelares acumuladas o, si cabe, la reclamación acumulada que hace el demandado por la que al pedir la absolución en la sentencia solicita alzamiento de las medidas y condena al actor al pago de los daños y perjuicios que se hayan ocasionado como consecuencia de la tutela cautelar soportada durante el proceso.

Se produce una acumulación de procesos como consecuencia de la reconvencción en torno a las cautelares planteada por el primigenio demandado, otorgándose una solución concentrada.

4º) En cualquier caso, el legislador, más allá de la petición de parte demandada establece la posibilidad sancionadora *ex officio*, es decir, que "la autoridad judicial, de oficio, podrá aplicar multa" cuando se den las coordenadas que hemos venido exponiendo.

5º) En todo caso, y aun cuando no se refiere a ello expresamente el legislador, parece razonable entender que el elemento fundamental en esta posible condena por daños y perjuicios ocasionados al demandado por la conducta del actor en el proceso cautelar es que los daños y perjuicios que se reclaman se hayan causado como consecuencia de la medida revocada; lo que implica tanto como justificar el nexo causal entre la medida y los daños y perjuicios ocasionados por aquélla. No se trata de condenar por responsabilidad al actor por desestimación de la demanda, por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de haber adoptado una medida cautelar; sino que se exige la prueba del nexo causal, de modo que la ausencia o la insuficiencia de la misma puede provocar la desestimación de la pretensión indemnizatoria²².

22 BARONA VILAR, S.: *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil*, cit., p. 273.

LA REGULACIÓN DE LA NULIDAD PROCESAL EN EL
NUEVO CÓDIGO PROCESAL BOLIVIANO: UN ANÁLISIS
A PARTIR DE CUATRO CUESTIONES

THE NULLITY OF PROCEDURAL ACTS IN THE NEW
BOLIVIAN CIVIL PROCEDURE CODE: A STUDY FROM
FOUR QUESTIONS

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 70-89



Felipe
GORIGOITÍA
ABBOTT

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de julio de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: El presente artículo estudia la regulación de la nulidad procesal en el Código Procesal boliviano de 2013. El trabajo se plantea un acercamiento práctico al tema a partir de cuatro cuestiones que buscan recoger los temas más relevantes de su regulación, como son el estándar de validez establecido, el papel que cumplen la convalidación y la subsanación, las facultades oficiosas del juez en la declaración de nulidad y la extensión de ésta.

PALABRAS CLAVE: Nulidad procesal, formas procesales, convalidación, subsanación.

ABSTRACT: This article is about the nullity of procedural acts in the Bolivian Civil Procedure Code (2013). It presents a practical approach to the subject from four questions, looking to pick the most relevant issues of regulation, such as the standard of validity, the role validation and correction, the ex-officio powers of the court and the extension of the nullity declaration.

KEY WORDS: Nullity of procedural acts, procedural rules, validation, correction.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. ¿Cuándo se puede anular una actuación procesal por carecer “de los requisitos formales indispensables para la obtención de su fin”?- III. ¿Qué papel deben cumplir la subsanación y la convalidación dentro del sistema de nulidad?- IV. ¿Cuándo procede la declaración de oficio de la nulidad?- V. ¿Qué actuaciones deben quedar sin efecto al declararse la nulidad?- 1. La nulidad derivada.- 2. El principio de conservación.

I. INTRODUCCIÓN.

El nuevo Código Procesal Civil boliviano promulgado por la Ley 439 de 19 de noviembre de 2013 (en adelante, NCPC) contiene una regulación de la nulidad procesal inédita para Bolivia, constituida principalmente por su Capítulo 3°, del Título IV, del Libro Primero (arts. 105 a 109). Con inspiración en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, en él se contienen las reglas básicas de un sistema a partir de cuatro temas: el principio de especificidad o trascendencia, la declaración de nulidad, la llamada “subsanación” y la extensión de la nulidad.

El presente artículo pretende acercarse críticamente a estos cuatro tópicos como una forma de aportar una visión desde la más reciente doctrina referente a la nulidad procesal que dé luces acerca de su implementación, comúnmente dificultada por la imprecisión y oscuridad de los conceptos que se emplean al tratar y regular esta materia.

Para desarrollar el camino propuesto, se plantearán cuatro preguntas: (I) ¿Cuándo se puede anular una actuación procesal por faltar “los requisitos formales indispensables para la obtención de su fin”?; (II) ¿Qué papel deben cumplir la subsanación y la convalidación dentro del sistema de nulidad?; (III) ¿Cuándo procede la declaración de oficio de la nulidad?; y (IV) ¿Qué actuaciones deben quedar sin efecto al declararse la nulidad?

La finalidad de lo expuesto es eminentemente práctica: lograr determinar cómo debe aplicarse en el día a día el régimen establecido por el NCPC. En lo posible, se ahorrarán las referencias y las disquisiciones que no sean útiles para dicho fin.

• Felipe Gorigoitia Abbott

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso, Chile (2004). Máster en Derecho, Universitat Pompeu Fabra, España (2008). Doctor en Derecho, Universitat Pompeu Fabra, España (2012). Actualmente, profesor adjunto de derecho procesal de la Universidad de Valparaíso (2011 a la fecha). Sus principales líneas de investigación son nulidad procesal, inadmisión, recursos y buena fe procesal, en particular en Chile y el resto de Latinoamérica. Dirección postal: Errázuriz N° 2.120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: felipe.gorigoitia@uv.cl.

II. ¿CUÁNDO SE PUEDE ANULAR UNA ACTUACIÓN PROCESAL POR CARECER “DE LOS REQUISITOS FORMALES INDISPENSABLES PARA LA OBTENCIÓN DE SU FIN”?

El derecho procesal no sirve a finalidades propias, sino es un medio concebido para un fin ajeno a él. Como consecuencia de esto, el cumplimiento de las normas procesales resulta relevante solo en cuanto tutela al derecho sustantivo¹. No existe un interés propiamente procesal, sino intereses sustantivos protegidos a través del derecho procesal².

Siguiendo una tendencia común en el derecho comparado, en el NCPC se opta por contemplar casos específicos de nulidad que se complementan con una cláusula general, estableciendo un estándar de validez para todas las actuaciones procesales y que matiza fuertemente el entendimiento clásico de que no hay nulidad sin texto expreso (*pas de nullité sans texte*). Así, el art. 105, luego de postular que “Ningún acto o trámite judicial será declarado nulo si la nulidad no estuviere expresamente determinada por la Ley, bajo responsabilidad”, agrega “No obstante, un acto procesal podrá ser invalidado cuando carezca de los requisitos formales indispensables para la obtención de su fin. El acto será válido, aunque sea irregular, si cumplió con el objeto procesal al que estaba destinado, salvo que se hubiere provocado indefensión”. A efectos de la sistematización de la nulidad procesal, lo relevante es la cláusula general, que fija un verdadero estándar de validez de las actuaciones procesales.

De la disposición en cuestión se desprenden tres exigencias particulares para que se pueda estar en frente de un acto susceptible de ser declarado nulo: (1) debe tratarse de un acto o trámite judicial; (2) este acto o trámite debe ser irregular; y (3) dicha irregularidad debe hacer que el acto no sea apto para cumplir su fin.

(1) Sólo las actuaciones o trámites judiciales son susceptibles de ser declaradas ineficaces a través de la nulidad. Las actuaciones de parte o de terceros que no pertenezcan al órgano jurisdiccional no pueden ser directamente objeto de ella, por cuanto se sujetan a un régimen de valoración diverso, el de la admisibilidad. La diferencia se explica en que no producen efectos procesales por sí mismos, sino solo

1 MONTESANO, L. y ARIETA, G.: *Diritto processuale civile*, v. I. Torino (1997): Giappichelli, p. 272.

2 Hay autores que niegan el carácter instrumental del derecho procesal. Se trata de posturas que DINAMARCO llama “introspectivas” que “consisten en la visión del sistema procesal en sí mismo y no llega siquiera a cuestionar su función cara al ordenamiento jurídico sustancial” [véase DINAMARCO, C.R.: *La instrumentalidad del proceso*. Lima (2009): Communitas, p. 306]. Es el caso de GOLDSCHMIDT, quien ve como finalidad del proceso el alcanzar la cosa juzgada [GOLDSCHMIDT, J.: *Teoría general del proceso*. Barcelona (1936): Labor, p. 33 y ss.], o de GUASP, quien, a partir de la concepción de la satisfacción de pretensiones como esencia de la función procesal, afirma que “la finalidad institucional del proceso no se halla subordinada jurídicamente a ninguna otra, pues la satisfacción de pretensiones es un concepto radicalmente primario desde el punto de vista jurídico” [GUASP, J.: *Derecho procesal civil*. Madrid (1961): Instituto de Estudios Políticos, p. 34]. Como consecuencia de esto, el derecho procesal sería un instrumento de los comunes valores jurídicos a los que todo el derecho obedece y se subordina. Ambas son posturas hoy superadas- o, al menos, muy minoritarias- que parten de concepciones del proceso que, más allá de su indudable valor, no lograron trascender a sus autores.

en la medida que son incorporados a un procedimiento a través de una resolución judicial³. Así es como incluso suena como una impropiedad lingüística hablar de la nulidad de una demanda o de un recurso. El punto de contacto entre ambas figuras se da por aquellos actos de parte que sean erróneamente admitidos, pues ellos podrán generar la nulidad de la resolución que los admite y ser, por esa vía, ineficaces.

(2) El acto procesal debe ser, además, irregular: En otras palabras, debe tratarse de un acto defectuoso. La determinación de la irregularidad de un acto procesal debe determinarse contrastando el acto concreto con el modelo normativo del mismo. La configuración de dicho modelo que sirve de parámetro nace de la ponderación que el legislador hace de los fines que se proponen, las garantías que se deben preservar, la eficiencia del proceso y otros factores, esperablemente, basado en la experiencia y realidad cultural de la sociedad respectiva⁴, presumiendo que, con la configuración que se propone, se ven bien resguardados todos los intereses en juego⁵.

Este modelo o esquema, que se establece por el ordenamiento y que permite apreciar la regularidad del acto, es de carácter procesal. Es decir, está constituido por una serie de elementos que no dicen relación con el contenido del acto, sino con el modo de proponerlo. En muchas ocasiones, se ha identificado lo procesal con lo formal, lo que, en este ámbito, implicaría una configuración del modelo normativo solo con los aspectos exteriores del acto procesal. Sin embargo, en la actualidad hay concordancia en el sentido de que existen elementos procesales no formales que determinan la regularidad del acto, en especial referentes a la capacidad de las partes y la competencia del tribunal, que no cabe que sean incluidos dentro de esta noción, aun cuando se le entienda en un sentido amplio⁶.

La exigencia de que el acto sea irregular tiene como lógica consecuencia que no existan casos de nulidad sin defectos procesales. Por inconveniente que pueda ser una determinada situación, si en ella no se puede identificar un incumplimiento de alguna disposición procesal, no podrá verificarse anulación alguna, aun cuando el acto no hubiese cumplido su fin y hubiese causado indefensión. Así, por ejemplo, una citación por cédula efectuada cumpliendo los requisitos del art. 75 NCPC, pero que no llega a poder del demandado, es igualmente válida.

Para evitar situaciones de extrema injusticia derivadas de circunstancias no imputables al afectado, los sistemas procesales suelen establecer algunos casos de

3 GANDULFO, E.: "Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas", *Revista Ius et Praxis* (2009), año 15, n° 1, pp. 188-189.

4 Una constatación de este tipo hace BEDAQUE, J.: *Efectividad del proceso y técnica procesal*. Lima (2010): Communitas, p. 83.

5 GIOVANARDI, C.: "Sullo scopo dell'atto processuale, in relazione alla disciplina della nullità", *Rivista di diritto civile* (1987), v. II, p. 281.

6 En este sentido, entre muchos, HERNÁNDEZ GALILEA, J.: *La nueva regulación de la nulidad procesal: El sistema de ineficacia de la LOPJ*. Oviedo (1995): Fórum, p. 181.

nulidad sin necesidad de defectos. En el NCPC no hay nada explícito sobre el punto, pero razonablemente se podría asilar en el art. 95, relativo a la fuerza mayor:

(3) La existencia de un defecto no será suficiente para decretar la nulidad de una actuación procesal. Será menester, además, que dicho defecto tenga cierta entidad. Así lo establece claramente el art. 105 NCPC, al establecer que “El acto será válido, aunque sea irregular, si con él se cumplió con el objeto procesal al que estaba destinado, salvo que se hubiere provocado indefensión”. El criterio se repite en el art. subsiguiente, el 107, que considera “subsanales los actos que no hayan cumplido con los requisitos fómales esenciales previstos por la Ley, siempre y cuando su finalidad se hubiera cumplido”.

En doctrina, la circunstancia de que haya actos irregulares que no son susceptibles de ser declarados nulos, es lo que se conoce como “principio de trascendencia o relevancia”. Sobre el punto COUTURE enseña que “las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes”⁷. Tal como apunta ALSINA, la ineficacia que se sigue de la nulidad debe tener una finalidad práctica, no procediendo la nulidad por la nulidad misma⁸.

La determinación de qué actos deben ser declarados nulos es una opción política del legislador; que trasunta una valoración acerca de las situaciones que juzga susceptibles de provocar afectaciones más graves dentro de un sistema procesal⁹, dejándose las infracciones más leves sin consecuencias jurídicas o con otras consecuencias menos gravosas. En este sentido, un sistema procesal manifiesta cuáles son las afectaciones que considera más trascendentes dentro de un proceso a través de la fijación de estándares de invalidez, que son parámetros que permiten diferenciarlos actos meramente irregulares de aquellos inválidos¹⁰.

Para el caso boliviano, el estándar establecido es la obtención del fin o el cumplimiento del objeto del acto. Así se establece en el ya varias veces mencionado art. 105 NCPC, además de los arts. 107 y 124, este último relativo a la nulidad del emplazamiento.

7 COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo (2002): B de F, p. 316.

8 ALSINA, H.: *Las nulidades en el proceso civil*. Buenos Aires (1958): Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 85.

9 POR TODOS, HERNÁNDEZ GALILEA, J.: *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, cit., p. 68; CARRASCO, J.: “La nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (2011), v. 1, 2011, p. 72.

10 ANDRÉS CIURANA, B.: *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*. Valencia (2005): Tirant lo Blanch, pp. 59 y ss.

El cumplimiento del fin es una noción que proviene de la legislación procesal italiana, que la incorpora en el art. 156 de su *Codice di procedura civile* de 1940¹¹. Vino a reemplazar al criterio de esencialidad que contemplaba el art. 56 del código de 1865, criticado por “metafísico”, en la búsqueda de un parámetro más claro y práctico¹². Aunque con una importancia más bien marginal, también es posible encontrar dicho criterio en la legislación española, en los arts. 240.I de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 227.I de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹³.

En cuanto al contenido de este estándar o criterio de validez, hay unanimidad en la doctrina acerca de que el fin que se busca proteger es aquel por el que la formalidad fue estatuida por el legislador; excluyendo la posibilidad de que la referencia pueda ser hecha a ciertas motivaciones o fines subjetivos del autor del mismo¹⁴. Es por ello que algunos autores también se refieren a ella hablando de la *función del acto*¹⁵ o de *finalidad de la ley*¹⁶.

La determinación en el caso concreto de si se ha alcanzado la finalidad buscada, supone un doble análisis de parte del juez¹⁷: (a) el determinar la *ratio legis* de la formalidad vulnerada¹⁸; y (b) precisar si esta ha sido cumplida en el caso en particular.

(a) En principio, la *ratio legis* de cada formalidad no debe ser identificada de manera inmediata solo con las garantías procesales. Si bien se podría afirmar que, en lo mediato, toda formalidad se puede reconducir a alguna garantía procesal, lo cierto es que cuando se habla de fines de las formalidades, se debe tener presente que estas cumplen además funciones más inmediatas y precisas, que no necesariamente redundan tan claramente en la esfera constitucional, pero que son igualmente susceptibles de tutela.

11 Art. 156. (Rilevanza della nullità): “Non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge.

Può tuttavia essere pronunciata quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo.

La nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato”.

12 LIEBMAN, E. T.: *Manuale di diritto processuale civile: principi*. Milano (2002): A. Giuffrè, pp. 232-233. El autor hace presente, además, que la adopción de la esencialidad del defecto omitido era, a su vez, una atenuación de la regla francesa contenida en el art. 1030 del *Code de procédure civile* francés de 1806 del *pas de nullité sans texte*.

13 Ambos disponen que “La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales”.

14 Por nombrar a algunos, MONTESANO, L. y ARIETA, G.: *Diritto processuale civile*, v. I, cit., p. 275; MARELLI, F.: *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*. Padova (2000): Cedam, p. 47. En la doctrina española, MARTÍN DE LA LEONA, J. M.: *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*. Madrid (1996): Colex, p. 222; y ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, cit., p. 206.

15 SATTI, S. y PUNZI, C.: *Diritto processuale civile*. Padova (1996): Cedam, p. 293; MANDRIOLI, C.: *Diritto processuale civile*. Torino (2004): G. Giappichelli, p. 406.

16 GIOVANARDI, C.A.: “Sullo scopo dell'atto processuale, in relazione alla disciplina della nullità”, *Rivista di diritto civile* (1987), v. II, p. 267.

17 En un sentido similar, POLI, R.: “Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali”, *Rivista di Diritto Processuale* (1995), v. 2, 1995, p. 472.

18 REDENTI, E.: “Atti processuali civili”, en AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, v. IV. Milano (1958): Giuffrè, p. 124.

Por supuesto que la existencia de una irregularidad que supone una afectación a alguna garantía procesal impide que el acto cumpla su fin. Suponer, como lo hace el art. 105.II NCPC, que puede cumplirse la finalidad de un acto, a pesar de existir indefensión, parece una contradicción¹⁹. El asunto es que no debe descartarse que existan irregularidades que afecten finalidades del acto que no necesariamente se encuentran constitucionalizadas, ni siquiera a través de conceptos amplios como el debido proceso o el derecho a la defensa. Así, por ejemplo, la relación precisa de los hechos que exige el art. 110 NCPC para la demanda, no solo se vincula con el derecho de defensa del demandado, sino también con el orden del debate, que no es una cuestión de relevancia constitucional.

Una consideración amplia de la finalidad del acto ayuda a evitar la peor cara de la constitucionalización de las garantías procesales, que es la que ha llevado a que muchas veces parezca que fuera de ellas no hay más derecho procesal²⁰. Aunque las garantías constitucionales son el núcleo fundamental de toda la ordenación del proceso, no se puede olvidar que existen reglas y principios que, si bien han quedado en un nivel inferior de preponderancia, son valiosos para conformar un sistema justo y eficiente.

(b) Determinar si en un caso concreto se ha cumplido con la finalidad que se ha pretendido en el acto, pasa necesariamente por un análisis particularizado en cada situación. No es útil un análisis teórico *a priori* de cuáles formalidades aportan a cumplir el objetivo del acto²¹, pues se crearía una especie de segundo modelo normativo menos riguroso que sería el realmente obligatorio²². De acuerdo a Denti, debe determinarse si, en la serie del procedimiento, el evento sucesivo al acto defectuoso se verifica, es decir, si ocurre el comportamiento de la parte que representa el cumplimiento oportuno de la obligación, la satisfacción de la carga o el ejercicio del poder que era prevista como efecto del acto viciado²³. Se trata de un análisis acerca de la producción de efectos materiales, y no meramente jurídicos, que se producen dentro del procedimiento²⁴.

19 YÉLAMOS llega a decir que “la finalidad del acto y la prohibición de indefensión son la misma cosa”, en YÉLAMOS, E.: *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*. Barcelona (2006): Atelier, p. 428.

20 Una advertencia similar hace DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. en BORRAJO INIESTA, I., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Madrid (1995): Civitas, p. 114.

21 FURNO, C.: “Nullità e rinnovazione degli atti processuali nel XL anno del suo insegnamento”, en AA.VV.: *Studi in onore di Enrico Redenti* (dirigido por F. CARNELUTTI), v. I. Milano (1951): Giuffrè, p. 413; MARELLI, F.: *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, cit., p. 55.

22 DENTI, V.: “Nullità degli atti processuale civili”, en AA.VV.: *Novissimo Digesto Italiano*, v. XI, 1957. Torino (1957): Unione tipografico-editrice torinese, p. 477.

23 DENTI, V.: “Nullità degli atti processuale civili”, cit., p. 477. En la doctrina española, ANDRÉS CIURANA, B.: *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, cit., p. 207.

24 MARELLI, F.: *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, cit., p. 69.

Una cuestión no resuelta en el derecho comparado son los límites del cumplimiento del fin del acto. ¿Es admisible cualquier acto irregular si es que cumple su finalidad?, ¿podría llegarse, por ejemplo, a aceptarse una citación efectuada por el apoderado de una de las partes a la otra, por el solo hecho de que ha cumplido su finalidad? Si bien *a priori* sería posible de hablar de algo así como un principio de fungibilidad de las formas²⁵, el asunto parece tener algunos límites que impedirían que cualquier formalidad pudiese ser reemplazada por otra por el solo hecho de cumplir la misma función. No se debe olvidar que las formas procesales son garantías y que, en tanto tales, las partes tienen derecho a que las cosas se hagan de la manera como la ley dice que se hagan, que es la que, en abstracto, más seguridades ofrece²⁶. Aunque ello no puede llevar a la exigencia a ultranza de la perfección de todos los actos, sí debe, al menos, excluir la posibilidad de que se realicen actos por equivalencia en las situaciones más relevantes, como las comunicaciones procesales.

La cuestión subsistiría respecto de aquellos casos en los que no existe o no es tan evidente su relevancia constitucional. GIOVANARDI postula la existencia de una exigencia implícita de que el acto concreto tenga al menos la fisonomía del acto correspondiente al modelo legal, lo que permitiría considerar que es susceptible de reconocérsele validez al acto procesal defectuoso, pero no al simple cumplimiento por equivalencia a través de un acto completamente distinto y que se ha considerado igualmente idóneo para el cumplimiento de la finalidad buscada²⁷. Esta conclusión parece confirmada por el texto del art. 106.II NCPC, pues habla de carencia de requisitos formales, lo que implícitamente refiere a un acto que tiene cierta fisonomía, pero que no cumple con todo lo exigido por el ordenamiento.

III. ¿QUÉ PAPEL DEBEN CUMPLIR LA SUBSANACIÓN Y LA CONVALIDACIÓN DENTRO DEL SISTEMA DE NULIDAD?

Decir que la nulidad es una *ultima ratio* es casi un lugar común entre quienes se ocupan del tema. Con esta expresión se quiere significar que en los casos en los que la afectación causada por el acto defectuoso pueda solucionarse de una manera diversa, debe optarse por esta, debido a lo traumático que resulta para el proceso una anulación²⁸. El Tribunal Supremo de Justicia así lo ha declarado al decir que “ Toda nulidad implica un retroceso en el desarrollo del proceso y por consiguiente, mayor dilación; esto la convierte en un remedio de ultima ratio, es decir de uso limitado y excepcional. La regla, entonces, es la de la conservación de los actos procesales,

25 Término empleado por BEDAQUE, J.: *Efectividad del proceso y técnica procesal*, cit., p. 162.

26 Al menos respecto de las comunicaciones procesales, así lo plantean RAMOS MENDEZ, F.: *El sistema procesal español*. Barcelona (2005): Atelier, p. 287; YÉLAMOS, E.: *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, cit., p. 448.

27 GIOVANARDI, C.A.: “Sullo scopo dell’atto processuale, in relazione alla disciplina della nullità”, cit., p. 279.

28 BINDER, A.: *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Buenos Aires (2000): Adhoc, p. 96.

la cual solo admite excepciones ante supuestos de lesión al debido proceso con incidencia en el derecho a la defensa” (Auto 169/2013, de 12 de abril de 2013).

El favorecimiento de otros medios por sobre la nulidad se aprecia desde el primer art. del NCPC, que recoge dentro de sus principios el que llama “saneamiento”, que “faculta a la autoridad judicial para adoptar decisiones destinadas a subsanar defectos procesales en la tramitación de la causa, siempre que no afecten los principios del debido proceso y de la seguridad jurídica, de manera que se concluya la tramitación de la causa con la debida celeridad procesal”.

Sin perjuicio de esta disposición, la principal expresión de la regla de la nulidad como último recurso se puede encontrar en el art. 107 NCPC, que, bajo la denominación de “Subsanación de los defectos procesales”, dispone que:

“I. Son subsanables los actos que no hayan cumplido con los requisitos formales esenciales previstos por la Ley, siempre y cuando su finalidad se hubiera cumplido.

II. No podrá pedirse la nulidad de un acto por quien la ha consentido, aunque sea de manera tácita.

III. Constituye confirmación tácita, no haber reclamado la nulidad en la primera oportunidad hábil”.

Del texto transcrito, tomado en sus párrafos II y III casi literalmente del Código Modelo²⁹, debe rescatarse más su espíritu que su expresión. Claramente, lo que ha buscado es dejar a la declaración de nulidad como una salida final, solo procedente cuando no haya otra vía para ello, lo que supone hacer preferir por sobre su declaración a (1) la subsanación y a (2) la convalidación. La subsanación y la convalidación son técnicas distintas, pero con un distintivo común: ambas hacen desaparecer la invalidez del acto sin necesidad de nulidad³⁰:

(1) En un error recurrente en las leyes procesales iberoamericanas, el término subsanación es empleado de forma impropia en este art., tanto en su título como en el apartado primero. Si es que se le quiere dar sentido propio al concepto, se debe entender por subsanación a la integración o corrección de un acto defectuoso, en general, pero no exclusivamente, por el autor de este³¹. De esta forma la entiende el mismo NCPC en los arts. 1.8, 1.13.I, 226.III y 367.II.2 y .3. También es la manera en

29 “Art. 106. (Subsanación de la nulidad). No puede pedir la anulación de un acto quien lo ha consentido aunque sea tácitamente. Importa consentimiento tácito, el no reclamar la reparación de la nulidad en la primera oportunidad hábil al efecto y por la vía correspondiente”.

30 GORRIOTÍA, F.: “Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (2013), n° 1, 2013, pp. 143-144.

31 GORRIOTÍA, F.: “El perjuicio reparable sólo por la declaración de nulidad como estándar de validez de las actuaciones procesales civiles”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2013), vol. 39, n° 1, p. 593.

que lo suele ver la doctrina más moderna, cuando se ha preocupado de ella como un fenómeno digno de estudio³².

Entendida de la forma propuesta, el hecho de que un acto cumpla su finalidad no supone subsanación del mismo. Se está, en realidad, frente a una irregularidad que no es relevante desde el punto de vista de la nulidad y a una hipótesis normativa ya resuelta en el art. 105.III (“El acto será válido, aunque sea irregular; si con él se cumplió con el objeto procesal al que estaba destinado, salvo que se hubiere provocado indefensión”).

Más allá de esto, que no pasa de ser un detalle, debe entenderse que la subsanación en su sentido propio también ha de ser preferida frente a la nulidad de actuaciones judiciales o la inadmisión de actos de parte. Así se desprende de las normas ya transcritas del NCPC, pero también de la relevancia constitucional que adquiere el tema cuando la nulidad o la inadmisión pueden suponer el amago a derechos de rango constitucional como el acceso a la jurisdicción, la celeridad o el derecho a la impugnación.

Los límites de la subsanabilidad es un tema poco explorado, El principio interpretativo básico debiese ser que todo lo que se pueda subsanar se subsane³³. No es obstáculo para esta consideración el que se estimen como normas que regulan el proceso como de orden público (art. 5 NCPC), porque lo que está en juego acá no es si estas se cumplen o no, sino cuán flexible se es con quien comete errores no sustanciales, en pos de una verdadera tutela de los derechos. La cuestión, con todo, merece matices que tienen que ver con la efectiva posibilidad de corregir aquello mal hecho y con política legislativa, más que con el interés comprometido o la gravedad del defecto.

(2) La convalidación tiene características distintas. Se le debe entender como la aceptación de los efectos perjudiciales de un acto por quien puede impetrar su nulidad³⁴. El fundamento de la convalidación se encuentra en una concepción de la invalidez como un asunto que mira, principalmente, al interés de los litigantes. Coherente con esta premisa, se suele establecer en la regulación legislativa del caso que la nulidad debe ser alegada por la parte a cuyo favor se ha establecido, presumiéndose que no hay interés en su declaración de quien ha causado el vicio o de quien, aun tácitamente, ha renunciado a hacerla valer³⁵.

32 ANDRÉS CIURANA, B.: *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, cit., p. 250.

33 RAMOS MÉNDEZ, F.: *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, v. II. Barcelona (2008): Atelier, p. 1.421.

34 MORÓN PALOMINO, M.: *La nulidad en el proceso civil español*. Barcelona (1957): Ahr, p. 208; TAVOLARI, R.: “La nulidad procesal en el derecho actual”, en *El proceso en acción*. Santiago (2000): Libromar, p. 242., 255; OTERO, M.: *La nulidad procesal civil, penal y de derecho público*. Santiago (2009): Editorial Jurídica de Chile, p. 62.

35 TOMMASEO, F.: *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova (2002): Cedam, p. 239. Un planteamiento parecido en TAVOLARI, R.: “La nulidad procesal en el derecho actual”, cit., p. 271.

Tradicionalmente, se distingue entre la convalidación expresa y tácita, diferenciándose en esta última entre la que se produce por su falta de alegación en la primera oportunidad que se tenga, de la que se produce por la realización de cualquier actuación que no sea alegar la nulidad³⁶. Ambas se encuentran recogidas en el art. 107.II y III. También se encuentra consagrado respecto al recurso de casación por infracción a normas procesales cuando se exige que esta se haya reclamado oportunamente ante juezas, jueces o tribunales inferiores (271.II).

La preferencia evidente que hace el art. 107 por la convalidación hace que no sea necesario explicar mayormente por qué se debe preferir a la nulidad. El problema surge al determinar si siempre ha de preferirse a esta última, o sea, los límites de esta técnica. Dado que el fundamento tiene que ver con la existencia de intereses eminentemente privados en la declaración de nulidad, deberá entenderse que cuando se está frente a un interés público comprometido, la norma será invalorable y la nulidad deberá ser declarada aun cuando ella no haya sido oportunamente alegada, incluso si sus efectos han sido aceptados por la contraria³⁷. Sobre esto es que parece discurrir el art. 108.I cuando, respecto de la apelación, se contempla la posibilidad de que el tribunal *ad quem* se pronuncie sobre casos de "nulidad insubsanable", aun sin petición de parte.

Sentado el principio, la dificultad práctica radica en determinar en qué casos hay un interés público comprometido y, por lo tanto, defectos invalores por las partes. En línea con lo que se ha dicho en el derecho comparado, se debe considerar que esto ocurre en casos de falta de jurisdicción, incompetencia absoluta o incapacidad de alguna de las partes, entre otros³⁸. Cabe advertir que no parece conveniente identificar lo invalorable con los presupuestos procesales³⁹, pues es perfectamente admisible que algunos de ellos queden al solo control de las partes, como ocurre con la competencia relativa en el (art. 13 NCPC).

IV. ¿CUÁNDO PROCEDE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD?

De la lectura del art. 106 NCPC se debiese concluir que la declaración de oficio de la nulidad solo procede en los casos en los que ella nazca de una hipótesis de nulidad expresa (párrafo I), quedando entregada a la parte afectada la solicitud de nulidad que pueda ocasionarse por carecer un determinado acto procesal de los requisitos formales indispensables para la obtención de su fin. Sin embargo, el análisis global del sistema de nulidad contemplado en el NCPC hace pensar que

36 SALAS, J.: *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*. Santiago (1994): Editorial Jurídica de Chile, pp. 92-93; OTERO, M.: *La nulidad procesal civil, penal y de derecho público*, cit., p. 62.

37 SALAS, J.: *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*, cit., p. 119.

38 TAVOLARI, R.: "La nulidad procesal en el derecho actual", cit., pp. 256-257.

39 Como lo hace, por ejemplo, SALAS, J.: *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*, cit. p. 110.

esta conclusión merece alguna revisión, tanto porque hay casos de nulidad expresa en los que la declaración de oficio no parece conveniente como por existir otros en los que parece procedente a pesar de darse por la causal genérica del art. 105.II.

Es evidente el vínculo que se puede hacer entre las facultades oficiosas del juez y la posibilidad de convalidar el defecto, en el sentido de que conferir al juez facultades oficiosas supone ver un determinado defecto procesal como invalorable por estar comprometido un interés que excede al de las partes⁴⁰. Con esa lógica es posible apreciar que (1) hay casos de nulidad expresa en los que tal posibilidad no calza con el sistema diseñado; y (2) otros de nulidad por la causal genérica en los que las facultades oficiosas se desprenden de otras disposiciones del NCPC.

(1) No parece tener mucho sentido que ciertos actos defectuosos relativos a las citaciones y emplazamientos puedan ser declarados nulos a pesar de existir norma expresa, si es que ha mediado convalidación de ellos o cumplimiento del fin, pues se está frente a casos en los que la invalidez nunca existió o ya ha desaparecido. Me refiero específicamente a los casos de nulidad de citación por cédula en domicilio falso (art. 75.V) y de emplazamiento defectuoso (art. 124), en los que la comparecencia del citado o emplazado convalida todo defecto (arts. 80 y 124.II, respectivamente). Por supuesto que si esa comunicación defectuosa ha generado la incomparecencia del notificado, puede y debe declararse de oficio la nulidad, sin embargo no puede declararse en caso de haberse cumplido el fin o de convalidación.

(2) Por otro lado, que no se pueda declarar de oficio la nulidad en las hipótesis del 105.II NCPC no resiste análisis a la luz del art. 115 de la Constitución boliviana, que pone al juez como garante del debido proceso de las partes, más aún en el contexto de un proceso que debe verificarse con igualdad de oportunidades (art. 119.I de la Constitución). Constituye una verdadera paradoja que este juez garante no pueda declarar la nulidad, precisamente, en los casos en los que se ve afectado el debido proceso, en particular si de ella se sigue la imposibilidad de la parte afectada de impetrarla.

Este razonamiento se confirma por lo que dispone el art. 1.8 NCPC, al establecer el ya mencionado deber de saneamiento, que faculta al juez "para adoptar decisiones destinadas a subsanar defectos procesales en la tramitación de la causa", subsanaciones que, muchas veces, podrán venir por la declaración de nulidad de ciertos actos en aras a evitar nulidades más extendidas.

40 SALAS, J.: *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*, cit., p. 119.

V. ¿QUÉ ACTUACIONES DEBEN QUEDAR SIN EFECTO AL DECLARARSE LA NULIDAD?

Bajo el epígrafe “Extensión de la nulidad”, el art. 109 NCPC dispone lo siguiente:

“I. La nulidad declarada de un acto procesal no importará la de los anteriores ni de los posteriores que sean independientes de aquel. Los actos procesales que resultaren afectados con la declaración de nulidad, de oficio serán declarados nulos.

II. La nulidad de un acto específico no afecta a otros que sean independientes, ni impide que se produzcan los efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo que la Ley disponga lo contrario.

III. La autoridad judicial a tiempo de fundamentar su decisión deberá especificar si la nulidad declarada de un acto procesal afecta a otros actos anteriores o posteriores al acto nulo”.

La ineficacia que genera la nulidad afecta al propio acto defectuoso, pero también a aquellos conexos con él, al punto de que determinados vicios pueden, incluso, terminar en la nulidad de todo el procedimiento. Como el acto nulo no puede producir los efectos de un acto normal, todas las actuaciones que sigan a él y que sean su consecuencia deben ser declaradas ineficaces. Este fenómeno es el que se conoce como la nulidad derivada, que supone la ineficacia de actuaciones posteriores relacionadas con el acto nulo como una manera de implementar a cabalidad las consecuencias de anulación dispuesta.

La expansión de la nulidad a otros actos tiene, sin embargo, un importante contrapeso en el principio de conservación, que, partiendo de la idea que la ineficacia generada por la nulidad se extiende a otras actuaciones posteriores, insta a resguardar todo lo que sea posible, es decir, a extender la ineficacia sólo a los casos estrictamente necesarios. La tensión entre estos dos principios –que son como dos caras de una misma moneda– es la que termina por configurar el alcance de la nulidad. La idea es anular todo lo necesario para hacer cabalmente ineficaz el acto inválido, pero sin afectar otros actos que no estén relacionados.

I. La nulidad derivada.

La concatenación que existe entre todos los actos procesales hace que la invalidez de uno de ellos sea una verdadera epidemia que afecta a los actos posteriores⁴¹. La presencia de cualquier acto inválido provoca que aquellos otros actos que se

41 LIEBMAN, E. T.: *Manuale di diritto processuale civile: principi.*, cit., p. 235; BINDER, A.: *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*, cit., p. 112.

relacionan más estrechamente con él se contaminen y, al momento de implementar esta ineficacia a través de la nulidad, también se vean afectados.

El alcance de este fenómeno de la nulidad derivada es aplicable tanto a los actos de parte como a los actos del tribunal⁴². Así, un acto de parte que ha sido admitido erróneamente ingresa al sistema una invalidez que afectará a otros. Lo mismo ocurre si es un acto del tribunal. En ambos casos, los actos que ven afectada su validez pueden también ser de una especie u otra. La única diferencia es que una vez que se ha ingresado el acto de parte al proceso, la forma de eliminar el defecto no es propiamente anulándolo, sino anulando la resolución judicial que lo ha admitido, produciendo la consecuencial exclusión del acto de parte desde ese momento del proceso.

Para que propiamente se pueda hablar de nulidad derivada es necesario que estemos frente a un acto válido⁴³ que no presenta defectos invalidantes en sí, sino que se ve afectado en su eficacia por su relación con otro inválido. Este acto deberá ser posterior al defectuoso, en caso alguno puede ser anterior⁴⁴. La invalidez, como los ríos, desciende, pero no remonta.

La fuerza expansiva de la nulidad no dependerá ni de la entidad ni de la gravedad del defecto, sino del lugar en donde se encuentre en el proceso⁴⁵. Es por ello que los presentes en la demanda son más graves en cuanto a su repercusión en el proceso. Al ser el acto inicial del juicio, un defecto en ella significa la invalidación de todo lo obrado⁴⁶, cuestión que busca ser evitada a través de la función saneadora que cumple la audiencia previa.

2. El principio de conservación.

La doctrina ha entendido el principio de conservación de dos maneras. La primera, más amplia, lo identifica con la máxima de promover el menor uso posible de la nulidad dentro de un proceso y con la menor fuerza difusiva posible. En esta concepción, la subsanación y la convalidación se consideran como expresiones de aquel principio, en cuanto evitan el uso de la nulidad⁴⁷.

42 De hecho, PEYRON, C.: "Inammissibilità", en AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, v. XXII. Milano (1958): Giuffrè, p. 619, advierte que la inadmisibilidad tiene una "particolare forza diffusiva".

43 MORÓN PALOMINO, M.: *La nulidad en el proceso civil español*, cit., p. 199.

44 MANCINELLI, R.: "Nullità degli atti processuale penali", en AA.VV.: *Novissimo Digesto Italiano*, v. XI, 1957. Torino (1957): Unione tipografico-editrice torinese, p. 477.

45 En un sentido similar, MAURINO, A.: *Nulidades procesales*. Buenos Aires (2001): Astrea, p.315.

46 LIEBMAN, E.T.: *Manuale di diritto processuale civile: principi*, cit., p. 235.

47 MARTÍN DE LA LEONA, J. M.: *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*, cit., p. 334; MARELLI, F.: *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, cit., p. 148 y ss.

La segunda forma de entenderlo es diferenciándolo de la subsanación y la convalidación, dejando en él solo la premisa de que se anulen los actos estrictamente necesarios en caso de decretarse una nulidad. En este sentido, el objetivo del principio de conservación sería modular la nulidad derivada, partiendo de la idea de que no necesariamente todos los actos posteriores deben verse afectados por la nulidad de un acto que le antecede⁴⁸.

Aunque la primera opción parece razonable, considerando que es efectivo que el legislador ha buscado emplear lo menos posible la nulidad, y que a eso se le puede llamar perfectamente conservación, parece mejor utilizar el término en el segundo sentido, que calza mejor con el hecho de que son fenómenos que operan en planos distintos. Mientras la subsanación y la convalidación evitan la nulidad, la conservación en sentido estricto la supone para siquiera actuar; lo que quiere decir que, en circunstancias normales, no son compatibles⁴⁹.

Considerado en esta acepción, el principio de conservación tiene como punto de partida el que la nulidad de un acto no necesariamente tiene que implicar la nulidad de todos los que le sucedan⁵⁰. Para la afectación de estos, no solo debe haber una relación cronológica (ser posteriores), además debe existir una relación causal, un vínculo entre los actos que justifique la anulación⁵¹, que es lo expresado por el aforismo *utile per inutile non vitiatur*. El problema radica en cómo determinar cuáles actos deben ser afectados y cuáles no, porque en un proceso –como subraya RAMOS MÉNDEZ– todos los actos tienen algún grado de encadenamiento, haciendo que, en definitiva, la determinación dependa de criterios principalmente de economía procesal o de proporcionalidad⁵².

El NCPC sienta el principio de la conservación al señalar que la declaración de nulidad de un acto no supone la de los actos independientes al anulado (art. 109.I y II). A partir de la idea de que la nulidad tiene la fuerza expansiva que recién se explicaba, se advierte que no es una cuestión absoluta, dejando en manos del juez la determinación precisa de los actos que deben ser anulados.

48 GUI MORI, T.: "La intercambiabilidad de las técnicas jurídicas: Los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación del de tutela activa", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (1998), v. 3, p. 959; BONET NAVARRO, A.: "Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil", en AA.VV.: *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*. Madrid (1993): Consejo General de Poder Judicial, p. 365; RICHARD M.: *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Cizur Menor (2008): Aranzadi, p. 92.

49 RICHARD M.: *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, cit., p. 92.

50 GUI MORI, T.: "La intercambiabilidad de las técnicas jurídicas: Los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación del de tutela activa", cit., p. 953.

51 MANCINELLI, R.: "Nullità degli atti processuale penali", cit. p. 492; LIEBMAN, E. T.: *Manuale di diritto processuale civile: principi*, cit., p. 235

52 RAMOS MÉNDEZ, F.: *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, cit., p. 1420.

Esta exigencia de independencia claramente se cumple respecto de actos que no se encuentran en una secuencia lineal con el acto nulo. En algún sentido, son actos que han corrido por carriles paralelos, no estando condicionada la práctica del acto conservado por el del nulo, por no ser el último presupuesto del primero. Así, por ejemplo, en un caso de litisconsorcio pasivo, la nulidad del emplazamiento de uno de los demandados no afecta la eficacia del emplazamiento de otro de ellos, aunque fuese posterior, o la anulación de la declaración de un testigo no anula la de los otros⁵³.

Más discutible es la situación de los actos secuencialmente dependientes, pero independientes en su contenido. Son actos que están en la línea del acto nulo, por lo que, en principio, se afectan por su nulidad, pero cuyo contenido no se encuentra determinado por el del acto inválido. Piénsese en un juicio con dos demandados, Pedro y Juan, en el que Pedro ha comparecido y contestado la demanda, mientras que Juan se encuentra en rebeldía. Si se llegara a anular por falta de emplazamiento todo lo obrado, dejándose la causa en estado de emplazarse nuevamente, ¿sería ineficaz la contestación de Pedro?, ¿y el mandato conferido en ese mismo escrito? Si se aplica estrictamente la regla de la línea secuencial, no cabría duda en ambos casos. Es, no obstante, razonable puedan preservar su eficacia, si se alude a la existencia de un principio favorable a la conservación de las actuaciones.

53 MAURINO, A: *Nulidades procesales*, cit., p. 317.

BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, H.: *Las nulidades en el proceso civil*. Buenos Aires (1958): Ediciones Jurídicas Europa-América.

ANDRÉS CIURANA, B.: *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*. Valencia (2005): Tirant lo Blanch.

BEDAQUE, J.: *Efectividad del proceso y técnica procesal*. Lima (2010): Communitas.

BINDER, A.: *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Buenos Aires (2000): Adhoc.

BONET NAVARRO, Á.: "Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil", en AA.VV.: *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*. Madrid (1993): Consejo General de Poder Judicial.

BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Madrid (1995): Civitas.

CARRASCO, J.: "La nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (2011), v. I, 2011.

COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo (2002): B de F.

DENTI, V.: "Nullità degli atti processuale civili", en AA.VV.: *Novissimo Digesto Italiano*, v. XI. Torino (1957): Unione tipografico-editrice torinese.

DINAMARCO, C.R.: *La instrumentalidad del proceso*. Lima (2009): Communitas.

FURNO, C.: "Nullità e rinnovazione degli atti processuali nel XL anno del suo insegnamento", en AA.VV.: *Studi in onore di Enrico Redenti* (dirigido por F. CARNELUTTI), v. I. Milano (1951): Giuffrè.

GANDULFO, E.: "Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas", *Revista Ius et Praxis* (2009), año 15, n° 1.

GIOVANARDI, C.: "Sullo scopo dell'atto processuale, in relazione alla disciplina della nullità", *Rivista di diritto civile* (1987), v. II.

GORIGOIÍA, F.: "Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (2013), XL.

GORIGOTTÍA, F.: "El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de validez de las actuaciones procesales civiles", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2013), vol. 39, n° 1.

GUI MORI, T.: "La intercambiabilidad de las técnicas jurídicas: Los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación del de tutela activa", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (1998), v. 3.

GOLDSCHMIDT, J.: *Teoría general del proceso*. Barcelona (1936): Labor.

GUASP, J.: *Derecho procesal civil*. Madrid (1961): Instituto de Estudios Políticos.

HERNÁNDEZ GALILEA, J.: *La nueva regulación de la nulidad procesal: El sistema de ineficacia de la LOPJ*. Oviedo (1995): Fórum.

LIEBMAN, E.T.: *Manuale di diritto processuale civile: principi*. Milano (2002), A. Giuffrè.

MANCINELLI, R.: "Nullità degli atti processuale penali", en AA.VV.: *Novissimo Digesto Italiano*, v. XI, 1957. Torino (1957): Unione tipografico-editrice torinese.

MANDRIOLI, C.: *Diritto processuale civile*. Torino (2004): G. Giappichelli.

MARELLI, F.: *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*. Padova (2000): Cedam.

MARTÍN DE LA LEONA, J. M.: *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*. Madrid (1996): Colex.

MAURINO, A.: *Nulidades procesales*. Buenos Aires (2001): Astrea.

MONTESANO, L. y ARIETA, G.: *Diritto processuale civile*, v. I. Torino (1997): Giappichelli.

MORÓN PALOMINO, M.: *La nulidad en el proceso civil español*. Barcelona (1957): Ahr.

OTERO, M.: *La nulidad procesal civil, penal y de derecho público*. Santiago (2009): Editorial Jurídica de Chile.

PEYRON, C.: "Inammissibilità", en AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, v. XXII. Milano (1958): Giuffrè.

POLI, R.: "Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali", *Rivista di Diritto Processuale* (1995), v. 2, 1995.

RAMOS MÉNDEZ, F.: *El sistema procesal español*. Barcelona (2005): Atelier.

RAMOS MÉNDEZ, F.: *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles, v. II*. Barcelona (2008): Atelier.

REDENTI, E.: "Atti processuali civili", en AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, v. IV. Milano (1958): Giuffrè.

RICHARD M.: *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Cizur Menor (2008): Aranzadi.

SALAS, J.: *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*. Santiago (1994): Editorial Jurídica de Chile.

SATTA, S. y PUNZI, C.: *Diritto processuale civile*. Padova (1996): Cedam.

TAVOLARI, R.: "La nulidad procesal en el derecho actual", en *El proceso en acción*. Santiago (2000): Libromar.

TOMMASEO, F.: *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova (2002): Cedam.

YÉLAMOS, E.: *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*. Barcelona (2006): Atelier.

**ARGUMENTACIÓN, ARBITRAJE Y ARBITRARIEDAD:
LAS CONTRADICCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EN EL RECURSO DIRECTO DE NULIDAD CONTRA LAUDOS**

**ARGUMENTATION, ARBITRATION AND ARBITRARINESS:
THE CONTRADICTIONS OF THE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL
IN THE DIRECT RECOURSE OF NULLITY AGAINST AWARDS**

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 90-117

Horacio
ANDALUZ
VEGACENTENO

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de marzo de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: Este artículo analiza una sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia desde el punto de vista de la argumentación de las decisiones judiciales. En ella, el Tribunal sostuvo que las pretensiones de nulidad contractual no eran materia arbitrable. A este artículo no le concierne el fondo de esta afirmación, sino las implicancias de la misma respecto a los anteriores precedentes del propio Tribunal Constitucional. En este sentido, el artículo concluye que, para dictar la sentencia en análisis, el Tribunal ha violado sus propios precedentes respecto al recurso directo de nulidad (que es el recurso específico que produjo la sentencia en comentario), respecto a la licitud de someter pretensiones de nulidad contractual a arbitramento y respecto a la producción judicial del derecho. Al tratarse de una sentencia contraria a sus propios precedentes, la misma es una sentencia arbitraria, lo que da título al presente artículo.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje, motivación judicial, orden público, nulidad contractual.

ABSTRACT: This article analyzes a ruling of the Bolivian Constitutional Tribunal from the point of view of the argumentation of the court rulings. In the ruling, the Tribunal stated that the request for contractual nullity was not a matter of arbitration. This article is not focused on the grounds of this assertion, but on its implications with respect to the precedents of same Constitutional Tribunal. In this regard, the article concludes that, to hand down the ruling in question, the Tribunal violated its own precedents for the direct recourse of nullity (which is the specific recourse that resulted in said ruling) about the legality of submitting requests for contractual nullity to arbitration and regarding the judicial production of the law. Since this ruling is contrary to its own precedents, it is an arbitrary ruling, giving rise to this article.

KEY WORDS: Arbitration, judicial motivation, public order, contractual nullity.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. STC 2471/2012-RDN.- III. Argumentación y arbitrariedad.- IV. Incumplimiento de la jurisprudencia aplicable a los presupuestos procesales del recurso directo de nulidad.- 1. Naturaleza directa del recurso directo de nulidad.- 2. Competencias materia del recurso del directo de nulidad.- 3. Legitimación activa de la Procuraduría General del Estado en sede constitucional.- 4. Norma aplicable en el tiempo para computar el plazo para ejercer el derecho de acción.- V. Incumplimiento de la jurisprudencia sobre arbitraje.- 1. Reconstrucción del concepto jurisprudencial de orden público.- 2. Licitud de someter a arbitramento pretensiones de nulidad contractual.

I. INTRODUCCIÓN.

1. El título de este artículo se explica por sí mismo. Que una decisión judicial esté justificada (argumentada) significa que goza de cierto grado de corrección racional. A contrario, que materialmente carezca de justificación, o que la justificación que ostenta vaya en desacuerdo con la jurisprudencia ya afirmada, significa que es una decisión arbitraria. Y esto es lo que se tiene acá: en la STC 2471/2012-RDN (22 de noviembre de 2012) el Tribunal Constitucional ha renegado de su propia jurisprudencia. No es que haya mutado sus líneas vigentes, sino que silenciosamente las ha rehuido. Al hacer esto, la arbitrariedad de su decisión quedó configurada. El título de este artículo viene de este hecho: contradecir la jurisprudencia propia sin modificarla expresamente es fallar arbitrariamente. Este es un estándar impuesto por el propio Tribunal Constitucional, que hace arbitraria a la sentencia en comento por tres razones: (1) por contradecir la propia jurisprudencia constitucional sobre producción judicial del derecho, en lo que se refiere a rehuir los precedentes ya establecidos; (2) por contradecir la jurisprudencia sobre el recurso directo de nulidad, en lo que se refiere a la jurisprudencia aplicable a sus presupuestos procesales; y (3) por contradecir la jurisprudencia sobre arbitraje, en lo que se refiere a la licitud de someter a arbitramento pretensiones de nulidad contractual.

2. En un Estado de Derecho toda decisión debe ser pasible de revisión judicial. Y los laudos no son la excepción. Negarlo supondría afirmar una contradicción, a saber, la validez de un producto jurídico producido extra-sistémicamente. Tal planteamiento no tiene sostén. Si los laudos son derecho, entonces no pueden exorbitar el orden constitucional. Y si la Constitución es la fuente de validez del sistema jurídico, entonces los actos contrarios a ella merecen ser invalidados. Nada de esto es problema. El problema está en defender la Constitución violándola. Y eso es

• **Horacio Andaluz Vegacenteno**

Abogado, árbitro, profesor de la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, Máster en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid), antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, Master of Laws-Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho (Harvard Law School). Domicilio postal: Casilla 4710, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. Correo electrónico: handaluz@post.harvard.edu

lo que ocurre cuando para su guarda se recurren a las vías procesales inconducentes a tal fin. Este es el problema acá. No se trata de enfrentar arbitraje y Constitución, sino de defender ambos. Y es así, porque sólo salvaguardada la Constitución puede salvaguardarse el régimen de libertades en el que entronca el arbitraje.

3. Hay críticas de dos tipos en este artículo. Las primeras se refieren a la falta de coherencia interna entre los propios argumentos de la STC 2471/2012-RDN. Puesto que no son el objeto mismo de este artículo, ellas son señaladas a tiempo de comentar descriptivamente dicha sentencia. La relevancia de hacerlas notar halla justificación en que las falacias argumentativas expresan una sutil forma de arbitrariedad judicial, que da un revestimiento de corrección racional a decisiones inconsistentes con el sistema jurídico. Bien por accidente o bien deliberadamente, tal sutileza es por igual peligrosa para el Estado de Derecho. Las segundas son las críticas fundadas en la jurisprudencia que la STC 2471/2012-RDN ha rehuido. Éstas son el objeto principal, como viene desde el título. Los párrafos tienen una sola numeración correlativa e independiente de los títulos en los que se divide el artículo. Con indiferencia de su extensión, cada párrafo se define por la unidad conceptual que conforma.

II. STC 2471/2012-RDN.

4. La STC 2471/2012-RDN es producto de un recurso directo de nulidad presentado por la Procuraduría General del Estado contra un tribunal arbitral, por el pronunciamiento de un laudo. Dos fechas relevantes son las siguientes: el laudo era de 21 de enero de 2008; el recurso directo de nulidad de 3 de agosto de 2012. El laudo fue producido en un arbitraje entre una empresa pública y una sociedad anónima, que estaban vinculadas por dos actos jurídicos: un contrato de usufructo sobre un inmueble destinado a la prestación de un servicio público, de propiedad de la empresa pública, y un contrato de venta del mismo inmueble. A arbitramento se sometieron la pretensión de resolución de ambos contratos, más la pretensión accesoria de reparación de daños y perjuicios, por parte de la sociedad anónima (demandante principal), y la pretensión de nulidad de los contratos, y también la pretensión accesoria de reparación de daños y perjuicios, por parte de la empresa pública (demandante reconvenional). Llegado el laudo, éste declaró (1) resuelto el contrato de usufructo; (2) improcedente la pretensión de resolución del contrato de venta; (3) nulo el contrato de venta con efectos retroactivos (i.e. devolución del precio); y (4) improbadada la nulidad del contrato de usufructo.

5. Contra este laudo se dirigió el recurso directo de nulidad, por las dos razones siguientes, dependiente la segunda de la primera.

(1) De un lado, la Procuraduría General del Estado argumenta que el laudo contrariaría el art. 546 del CC, que dice: "la nulidad y la anulabilidad de un contrato

deben ser pronunciadas judicialmente”. De aquí concluye que el tribunal arbitral habría ejercido impropiamente las competencias reservadas a la jurisdicción ordinaria, por el hecho de haberse pronunciado en lo sustantivo sobre las acciones de nulidad llevadas al arbitraje. En su respaldo, se apoya en decisiones previas del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Del primero, apela a la STC 209/2007-RAC (29 de marzo), porque entiende que en ella la jurisdicción constitucional ya habría dicho que la nulidad contractual era materia exclusiva de la jurisdicción ordinaria. Y apela también a la STC 49/2004-RDN (18 de mayo), porque entiende que el Tribunal habría ido más allá inclusive, reservando la nulidad contractual a la competencia exclusiva de la Corte Suprema. De la segunda, apela al AS-Sala Plena 60/2003 (29 de agosto), porque entiende que la Corte Suprema habría hecho suya la jurisprudencia constitucional referida. Hasta aquí la primera razón invocada.

(2) De otro lado, la Procuraduría argumenta que el laudo se habría pronunciado sobre materia no arbitrable, por tres razones. (i) El objeto del contrato de venta era la traslación del dominio propietario de un inmueble que requeriría de autorización legislativa para su venta. De aquí deriva que dicho inmueble no era disponible, de lo que concluye que el laudo se habría pronunciado sobre derechos indisponibles. (ii) El contrato de venta no podía ser materia arbitrable, porque entiende que se refería a derechos que afectaban al orden público. Por todo argumento, se limita a sostener que la sanción de nulidad es un asunto que concierne a tal orden. (iii) El tribunal arbitral habría decidido sobre un asunto concerniente a las funciones del Estado como persona de derecho público, porque al decidirse la nulidad de la venta habría desconocido el poder de imperio de éste. Hasta aquí los argumentos de la Procuraduría, tal como fueron tomados por la STC 2471/2012-RDN (párrafo I.I.I).

6. Dos comentarios al respecto.

(1) Lastima cuestiones de la más básica juridicidad el hecho que la misma parte que demandó la nulidad de los contratos sea la que luego denuncie la nulidad del laudo por pronunciarse sobre las pretensiones que ella misma llevó al arbitraje. La aceptación de las reglas a conveniencia no es plausible en un Estado de Derecho. Para situaciones así, el derecho anglo-americano conoce el *estoppel*, que impide que una parte haga una alegación contraria al sentido objetivo de su anterior conducta. A diferencia de la doctrina de los actos propios desarrollada por la tradición civil, el *estoppel* no crea, modifica ni extingue un acto jurídico: su eficacia es procesal, actúa como un medio de defensa que hace inadmisibles en juicio la alegación contraria al acto propio. Pero, al igual que la doctrina de los actos propios, el *estoppel* es también una derivación de la regla *venire contra factum proprium non valet* (no es lícito actuar

en contra de los propios actos)¹. Por tanto, en la medida que es una consecuencia de racionalidad práctica derivada de la buena fe, todo sistema jurídico que reconozca a la buena fe como principio podrá jurisprudencialmente desarrollar el *estoppel* como una aplicación del mismo². Hasta aquí el primer comentario.

(2) El segundo: la jurisprudencia alegada no es precedente constitucional a favor de que la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos sea materia reservada excluyentemente a favor de la jurisdicción ordinaria, por lo siguiente. (i) En la STC 209/2007-RAC el Tribunal Constitucional decidió una acción de amparo demandada por la misma sociedad anónima que luego sería parte en el arbitraje. Los hechos: funcionarios del Ministerio Público, auxiliados por oficiales de la Policía Boliviana y del Ejército, tomaron el control efectivo del mismo inmueble que había sido materia

- 1 En esta regla también toma fundamento la doctrina constitucional de los actos consentidos. Pero esta doctrina no es un *estoppel*, porque no opera impidiendo procesalmente una pretensión, sino extinguiendo el derecho reclamado. Véase a continuación el razonamiento del Tribunal Constitucional y nótese el contenido sustantivo de la doctrina en cuestión, que atribuye su fundamento a la dejación de un derecho: “[la doctrina de los actos consentidos] tiene su fundamento en el respeto al libre desarrollo de la personalidad, lo que significa que toda persona puede hacer lo que desee en su vida y con su vida sin que la Sociedad o el Estado puedan realizar intromisiones indebidas en dicha vida privada; pues se entiende que toda persona tiene la absoluta libertad de ejercer sus derechos de la forma que más convenga a sus intereses, con la sola condición de no lesionar el interés colectivo o los derechos de las demás personas, por lo mismo, frente a una eventual lesión o restricción de su derecho fundamental o garantía constitucional la persona tiene la libertad de definir la acción a seguir frente a dicha situación, ya sea reclamando frente al hecho ilegal, planteando las acciones pertinentes o, en su caso, de consentir el hecho o llegar a un acuerdo con la persona o autoridad que afecta su derecho, por considerar que esa afección no es grave y no justifica la iniciación de las acciones legales correspondientes” (STC 1890/2012-AAC, 12 de octubre, párrafo III.2.2). Ahora compárese este razonamiento con el siguiente, propio del *estoppel*: “Es una regla jurídica bien establecida que el error no puede ser alegado como vicio del consentimiento si quien consintió contribuyó con su propia conducta al error o pudo haberlo evitado o, si las circunstancias lo permitían, pudo haberse enterado de ese posible error” (Corte Internacional de Justicia, asunto *Templo de Preah Vihear, Camboya c. Tailandia*, 1962). Compárese ambos razonamientos y se notará que el segundo no tiene eficacia sustantiva. No sostiene la extinción de un derecho, sino la imposibilidad de reclamar por un derecho a causa de una conducta propia. Se trata de un medio de defensa procesal, mientras que el acto propio de la tradición latina opera como un medio de defensa material. Una ventaja del razonamiento procesal del *estoppel* es que no genera la inexacta imagen de estar convalidando la validez de un acto viciado a través del consentimiento tácito, que en algunas ocasiones genera el razonamiento sustantivo de la doctrina de los actos propios. Ejemplo de esto es la STC 1/2013-L (4 de enero), en la que el Tribunal Constitucional afirma que la doctrina de los actos consentidos no se aplica a las nulidades absolutas, definiendo a éstas como aquellas producto de la violación a normas imperativas de procedimiento (párrafo III.4). El razonamiento subyacente en esta afirmación es la eficacia sustantiva de los actos propios. Si por el acto propio se puede crear, modificar o extinguir un derecho, entonces la doctrina sólo es aplicable a los actos que caen bajo el poder de disposición de los particulares. En consecuencia, como las normas procesales no son de libre disponibilidad, el consentimiento tácito manifestado en la inacción de una parte no puede extinguir su derecho. Hasta aquí claro. Pero, bien visto, la inacción de la parte no habrá extinguido su derecho, pero sí causado que, por efecto de la preclusión, el acto procesal vulneratorio de las normas de procedimiento ya no pueda ser revisado. Vale decir, el resultado es el mismo: la imposibilidad de atacar el acto y su firmeza por dicho motivo. La diferencia estriba en el razonamiento que lleva a esa conclusión: si se trabaja con el *estoppel*, será esta doctrina por sí sola la que sirva de sustento, porque como no tiene eficacia sustantiva, su aplicación no supone para el pensamiento jurídico la inexactitud de aparecer imponiendo como condición convalidatoria de validez un presupuesto no contemplado para la formación del acto. En cambio, si se trabaja con la doctrina de los actos propios, su aplicación llevaría al absurdo de postular que un acto que no requiere para su formación el consentimiento expreso de una parte, puede ser convalidado por su consentimiento tácito. Como tal conclusión no puede sostenerse, el pensamiento jurídico debe rechazarla, como lo ha hecho la STC 1/2013-L. Y en su auxilio debe recurrirse a un instrumento netamente procesal: el de la preclusión, que por igual impide atacar el acto por haber vencido la oportunidad para hacerlo. Si de dos vías una es la más corta, pareciera que el pensamiento jurídico debiera decantarse por ella, como exigencia de limpieza intelectual para abordar el mismo objeto.
- 2 Por lo demás, tampoco significaría la introducción *ex novo* de un contenido en el sistema jurídico, ya que en el ordenamiento nacional hay antecedentes de legislativos de *estoppel*, como la prohibición a los cónyuges de fundar la acción de divorcio en su propia falta (art. 134 del CF).

de usufructo y de venta entre esta sociedad anónima y la empresa pública (la misma empresa que luego sería parte en el arbitraje). Luego entregaron el inmueble a la empresa pública, destituyeron al administrador de la sociedad anónima y designaron a un interventor. Y todo esto sin orden judicial alguna. Como justificativo a tiempo del amparo, los recurridos alegaron que la venta del inmueble en cuestión era ilegal. Y es acá que el Tribunal sostuvo que la declaratoria de nulidad no correspondía a la jurisdicción constitucional, sino a la jurisdicción ordinaria (párrafo III.2). En el contexto, lo que el Tribunal está diciendo es que no le compete al Ministerio Público decidir sobre la validez de los actos jurídicos. De ahí que hubiese concluido que la actuación de los funcionarios de esta dependencia constituyó una vía de hecho atentatoria de los derechos constitucionales de la sociedad anónima (párrafo III.3). Pero el Tribunal no dijo que la declaratoria de nulidad no pudiese ser objeto de arbitramento, porque la pretensión específica materia de amparo versaba sobre la actuación de los funcionarios del Ministerio Público, no sobre la competencia de jurisdicción primaria alguna. (ii) La STC 49/2004-RDN y el AS-Sala Plena 60/2003 fueron pronunciados como incidencias en un asunto por cuya emergencia se pronunciaron en total cinco decisiones judiciales: tres del Tribunal Constitucional y dos de la Corte Suprema. El caso: el Ministerio de Defensa demandó en la Corte Suprema la nulidad de un contrato entre dicho despacho y una empresa privada. La empresa privada excepcionó la competencia de la Corte, alegando la existencia de una cláusula arbitral. Pero la Corte razonó que la declaratoria de nulidad era asunto propio de la jurisdicción ordinaria y que, tratándose de un contrato con el Poder Ejecutivo, correspondía a esa instancia la sede. Para lo primero se sustentó en el art. 546 del CC y para lo segundo en los arts. 775 a 777 del CPC. Este fue el AS-Sala Plena 60/2003 (29 de agosto). En vía paralela, el Ministerio de Defensa demandó en acción de amparo al tribunal arbitral que se había formado a partir de la demanda presentada por la empresa privada. Como la LAC dice que se pueden seguir con las actuaciones arbitrales "mientras la excepción [de incompetencia] esté en trámite ante el juez" (art. 12.IV), el Tribunal Constitucional decidió que el tribunal arbitral era competente en tanto no se pronunciase la Corte Suprema (STC 1424/2003-RAC, 29 de septiembre). Luego el Ministerio de Defensa demandó en recurso directo de nulidad las actuaciones arbitrales producidas después de la declaratoria de competencia de la Corte Suprema. Como para ese momento ya se sabía del AS-Sala Plena 60/2003, el Tribunal Constitucional declaró nulas las actuaciones demandadas (STC 49/2004-RDN, 18 de mayo). Ya afirmada su competencia, la Corte Suprema se pronunció sobre el fondo del asunto, declarando la nulidad del contrato en cuestión (AS-Sala Plena 148/2004, 19 de noviembre). Para terminar, la empresa privada demandó en amparo constitucional este último auto supremo. Pero el Tribunal encontró que en la resolución del fondo del asunto no se habían vulnerado sus derechos constitucionales. Y, sobre el asunto de la competencia, encontró que había ya decisiones firmes que lo hacían irrevisable (STC 631/2006-RAC, 30 de junio). Hasta aquí el caso. Pero ninguna de estas sentencias es precedente constitucional en

sentido que la declaratoria de nulidad sea competencia reservada excluyentemente a favor de la jurisdicción ordinaria, por dos razones. (i) Porque jamás se controvertió en la jurisdicción constitucional que la declaratoria de nulidad pudiese ser materia de arbitramento (la participación del Tribunal Constitucional no fue para pronunciarse sobre la competencia de una jurisdicción primaria). (ii) Porque la única decisión que afirma que la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos es competencia de la jurisdicción ordinaria (el AS-Sala Plena 60/2003) es en sí misma una decisión arbitraria, porque, igual que la STC 2471/2012-RDN, es una decisión que rehuyó la aplicación de la jurisprudencia constitucional vigente a tiempo de su dictado, como se verá en el párrafo 29 (queda al margen el hecho obvio que un fallo de la jurisdicción ordinaria no es precedente producido por la jurisdicción constitucional).

7. Llegado el tiempo de resolver, el Tribunal Constitucional comenzó elaborando sobre cuatro cuestiones de naturaleza procesal involucradas en el caso.

(1) Abrió su motivación refiriéndose a la naturaleza jurídica del recurso directo de nulidad. Al respecto, dijo que el mismo tutelaba la garantía de competencia y que sancionaba con su nulidad a los actos producidos *ultra vires*. Su retórica en este aspecto fue general e insuficiente. General, porque se limitó a explicitar el texto del art. 122 de la CPE, que dice que los actos producidos sin competencia son nulos. E insuficiente, porque no elaboró respecto al carácter directo del recurso en cuestión, que es precisamente lo que define su entidad jurídica procesal. Lo único que podría asumirse como una motivación referente al caso concreto es la cita subrayada que hizo del art. 157 de la LTCP, en lo referido a que el recurso procede contra los actos “de quien ejerza jurisdicción o potestad que no emane de la ley” (párrafo III.1). Pero esta inferencia dista mucho de satisfacer la obligación de explicar los fundamentos del caso en análisis, que corresponde a todo tribunal.

(2) Luego el Tribunal justificó la legitimación de la Procuraduría General del Estado para accionar en este caso. Su explicación fue textualista: ya que el art. 231 de la CPE dice que la Procuraduría puede actuar en defensa de los intereses del Estado como sujeto procesal de pleno derecho en todas las acciones judiciales y administrativas, interponiendo recursos ordinarios y acciones de defensa, entonces puede, sin necesidad de decir más, accionar en este caso (párrafo III.2.1).

(3) Del hecho que la demanda estuviese dirigida contra el tribunal arbitral, el Tribunal razonó que el recurso directo de nulidad también es aplicable a los particulares que ejerzan una función de relevancia pública, porque “el ejercicio competencial o jurisdiccional puede en su caso ser de relevancia bajo la perspectiva del orden público, como sucede en el caso de autos” (párrafo III.2.2). La cita adelanta un criterio de excepción: no está definiendo el objeto de la pretensión del recurso directo de nulidad a partir de la garantía de competencia (i.e. es materia del recurso la violación a dicha garantía), sino a partir de la importancia (“relevancia”) de la competencia

ejercida. Dos cosas al respecto: si lo que define al objeto de la pretensión del recurso directo de nulidad es la relevancia de la competencia comprometida, entonces (i) su naturaleza jurídica es distinta a la que refirió el Tribunal en la misma sentencia; y (ii) es reprochable que el Tribunal no se detuviese a explicar lo que hace relevante a una competencia como para que su transgresión califique como objeto del recurso directo de nulidad: desde el punto de vista de la justificación de las decisiones judiciales, motivar respecto del objeto de la pretensión parece una exigencia impuesta por el puro sentido común, porque de la claridad jurisprudencial de su definición depende el destino de la acción.

(4) Finalmente, sobre el plazo de presentación del recurso directo de nulidad, se construyó el siguiente argumento: (i) el plazo aplicable a esta acción en particular estaba reglado por la LTCP y era de seis meses a partir de la notificación o de la ejecución del acto denunciado (art. 159); (ii) aunque entre la fecha del laudo (21 de enero de 2008) y la fecha del recurso (3 de agosto de 2012) hay más de seis meses, el ejercicio de la acción no había caducado aún, porque la Procuraduría General del Estado conoció recién del laudo el 13 de julio de 2012, cuando le fue comunicado por el Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda (párrafo III.2.3). De momento lo siguiente: si el plazo comenzaba a correr a partir de que la Procuraduría tomase conocimiento, entonces su participación en el caso no sería en representación del Estado, sino a nombre propio. Para que los fundamentos 2 y 4 guardasen coherencia entre sí, o bien la Procuraduría actuaba como representante del Estado y el plazo estaba caducado, o bien actuaba a nombre propio y el plazo estaba vigente, pero no las dos cosas a la vez.

8. Para llegar a que la declaratoria de nulidad del contrato de venta fue una actuación arbitral contraria al orden público por arrogarse competencias reservadas a la jurisdicción ordinaria, el Tribunal dio dos argumentos.

(1) Comenzó por lo obvio: el carácter arbitrable de una controversia (párrafo III.3). Para esto, se sirvió primero de los arts. 3, 6 y 63.I de la LAC, para concluir en la imposibilidad de arbitrar controversias sobre (i) "materias expresamente excluidas", (ii) "derechos sobre los cuales no se puede pactar libremente", y (iii) "indisponibilidad de aspectos vinculados al orden público que sólo pueden ser dilucidados por la jurisdicción estatal" (arbitrabilidad objetiva, párrafo III.3.a). Esta clasificación es redundante. Lo es, porque las "materias expresamente excluidas" son aquellas que "no se pueden pactar libremente" y que "sólo pueden ser dilucidadas por la jurisdicción estatal", como queda de la literalidad de los arts. 3 y 6 de la LAC. Para no repetirse doblemente, hubiese bastado con referirse al género (i.e. "materias expresamente excluidas"), sin escindirlo innecesariamente en sus propias especies. Hecho esto, el Tribunal tomó el art. 4 de la LAC para decir que el Estado puede someter sus controversias sobre derechos disponibles a arbitramento (arbitrabilidad subjetiva, párrafo III.3.b).

(2) Dicho esto, siguió refiriéndose al régimen de nulidad de los contratos. Sobre éste, dijo que los vicios de nulidad se producen cuando se transgreden normas imperativas, que como tales suponen una limitación a la libre autonomía de la voluntad. Hasta aquí bien. Pero luego tomó en equivalentes las normas imperativas, cuya violación produce un vicio de nulidad, con el orden público. Y de esto concluyó ("por lo cual", dijo, párrafo III.4) que la declaratoria de nulidad correspondía únicamente a la jurisdicción ordinaria, citando al efecto el art. 546 del CC. Hasta aquí dos cosas: (i) la equivalencia entre orden público y normas imperativas revela que el Tribunal desconoce la distinción entre orden público interno y orden público internacional; y (ii) que el régimen de nulidades nazca de normas imperativas no quiere decir, por vía de deducción, que su declaratoria esté reservada al Estado: todo lo que quiere decir es que dicho régimen no admite excepción de pacto en contrario y que, por consecuencia, quien conozca de una acción de nulidad está obligado a aplicar tales normas imperativas. La competencia para declarar la nulidad de un acto jurídico es un asunto de derecho positivo y es con esto que tiene que lidiar el Tribunal, a partir del art. 32.II de la LAC, que dice: "La decisión arbitral que declare la nulidad de un contrato no determinará de modo necesario la nulidad del convenio arbitral". Enfrentado con esta norma, el Tribunal Constitucional dice que ella "permitiría entrever" (párrafo III.4) que la declaratoria de nulidad puede ser materia de arbitramento, pero que una interpretación sistemática no avala esto. Según tal interpretación, (i) como el CC dice que la nulidad sólo puede ser declarada judicialmente, entonces nadie más que los jueces puede declararla; y (ii) como la anterior afirmación vacía de contenido al art. 32.II de la LAC, el Tribunal dice que ese artículo se refiere al régimen de nulidades pactadas contractualmente. Sobre esto último: si en el mismo párrafo III.4 el propio Tribunal está diciendo que el régimen de nulidades nace de normas imperativas y las casa con el orden público, entonces según su propio razonamiento no puede haber un régimen de nulidades que nazca de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, como de hecho no lo hay, porque la declaratoria de nulidad importa la pérdida de validez y sólo puede condicionar la validez una fuente con anterioridad lógica-normativa a la fuente cuya validez deriva de ella; de ahí que el régimen de nulidades venga de la misma fuente que condiciona la validez de los contratos, que para el caso es el CC.

9. Así fue como se llegó a la declaratoria de nulidad del laudo, pero con una disidencia. Al votar, la magistrada Chanéz Chire disintió (1) del plazo de presentación del recurso y (2) de la legitimación de la Procuraduría General del Estado para accionar. Aunque aparentan ser dos fundamentos independientes, se trata en puridad de uno solo, el primero, respecto del cual el segundo es un argumento de consecuencia, como lo advierte la propia disidencia (párrafo I). (1) Del plazo, da por bien hecho que la mayoría lo hubiese regido por la LTCR, pero disiente de su cómputo. A su juicio, los seis meses que dicha Ley establece para el ejercicio de la acción habrían ya caducado a tiempo del recurso directo de nulidad (párrafo II.3).

(2) De la legitimación de la Procuraduría, no controvierte su competencia para representar al Estado, pero sí que la haya ejercido fuera de plazo (párrafo II.4). Aplicados estos argumentos al caso, concluye que, para el tiempo de presentación del recurso directo de nulidad, el laudo arbitral ya gozaba de la inmutabilidad propia de las decisiones sobre las que recae la calidad de cosa juzgada. Ergo, la Procuraduría no podía accionar contra una decisión que el ordenamiento procesal había declarado firme y definitiva. Y ya que se dio lugar al recurso a pesar de haber caducado el derecho para su accionamiento, dice que (1) le es preocupante los efectos que pueda tener una “interpretación lesiva para la estabilidad del ordenamiento jurídico”; y (2) que la interpretación de la mayoría “corre el riesgo de abrir un precedente incierto, que origine un escenario de estado de indefensión no querido por el orden constitucional” (párrafo II.5). Los dos son temores fundados.

III. ARGUMENTACIÓN Y ARBITRARIEDAD.

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

11. La justificación de las decisiones significa control democrático sobre los tribunales por dos razones.

(1) Porque es la precondition de toda segunda instancia y de toda vía recursiva. Aquí los afectados accionan fundándose en la justificación de la decisión objetada. Piden que un órgano autorizado para enjuiciar los actos de otro se pronuncie al respecto. Se trata del sistema de frenos y contrapesos aplicado *intra organum* y promovido como contenido de una pretensión procesal. Constituye el derecho a obtener una sentencia fundada, que nace de la tutela judicial efectiva y del

debido proceso (art. 115 de la CPE). Ya estaba suficientemente afirmado en la jurisprudencia (i) la relación entre motivación, debido proceso y tutela judicial efectiva; (ii) que el cumplimiento de la exigencia de motivar se medía por su cometido constitucionalmente asignado de proporcionar conocimiento material efectivo sobre las razones de la decisión; y (iii) que la carencia de motivación significaba comisión de acto arbitrario (por todas, STC 1163/2006-RAC, 20 de noviembre, párrafo III.2; y STC 937/2006-RAC, 25 de septiembre, párrafo III.3.1). Esto no ha variado (por todas, STC 2212/2010-AAC, 19 de noviembre, párrafo III.3; y STC 275/2012-AAC, 4 de junio, párrafo III.2.1). La reafirmación de la jurisprudencia ha llevado (i) a enfatizar la mayor importancia que tiene la motivación cuando se está ante un tribunal de cierre (STC 2210/2012-AAC, 8 de noviembre, párrafo III.1) y (ii) a determinar el contenido esencial del derecho a obtener una sentencia fundada a partir del *telos* propio de la justificación de las decisiones en el Estado de Derecho. Con esto, la motivación ha adquirido corporeidad propia, que redundará en su garantía. Como su autonomía normativa viene de los fines que debe cumplir; para el respeto de su contenido esencial las decisiones deben (i) expresar el sometimiento manifiesto a la Constitución y al derecho ordinario en general; (ii) convencer de que la decisión es expresión de justicia, razonabilidad y congruencia con lo pedido, y no fruto de la arbitrariedad; (iii) garantizar la posibilidad de control de la decisión por los medios de impugnación respectivos; y (iv) permitir el control de democrático de los tribunales (STC 2221/2012-AAC, 8 de noviembre, párrafo III.1).

(2) Porque es la precondition para la creación judicial del derecho. Un precedente se afirma por la fuerza de su justificación y se lo cambia cuando la fuerza de otra justificación articula mejor en el sistema jurídico. Acá la justificación de las decisiones judiciales es una exigencia que viene del derecho a la igualdad ante la ley (arts. 8.II y 14.III) y de la garantía de seguridad jurídica (art. 178.I). En un inicio el Tribunal Constitucional no tuvo esto en claro. Su argumento para fundar la obligatoriedad de sus precedentes tomaba apoyatura en su Ley de organización (STC 1781/2004-RAC, 16 de noviembre, párrafo III.1), sin advertir lo denigrante de tal razonamiento para la supremacía constitucional. Si para ser vinculantes los precedentes necesitan de una ley, entonces sería la ley la fuente suprema del ordenamiento y no la Constitución. Pero esto ha sido enmendado por el propio Tribunal. En la STC 846/2012-AAC (20 de agosto, párrafo III.3) el Tribunal (i) afirmó el valor de la jurisprudencia como fuente directa del derecho; (ii) fundó su fuerza vinculante en la igualdad y en la seguridad jurídica; (iii) reconoció la importancia de los precedentes para la unidad y coherencia del ordenamiento; (iv) recordó que los cambios jurisprudenciales deben estar fundados en interpretaciones que acomoden mejor con la Constitución; (v) respecto al cambio de precedentes, sostuvo que puede hacerse con la "motivación suficiente" (i.e. no rehuirlos silenciosamente, párrafo III.3.I.d); (vi) diferenció entre precedente y *dicta*; (vii) afirmó la aplicación inmediata en el tiempo de la jurisprudencia; (viii)

introdujo el concepto de *prospective overrule*; y (ix) hizo pedagogía acerca de la aplicación e invocación de sus precedentes.

12. La argumentación de una decisión exige una rigurosa economía del razonamiento jurídico, que por criterio de razón suficiente evite cuestiones impertinentes al asunto en cuestión. La adecuada justificación de las decisiones judiciales comienza por distinguir entre casos fáciles y difíciles. (1) Son fáciles los casos cuyas premisas normativas y fácticas no son controversiales. Puesto que sus premisas son convencionalmente aceptadas, se producen conclusiones racionalmente aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo. Por esto, el razonamiento deductivo es suficiente para justificar la decisión. Esta es una justificación formal o de primer nivel. Aquí el silogismo de Beccaria basta³. (2) Son difíciles los casos cuyas premisas no son convencionalmente aceptadas. (i) Tratándose de sus premisas normativas, esto puede deberse a problemas de relevancia o de interpretación. Son problemas de relevancia las dudas sobre la determinación de la norma aplicable o sobre su propia existencia. Los problemas de interpretación suponen dudas sobre el significado jurídico de la norma aplicable. (ii) Tratándose de las premisas fácticas, que no sean convencionalmente aceptadas puede deberse a problemas de prueba o de calificación. Se llaman problemas de prueba a las dudas sobre la existencia de los hechos requeridos para hacer operativa la hipótesis de la norma. Y son problemas de calificación las dudas sobre la determinación del significado jurídico de un hecho probado.

13. Desde el punto de vista de la argumentación, el razonamiento deductivo es insuficiente para justificar la decisión de un caso difícil. Aquí, a la lógica formal (justificación de primer nivel), debe sumársele criterios de razonabilidad (justificaciones de segundo nivel). De esta manera, cada premisa problemática debe justificarse en criterios que sostengan la corrección racional de la decisión tomada. Hecho esto, la justificación formal puede ejecutarse. En este sentido, el razonamiento deductivo no sólo describe los casos fáciles, sino también los difíciles. No hay caso en que la decisión judicial, desde que es aplicación del derecho, no vaya de una norma general a una particular. El problema está en determinar las premisas del silogismo. Una vez justificadas, la decisión podrá describirse como un proceso deductivo. Necesitándose justificaciones de segundo nivel, decidir un caso difícil en base a una justificación de primer nivel es abusar de la deducción. La decisión descansaría en un razonamiento formalista, una degeneración del pensamiento formal. El formalismo es el error de no darse cuenta que la decisión necesita de justificaciones de segundo nivel. Es el caso del juez que ignora que está ante una laguna y que le corresponde su integración, o que ignora que está ante una antinomia y que su decisión debe

3 Refiriéndose al derecho penal, decía BECCARIA: "En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena" [BECCARIA, C.: *De los delitos y de las penas*. Madrid (1974): Aguilar, p. 76].

eliminarla. Como efecto, el formalismo corre en contra de la aceptación racional de la decisión. Y, al contrario, decidir un caso fácil en base a una justificación de segundo nivel es caer en un error sustantivista. Éste es una degeneración del pensamiento sustantivo (material). El error consiste en no darse cuenta que el razonamiento deductivo es suficiente para justificar la decisión⁴.

14. Para MacCormick⁵ los criterios de razonabilidad para la construcción de justificaciones de segundo nivel son tres.

(1) La universalidad, que no es nueva en el pensamiento jurídico: donde hay identidad de razón debe haber identidad de derecho (*ubi eadem ratio iuris, ibi eadem legis dispositio*). Supone dar el mismo tratamiento a todos los casos cuyas premisas sean las mismas, y tratar de modo distinto a los que tengan premisas diferentes. Implícitamente, este es el razonamiento que ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar la obligación de una “protección constitucional reforzada de los derechos de las personas pertenecientes a sectores en condiciones de vulnerabilidad” (STC 846/2012-AAC, 20 de agosto, párrafo III. I). La universalidad de una decisión descansa, a su vez, en una decisión previa: la determinación de las premisas relevantes del caso y la determinación de las premisas relevantes de los casos con los que será confrontado.

(2) La coherencia, que (i) cuando se refiere a las premisas normativas significa que la justificación no es antinómica con las normas del sistema jurídico, o inconsistente con los valores implícitos que lo unifican. Consecuencia práctica inmediata de esto es la revisión de la legalidad ordinaria en vía de amparo, cuando la “labor interpretativa resultare insuficientemente motivada, arbitraria, incongruente, absurda e ilógica o con error evidente” (STC 832/2012-AAC, 20 de agosto, párrafo III.4). (ii) Cuando se refiere a las premisas fácticas, la coherencia significa que la prueba y calificación de los hechos debe estar en conformidad con las leyes científicas aplicables y con los datos convencionalmente aceptados por la experiencia. Aquí, la consecuencia práctica inmediata es la revisión constitucional de la valoración de la prueba, cuando “exista apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir” (STC 832/2012-AAC, 20 de agosto, párrafo III.5).

(3) Y la consecuencia, que conlleva considerar las consecuencias de la decisión según los valores adoptados por el sistema jurídico. La decisión cuyas consecuencias mejor sirvan a estos valores estará mejor justificada. Su fuerza justificatoria está en relación directa con los objetivos sociales que persigue el sistema. Por tanto, las

4 Las definiciones de formalismo y sustantivismo son de АТІУАН, P.S., y SUMMERS, R.S.: *Form and Substance in Anglo-American Law*. Nueva York (1987): Clarendon Press, p. 28.

5 Cf. MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Nueva York (1978): Clarendon Press. En la bibliografía nacional puede consultarse TALAVERA, P.: *Interpretación, integración y argumentación jurídica*. Santa Cruz (2008): El País, pp. 205-269.

justificaciones de consecuencia son adecuadas si contribuyen con tales objetivos. Ya esto ha venido haciéndose cerca de una década atrás, desde que el Tribunal Constitucional explicitó la aplicación directa de los principios y valores superiores del ordenamiento (STC 1846/2004-RAC, 30 de noviembre, párrafo III.2). Este ha sido el razonamiento, por ejemplo, detrás de la decisión de permitir que en los supuestos de tutela por medidas de hecho se flexibilicen las reglas de legitimación pasiva, cuando quien acude en amparo no pueda identificar a sus demandados (STC 1478/2012-AAC, 24 de septiembre, párrafo III.1.2). De no permitirse esta excepción, el ordenamiento estaría trabajando a favor de su propia ruptura, premiando con la imposibilidad de ser demandado a quien lo quebranta por un acto de fuerza patente, beneficiándolo así con su propio ilícito.

15. Hasta aquí la jurisprudencia en materia de argumentación. A partir de ella, dos cosas pueden decirse respecto a la justificación de las decisiones judiciales en la jurisdicción constitucional: (1) el Tribunal Constitucional arrastra una consolidada tradición garantista respecto a que la justificación de las decisiones judiciales enraíza en el derecho a la tutela judicial efectiva y en la garantía del debido proceso; y (2) tal tradición va a la par, cuando menos, de las opiniones doctrinales comúnmente aceptadas en la materia. Esta es la altura de la valla que el propio Tribunal ha erigido. Contra ella tiene que medirse la justificación de su STC 2471/2012-RDN.

IV. INCUMPLIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA APLICABLE A LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DEL RECURSO DIRECTO DE NULIDAD.

I. Naturaleza directa del recurso directo de nulidad.

16. El recurso directo de nulidad es, por definición, directo. Su entidad procesal quedó definida por el AC 426/2001-CA (1 de noviembre), que dijo que el recurso directo de nulidad sólo procedía para “aquellos supuestos en los que no es posible obtener la reparación del agravio por no prever el orden legal otro medio de impugnación”. Desde que es tal (directo), el recurso directo de nulidad no supone el agotamiento de ninguna vía procesal previa (subsidiaridad), habida cuenta que sólo procede ante la falta de previsión de vías por parte del sistema jurídico. A contrario, de haber una vía que remedie la garantía de competencia, ésta excluye la procedencia del recurso. Esto ha sido recientemente reiterado por el Tribunal Constitucional, a propósito de reencausar un precedente suyo en el que había equiparado la naturaleza directa del recurso en comentario con el carácter subsidiario de la acción de amparo constitucional⁶. Al corregir el equívoco, el Tribunal dijo: “el recurso directo de nulidad, no se rige por el principio de subsidiariedad por lo que a diferencia de la acción de amparo constitucional y conforme se extrae de

6 Se trata de la STC 99/2010-RAC (10 de mayo), que dijo: “[para la procedencia del recurso directo de nulidad] se deben agotar previamente los mecanismos internos efectivos para la restitución de la garantía de competencia” (párrafo III.7).

su propia denominación para su planteamiento no requiere agotar las instancias intra-procesales pero a la vez este recurso, no puede ser sustitutivo de los recursos intra-procesales ordinarios" (STC 693/2012-AAC, 2 de agosto, párrafo III.2). Esto no quiere decir que en estos casos la garantía de competencia no pueda ser amparada por la jurisdicción constitucional. Todo lo que quiere decir es que no puede serlo por la vía del recurso directo de nulidad. Para los casos en los que la garantía de competencia tiene remedios previstos en el ordenamiento, su agotamiento es condición para el ejercicio de la acción de amparo: un remedio procesal distinto al recurso directo de nulidad, que no tutela la garantía de competencia en sí misma, sino que repara los daños que la actuación incompetente hubiese generado en los derechos de orden constitucional. Para el caso del arbitraje, el ordenamiento ordinario ha dispuesto mecanismos de salvaguarda de la garantía de competencia, que, por consecuencia, son excluyentes del recurso directo de nulidad. Tal es el caso de la excepción de incompetencia por (1) inexistencia de materia arbitrable; (2) inexistencia del convenio arbitral; (3) nulidad del convenio; (4) caducidad del mismo; y (5) exceso en el mandato del tribunal arbitral (art. 33 de la LAC). Y es el caso del recurso de anulación contra el laudo por (1) pronunciarse sobre materia no arbitrable; (2) existencia de casos de nulidad o anulabilidad del convenio arbitral; (3) referencia a controversias no previstas en el convenio arbitral o resueltas en exceso del mismo; y (4) emisión del laudo fuera de plazo (arts. 63.I.1, 63.II.1, 63.II.4 y 63.II.7 de la LAC). En todos estos supuestos la razón de la pretensión para accionar el medio de defensa específico es la misma: la actuación sin competencia del tribunal arbitral. Todo lo que varía en cada uno de ellos es la causa de dicha incompetencia, que es lo que da a cada supuesto su autonomía normativa (vg. incompetencia por inexistencia de materia arbitrable, incompetencia por nulidad del convenio, o incompetencia por laudo fuera de plazo). Por tanto, si lo que se quiere es accionar contra un laudo en la jurisdicción constitucional por haber violentado la garantía de competencia, deberá hacerse a través de la acción de amparo, pidiendo que se repare el daño que la actuación incompetente produjo en los derechos de orden constitucional (que para el caso será la garantía al debido proceso), y previo ejercicio de la excepción dicha y del correlativo recurso de anulación, cuya causal deberá guardar identidad con el supuesto alegado para excepcionar incompetencia. Pero la vía no es el recurso directo de nulidad, que queda de inicio excluida al haber en el ordenamiento que gobierna el arbitraje medios previstos para tutelar la garantía de competencia.

2. Competencias materia del recurso del directo de nulidad.

17. Acordemos lo siguiente: competencia y capacidad tienen el mismo significado, pero ámbitos distintos de aplicación. Ambos significan una habilitación del sistema jurídico para hacer algo, un poder. Son el contenido específico de una regla secundaria, que autoriza a introducir, modificar o aplicar el derecho vigente (*power conferring rules*). Quienes están habilitados para hacer esto tienen poderes normativos. En el

derecho privado los poderes normativos se denominan capacidad; en el derecho público, competencia⁷. Las cosas por su naturaleza: un tribunal arbitral no es un poder constituido, por tanto, la habilitación normativa que recibe de la LAC con el nombre de competencia es por su entidad una capacidad, la capacidad de arbitramento, que es tal porque se desenvuelve en el ámbito del derecho privado, como consecuencia del derecho a arbitrar. Ahora esto: el recurso directo de nulidad está para guardar las competencias de fuente constitucional (no legal) de los poderes constituidos: "ha de entenderse que el recurso directo de nulidad tiene como finalidad declarar la invalidez de aquellos actos de cualquier persona o autoridad que usurpe funciones que se arroga sin que la Constitución Política del Estado le confiera tal autoridad. En ese contexto, son funciones del Estado, primero, aquellas que son propias de los órganos del poder público como las de juzgar (Órgano Judicial), Legislar (Órgano Legislativo) o administrar (Órganos Ejecutivo y Electoral); segundo, los que fungen, conforme prevé el art. 12.II de la CPE, las funciones de control (Contraloría), defensa de la sociedad (Ministerio Público y Defensoría del Pueblo) o defensa del Estado (Procuraduría), y finalmente, tercero, otros órganos a los que la Norma Suprema expresamente les asigna determinadas funciones" (STC 265/2012-RDN, 4 de junio, párrafo III.2). Hasta aquí bien, porque el recurso directo de nulidad es un medio de defensa de la Constitución, no de la legalidad ordinaria. Pero este es el problema: el hecho de dictar un laudo no es materia del recurso directo de nulidad, porque (1) no es producido por un órgano constitucional en cumplimiento de una competencia pública nacida de la Constitución, sino que (2) es producido por particulares en ejercicio de una capacidad delegada por el derecho a arbitrar que ostentan las partes. Y, como es producido por particulares, es producido por quienes están excluidos de ser sujetos pasivos del recurso directo de nulidad: "las resoluciones emanadas de entidades privadas o personas particulares, (...) al no estar investidas de autoridad pública, no pueden (...) impugnarse a través del recurso directo de nulidad" (STC 276/2010-RAC, 7 de junio, párrafo III.6). Aquí debe distinguirse el derecho a arbitrar, del que deriva la capacidad de arbitramento (derecho privado), del poder de jurisdicción, que corresponde al Poder Judicial (derecho público).

18. El arbitraje es un derecho, no una competencia pública, y es de fuente constitucional, porque deriva de la propiedad privada (art. 56 de la CPE). Deducir un derecho en la vía arbitral es en naturaleza jurídica un acto de disposición. Cuando la Constitución garantiza la propiedad, garantiza sus facultades, esto es, la posibilidad de usar, gozar y disponer de un derecho de contenido patrimonial. Como siendo propietario se puede disponer de un derecho, al garantizar la propiedad se está garantizando también la libertad de contratación, como medio para ejercer dicho poder de disposición. Por tanto, derechos tales como vender, comprar o donar, que tienen todos su fuente en un contrato, enraízan en la Constitución, porque todos

7 Cf. HART, H.L.A.: *The Concept of Law*. Nueva York (1994): Clarendon Press, p. 81.

derivan de un acto de disposición comprendido en las facultades de la propiedad, instrumentalizado, en el caso de los ejemplos, a través de un acto jurídico. Y lo mismo ocurre con el arbitraje. Que se pacte someter a la decisión de un tercero una controversia de carácter patrimonial es tan sólo hacer ejercicio de la facultad de disposición que corresponde a los titulares de los derechos envueltos en tal controversia. Por eso que la LAC diga que son arbitrables las controversias de las partes "mediante el ejercicio de su libre arbitrio sobre derechos disponibles" (art. 3), porque la decisión de pactar el arbitraje sólo puede corresponder a las partes y porque dicho pacto sólo puede hacerse sobre un derecho respecto al cual tengan poder de disposición. Ergo, habiendo propiedad, hay arbitraje. Llevado al derecho procesal, en el derecho de propiedad enraíza el principio dispositivo, que define al proceso civil por oposición al proceso penal, regido por el principio de necesidad. Según el principio dispositivo, corresponde únicamente a las partes iniciar el proceso y ponerle fin, y definir su contenido y los alcances de la tutela solicitada. "Como decía Calamandrei, el deducir un derecho en vía jurisdiccional es un modo de disponer del mismo y, por consiguiente, el condicionar la tutela jurisdiccional a la petición del interesado es una consecuencia lógica de la autonomía negocial reconocida al particular sobre su propia esfera jurídica"⁸. La razón: al tratarse de asuntos dejados por el sistema jurídico a la libre disponibilidad de los particulares, sólo a ellos corresponde la decisión sobre la suerte de sus propios derechos. Como el arbitraje comparte con el proceso civil esa misma racionalidad, no sólo que su ejercicio derive del art. 56 de la CPE, sino que, una vez que las partes deciden ejercer su derecho a someterse a arbitramento, la habilitación a los árbitros nace también de ese mismo artículo (su capacidad de arbitramento), porque los árbitros sólo pueden decidir sobre aquello que ellas dispusieron someter a su juicio.

19. Pero una cosa es capacidad de arbitramento y otra poder de jurisdicción. Ambas juzgan, pero sus respectivas entidades quedan definidas por la distinta fuente de la que cada una obtiene su habilitación para juzgar. Y es que mientras la capacidad de arbitramento deriva de la libertad de disposición y supone, como tal, la práctica de un derecho, sólo el poder de jurisdicción deriva de la soberanía popular y supone, como tal, el cumplimiento de una competencia pública. Se trata de la unidad jurisdiccional, que la hay cuando la justicia que emana del pueblo (art. 178.I) sólo la ejerce el Poder Judicial (art. 179.I). Dice de su encargo soberano a un solo órgano, por oposición a los poderes Ejecutivo y Legislativo. Arraiga en la división de poderes, porque es consecuencia de la prohibición de delegación de las competencias públicas (art. 12.III), y su consecuencia obvia es la prohibición de tribunales de excepción (como organización, art. 180.III; como derecho, art. 120.I). Como el Poder Judicial está formado por una pluralidad de órganos independientes entre sí (jueces y tribunales), todos ellos forman una unidad si sus decisiones son

8 MONTERO AROCA, J.: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia (2001): Tirant lo Blanch, p. 64.

revisables, directa o indirectamente, por un único órgano supremo. Y como todo acto de aplicación del derecho está sujeto a las garantías constitucionales, el órgano que da unidad al Poder Judicial es el Tribunal Constitucional, encargado de su tutela (art. 196.I). Aplicado al arbitraje, la unidad jurisdiccional significa la competencia que tiene el Poder Judicial para enjuiciar la validez de las decisiones arbitrales. Pero esto va al margen de la capacidad de arbitramento. Los árbitros no juzgan por delegación de la soberanía popular (art. 7), sino por mandato de la voluntad de las partes, que en ejercicio de su libertad de actuación disponen de sus derechos, encargando la resolución de sus controversias a un tercero. Esto es consecuencia de su propia naturaleza privada, derivada de la libertad de disposición como facultad aneja al derecho de propiedad. Este es el razonamiento implícito en esta afirmación del Tribunal Constitucional, que de otra forma no podría entenderse: "los tribunales arbitrales (...) responden a la voluntad de las partes" (STC 17/2001-RAC, 19 de marzo, párrafo IV.5). Consecuencia de que la capacidad de arbitramento derive de la libertad de disposición es la relación que los árbitros mantienen con las partes: "Para que se cumpla con el objeto del arbitraje (...), se hace necesario el árbitro. Y al árbitro, obviamente, hay que contratarlo. Ese contrato entre quien arbitrará y quienes están obligados a que una controversia sea arbitrada, es un contrato de locación de servicios. Queda celebrado el contrato de locación de servicios cuyo objeto es en este caso la prestación de un servicio de arbitraje, cuando el designado por las partes, ya sea directamente o a través de un mecanismo establecido en la cláusula arbitral, acepta prestar ese servicio personalísimo"⁹. La diferencia de concepto en la relación del árbitro con las partes y la de los jueces con los litigantes es consecuencia de la fuente de la cual derivan sus respectivas habilitaciones para juzgar: En esta última existe una relación de derecho público, nacida directamente de la soberanía popular; cuya traducción llana en términos operativos es que los jueces no necesitan ser nombrados por las partes en litigio. En cambio, como la capacidad de los árbitros para resolver una controversia no deriva de la soberanía popular, sin nombramiento de las partes carecen de título que los habilite para conocer la controversia. Pero de espaldas a todo esto está STC 2471/2012-RDN. Para entenderla, habría que asumir que capacidad de arbitramento y poder de jurisdicción son lo mismo (i.e. que los árbitros son un órgano constitucional que juzga por delegación de la soberanía popular). Una de dos: (1) ó se acepta esto como consecuencia de la STC 2471/2012-RDN, ó (2) se acepta que ella rehuyó la aplicación de los precedentes reglados en la STC 265/2012-RDN y en la STC 276/2010-RAC.

3. Legitimación activa de la Procuraduría General del Estado en sede constitucional.

20. Ya el Tribunal Constitucional había distinguido la participación de la Procuraduría General del Estado en la jurisdicción constitucional según las competencias constitucionales que ejerciese. Al efecto, distinguió entre su competencia para ejer-

9 CASTILLO FREYRE, M., y VÁSQUEZ KUNZE, R.: *Arbitraje: El juicio privado*. Lima (2007): Palestra, pp. 63-64.

cer la representación del Estado y su competencia para supervisar a las unidades jurídicas de la Administración Pública. En el caso de la primera, la Procuraduría puede actuar directamente como parte en representación del Estado. Pero no ocurre lo mismo con la segunda. Acá, “cuando sean las entidades públicas las que ejerzan directamente la representación de las entidades públicas y por ende sean éstas parte procesal en causas jurisdiccionales o administrativas, el rol de la Procuraduría General del Estado, será el de supervisar a las unidades jurídicas de la administración pública en cuanto a su actuación procesal” (STC 353/2012-AAC, 22 de junio, párrafo III.1). Y aquí viene la contradicción: en el caso del arbitraje cuyo laudo fue luego sometido al recurso directo de nulidad, no fue la Procuraduría quien asumió la defensa en sede arbitral, sino la propia empresa pública demandada. En consecuencia, a la Procuraduría le correspondía únicamente ejercer su tarea supervisora sobre la unidad jurídica de dicha empresa, pero no asumir la representación procesal del Estado en la jurisdicción constitucional.

4. Norma aplicable en el tiempo para computar el plazo para ejercer el derecho de acción.

21. El laudo era de 21 de enero de 2008 y el recurso directo de nulidad de 3 de agosto de 2012. Entre ambos mediaron 44 meses. En ese mismo período se sucedieron tres leyes en la materia: (1) la LTC, de 1 de abril de 1998, que daba 30 días para el ejercicio del recurso directo de nulidad (art. 81) y que mantuvo su vigor hasta el “primer día hábil del año 2011”, de acuerdo a la Disposición Abrogatoria de la LTCP; (2) la LTCP, que extendía dicho plazo a seis meses (art. 159), y que entró en vigor en su integridad el 2 de enero de 2012, al posesionarse a los nuevos magistrados constitucionales, de acuerdo a su Disposición Transitoria Segunda; y (3) el CPCo., de 5 de julio de 2012, pero en vigor recién desde el 6 de agosto del mismo año (Disposición Transitoria Primera), a partir de cuyo silencio al respecto se interpreta que el recurso se puede presentar en cualquier tiempo (i.e. el paso del tiempo ya no opera como una condición convalidatoria de la invalidez del acto producido *ultra vires*). Este es un conflicto de normas en el tiempo. El problema: cuál de estas leyes es la aplicable: (1) ¿la Ley vigente a la fecha del laudo?, que si fuera así sería la LTC; (2) ¿la Ley vigente a la fecha de presentación del recurso?, que para el caso sería la LTCP; ó (3) ¿la Ley vigente después de la presentación del recurso pero anterior a su resolución?, que para el caso sería el CPCo. Tanto la mayoría como la disidencia aplicaron la Ley vigente a la fecha de presentación del recurso (i.e. la LTCP). Y aquí está la contradicción: debieron aplicar la Ley vigente a la fecha del laudo (i.e. la LTC). La razón: a eso lleva la jurisprudencia constitucional sobre irretroactividad.

22. El art. 123 de la CPE norma que (1) “la ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo” (regla general), excepto (2) “en materia laboral,

cuando lo determine expresamente a favor de los trabajadores”, (3) “en materia penal, cuando beneficie al imputado” (*favor rei*), y (4) “en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado” (esta última excepción es inaplicable por contraria al *favor rei*; de acuerdo a la STC 770/2012-AIC, 13 de agosto, párrafo III.4.1). La garantía de irretroactividad es una regla para la resolución de los conflictos de normas en el tiempo. Estos conflictos se resuelven por la aplicación irretroactiva, ultraactiva o retroactiva de las normas. (1) La irretroactividad supone la aplicación inmediata de una norma, que es “inmediata” porque se aplica a los hechos, situaciones o relaciones que ocurren mientras tiene vigencia: desde su entrada en vigor hasta su derogación. (2) La ultraactividad supone la aplicación de una norma a los hechos, situaciones o relaciones que ocurren luego de que ha sido derogada: después de finalizada su aplicación inmediata. (3) Y la retroactividad supone la aplicación de una norma a hechos, situaciones o relaciones pasadas, que acaecieron antes de que la norma entrara en vigor: antes de su aplicación inmediata.

23. Llegados acá, lo que la Constitución prohíbe es la retroactividad (la ley “no tendrá efecto retroactivo”, art. 123), y la determinación del carácter retroactivo de una norma se resuelve alternativamente a partir de una de las dos soluciones teóricas siguientes.

(1) La teoría de los derechos adquiridos, que sostiene que una vez que un derecho ha nacido y se ha consolidado para un sujeto, las normas posteriores no pueden modificarlo. “En consecuencia, el derecho seguirá produciendo los efectos previstos al momento de su constitución, bien por el acto jurídico que le dio origen, bien por la legislación vigente cuando tal derecho quedó establecido”. “Tiende a conservar las situaciones existentes y rechaza la modificación de las circunstancias por las nuevas disposiciones legales”. La teoría “diferencia entre derechos adquiridos, facultades y expectativas. Las facultades son atribuciones genéricas para actuar de acuerdo con el derecho y, en tanto tales, no son derechos y no pueden ser adquiridas”. “De otro lado, las expectativas son previsiones no protegidas jurídicamente de que yo pueda, eventualmente, llegar a tener tal bien o cosa”¹⁰. Ejemplo de la aplicación de esta teoría es el asunto *Lochner v. New York* (1905), en el que la Corte Suprema de Estados Unidos declaró que una ley del Estado de Nueva York imponiendo una jornada laboral de ocho horas para los panaderos era inconstitucional por violar la libertad contractual, ya que los contratos entre los patrones y los panaderos debían regirse hasta su terminación por la ley vigente a tiempo de su celebración.

(2) La teoría de los hechos cumplidos, que sostiene que cada norma jurídica debe aplicarse a los hechos que ocurran durante su vigencia (aplicación inmediata). “Si se genera un derecho bajo una primera ley y luego de producir cierto número

10 RUBIO CORREA, M.: *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Lima (2007): PUCP, p. 27.

de efectos esa ley es modificada por una segunda, a partir de la vigencia de esta nueva ley, los nuevos efectos del derecho se deben adecuar a esta y ya no ser regidos más por la norma anterior bajo cuya vigencia fue establecido el derecho de que se trate. Es una teoría que privilegia la transformación del Derecho a impulso del legislador"¹¹.

24. Hasta acá la doctrina, ahora el derecho positivo. Desde la introducción en el texto de la Constitución de la garantía de irretroactividad de la ley en las reformas de 1846¹² hasta el presente, la Constitución jamás ha determinado ella misma el significado jurídico de dicha garantía: no ha tomado partido por la teoría de los derechos adquiridos ni por la teoría de los hechos cumplidos. Por tanto, en su condición de intérprete final de la Constitución, tal determinación normativa corresponde al Tribunal Constitucional. Y éste lo ha venido haciendo, tomando partido por la teoría de los hechos cumplidos desde su primera sentencia en la materia: "se entiende por retroactividad no auténtica conocida también como retrospectividad cuando una Ley regula o interviene en situaciones fácticas aún no concluidas" (STC 11/2001-R/II, 5 de febrero, párrafo VI.1)¹³. Al decir esto, la jurisprudencia constitucional está diciendo que es retroactiva toda norma que regule hechos, relaciones o situaciones cuyas consecuencias jurídicas ya se produjeron (hechos cumplidos). Es señal manifiesta de afinamiento de la teoría de los hechos cumplidos en el pensamiento constitucional boliviano la siguiente afirmación de la jurisprudencia, producida a la década de iniciada la línea en comentario: "el principio de irretroactividad no se contrapone con la necesidad de mutaciones normativas, que impiden la petrificación de un orden jurídico que ha de ser dinámico, en el sentido de ajustar a las condiciones y circunstancias actuales, sin que esto implique el desconocimiento de situaciones jurídicas definidas de acuerdo con la ley, ni la vulneración de los derechos adquiridos" (STC 1045/2011-RAC, 29 de junio, párrafo III.2; y también en STC 770/2012-AIC, 13 de agosto, párrafo III.3). Por consiguiente, todo cambio legislativo ("mutaciones" como las llama la jurisprudencia citada) que alcance a las consecuencias jurídicas no cumplidas de un hecho, relación o situación es irretroactivo. Y, a la inversa, todo cambio legislativo que alcance a las consecuencias jurídicas ya cumplidas de un hecho, relación o situación será retroactivo. Así planteadas

11 RUBIO CORREA, M.: *Aplicación de la norma*, cit., p. 28.

12 Art. 89 de la CPE reformada en 1843: "Ninguna ley puede tener fuerza retroactiva".

13 Tal vez los casos políticamente más connotados de aplicación de este precedente fueron los dos siguientes. (1) El asunto de la reforma del art. 93.III de la CPE (texto de 1967), acusándose que su aplicación a la convocatoria de elecciones generales de 2005 sería retroactiva por acortar el período para el que fueron electos los miembros del Congreso, el Tribunal resolvió que la aplicación inmediata del artículo reformado era irretroactiva. Si acá aplicaba la teoría de los derechos adquiridos, hubiese resuelto que el período de funciones de los parlamentarios no podía acortarse (STC 76/2005-RDI, 13 de octubre, párrafo III.3). (2) Y el caso de la obligación de migrar a un nuevo régimen legal que impuso la LH de 2005, al derogar a la ley que la precedía en la materia. También acá, el Tribunal sostuvo que tal obligación era irretroactiva. Y, también acá, si el Tribunal hubiese razonado a partir de la teoría de los derechos adquiridos, habría tenido que concluir que la nueva regulación no podía ser aplicable a los titulares de contratos de riesgo compartido celebrados al amparo de la anterior Ley (STC 45/2006-RDI, 2 de junio, párrafo I.1).

las cosas, conocido el laudo arbitral, éste comenzó a producir efectos jurídicos. Uno de éstos es que su notificación echó a andar los plazos previstos para su impugnación. Vencidos estos plazos, por su entidad procesal, los mismos quedaron caducos. Es decir, que la consecuencia del paso del tiempo quedó cumplida, haciendo que los medios impugnatorios cuyos plazos de interposición caducaron ya no pudiesen ser ejercidos. Como el laudo era de 21 de enero de 2008, la ley aplicable era la LTC, porque era la única ley vigente en la materia a ese tiempo. Como esta Ley establecía un plazo de 30 días para la presentación del recurso directo de nulidad, transcurridos los mismos, el ejercicio del recurso quedó excluido, por caducidad del plazo para su interposición.

V. INCUMPLIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE ARBITRAJE.

I. Reconstrucción del concepto jurisprudencial de orden público.

25. El Tribunal Constitucional jamás ha elaborado expresamente sobre el concepto de orden público, así que, en justicia, es imposible refutarle lo que no ha hablado. Y esto es lo reprochable: ya que el fundamento para declarar la nulidad del laudo de 21 de enero de 2008 fue que el mismo era violatorio del orden público, desde el punto de vista de la justificación de las decisiones judiciales, era necesario que la STC 2471/2012-RDN comenzase por definirlo. A pesar del silencio al respecto, por comparación, es posible reconstruir una definición jurisprudencial de orden público a partir del concepto que del mismo maneja la jurisprudencia extranjera. Es decir, a pesar de no haberse referido a él expresamente, el Tribunal Constitucional sí se ha referido al mismo contenido que en la jurisprudencia comparada se denomina orden público. Que no le haya dado el nombre es cosa que no afecta a su entidad jurídica, pero que sí lo exime de reprochársele una contradicción directa, frontal, a su propia jurisprudencia, con la salvedad dicha por callar respecto a su formulación.

26. En la jurisprudencia extranjera el orden público es un concepto de principio. Como tal, es de formulación abstracta, pero de aplicación restrictiva (i.e. no todo hecho repudiable es una violación de principio). En el caso estadounidense, por ejemplo, el orden público se contrae a "las nociones más básicas de moralidad y justicia" (Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, asunto *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de l'Industrie du Papier*, 1974)¹⁴. El mismo criterio, incluyendo el lenguaje empleado en su formulación, se usa en Hong Kong (Corte Superior de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, asunto *Hebei Import and Export Corporation v. Polytek Engineering Company Ltd*, 1998)¹⁵ e Irlanda (Corte Superior de Irlanda, asunto *Brostom Tankers AB v. Factorías Vulcano*

14 Disponible en <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/508/508.F2d.969.74-1676.74-1642.174.637.html>.

15 Disponible en http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/hebei_import_and_export_corp_v_polytek_engineering_co_ltd_cacv_116-1997.pdf.

SA, 2004)¹⁶. Lo mismo que en Alemania y Suiza, donde no toda violación al derecho encarna una violación al orden público, excepto, respectivamente, cuando se infringe “una norma que regula los principios básicos de la vida pública o económica o cuando tal infracción contradice de un modo intolerable el concepto alemán de justicia”, o cuando “el sentimiento innato de justicia es lastimado de modo intolerable al inaplicarse una disposición fundamental del sistema jurídico suizo”¹⁷. Igual es el caso noruego, en el que hay violación al orden público “únicamente cuando [el laudo] discrepa en grado inaceptable con el orden jurídico del Estado, violando un principio fundamental del mismo” (*Pulsarr Industrial Research BV v. Nils H. Pilsen AS*, 2002)¹⁸. O en Canadá, donde una violación al orden público es tal por ser “contraria a la moralidad esencial del Estado” (Corte de Ontario, Canadá, asunto *Arcata Graphics Buffalo Ltd. v. Movie-Magazine Corp.*, 1993)¹⁹. Y en España, país en el que se denomina orden público constitucional al régimen compuesto por los derechos y libertades fundamentales reconocidos en su Constitución²⁰.

27. Reconstruido a partir de la jurisprudencia comparada, el concepto de orden público se refiere al fundamento ético del sistema jurídico del Estado en cuestión: es el sustento moral de la filosofía política que lo determina. Aunque lingüísticamente abstracto, su significado jurídico puede ser objeto de determinación, aunque con el margen de vaguedad propio de los conceptos indeterminados. Tratándose de Estados de cuño liberal, su fundamento ético es la libertad individual²¹. Y para que ésta quede asegurada tiene que asegurarse la existencia del Estado en la acepción garantista del término²². Esto es, como un gobierno de poderes limitados, cuyas competencias se organizan en la forma frenos y contrapesos. Ya sobre esto ha dicho el Tribunal Constitucional que “el Estado de Derecho [se] caracteriza por la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos al ordenamiento jurídico vigente, [y] por su vinculación a un ordenamiento superior en que se consagran y garantizan unos valores (derechos y libertades) que, desde el punto de vista moral y político, se consideran básicos para la convivencia humana y la consecución de la paz social” (STC 101/2004 RAC, 14 de septiembre, párrafo III.2). Hasta aquí queda que el

16 Disponible en <http://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/2004/198.html>.

17 En UNGAR, K.: “The Enforcement of Arbitral Awards Under UNCITRAL’s Model Law on International Commercial Arbitration”, *Columbia Journal of Transnational Law* (1987), núm 25, p. 751.

18 En BORN, G.: *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*. La Haya (2001): Kluwer, p. 740.

19 Disponible en <http://interarb.com/clout/clout037.htm>

20 Cf. FERNÁNDEZ ROZAS, J., y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*. Madrid (2003): Civitas, p. 314.

21 En esto lleva la razón Popper: “No escogemos la libertad política porque nos prometa esto o aquello. La escogemos porque hace posible la única forma de convivencia entre individuos digna de un ser humano; la única forma en la que podemos ser completamente responsables por nosotros mismos”. “La libertad política es una condición previa de nuestra responsabilidad personal, de nuestra humanidad” [POPPER, K.: *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*. Barcelona (1995): Paidós, pp. 147 y 236].

22 Y en esto lleva la razón Sartori: “[Que] el Estado constitucional haya sido concebido en los tiempos del Estado pequeño y como un Estado que ‘haga mucho’ (el Estado como perro guardián), nada prohíbe que se transforme, si es necesario, en un Estado grande que ‘haga mucho’, con esta condición esencialísima: cuanto más deja de ser un Estado mínimo, tanto más importante que permanezca como Estado constitucional, en la acepción garantista del término” [SARTORI, G.: *¿Qué es la democracia?* Madrid (2003): Taurus, pp. 276 y 277].

orden público común a toda república estaría compuesto por (1) las libertades constitucionales y (2) el sistema de frenos y contrapesos. A esto, para el caso boliviano en específico, debiera añadirse (3) su "carácter plurinacional", que ha sido definido como el "hecho fundante básico del Estado y de la Constitución boliviana" (STC 112/2012 RHC, 27 de abril, párrafo III.1.2). Contrastado lo dicho con la STC 2471/2012-RDN, no parece que encargar a un tribunal arbitral declarar la nulidad de un acto jurídico atente contra el fundamento político y moral del Estado boliviano. Al menos *prima facie* no parece disolver su "hecho fundante básico", que para el caso nacional es el equivalente jurisprudencial a "las nociones más básicas de moralidad y justicia" referido por la jurisprudencia comparada.

2. Licitud de someter a arbitramento pretensiones de nulidad contractual.

28. Al decir que "la nulidad y la anulabilidad de un contrato deben ser pronunciadas judicialmente", el art. 546 del CC está diciendo dos cosas: (1) se está refiriendo a la presunción de validez que acompaña a todo el proceso de producción jurídica; y (2) está habilitando a los jueces para declarar vencida dicha presunción (i.e. declarar la invalidez de los actos jurídicos). Toda la producción jurídica se rige por la presunción de validez: las normas son válidas hasta que el órgano atribuido de competencia por el sistema jurídico no declare su invalidez. Si constitutivamente el sistema jurídico requiere de un acto formal para que una norma comience a existir como derecho, también requiere de una declaratoria formal de invalidez para que una norma cese su existencia jurídica. Validez e invalidez son datos objetivos, consecuentes con el carácter formal del sistema jurídico, no juicios subjetivos a cargo de las partes contratantes. Aplicada al derecho contractual, la presunción de validez opera impidiendo a las partes valerse de la nulidad como argumento eximente de su responsabilidad por incumplimiento, pues, en tanto el acto jurídico no sea declarado formalmente nulo, sus efectos seguirán produciéndose. Hasta aquí el significado jurídico del art. 546 del CC. Pero, tomado en pareja con el art. 32.II de la LAC, su segundo significado varía. Contrario a lo dicho por el Tribunal Constitucional, no sólo los jueces pueden declarar la nulidad de los actos jurídicos, sino también los árbitros. Al enfrentarse con el art. 32.II de la LAC, el Tribunal Constitucional dijo que éste se refería a nulidades pactadas contractualmente. La vacuidad de este oxímoron ya fue explicada en el párrafo 8.2. Para llegar a tal solución, el Tribunal dijo que hacía una interpretación sistemática entre dicho artículo y el art. 546 del CC. Y ya que concluyó que por virtud del segundo la declaratoria de nulidad era materia reservada a la jurisdicción ordinaria, habrá que asumir que el Tribunal entiende que, contrariamente al pensamiento jurídico común, (1) la norma anterior deroga a la posterior y (2) la norma general se aplica con preferencia la norma especial. Tal el absurdo sostenido a título de interpretación sistemática. Si la norma que dice "la decisión arbitral que declare la nulidad de un contrato no determinará de modo necesario la nulidad del convenio arbitral" (art. 32.II de la LAC) es una norma

posterior en el tiempo (1997) y especial por su materia (arbitraje) respecto a la norma general (CC) de 1976 que dice “la nulidad y la anulabilidad de un contrato deben ser pronunciadas judicialmente” (art. 546 del CC), entonces una de dos: (1) ó se entiende que se está ante una derogación tácita; ó (2) se entiende que se está ante una regulación especial. En ambos casos el resultado el mismo: el significado jurídico del art. 32.II de la LAC es que la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos es asunto arbitrable. No otra cosa puede significar decir “la decisión arbitral que declare la nulidad de un contrato”.

29. A esta conclusión ya había llegado el propio Tribunal Constitucional una década atrás: “Que las normas impugnadas supuestamente entran en contradicción con el art. 116-II y III de la CPE que dispone que no pueden establecerse tribunales o juzgados de excepción y que la facultad de juzgar en la vía ordinaria, contenciosa y contencioso-administrativa y la de hacer ejecutar lo juzgado corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales y jueces respectivos, bajo el principio de unidad jurisdiccional, así como con el art. 30 de la Carta Fundamental que establece que los poderes públicos no podrán delegar las facultades que les confiere esta Constitución y con el art. 546 del CC que señala que la nulidad y la anulabilidad de los contratos serán pronunciados judicialmente. Que el parágrafo I del art. 32 de la LAC no tiene ninguna relación con las normas constitucionales que supuestamente contradice. Por su parte, el parágrafo II de dicha disposición legal así como el art. 12-II y III de la LAC, al otorgar la posibilidad de que una decisión arbitral declare la nulidad de un contrato sin que ello determine necesariamente la nulidad del convenio arbitral, así como al ordenar que la autoridad judicial se inhiba de conocer el caso si está sujeto a convenio arbitral, ó que interpuesta la excepción de arbitraje pueda declararla probada o desestimarla, no conllevan delegación ni desconocimiento de las facultades propias del Poder Judicial ni atentan contra el principio de unidad jurisdiccional; por ende, no contradicen los arts. 30 y 116.III de la CPE, ya que la LAC establece expresamente las atribuciones del tribunal arbitral, así como sus limitaciones, detallando en el art. 6 las materias excluidas de arbitraje, dentro de las que se encuentra la referente a la capacidad de las personas esgrimida en el proceso principal que origina el presente Recurso. Que por otra parte, los tribunales arbitrales o de conciliación no constituyen tribunales o juzgados de excepción, al contrario, responden a la voluntad de las partes expresada en un contrato escrito y tienen por objeto llegar a un acuerdo sin necesidad de llegar a los estrados judiciales, constituyéndose en un medio alternativo que contribuye a la administración de justicia. Que por otra parte, los tribunales arbitrales tienen plena competencia para declarar la rescisión o nulidad de los contratos que estén sometidos a su conocimiento” (STC 17/2001-RIL, 19 de marzo, párrafos IV.3 a IV.5). De acuerdo a su propia jurisprudencia sobre producción judicial del derecho, el Tribunal Constitucional es libre de mutar este precedente si considera que otra interpretación acomoda mejor en el sistema jurídico (i.e. si es más consecuente con el mismo por su universalidad y coherencia). Lo que no es libre

de hacer es rehuir silenciosamente sus propios precedentes. Eso es arbitrariedad, y es eso lo que ha ocurrido acá.

BIBLIOGRAFÍA

ATYAH, P.S., y SUMMERS, R.S.: *Form and Substance in Anglo-American Law*. Nueva York (1987): Clarendon Press.

BECCARIA, C.: *De los delitos y de las penas*. Madrid (1974): Aguilar.

BORN, G.: *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*. La Haya (2001): Kluwer.

CASTILLO FREYRE, M., y VÁSQUEZ KUNZE, R.: *Arbitraje: El juicio privado*. Lima (2007): Palestra.

FERNÁNDEZ ROZAS, J., y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*. Madrid (2003): Civitas.

HART, H.L.A.: *The Concept of Law*. Nueva York (1994): Clarendon Press.

MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Nueva York (1978): Clarendon Press.

MONTERO AROCA, J.: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia (2001): Tirant lo Blanch.

POPPER, K.: *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*. Barcelona (1995): Paidós.

RUBIO CORREA, M.: *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Lima (2007): PUCP.

SARTORI, G.: *¿Qué es la democracia?* Madrid (2003): Taurus.

TALAVERA, P.: Interpretación, integración y argumentación jurídica. Santa Cruz (2008): El País.

UNGAR, K.: "The Enforcement of Arbitral Awards Under UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration", *Columbia Journal of Transnational Law* (1987), núm 25.

EL HOMESCHOOLING A DEBATE: ¿UNA HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD PATERNA?*

THE HOMESCHOOLING DEBATE: ¿AN HYPOTHESIS OF PARENTAL RESPONSABILITY?

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 118-141

* Este trabajo se inscribe en el marco de un Proyecto de Investigación (Ref. DER2011-25092) acerca de la "Actualidad y futuro de la responsabilidad civil extracontractual desde una perspectiva de Derecho Europeo y Comparado", concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación al grupo de trabajo de la profesora María Esther Gómez Calle, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.



Alma María
RODRÍGUEZ
GUITIÁN

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: Este artículo analiza si el método de la enseñanza en casa constituye una alternativa válida desde el punto de vista jurídico a la escolarización obligatoria. Una adecuada ponderación del derecho de los progenitores a educar y del papel del Estado en la educación, hecha a la luz del interés superior del menor, no debe ser esquemática y rígida. La diversidad de motivos y el posible impacto que puede generar en el niño la educación en casa en cada caso concreto han de ser necesariamente tenidos en cuenta por los tribunales.

PALABRAS CLAVE: Educación en familia, escolarización obligatoria, el derecho de los padres a educar, competencia estatal en educación, interés superior del niño.

ABSTRACT: This paper examines whether homeschooling is a legal alternative to compulsory schooling. The optimal balance between the parents' right to educate their children and the state's role in education has to be found always in the best interest of the child and cannot be done in a schematic or rigid way. The heterogeneity of motivations and the impact home education might have on the child must be necessarily taken into account by the courts.

KEY WORDS: Home education, compulsory schooling, the parents' right to educate their children, the state's role in education, the best interest of the child..

SUMARIO.- I. Planteamiento de la cuestión.- II. Delimitación de competencias entre el Estado y los padres en materia de educación.- 1. Competencias paternas en materia de educación.- A) La educación como un derecho.- B) La educación como un deber.- 2. Competencias estatales en materia de educación.- A) Implementación de políticas de bienestar dirigidas a la plena efectividad de los derechos del menor.- B) Corrección de la actividad paterna.- III. Protección del interés superior del menor.- 1. Causación de dos posibles daños a raíz del ejercicio de la educación en casa.- A) Formación académica deficiente.- B) Falta de socialización.- 2. Consecuencias jurídicas penales y civiles de la educación en casa.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

La denominada “enseñanza en casa”, o en la terminología anglosajona *Homeschooling*, es una opción educativa de algunos progenitores que participan de forma activa en la educación académica de sus hijos y que deciden dar a éstos una formación por un cauce distinto a la escolarización en un centro oficial, ya sea público o privado.

Entre las ventajas que proporciona este método educativo se apuntan, entre otras, su flexibilidad, en cuanto ofrece al niño la atención personalizada necesaria para el desarrollo de sus potencialidades y capacidades; su fomento de la participación grupal y comunitaria en asociaciones culturales, deportivas y solidarias y su menor coste económico frente a la educación estatal en cuanto nace de la iniciativa social¹.

En cuanto a los sujetos que escogen este método educativo, si bien en un origen tiene vinculaciones religiosas, hoy no necesariamente es así². El perfil de las familias

- 1 Sin embargo, frente a ello se ha alegado por parte de la doctrina norteamericana la carestía económica que supone la realización de los necesarios controles a los que debe someterse la educación en casa, con el objeto de eliminar los posibles abusos que podrían darse, sobre todo en zonas rurales, poniendo los padres a trabajar a los hijos en vez de formarlos. Véase RICHMOND, H.C.T.: “Home instruction: an alternative to institutional education”, *Journal of Family Law* (1979-1980), núm. 18º, pp. 370-373.
- 2 En EEUU el origen del *homeschooling* está vinculado al fenómeno religioso, donde en los años ochenta es considerado como una buena opción educativa debido al gran número de grupos religiosos existentes allí. A nivel jurídico el origen de este sistema educativo se sitúa en el caso *Wisconsin v. Yoder* [406 U.S. 205 (1972)], en el que el Tribunal Supremo protege el derecho de unos padres pertenecientes a la religión *Amish* de educar a su hijo en casa, sin llevarlo a una escuela. Habían sido condenados por vulneración de una ley que les exigía escolarizar a sus hijos hasta la edad de 16 años. Los padres se niegan a la escolarización alegando que en los

• Alma María Rodríguez Guitián

Es Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid desde el año 2002. Ha centrado sus líneas de investigación, en especial, en el Derecho de Daños, Derecho de la Persona y Derecho de Familia y Sucesiones. Sus monografías publicadas son *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, 1996; *La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual*, Civitas, 2003; *La capacidad de testar: Especial referencia al testador anciano*, Civitas, 2006; *Responsabilidad civil en el ámbito de la familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Thomson Civitas, 2009 y *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, 2013. Ha realizado estancias en universidades europeas y americanas, o bien con finalidad de investigación, o bien para la impartición de docencia. Correo electrónico: alma.guitian@uam.es

que educan en el hogar es de carácter plural, de modo que, desde un punto de vista sociológico, junto al padre que elige este sistema por motivos religiosos, aparecen el padre "alternativo" (por ejemplo, *ecologically-minded*) y el padre que persigue una educación más estricta y eficiente para sus hijos³.

Desde luego nadie puede poner en tela de juicio el logro histórico que ha supuesto la educación básica gratuita para todos los ciudadanos. Pero sí que cabe cuestionarse si la escolarización es el único cauce para recibir tal educación o bien, junto a ella, es posible y conveniente admitir otro tipo de métodos de enseñanza. A mi juicio la tarea de una revisión jurídica del fenómeno del *homeschooling* requiere tener en cuenta, por una parte, la delimitación de competencias entre los padres y el Estado en materia de educación y, por otra, la tutela del interés superior del menor⁴.

En cualquier caso, una adecuada ponderación del derecho de los padres a educar y del papel del Estado en la educación, hecha a la luz del interés superior del menor, no debe ser esquemática y rígida, sino atender al caso concreto⁵. Ello se traduce en que los conflictos relativos a la educación en casa no han de resolverse de forma invariable y uniforme en contra de este modelo educativo, sino que los tribunales deberían entrar a examinar la heterogeneidad de motivaciones que hay en los padres para elegir tal sistema educativo y el impacto que está teniendo en los menores que reciben, en la circunstancia concreta, la enseñanza en familia.

II. DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LOS PADRES EN MATERIA DE EDUCACIÓN.

El art. 27 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE) constituye, sin duda, como a continuación se analiza, un intento de delimitación entre los derechos de los padres en la dirección de la educación de los hijos y el ámbito en que los poderes públicos pueden ejercitar de modo legítimo sus competencias en la materia⁶. Este precepto es un ejemplo claro del consenso que tiene lugar durante

colegios oficiales no se instrúa a los menores en los principios filosóficos y morales de su secta. El tribunal al final afirma que el interés del Estado en educar ciudadanos no es totalmente libre de una ponderación cuando están en juego derechos fundamentales e intereses, como los protegidos en la Primera Enmienda y el interés de los progenitores en la educación religiosa de sus hijos. Un apunte a esta sentencia en TRIBE, L. H.: *American Constitutional Law*. New York (1988): The Foundation Press., p. 1183. Sobre esta materia con carácter general véase el excelente trabajo de BRIONES MARTÍNEZ, I. M.: *La libertad religiosa en los Estados Unidos. Un estudio a través del sistema educativo y de la educación en familia*. Madrid (2012): Atelier.

3 REIMER, F.: "School attendance as a civic duty v. home education as a human right", *International Electronic Journal of Elementary Education* (2010), núm. 3º, p. 6 (<http://www.iejee.com>).

4 Comparte este mismo enfoque LLANO TORRES, A.: "La regulación del *homeschooling* ante las exigencias democráticas de pluralismo, integración y libertad", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, p. 161.

5 REIMER, F.: "School attendance", cit., p. 13.

6 "1. Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

el proceso constituyente español en los años setenta, y es reflejo, por un lado, de concepciones laicas y, por otro, de concepciones confesionales de la educación⁷.

I. Competencias paternas en materia de educación.

En el texto constitucional español existe un doble enfoque de la educación paterna, concebida, por una parte, como un derecho de los progenitores y, por otra, como un deber:

A) La educación como un derecho.

Se ha señalado por la doctrina que es con el método de la enseñanza en casa donde se pone más a prueba la libertad de enseñanza, en la medida en que la familia, al encargarse de la organización y dirección de la educación de los hijos desde el interior del hogar, asume y exige el mayor protagonismo en la educación⁸.

Sin duda en el párrafo primero del art. 27 CE hay un reconocimiento genérico del derecho de todos a la educación y de la libertad de enseñanza. En la STC 133/2010 de 10 de diciembre, primera que niega en España a unos padres la posibilidad de educar a sus hijos en su propio domicilio amparándose en la decisión del legislador español que ha optado por configurar la enseñanza básica obligatoria como un periodo de escolarización de duración determinada, se hacen ciertas consideraciones acerca del alcance que posee tanto la libertad de enseñanza de los padres como el derecho de todos a la educación⁹.

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios constitucionales”.

7 En este sentido MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “Los derechos de los padres sobre la educación de los hijos según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la *Enseñanza en casa*”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, p. 254. También consúltese RODRÍGUEZ-PATRÓN, P.: “Algunas reflexiones acerca de los derechos de los padres y las competencias estatales en el ámbito de la educación pública”, en AA.VV. *El Menor ante el Derecho en el siglo XXI* (coord. por J. DÍAZ MAROTO y VILLARREJO Y A. M. RODRÍGUEZ GUITIÁN). Madrid (2011): Universidad Autónoma de Madrid-Boletín Oficial del Estado, p. 170.

8 MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.: “Análisis de la STC 133/2010 del Tribunal Constitucional, sobre educación en familia, desde la perspectiva del artículo 10.2 de la Constitución”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 230-231.

9 STC 133/2010 de 10 diciembre (RTC 2010, 133). La sentencia tiene su origen en el recurso de amparo que se interpone contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que confirma en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, mediante la que se ordena la escolarización en el ciclo escolar básico de los hijos menores de los demandantes de amparo, que recibían enseñanza en su propio domicilio. Ambos órganos de instancia argumentan, por un lado, que ningún padre puede negar a sus hijos el derecho y el deber de participar en el sistema oficial de educación, y ello deriva del mandato constitucional de enseñanza obligatoria del art. 27 párrafo 4º CE. Por otra parte, la escolarización obligatoria está integrada en el contenido mismo del derecho a la educación (art. 27.1 CE), no sólo por los beneficios que lleva consigo para los menores mientras esta escolarización se desarrolla, sino también por los beneficios futuros para la obtención del aprendizaje en el marco de los grados y titulaciones. Los recurrentes en amparo invocan, entre otros, la violación del derecho a la educación (art. 27 CE) en cuanto las resoluciones impugnadas deniegan el derecho de los menores a seguir su proceso educativo en su domicilio sin integrarse en el sistema escolar. Es interesante subrayar que en el caso

Por una parte, el Tribunal Constitucional afirma que la facultad de los progenitores de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida en la libertad de enseñanza de los padres del art. 27.1 CE. Tal libertad queda circunscrita, según el tribunal, a la facultad de enseñar a los hijos, sin perjuicio del cumplimiento del deber de escolaridad, por ejemplo, tras la jornada escolar o los fines de semana, y a la facultad de crear un centro docente cuyo proyecto educativo se concilie mejor con sus preferencias pedagógicas o de otro orden. La libre creación de centros docentes se consagra de forma expresa en el párrafo 6º de este mismo art. 27 CE.

En segundo lugar, mantiene el Tribunal que la elección de un sistema educativo alternativo a la escolarización no se recoge tampoco en el derecho a la educación del párrafo primero del art. 27 CE. De acuerdo con este pronunciamiento este derecho de todos a la educación queda restringido al reconocimiento de una libertad de los progenitores para elegir centro docente y al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que sea conforme con sus propias convicciones (este último derecho se consagra de forma explícita en el párrafo 3º del art. 27 CE).

Por consiguiente, es claro que de un modo literal el art. 27 CE no recoge el derecho de los padres a escoger el tipo de educación de los hijos en un sentido amplio y que, desde luego, el Tribunal Constitucional no parece admitir que la elección del método de educación acorde con las convicciones pedagógicas de los padres esté comprendido implícitamente en el párrafo tercero del citado precepto cuando regula el derecho de los padres a la elección del método de educación acorde con sus convicciones morales o religiosas.

Ahora bien, el problema no es tan sencillo, ya que existen divergencias y matices de relevancia entre el texto constitucional español y otras declaraciones de derechos. Así, el art. 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos", y el art. 14.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra "el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas". Tal y como se ha mantenido con acierto, estas divergencias generan en nuestro ordenamiento determinado efecto "acumulativo", ya que el art. 10.2 CE afirma que la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y convenios internacionales sobre derechos y libertades ratificados por España serán un parámetro de interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas

concreto las razones esgrimidas por los padres demandantes no afectan al tipo de formación moral o religiosa recibida por sus hijos, sino a otra clase de motivos, como el fracaso escolar de la enseñanza oficial.

reconocidos en el texto constitucional¹⁰. Por consiguiente, por esta vía la elección del método educativo por motivos pedagógicos tendría encaje dentro del derecho a la educación y libertad de enseñanza de los padres reconocidos en el art. 27 CE¹¹.

B) La educación como un deber:

Así como el art. 27 CE consagra la educación como un derecho de los progenitores, la concepción de la educación paterna como un deber se recoge en el párrafo tercero del art. 39 CE, precepto que señala de modo genérico que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos, ya sean matrimoniales o extramatrimoniales, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Se ha mantenido que el concepto de “asistencia” incluido en este precepto implica tanto la satisfacción de las necesidades materiales como espirituales; incluyendo la promoción y formación para su integración en la sociedad¹².

Por consiguiente, aunque el precepto constitucional no se refiere de modo expreso al deber de los padres de educar a sus hijos, a diferencia de otros textos constitucionales como el art. 6.2 de la Ley Fundamental de Bonn o el art. 30 de la Constitución italiana, ha de entenderse que tal deber se encuentra recogido de modo implícito en el término “asistencia”.

Cabe afirmar, como una conclusión derivada del contenido del párrafo 3º del art. 39 CE, que la responsabilidad primera y directa de la educación de la persona en sus primeros años de vida recae sobre los progenitores, en la medida en que este precepto hace gravitar sobre los padres este deber de asistencia de todo orden respecto a los hijos¹³. Pero también es posible fundamentar esta afirmación en el art. 18.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, en cuanto señala que incumbe a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Tal Convención ha sido ratificada por España y, por tanto, forma parte ya del ordenamiento; pero además el art. 39.4 CE 1978 encierra un mandato vinculante de actuación a los poderes del Estado, de modo que, de acuerdo con este artículo, el Estado ha de garantizar que los niños

10 CABALLERO SÁNCHEZ, R.: “Las dificultades para el encaje de la educación en casa en el sistema educativo español”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, p. 93.

11 La LO 8/2013 de 9 diciembre para la Mejora de la Calidad Educativa añade un nuevo párrafo q al art. 1 de la LO 2/2006 de 3 de mayo de Educación, que recoge, como uno de los principios del sistema educativo español, la libertad de enseñanza que reconozca el derecho de los padres, madres y tutores legales a elegir el tipo de educación y centro para sus hijos, en el marco de los principios constitucionales. Véase tales leyes en <http://www.noticiasjuridicas.com>.

12 GÁLVEZ MONTES, F. J.: “Comentario al artículo 39 CE”, en AA.VV. *Comentarios a la Constitución* (coord. por F. GARRIDO FALLA). Madrid (2001): Civitas, p. 853.

13 La doctrina parece de acuerdo en sostener este protagonismo de los progenitores en la educación de los hijos. Así, CORRAL TALCIANI, H.: *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*. Santiago de Chile (1994); Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 197 y ROCA TRIAS, E.: *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*. Madrid (1999): Civitas, p. 223.

gocen de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos¹⁴.

La concreción principal del párrafo tercero del art. 39 CE es el art. 154 CC. Este precepto señala que la patria potestad comprende, dentro de la esfera personal, el deber de velar por los hijos, de tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; y dentro de la esfera patrimonial, el deber de representarlos y administrar sus bienes. Aunque desde la promulgación del Código Civil en el siglo XIX se ha mantenido invariable la concepción de la educación como un deber, es cierto que a raíz de la redacción que da al art. 154 del Código Civil la Ley de 13 de mayo de 1981 para adaptarlo al texto constitucional, todavía es más clara la concepción de la patria potestad como una función social y no como un conjunto de derechos o facultades. Se trata de un poder fundamentalmente tuitivo de los menores dirigido al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los padres.

Llama la atención que el art. 154 CC, al igual que suelen hacer otros códigos, ni en su redacción inicial ni en la actualidad desarrolla con precisión el alcance y la exigibilidad del deber de educación, sino que se limita a mencionarlo como un deber más. La causa de tan escasa reglamentación se atribuye desde un primer momento a las características de las funciones educativas e instructivas y a la variada circunstancialidad que cada hipótesis puede presentar¹⁵.

A mi juicio hay una consecuencia que cabría derivar de tal regulación que puede tener incidencia sobre la elección por los padres del tipo de método educativo. Tal falta de precisión en la regulación civil del deber de educar permite el reconocimiento de una discrecionalidad amplia en el modo en que el progenitor desarrolla su obligación, de modo que puede llevar a cabo su deber en la forma que crea más conveniente¹⁶. Por supuesto siempre con la sujeción al límite legal previsto en el art. 154 CC de que tal obligación se ejerza en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.

Sin duda la admisión de este margen amplio en la actuación paterna queda justificada en virtud de la confianza que caracteriza de un modo natural la relación paterno-filial¹⁷. Esto es, cabe presumir, a mi juicio, que los progenitores son las

14 Véase al respecto CACHÓN VILLAR, P.: "Comentario al artículo 39 CE", en AA.VV. *Comentarios a la Constitución Española* (coord. por M. E. CASAS BAAMONDE Y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER). Madrid (2008): Fundación Wolters Kluwer, p. 1020.

15 En este sentido SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*. Madrid (1912): Sucesores de Rivadeneira, p. 1139.

16 Realiza esta afirmación, en relación al vigente Código Civil italiano, BARASSI, L.: *La famiglia legittima nel nuovo Codice Civile*. Milano (1947): Giuffrè, p. 191.

17 SCOTT, S. E. y SCOTT E. R.: "Parents as Fiduciaries", *Virginia Law Review* (1995), núm. 81º, pp. 2418-2452. Estos autores proponen una configuración de los progenitores como fiduciarios, modelo que a su juicio constituye un régimen óptimo para regular la relación paterno-filial y reduce los conflictos de intereses dentro dicha relación. La función de la normativa legal a la hora de regular la relación paterno-filial dependerá en buena medida de si

personas que más fácilmente quieren a sus hijos y que este querer bien a sus hijos les lleva a actuar de modo responsable y conveniente respecto a ellos. Indudablemente la afirmación de la autonomía de los padres en el desarrollo de sus funciones educativas implica facilitarles un mayor grado de implicación en tales funciones¹⁸.

2. Competencias estatales en materia de educación.

Se ha sostenido con acierto que la familia no basta para satisfacer todas las necesidades y aspiraciones educativas del individuo. Este se integra en una comunidad de personas que cuenta con los medios para asegurar la más plena realización de todos los miembros de la misma. Por consiguiente, aunque no de forma primaria como a los progenitores, es atribuible también una responsabilidad en la educación a toda la sociedad política y, en particular, al Estado, en cuanto expresión jurídicamente organizada de tal sociedad¹⁹.

Sin ninguna duda el art. 27 CE participa de esta filosofía apuntada en el párrafo anterior; y también el ya citado art. 39 del texto constitucional, donde la interacción de los sectores privado y público en la tutela del menor es clara, es decir, de la Administración y de la familia²⁰. Desde luego es evidente que la CE no contiene una concepción de la educación como un servicio público en el sentido de que ésta sea una esfera reservada de modo exclusivo al Estado²¹.

Ahora bien, el problema concreto es determinar cuáles son las funciones del Estado en materia de educación. Puede hablarse en este sentido de una función normativa y supervisora, esto es, dirigida a la implementación de políticas de bienestar con el fin de lograr la plena efectividad de los derechos del menor y, por otra, de una función subsidiaria y correctora de la actividad paterna²². A continuación analizo cada una de estas funciones.

A) Implementación de políticas de bienestar dirigidas a la plena efectividad de los derechos del menor.

En relación con esta primera función estatal normativa y supervisora de la educación, cabe deducir del art. 27 CE que el Estado debe garantizar la obligatoriedad

se está o no ante familias sanas o en quiebra. Cuando las familias son desestructuradas sí que se requieren reglas jurídicas más elaboradas para solucionar los posibles conflictos, pero en familias sin problemas no se precisa una exhaustiva regulación legal para el ejercicio de los deberes paterno-filiales.

18 En este sentido RUIÁSÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: *La privación de la patria potestad*. Madrid (2006): Atelier, p. 27.

19 En este sentido CORRAL TALCIANI, H.: *Familia y Derecho*, cit., pp. 197-198.

20 ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social*, cit., p. 222.

21 CABALLERO SÁNCHEZ, R.: "Las dificultades para el encaje", cit., pp. 94-95. En relación ya con el *homeschooling*, este autor apunta que buena parte de los países que permiten este método educativo son anglosajones, y mucho tiene que ver que estos sistemas parten del rechazo a la intervención del poder público en la economía y en la sociedad.

22 CORRAL TALCIANI, H.: *Familia y Derecho*, cit., pp. 211-212 y ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social*, cit., p. 223.

y gratuidad de la enseñanza básica, la realización de una programación general de la enseñanza con participación efectiva de todos los sectores afectados, la creación de centros docentes, la inspección y homologación del sistema educativo y la ayuda con el fin de que los centros docentes cumplan los requisitos legales.

Particularmente interesante me parece, por las implicaciones que posee para el tema objeto aquí de estudio, el párrafo cuarto del citado precepto constitucional: “La enseñanza básica es obligatoria y gratuita”. Esto es lo que únicamente dice la CE, lo que significa que el texto constitucional guarda silencio acerca de cuál sea tal enseñanza básica y acerca del concreto modelo educativo por el que ha de optarse en nuestro país. Es a la vez una realidad constatable que las leyes educativas españolas han adoptado y mantenido hasta ahora una obligación positiva de escolarización de todos los menores durante un periodo de tiempo concreto (entre los 6 y los 16 años)²³.

Y esta realidad merece ante todo un juicio positivo: no hay ninguna duda de que la escolarización básica obligatoria busca un objetivo legítimo y deseable en las sociedades modernas. Así, persigue superar carencias de carácter económico y estructural que la educación había sufrido en tiempos anteriores y que imposibilitaban la igualdad de oportunidades. Con la medida de la escolarización obligatoria se trata de conseguir la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio del derecho a la educación y fijar el sistema de homologación y obtención de títulos académicos y profesionales de validez general²⁴.

Lo que parece en mi opinión ya más discutible es que, en la medida en que la CE no se pronuncia sobre el tipo de modelo educativo, la fórmula de la escolarización obligatoria sea una vía exclusiva y excluyente de otras fórmulas educativas, siempre y cuando se supervise que tales fórmulas educativas no entrañan un daño para el menor o un grave riesgo de generarlo²⁵.

Sin embargo no parece haberlo entendido así el Tribunal Constitucional español en la sentencia a la que antes me he referido, STC 133/2010 de 10 de diciembre. Según esta sentencia la CE no prohíbe al legislador democrático configurar la enseñanza básica obligatoria como un periodo de escolarización de duración

23 Una excepción relevante en este sentido es la Ley 12/2009 de 10 de julio de Educación, cuyo objeto es la regulación del sistema educativo en Cataluña. La opción educativa de la enseñanza en casa, bastante extendida en esta comunidad autónoma, es avalada de forma excepcional en el párrafo segundo del art. 55, que señala que pueden impartirse en la modalidad de educación no presencial, excepcionalmente, enseñanzas obligatorias. Su párrafo séptimo encierra el deber de creación de un registro en el que consten los datos de los alumnos que se acogen a la modalidad de educación no presencial en enseñanzas de educación básica.

24 En este sentido se pronuncia REDONDO, A. M.: *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*. Valencia (2003): Tirant lo Blanch, pp. 124-125.

25 GOIRIA, M.: “La flexibilización educativa o lo mejor de dos mundos (entre la escolarización y el homeschooling)”, *Estudios sobre Educación* (2012), núm. 22^o, p. 47, señala que precisamente una de las razones por las que sería importante la flexibilización del sistema educativo es la de aliviar el elevado índice de abandono escolar.

determinada durante el cual quede excluida la opción de los padres de enseñar a sus hijos en su propio domicilio. Ahora bien, es cierto que a la vez deja la puerta abierta a que pueda el legislador decantarse por otra vía en el futuro, señalando que la decisión de escolarización adoptada por el legislador es una de las posibles configuraciones del sistema entre las que el legislador puede optar:

El Tribunal Constitucional también incide en que la elección actual del legislador español por la escolarización no lleva consigo una restricción desproporcionada del derecho de educación de los padres. Su argumentación es la siguiente: La decisión de la escolarización obligatoria no impide que los progenitores puedan influir en la educación de sus hijos, dentro y fuera de la escuela. Dentro de la escuela porque los poderes públicos deben garantizar las convicciones religiosas y morales que quieran los padres para sus hijos (de acuerdo con el párrafo 3º del art. 27 CE) y, fuera de la escuela, porque los progenitores pueden educar a sus hijos de acuerdo a sus convicciones particulares después de la jornada escolar y durante el fin de semana²⁶. Además, nada impide que los padres puedan ejercer su libertad de enseñanza a través del derecho a la libre creación de centros docentes (de acuerdo con el párrafo 6º del art. 27 CE)²⁷.

En relación con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, parte de la doctrina ha sostenido que al acoger el tribunal una interpretación restrictiva de los derechos de los padres en materia de educación y reforzar la fórmula de la escolaridad, se potencia el papel del Estado en esta materia y la consecuencia es el olvido del principio de subsidiariedad que debe regir en la actuación de los poderes públicos²⁸.

B) Corrección de la actividad paterna.

Respecto a la función correctora de la actividad paterna, en mi opinión el Estado en principio debe abstenerse de interferir en la labor educativa de los padres, reconociendo el derecho preferente y prioritario a educar por parte de éstos, que se deduce tanto de la regulación de la CE (arts. 27 y 39) como de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, tal y como se ha apuntado en páginas anteriores.

26 REIMER, F.: "School attendance", cit., p. 13, ha señalado que este argumento es algo cínico, ya que se justifica la vulneración de la libertad de enseñanza de los padres apuntando un pequeño espacio que aún queda de libertad. Este autor hace esta reflexión a propósito de los argumentos sostenidos en Alemania tanto por el Tribunal Constitucional Federal como por otros tribunales en los casos de enseñanza doméstica.

27 REIMER, F.: "School attendance", cit., p. 13, también respecto a este argumento mantenido igualmente por los tribunales alemanes, apunta que el derecho de creación de centros docentes no puede justificar la prohibición de la educación en casa, porque de otro modo el uso de derechos constitucionales dependería de la elección del Estado bastante más que la del individuo.

28 En este sentido MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.: "El *homeschooling* en el Derecho español", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* (2011), núm. 25º, p. 15 (<http://www.iustel.com>) y MORENO ANTÓN, M.: "La educación en casa y el artículo 27 de la Constitución en la doctrina del TC", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, p. 226.

Pero el Estado sí ha de intervenir en caso de que los progenitores hayan abandonado de modo negligente la educación del hijo, hayan abusado gravemente de su derecho a educarlo o no posean los medios suficientes para ejercitar el deber de educación. A mi juicio la respuesta del Estado ha de ser distinta en cada una de estas hipótesis. En los dos primeros casos de abuso o abandono grave del deber paterno de educación el Estado llevará a cabo una función correctora, adoptando las medidas previstas en el ordenamiento jurídico (penales, civiles o administrativas).

En el segundo caso de carencia de medios suficientes para el ejercicio de la educación la labor del Estado ha de consistir en el apoyo a los progenitores y en la provisión a éstos de los cauces necesarios para que puedan educar a sus hijos²⁹. Podría decirse, desde luego, que en esta última hipótesis no hay tanto una función correctora propiamente dicha como una función de carácter asistencial.

En relación con el problema que nos ocupa, sí que es importante diferenciar el *homeschooling* de los supuestos de abandono grave del deber paterno de educación. La enseñanza en casa es una opción educativa de algunos progenitores que eligen formar a sus hijos en su propio domicilio sin escolarizarlos en un centro oficial. Algunas familias que educan en casa optan por matricular a sus hijos en un colegio no presencial que ofrece, además de materiales y recursos didácticos, otros servicios como tutorización y asesoramiento. En función del nivel y edad del estudiante, así como la preparación de los padres, éstos recurren a ayuda externa de profesores particulares para complementar la formación de su hijo.

Por consiguiente, en la enseñanza en casa no hay dejación o abandono del deber de educar por parte de los padres, sino todo lo contrario, los padres ejercitar el deber con gran cuidado. Son progenitores realmente preocupados a la hora de elegir el modelo educativo que a su juicio garantizará una más adecuada formación integral de sus hijos, preocupación en muchos casos motivada por el fracaso escolar de la enseñanza oficial. Tal y como se ha sostenido, el *homeschooling* no debe identificarse con la ausencia de escolarización ni con el absentismo escolar habitual, supuestos que se caracterizan porque no hay detrás un proyecto educativo alternativo para el menor y que suelen tener su origen en la falta de recursos económicos y culturales de los progenitores³⁰.

29 CORRAL TALCIANI, H.: *Familia y Derecho*, cit., p. 212.

30 En este sentido se pronuncia MORENO ANTÓN, M.: "La educación en casa", cit., p. 217. Véase los remedios que ofrece el ordenamiento jurídico español ante los casos de absentismo escolar y falta de escolarización en RODRIGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Daños causados a los hijos por el incumplimiento del deber de educar", en AA.VV. *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE). Pamplona (2012): Aranzadi, pp. 416-419.

III. PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

I. Causación de dos posibles daños a raíz del ejercicio de la educación en casa.

No puede olvidarse que en el *homeschooling* estamos ante un conflicto jurídico en el que el protagonista es un menor de edad, por tanto, tal y como sostiene el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en cualquier decisión concerniente a los menores debe tenerse en cuenta de forma primordial los intereses de éstos, tanto por parte de los poderes públicos (tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos) como por parte de los particulares.

Por consiguiente, qué debe entenderse por interés superior del menor en el ámbito de la educación. Sin duda es el derecho de los menores a recibir una educación que tenga por objeto su pleno desarrollo intelectual y moral. Tal y como se ha sostenido, respecto a los poderes públicos, el interés del menor exige no sólo poner a disposición de los menores los medios suficientes para acceder a una educación básica obligatoria y gratuita dirigida a su desarrollo integral, sino también garantizar un sistema educativo que respete el derecho prioritario de los padres a elegir la educación de sus hijos. Por otra parte, respecto a los progenitores, el interés superior del menor ha de ser el punto de referencia en el ejercicio de su deber de educación, y el criterio de resolución de los conflictos que se planteen entre el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos y el derecho de éstos a recibir una formación cuyo fin sea el pleno desarrollo de su personalidad desde el punto de vista intelectual y moral³¹.

Respecto al ejercicio del *homeschooling*, este método de enseñanza en abstracto podría generar dos tipos de daños para el menor; como son una formación académica deficiente y una falta de socialización. Tarea del tribunal será examinar, en cada caso concreto y a la luz de las circunstancias singulares, si el menor educado en el hogar está sufriendo uno de estos daños o tiene un serio riesgo de padecerlo.

A) Formación académica deficiente.

Los niños que reciben este tipo de educación han de poseer el nivel de conocimientos suficientes para acceder, en condiciones de igualdad, a puestos profesionales en el futuro. De acuerdo con el párrafo 5º del art. 27 CE corresponde a los poderes públicos la programación general de la enseñanza, que pasa por garantizar unos contenidos y niveles adecuados en cada fase de desarrollo de los menores. Por consiguiente, los poderes públicos han de habilitar unos medios para

31 Véase estas reflexiones en VALERO ESTARELLAS, M. J.: "Homeschooling en Europa", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 278-279.

verificar que los menores que se educan en casa han adquirido unos conocimientos y competencias mínimos³².

Cabe hablar, pues, de dos tipos de instrumentos. El primero es la realización de pruebas de evaluación de carácter externo que permitan, además, la obtención de títulos homologados correspondientes al nivel real de formación cuando se haya alcanzado al margen del sistema oficial. Pero no basta con la realización de dichas pruebas, sino que además, como segundo medio, debe existir un control periódico sobre la dedicación efectiva de las familias a la educación de sus hijos en casa³³.

Así como el primer tipo de instrumento no es tan problemático, no obstante mayores dificultades reviste el control periódico sobre las familias. Ya he apuntado antes la carestía que puede suponer la investigación de los programas de instrucción en casa³⁴. Por otra parte, los controles tendrían que llevarse a cabo de manera razonable, con el fin de salvaguardar el derecho a la intimidad tanto del menor como de sus progenitores. Se ha sostenido en este sentido que los padres deberían de modo previo dar su consentimiento escrito a las visitas no anunciadas de los supervisores dentro de un periodo de tiempo fijado, por ejemplo, durante las horas correspondientes a la jornada escolar³⁵. Indudablemente para el cumplimiento de la exigencia de los controles periódicos en el hogar es precisa la creación de un registro en el que consten los datos de los alumnos que se acogen a la modalidad de la educación en casa.

B) Falta de socialización.

El requisito de que la educación en casa no impida la socialización de los menores exige adentrarse en el concepto de socialización. Porque, a mi juicio, uno es el concepto de socialización que utilizan los padres cuando recurren una sentencia ante los tribunales que ordena la escolarización inmediata del menor; y otro es el concepto de socialización que suelen emplear, en cambio, los tribunales en sus fallos cuando resuelven los conflictos relativos a la enseñanza doméstica.

Los progenitores demandados suelen identificar el concepto de socialización con la ausencia de aislamiento del menor y la capacidad de éste de mantener relaciones sociales y de tener contacto con otros niños de su edad. Para cumplir con este

32 Sobre el tema CABALLERO SÁNCHEZ, R.: "Las dificultades para el encaje", cit., pp. 97-98.

33 En este sentido señala LÓPEZ CASTILLO, A.: "Formación de la identidad personal y educación: apuntes", en AA.VV. *Identidad, Derecho y Política* (coord. por LÓPEZ CASTILLO, A. Y AGUADO RENEDO, C.). Madrid (2013): Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, p. 330, que las obligaciones constitucionales del Estado en materia de educación no permiten que éste se desatienda de la programación, verificación e inspección de las actividades relacionadas con la enseñanza, incluso si se llevasen a cabo en el hogar.

34 Sobre todo se pone de relieve esta carestía por la doctrina norteamericana; de hecho en algunos estados se niega la educación en casa precisamente a causa de esta razón. Véase RICHMOND, H. C. T.: "Home instruction", cit., pp. 370-371 y 373.

35 En este sentido RICHMOND, H. C. T.: "Home instruction", cit., pp. 375-376.

objetivo en la mayoría de los casos los niños que se educan en casa complementan su formación en el hogar con actividades extracurriculares (deportes, clases de idiomas o de música) que les permiten desenvolverse en otro entorno diferente a su hogar³⁶.

La interpretación que se hace por los tribunales sobre el concepto de socialización no coincide con la interpretación procedente de los medios de comunicación o del movimiento desescolarizador. Así, desde esta segunda perspectiva, socializar significa iniciarse, imbuirse, participar en la formación de aquellos valores que la sociedad se da en un momento dado, es decir, en aquellos valores que aparecen recogidos en el texto constitucional.

El párrafo segundo del art. 27 CE señala cuál es la finalidad que debe perseguir la educación, que va más allá de la mera adquisición de unos conocimientos, afirmándose que es “el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”³⁷. El hecho de que la propia CE concrete el objetivo de la educación parece que está marcando a los progenitores que practican el *homeschooling* una serie de pautas, obligándoles a ofrecer a sus hijos una formación en la que se transmitan aquellos contenidos necesarios para su desarrollo desde el conocimiento y el respeto hacia los derechos fundamentales y los valores democráticos³⁸.

Sin duda la escolarización es un medio perfectamente adecuado e idóneo para lograr dicha finalidad constitucional de la educación, esto es, es un medio que permite, de modo continuado y no esporádico, el contacto con la sociedad plural y con las diferentes personas e ideas que la integran³⁹. La escolarización suele poseer

36 Señala BRIONES MARTÍNEZ, I. M.: “Análisis de la Ley Orgánica de Mejora de la Calidad de la Educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, p. 88, que “... la familia es para la sociedad su motor más potente de socialización, y que el hogar es un espacio físico distinto a la escuela, pero la familia constituye un edificio mucho más sólido que el ambiente escolar. Además, el método conocido como educación en casa, también puede practicarse en variados ambientes –no sólo en el hogar-, de diversos modos y en diferentes tiempos, lo que permite formar a los menores con mayor autonomía y flexibilidad, proporcionando mayor capacidad crítica al mantenerse fuera del estándar establecido en el sistema educativo oficial”.

37 Un ejemplo concreto de cómo interpretan los tribunales qué debe entenderse por educación de un menor por sus progenitores es la SAP Girona 3 junio 2011 (JUR 2011, 291908): “...El legislador estatal como autonómico catalán han optado claramente por una enseñanza básica obligatoria en centros educativos presenciales, no autorizando en absoluto la enseñanza en el domicilio de los padres y ello porque el legislador debe cumplir la Constitución que obliga a que la educación tenga por objeto el respeto a los principios democráticos de convivencia...”.

38 GARRIDO FALLA, F.: “Comentario al artículo 27 CE”, en AA.VV. *Comentarios a la Constitución* (coord. por F. GARRIDO FALLA), Madrid (2001): Civitas, p. 637, ha mantenido que esta norma fija una directriz a seguir para todos los sujetos que ejerzan la labor educativa, ya sean sujetos privados o públicos; de modo que está estableciendo un cierto “límite” al pluralismo ideológico en materia educativa. Y LLANO TORRES, A.: “La regulación del *homeschooling*”, cit., p. 175, apunta, en relación con el fin que el art. 27.2 CE atribuye a la educación, que una cosa es la obediencia al texto constitucional, exigible a todo ciudadano, y otra la adhesión a los valores que la inspiran y a la interpretación mayoritaria de los mismos, que no lo es.

39 Este argumento es sostenido por la ya citada STC 133/2010 de 2 de diciembre.

efectos beneficiosos para la gran mayoría de los alumnos y es un cauce positivo de inserción social. Pero desde luego tampoco supone una garantía en todo caso de integración social del menor; siendo a veces lugar de conflictos y de experiencias traumáticas para éste⁴⁰.

Cuando el legislador opta por el método educativo de la escolarización, entre otras finalidades, busca suprimir el peligro de sociedades paralelas, basadas en concepciones filosóficas distintas, e integrar a las minorías en la sociedad. Desde luego los centros escolares poseen capacidad de uniformar la cultura y la sociedad a través de los contenidos que se imparten en los mismos y tienen la indudable ventaja de constituir una ayuda para la integración de inmigrantes dentro de la sociedad⁴¹.

Pero a mi juicio es importante caer en la cuenta de que la opción por la escolarización obligatoria no debería ser una vía exclusiva y excluyente de otros modelos educativos, siempre y cuando, claro, se establezcan los necesarios controles sobre dichos modelos. Esta conclusión viene exigida por el pluralismo existente en la sociedad y que consagra la CE en su art. 1, que sin duda debe conducir a un mayor protagonismo del libre desarrollo de la educación y de las formas de educar por parte de los progenitores. Los derechos fundamentales y las libertades reconocidas en la CE salvaguardan dicho pluralismo, esto es, salvaguardan esta opción de vivir de diferente manera, incluso de forma separada de la sociedad. Nuestro texto constitucional garantiza los derechos fundamentales no sólo a las mayorías sino también a las minorías⁴².

Una última precisión: así como puede resultar relativamente sencillo la supervisión de la adquisición de las competencias básicas por los menores (lectura, escritura, matemáticas...), se presenta muy complicado el control sobre este aspecto de la socialización, entendido como la mayor o menor correspondencia de la educación recibida con ciertos valores. Seguramente, tal y como se ha apuntado, por la dificultad, si no imposibilidad, de medir con rigor tal correspondencia⁴³.

2. Consecuencias jurídicas penales y civiles de la educación en casa.

La doctrina parece de acuerdo en que el Derecho Penal no debe entrar a impedir el *homeschooling* en virtud del carácter de *ultima ratio* de esta disciplina, debiendo

40 En este sentido CABALLERO SÁNCHEZ, R.: "Las dificultades para el encaje", cit., p. 96.

41 No obstante, se ha apuntado por la doctrina que la educación en el hogar era una práctica habitual en Alemania hasta el año 1930. Pero en ese momento surge el miedo entre los dirigentes de que los padres no asumieran de modo adecuado la responsabilidad de educar a sus hijos y, en especial, que no supieran transmitirles unos conocimientos que debían ser comunes a todo el Estado, en concreto, los principios del movimiento nacionalsocialista. Véase al respecto PETRIE, A. J.: "Home education and the law", *Education and the Law* (1998), núm. 10º, p. 133 y REDONDO, A. M.: *Defensa de la Constitución*, cit., pp. 47-49.

42 En este sentido se pronuncia el jurista alemán REIMER, F. "School attendance", cit., p. 12, enjuiciando de modo crítico las decisiones judiciales de su país, que de forma casi unánime inadmiten la educación en casa.

43 LLANO TORRES, A. "La regulación del homeschooling", cit., p. 177.

aplicarse única y exclusivamente cuando el ordenamiento jurídico carezca de otros mecanismos de solución; por ello es conveniente plantearse si las normas civiles constituyen remedios más adecuados. Aunque hay opiniones divididas y algunas fiscalías son partidarias de que la educación en casa sea punible, sin embargo es cierto que tales acusaciones no prosperan y los procesos acaban, o bien sobreesidos o bien con la absolución de los progenitores⁴⁴.

El precepto que tiene una mayor aplicación en los supuestos de *homeschooling* es el art. 229 CP (“1. El abandono de un menor de edad o un incapaz por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno o dos años. 2. Si el abandono fuera realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años 3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o incapaz, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave”).

En el supuesto del *homeschooling* no concurre el tipo objetivo del delito de abandono de menores. El legislador se está refiriendo en el citado precepto a un abandono físico y en el caso de la enseñanza en casa no nos hallamos ante niños abandonados, sino ante menores que están siendo cuidados aunque en una manera distinta a la prevista en la legislación educativa vigente. Del párrafo 3º del citado precepto penal se infiere claramente que el abandono aludido es tal que puede llegar a poner en peligro la vida o la salud del menor; de ahí se deriva que el legislador se está refiriendo en el artículo a un abandono físico, espacial, a “dejar en la calle al menor”, no a casos relativos a la educación ni al lugar de realización de la misma ni al sujeto que la lleva a cabo⁴⁵.

Analizo, a continuación, las concretas medidas jurídico-civiles susceptibles de aplicación ante el ejercicio del *homeschooling* por parte de los padres: la privación de la patria potestad, la responsabilidad civil y la imposición de escolarización⁴⁶.

En primer lugar, dentro de la normativa reguladora del Derecho de Familia, el art. 170 CC prevé en su párrafo primero la privación de la patria potestad por el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (“El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en

44 Consúltase al respecto la tesis doctoral de CABO GONZÁLEZ, C.: *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*. Oviedo (2012), pp. 177-178 (véase <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/94200/UC>).

45 En este sentido véase en profundidad el estudio penal hecho por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J.: “Consecuencias penales de la educación en casa”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I.M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 148-154.

46 Un estudio más amplio de todas estas medidas jurídico-civiles en RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: “Consecuencias jurídico-civiles del ejercicio de la educación en casa”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 185-192.

el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial"). Desde luego ésta es una de las medidas de intervención de los poderes públicos sobre la autonomía familiar más agresivas⁴⁷.

A mi juicio la aplicación de esta medida no puede estimarse adecuada en la hipótesis de la enseñanza en casa, y la causa fundamental es que el art. 170 CC está pensado para combatir el incumplimiento de los padres consistente en la dejación grave de sus deberes paterno-filiales. Y ya he constatado en páginas anteriores que en el supuesto de la educación en casa realmente no hay ninguna dejación o desidia de los padres en el deber de educar a sus hijos. Todo lo contrario, existe una gran preocupación por su parte a la hora de elegir el modelo educativo que permitirá una mejor formación integral de sus hijos. Solo nos hallamos ante un ejercicio de sus deberes paterno-filiales en un modo diferente al reglado.

Junto al argumento anterior, cabe añadir otro. Incluso en supuestos donde hay un incumplimiento grave de los deberes paterno-filiales (como el abandono negligente de la educación del menor no escolarizándolo o permitiendo el absentismo escolar), no se requiere, como regla general, una medida tan agresiva y perjudicial para el interés del menor como es la separación de éste de sus padres, ya que, al fin y al cabo, la privación de la patria potestad posee una finalidad fundamentalmente tuitiva del interés del menor. Salvo, eso sí, que la falta de escolarización o la tolerancia del absentismo escolar vayan acompañadas de otras circunstancias concurrentes en el caso, como malos tratos, malas condiciones higiénicas, alcoholismo o toxicomanía de los padres, de las que derive un perjuicio de gran entidad para el desarrollo del menor⁴⁸.

Como una segunda medida posible a aplicar a la hipótesis de la enseñanza en casa estaría la responsabilidad civil. La aplicación de tal medida requeriría, por supuesto, que se dieran todos los requisitos exigidos en el art. 1902 CC ("El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado").

De forma breve, debido a razones lógicas de espacio, es posible vaticinar que una demanda de daños interpuesta por los hijos frente a los progenitores que han elegido el método de la enseñanza en casa no tendría gran éxito. En primer lugar, porque son escasas las demandas de responsabilidad civil procedentes de un familiar a otro por el daño causado, y éstas se han reducido a casos de incumplimiento del

47 RUIJÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: *La privación de la patria potestad*, cit., p. 17.

48 RUIJÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: *La privación de la patria potestad*, cit., p. 83. También en idéntico sentido las SSAP Sevilla 13 febrero 1997 (AC 1997, 391) y de Granada 3 marzo 2003 (JUR 2003, 185114).

deber de fidelidad matrimonial, siendo la respuesta del Tribunal Supremo español siempre negativa a la concesión de tal indemnización al ex marido demandante⁴⁹.

Por otra parte sería muy complicado acreditar en el caso del *homeschooling* la existencia de dos de los presupuestos necesarios para que entre en juego la responsabilidad civil extracontractual. Así, en primer lugar, la existencia de un daño sufrido por el menor a consecuencia del ejercicio de la enseñanza en casa. Desde luego poco éxito tendría la prueba de que estos niños no tienen un nivel académico equiparable al que proporciona la enseñanza oficial; como regla general la formación de los niños educados en casa suele ser muy superior a la media, alcanzando sin dificultad el nivel estatal exigido. Tampoco resulta fácil de acreditar la falta de socialización derivada del hecho de que la educación tiene que producirse dentro del respeto a la legalidad, al orden público y, por supuesto, al orden constitucional. La dificultad de la prueba radica, entre otros motivos, en la dificultad de medir la correspondencia entre la educación recibida por el niño y los valores constitucionales, salvo casos claros de enseñanza antidemocrática como podrían ser los de violencia racista o sexista.

Otro presupuesto que debería acreditarse de acuerdo con el art. 1902 CC es el comportamiento doloso o culpable del agente del daño, en nuestra hipótesis, de los progenitores. Y sin duda en la enseñanza en casa faltaría la imputación subjetiva de los progenitores ya que, como he comentado con anterioridad, la falta de asistencia de los niños a un centro oficial no es fruto de la actitud pasiva o desocupada de los padres hacia sus hijos, sino todo lo contrario, hay un exceso de celo en el ejercicio del deber de educar. De nuevo ha de partirse de la presunción de que los progenitores, cuando ejercitan sus deberes paterno-filiales, lo normal es que lo hagan en beneficio de sus hijos.

La última medida jurídico-civil que cabe plantear es que se solicite al juez que ordene la inmediata escolarización del menor que es enseñado en casa en virtud del art. 158 CC [“El juez (...) dictará: 1º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber; por sus padres 4º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios]. La legitimación para solicitar tal medida es muy amplia, ya que, además de poder dictarse de oficio por el propio juez, puede ser pedida a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal.

49 Sobre esta cuestión pueden consultarse los trabajos de RODRIGUEZ GUITIÁN, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*. Navarra (2008): Thomson Civitas y “La responsabilidad en las relaciones familiares”, en AA.VV. *Tratado de Derecho de Familia* (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA Y M. CUENA CASAS), Navarra (2011): Thomson Aranzadi, pp. 659 y ss. También véase DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: Resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de deberes conyugales”, *La Ley* (2007), núm. 2º, pp. 1658-1671.

A mi juicio la intervención del juez adoptando la medida de la escolarización en los casos del *homeschooling* sólo quedaría justificada, a la luz del tenor y de la finalidad presente en el art. 158 CC, cuando la elección de dicho método educativo por los progenitores realmente entrañe, en el caso concreto, un peligro real y actual de que pueda generarse un daño para el menor, o cuando ya se ha constatado que el daño se ha producido.

BIBLIOGRAFÍA

BARASSI, L.: *La famiglia legittima nel nuovo Codice Civile*. Milano (1947): Giuffrè.

BRIONES MARTÍNEZ, I. M.: *La libertad religiosa en los Estados Unidos. Un estudio a través del sistema educativo y de la educación en familia*. Madrid (2012): Atelier.

- "Análisis de la Ley Orgánica de Mejora de la Calidad de la Educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 39 ss.

CABALLERO SÁNCHEZ, R.: "Las dificultades para el encaje de la educación en casa en el sistema educativo español", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 89 ss.

CABO GONZÁLEZ, C.: *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*. Oviedo (2012) (<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/94200/UC>).

CACHÓN VILLAR, P.: "Comentario al artículo 39 CE", en AA.VV. *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E. CASAS BAAMONDE Y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER). Madrid (2008): Fundación Wolters Kluwer, pp. 1003 y ss.

CORRAL TALCIANI, H.: *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*. Santiago de Chile (1994): Pontificia Universidad Católica de Chile.

DEVERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: Resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de deberes conyugales", *La Ley* (2007), núm. 2º, pp. 1658 y ss.

GÁLVEZ MONTES, F. J.: "Comentario al artículo 27 CE", en AA.VV. *Comentarios a la Constitución* (coord. por F. GARRIDO FALLA). Madrid (2001): Civitas, pp. 631 ss.

GARRIDO FALLA, F.: "Comentario al artículo 39 CE", en AA.VV. *Comentarios a la Constitución* (coord. por F. GARRIDO FALLA). Madrid (2001): Civitas, pp. 821 ss.

GOIRIA, M.: "La flexibilización educativa o lo mejor de dos mundos (entre la escolarización y el homeschooling)", *Estudios sobre Educación* (2012), núm. 22º, pp. 37 ss.

LÓPEZ CASTILLO, A.: "Formación de la identidad personal y educación: apuntes", en AA.VV. *Identidad, Derecho y Política* (coord. por LÓPEZ CASTILLO, A. Y AGUADO RENEDO,

C.), Madrid (2013): Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, pp. 309 ss.

LLANO TORRES, A.: "La regulación del *homeschooling* ante las exigencias democráticas de pluralismo, integración y libertad", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 161 ss.

MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.: "El *homeschooling* en el Derecho español", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* (2011), núm. 25º, pp. 1 ss (<http://www.iustel.com>).

-"Análisis de la STC 133/2010 del Tribunal Constitucional, sobre educación en familia, desde la perspectiva del artículo 10.2 de la Constitución", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 229 ss.

-MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: "Los derechos de los padres sobre la educación de los hijos según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la *Enseñanza en casa*", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 249 ss.

MORENO ANTÓN, M.: "La educación en casa y el artículo 27 de la Constitución en la doctrina del TC", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 215 ss.

PETRIE, A. J.: "Home education and the law", *Education and the Law* (1998), núm. 10º, pp. 123 ss.

REDONDO, A. M.: *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*. Valencia (2003): Tirant lo Blanch.

REIMER, F.: "School attendance as a civic duty v. home education as a human right", *International Electronic Journal of Elementary Education* (2010), núm. 3º, p. 5 ss (<http://www.iejee.com>).

RICHMOND, H. C. T.: "Home instruction: an alternative to institutional education", *Journal of Family Law* (1979-1980), núm. 18º, pp. 359 ss.

ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*. Madrid (1999): Civitas.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*. Navarra (2008): Thomson Civitas.

-“La responsabilidad en las relaciones familiares”, en AA.VV. *Tratado de Derecho de Familia* (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA Y M. CUENA CASAS), Navarra (2011): Thomson Aranzadi, pp. 659 ss.

-“Daños causados a los hijos por el incumplimiento del deber de educar”, en AA.VV. *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE). Pamplona (2012): Aranzadi, pp. 363 ss.

-“Consecuencias jurídico-civiles del ejercicio de la educación en casa”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 181 ss.

RODRÍGUEZ-PATRÓN, P.: “Algunas reflexiones acerca de los derechos de los padres y las competencias estatales en el ámbito de la educación pública”, en AA.VV., *El Menor ante el Derecho en el siglo XXI* (coord. por J. DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO Y A. M. RODRÍGUEZ GUTIÁN). Madrid (2011): Universidad Autónoma de Madrid-Boletín Oficial del Estado, pp. 169 ss.

RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: *La privación de la patria potestad*. Madrid (2006): Atelier.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*. Madrid (1912): Sucesores de Rivadeneyra.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J.: “Consecuencias penales de la educación en casa”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 143 ss.

SCOTT, S. E./SCOTT E. R.: “Parents as Fiduciaries”, *Virginia Law Review* (1995), núm. 81º, pp. 2401 ss.

TRIBE, L. H.: *American Constitutional Law*. New York (1988): The Foundation Press.

VALERO ESTARELLAS, M. J.: “Homeschooling en Europa”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 273 ss.



**PATRIA POTESTAD Y EDUCACIÓN RELIGIOSA DE LOS
HIJOS MENORES**

**PARENTAL AUTHORITY AND CHILD'S RELIGIOUS
EDUCATION**

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 142-163



Rosa M^a.
RAMÍREZ
NAVALÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de junio 15 de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: El artículo analiza los conflictos en el ámbito educativo que surgen en la relación entre el derecho de libertad religiosa y el ejercicio de la patria potestad. En primer lugar estudia la relevancia de las creencias religiosas de los progenitores en los procesos de atribución de custodia y determinación de régimen de visitas. En segundo lugar trata del desacuerdo entre los titulares de la patria potestad respecto a la educación religiosa del menor. Y finalmente, se refiere a los conflictos entre los padres y el menor en el ejercicio del derecho de libertad religiosa.

PALABRAS CLAVE: patria potestad, libertad religiosa, menores, creencias religiosas, derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral de sus hijos.

ABSTRACT: The article analyzes the conflicts that come up between the right of religious freedom in education and the exercise of parental authority. On one hand, it studies the relevance of the religious beliefs of the parents on the processes of attribution of custody and determination of the visiting arrangements. On the other hand, it deals with the disagreements between the parents regarding to the religious education of the minor and the criteria to follow by the judge at the judicial resolution. Finally, it refers to the conflicts between the parents and the minor on the exercise of the right of religious freedom.

KEY WORDS: parental authority, religious freedom, minors, religious beliefs, parental right to choose their child's religious and moral education.

SUMARIO.- I. Introducción: formación religiosa y patria potestad.- II. Resolución judicial de conflictos entre progenitores en caso de desacuerdo en la formación religiosa de sus hijos.- 1. Las creencias religiosas como causa de modificación de las medidas adoptadas en los supuestos de crisis matrimoniales.- A) Casos de impugnación en la atribución de la custodia.- B) Solicitud de modificación o supresión del régimen de visitas en base a las creencias religiosas del progenitor no custodio.- C) Incidencia de las creencias religiosas en estas decisiones judiciales.- 2. Las decisiones sobre la formación religiosa del menor en caso de ruptura de la convivencia.- III. El ejercicio de la libertad religiosa del menor frente a los titulares de la patria potestad.- 1. Determinación de la capacidad del menor.- 2. Supuestos conflictivos.

I. INTRODUCCIÓN: FORMACIÓN RELIGIOSA Y PATRIA POTESTAD.

La relación entre el derecho de libertad religiosa en el ámbito educativo y el ejercicio de la patria potestad plantea diversos temas conflictivos. Podríamos hablar de conflictos *ad extra* y *ad intra* de la relación familiar. Es decir, de conflictos entre los miembros de la unidad familiar y los sujetos sociales y los conflictos entre los propios integrantes de la familia. Entre los que hemos denominado conflictos *ad extra* se encuentran temas como la negativa de los padres a escolarizar a sus hijos o admisión del *home schooling*, el derecho a la elección de centro docente con ideario propio o la oposición de los padres a que sus hijos reciban unas enseñanzas obligatorias contrarias a sus convicciones religiosas y morales.

Este trabajo, sin embargo, se dirige a analizar los conflictos *ad intra*, aquellos que surgen cuando colisionan los derechos de los sujetos que integran la unidad familiar. En concreto nos referimos a los supuestos de discordancia entre los titulares de la patria potestad respecto de la educación religiosa de los menores, y a los casos en los que el ejercicio del derecho de libertad religiosa del menor pueda colisionar con el derecho de los padres a educar y transmitir a éstos sus valores y creencias religiosas.

Nos proponemos un estudio sistemático de la jurisprudencia en estos casos, teniendo en cuenta que son pocos los asuntos que llegan a instancias superiores. Este hecho hace que sea difícil hablar de doctrina jurisprudencial sobre el tema. No obstante, nuestro objetivo es descubrir, en su caso, cuáles han sido los criterios

• Rosa M^a. Ramírez Navalón

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Valencia (España). Licenciada en Derecho Canónico por la Universidad Lateranense de Roma. Autora de varias monografías entre ellas: "La citación y la ausencia del demandado en las causas de nulidad matrimonial". Directora de cuatro proyectos de investigación financiados por entidades públicas y privadas. Ha publicado más de 50 artículos sobre Derecho Matrimonial Canónico, Derecho Eclesiástico del Estado y Bioderecho, en revistas y libros especializados. Ponente en diversos foros jurídicos: Cursos de formación de Jueces y Magistrados, Asociación Española de Canonistas, Conferencia Episcopal española, Jornadas internacionales, etc. Correo electrónico: Rosa.M.Ramirez@uv.es.

empleados por el juzgador para la resolución de estos conflictos familiares originados por las creencias religiosas.

Antes de centrar nuestra atención en los conflictos descritos conviene realizar unas consideraciones generales acerca de los derechos en juego. Por un lado, debemos referirnos al derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que sea conforme a sus convicciones que está contemplado en el art. 27.3 de la Constitución (CE)¹. Este derecho deriva del derecho de libertad religiosa en el ámbito de la enseñanza tal y como se desprende del art. 2.c de la Ley Orgánica de libertad religiosa (LOLR) en donde se establece el derecho a “elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”².

En nuestro sistema educativo este derecho de los padres se garantiza por medio de una doble vía. Por una parte, mediante la posibilidad de cursar la asignatura de religión que es de oferta obligatoria para los centros públicos, en los términos establecidos por la normativa vigente, y de carácter voluntario para los alumnos. Y, por otro lado, por la existencia del binomio institucional escuela pública-escuela privada³. La primera de carácter ideológicamente neutral, la segunda con el derecho de establecer un ideario educativo propio⁴. A su vez, no hay que olvidar que es en el ámbito doméstico donde los padres ejercen, de forma habitual, el derecho a la educación religiosa de los menores, acompañando y orientando a los hijos, dándoles ejemplo con la vida y trasmitiéndoles sus propias creencias y convicciones.

Las decisiones sobre la educación de los hijos, ya sea en el ámbito escolar o en el doméstico, deberán adoptarlas conjuntamente por ambos progenitores. Éste es

- 1 Entre los textos internacionales que contemplan este derecho destacan: El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966, BOE de 30 de abril de 1977 (art. 18); el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, BOE de 30 de abril de 1977 (art. 13.3) y la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 25 de noviembre de 1981 (art. 5).
- 2 Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. BOE de 24 de julio de 1980.
- 3 STC 5/1981, de 13 de febrero.
- 4 En el sistema educativo español se contemplan ambas posibilidades de acuerdo con la normativa en materia de enseñanza. La posibilidad de que los padres o tutores elijan la asignatura de religión o su alternativa, junto con la de elegir una enseñanza privada inspirada en unos principios específicos. Vid. sobre este tema entre otros: ESCRIVÁ IVARS, J.: “La enseñanza de la religión y moral católicas en el sistema educativo español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico* (1988), IV, pp. 205-240; MUSOLES, M. C.: “El derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos en la legislación española”, en AAVV: Dimensiones jurídicas del factor religioso. Estudios homenaje al profesor López Alarcón. Murcia (1987): Universidad de Murcia, pp. 383-398; BONET NAVARRO, J.: “Right to education and freedom to teaching in Spanish legal system”, en AAVV: Proceedings of the 8th International Conference on Human Rights: The Right to Knowledge and Information in a Heterogenic Society. Newcastle upon Tyne (2009): Cambridge Scholars Publishing, pp. 606-622; OLMOS ORTEGA, M^a E.: “El derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral sus hijos”, en AAVV: La enseñanza de la religión en la escuela pública, Actas del VI Simposio Internacional de Derecho Concordatario (Coord. por CANO RUIZ, I.). Alcalá de Henares (2014): Comares, pp. 19-42; MARTÍN RETORTILLO, L.: “El derecho de los padres a elegir la educación de los hijos”, en AAVV: La enseñanza de la religión en la escuela pública, Actas del VI Simposio Internacional de Derecho Concordatario (Coord. por CANO RUIZ, I.). Alcalá de Henares (2014): Comares, 3-18.

un derecho integrado en el ejercicio de la patria potestad, tal y como lo establece el art. 154.1 CC: "Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral". Se trata por lo tanto, de un derecho-deber acorde con el carácter de función de la patria potestad, ésta debe ser ejercida en beneficio del hijo, es decir, teniendo en cuenta el interés del menor⁵, que se configura como un principio prevalente que deberá primar en caso de confrontación. Y en este orden de intereses se establece la necesidad de oír al menor, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado y conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social⁶.

El derecho de los progenitores debe conjugarse con el derecho del menor a la libertad religiosa y de conciencia contemplado en el art. 6 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁷ (LOPJM). Los menores de edad, en cuanto personas, son también obviamente titulares de derechos fundamentales⁸. Consecuentemente, el ejercicio de estos derechos y la facultad de disponer de ellos no puede abandonarse

- 5 El interés del menor se desprende del art. 39.4 de la Constitución española (CE) y diversos preceptos del Código Civil entre los que destacan: el art. 92. 2º, 156. 5º, 159, 161, 170. 2º y 216, entre otros. Sobre el interés del menor entre otros, vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Madrid (2007): Dykinson.
- 6 La necesidad de oír al menor se establece en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE de 17 de enero de 1996 (LOPJM), donde se dispone que: "el menor tiene derecho a ser oído". En el Código civil en los arts. 92. 2 y 154. 5 se recoge la necesidad o exigencia de oír al menor en ciertos casos y en otros artículos como: 159, 177. 3, 231, 237, 273. También los arts. 770. 4 y 777. 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).
- 7 Este derecho también está reconocido en el ámbito internacional en el art. 14. 1 y 3 de la Convención de Derechos del niño (CDN), de 20-11-89, BOE de 31-12-9.
- 8 Sobre la libertad religiosa del menor puede consultarse entre otros: LÓPEZ ALARCÓN, M.: "Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas", *Anales de Derecho. Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Murcia* (1997), núm. 15, pp. 323-343; SERRANO POSTIGO, C.: "Libertad religiosa y minoría de edad en el Ordenamiento Jurídico Español", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*. Madrid (1983): Universidad Complutense, pp. 825-828; ARECES PIÑOL, Mª T.: "Tutela del menor y libertad religiosa", en AAVV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte I. Castellón-Valencia* (1999): Diputación de Castellón, pp. 39-50; ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Notas sobre la libertad religiosa del menor", en AAVV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte I. Castellón-Valencia* (1999): Diputación de Castellón, pp. 33-38; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: "Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en AA.VV.: *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado* (Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado). Bilbao (2001): Universidad del País Vasco, pp. 585-602; MARTINELLI, J. M.: "Relaciones paterno-filiales y libertad de conciencia", en AAVV.: *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado* (Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado). Bilbao (2001): Universidad del País Vasco, pp. 81-142; MORENO BOTELLA, G.: "La protección jurídica del menor y el derecho de los padres a elegir su educación de frente a la Administración (En torno a la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23-11-99)", en AAVV.: *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado* (Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado). Bilbao (2001): Universidad del País Vasco, pp. 631-648; PUENTE ALCUBILLA, V.: *Minoría de edad, religión y derecho*. Madrid (2001): Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales; REDONDO ANDRÉS, M. J.: "La libertad religiosa del menor", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* (2004), vol. XX, pp. 131-161; VALERO HEREDIA, A.: *Constitución, Libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la Sentencia 154/2002 del Tribunal Constitucional* (2004): Universidad de Valencia; RODRIGO LARA, Mª B.: *Minoría de edad y libertad de conciencia*. Madrid (2005): Universidad Complutense de Madrid; ASENSIO SÁNCHEZ, M.A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de su conciencia*. Madrid (2006): Tecnos.

por entero a lo que al respecto puedan decidir los que tienen atribuida su patria potestad o su guarda y custodia. El ejercicio del derecho de los padres deberá modularse en función de la madurez del niño y de los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar. El menor se encuentra en un proceso de formación de su propia identidad ideológica o religiosa y corresponde a sus padres el papel esencial de apoyo y guía en el desarrollo personal tal y como lo establece el art. 6. 3 de la LOPJM al disponer que los padres "tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esa libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral"⁹. En consecuencia, no puede privarse al menor, de acuerdo con su madurez, de un ámbito de autonomía y decisión con independencia de las creencias de sus padres y el derecho de éstos debe dejar espacio para que el menor pueda desarrollar libremente su propia personalidad y creencias.

II. RESOLUCIÓN JUDICIAL DE CONFLICTOS ENTRE PROGENITORES EN CASO DE DESACUERDO EN LA FORMACIÓN RELIGIOSA DE SUS HIJOS.

El derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral que esté conforme a sus convicciones debe ejercerse conjuntamente en beneficio del menor, como ya hemos visto. El tema que nos ocupa ahora es determinar qué ocurre en caso de desacuerdo entre los progenitores. El punto de partida lo marca el Código civil al establecer que la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En caso de desacuerdo, podrán acudir al Juez y éste, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o se diera cualquier otra causa que entorpeciera gravemente el ejercicio de la patria potestad, el juez podrá atribuir el ejercicio de la patria potestad, total o parcialmente, a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. No obstante, esta medida sólo tendrá vigencia durante el plazo que se fije, y nunca podrá exceder de dos años.

En el caso de que los padres viven separados, se establece que la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio¹⁰.

En la práctica forense los casos de desacuerdo entre los progenitores respecto de la educación religiosa de los hijos están vinculados a supuestos de ruptura de la

⁹ En el mismo sentido, el art. 14.2 de la Convención Europea de los Derechos del Niño establece "los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho conforme a la evolución de sus facultades".

¹⁰ Art. 156 CC.

convivencia matrimonial. Encontramos así supuestos en los que las creencias religiosas de uno de los progenitores han sido alegadas como causa para la modificación de las medidas adoptadas respecto a la patria potestad, la custodia o el régimen de visitas. Y también casos de conflictos en el ejercicio de la patria potestad en temas educativos y religiosos. Estudiamos, a continuación, los supuestos de hecho con el fin de analizar los criterios empleados en la resolución de estos conflictos.

I. Las creencias religiosas como causa de modificación de las medidas adoptadas en los supuestos de crisis matrimoniales.

A) Casos de impugnación en la atribución de la custodia.

Tanto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como en la española encontramos varios casos en los que las creencias religiosas de uno de los progenitores son alegadas para modificar la atribución de la guarda y custodia de los hijos¹¹.

El Tribunal de Estrasburgo conoció sobre este tema, entre otros, en el asunto Hoffmann contra Austria, con la sentencia de 23 de junio de 1993¹². En este caso los esposos eran católicos, religión en la que habían bautizado a los hijos. Después de varios años de matrimonio, la esposa se adscribe a los Testigos de Jehová, abandona el domicilio familiar llevándose a los menores y solicita el divorcio. En el proceso ambos progenitores reclaman la custodia de los hijos.

El padre alegó que si los niños quedaban al cuidado de la madre, corrían el riesgo de crecer de modo perjudicial. Argumentó que los principios educativos de la confesión religiosa, a la que pertenecía la madre, eran hostiles a la sociedad, lo que les impediría el contacto con los que no fueran miembros, las expresiones de patriotismo (como cantar el himno nacional) y la tolerancia religiosa, todo lo cual conduciría al aislamiento social de los niños. Además, la negativa de los Testigos de

11 Encontramos incluso un supuesto en el que las creencias religiosas del padre (de religión islámica) han sido alegadas para solicitar la privación de la patria potestad. Vid. SAP Madrid 30 septiembre 1999 (AC 1999, 1911). En este caso la madre solicitó "la privación de la patria potestad sobre el hijo menor habido de la unión no matrimonial, por cuanto que el apelado profesa la religión musulmana y en razón a los principios y teorías religiosas que se mantienen en dicha religión se estima que se causará al hijo un grave perjuicio; alegó asimismo el temor a que dicho apelado se lleve fuera de España a dicho hijo". El Tribunal señala que "nadie, a priori, puede ser objeto de medidas coercitivas que menoscaben, dificulten o impidan tal libertad y aunque es cierto que no es un derecho ilimitado, en orden a la pretensión que ahora se mantiene, es necesario acreditar sin ningún género de dudas que el ejercicio de ese derecho de culto menoscaba la seguridad, la salud o la formación integral de los hijos; es obvio que la conclusión no puede ser otra que la de afirmar que la religión no es causa, per se, para privar a ninguno de los progenitores de la patria potestad".

12 STEDH, asunto Hofmann contra Austria de 23 de junio 1993 (TEDH 1993, 27). Un comentario a esta importante sentencia puede verse en: MARTÍNEZ TORRÓN, J.: "La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* (1993), Vol. IX, pp. 53-87; Ídem, "Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de derechos Humanos", en AAVV.: *Derecho de Familia y Libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y en el Derecho comparado*, Actas del IX Congreso de Derecho Eclesiástico del Estado (2001): Universidad del País Vasco, pp. 142-162.

Jehová a recibir transfusiones de sangre, los expondría a situaciones de peligro para su vida o su salud.

El tribunal de instancia concedió la custodia a la madre teniendo en cuenta, según argumenta la sentencia, únicamente el bienestar de los niños. Éstos tenían lazos afectivos más estrechos con la madre, por lo que separarlos podría ocasionarles daños psicológicos.

El padre apeló esta decisión y el Tribunal Supremo cambió el sentido de la controversia al concederle custodia. Los argumentos empleados para modificar la atribución de la custodia fueron dos. En primer lugar por la infracción de la ley nacional sobre la educación religiosa de los hijos que establecía que ninguno de los padres puede decidir sin el consentimiento del otro cambiar la educación religiosa de los menores¹³. Y en segundo lugar, porque la vida de los menores podía verse comprometida por una negativa de la madre a las transfusiones de sangre y la educación conforme a las creencias de la madre podrían llevarles a la marginación social.

La señora Hoffmann apeló a instancias internacionales. Denunciaba haber sido privada de la guarda y custodia de sus hijos debido a sus convicciones religiosas¹⁴. El fallo del TEDH fue a favor de la esposa al estimar que se había violado el art. 8 en relación con el art. 14 del Convenio. El Alto Tribunal consideró que se había producido una diferencia de trato por motivos religiosos, al valorar como determinante en la concesión de la custodia al padre, la pertenencia de la madre a los Testigos de Jehová. Aunque se reconoce que hay cierto riesgo para la vida de los niños por el rechazo de la madre a las transfusiones de sangre, el Tribunal consideró que existía una desproporción entre la retirada de la custodia y el riesgo a evitar¹⁵.

Esta línea jurisprudencial la encontramos también en el caso Ignaccolo-Zenide contra Rumanía de 25 de enero de 2000 y en el caso Palau-Martinez contra Francia de 16 de diciembre de 2003¹⁶, así como en algunas sentencias españolas de diversas Audiencias Provinciales¹⁷.

13 "El apelante, no ha manifestado hasta aquí que los niños pertenecían a la fe católica; sin embargo, ha declarado, y se ha establecido de hecho, que la madre los está educando según las enseñanzas de los Testigos de Jehová. También, es indiscutible, que los niños no pertenecen a esta confesión. Los tribunales inferiores deberían haber examinado, por consiguiente, si el modo en que la madre está educando a los niños, contraviene o no las previsiones de la Ley Federal de 1985 sobre la Educación Religiosa de los Niños" (FJ 15).

14 Invocaba su derecho al respeto de su vida familiar (art. 8 del Convenio), su libertad religiosa (art. 9), su derecho a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas (art. 2 del Protocolo núm. 1), y el derecho a la no discriminación (art. 14).

15 El caso fue decidido por cinco votos a favor y cuatro en contra y ha sido merecedor de numerosas críticas. Vid. en este sentido: MARTÍNEZ TORRÓN, J.: "La libertad religiosa", cit., p. 82.

16 Un comentario a estas sentencias puede verse en: RODRIGO LARA, M. B.: "La libertad religiosa y el interés del menor", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* (2001), XVII, p. 284.

17 SAP Salamanca 14 julio 1999 (AC 1999, 6511) y SAP León 7 de junio 1994 (AC 1994, 1124).

En efecto, los Tribunales españoles tampoco han modificado la atribución de la custodia en estos casos, aunque sí que han establecido ciertos límites en el ejercicio de la misma¹⁸. Los supuestos de hecho de estos casos son semejantes a los citados anteriormente. La madre a la que se ha atribuido la custodia de los menores, pertenece a los testigos de Jehová y el padre impugna dicha atribución basándose en el peligro psicológico y físico que dichas creencias pueden representar para los hijos. Se deniega la solicitud del padre por entender que ello supondría una vulneración del derecho de libertad e igualdad religiosa de la madre. No obstante, se ponderan los derechos y se establece un régimen cautelar de medias preventivas en beneficio del menor: la madre no podrá llevar a los hijos a ningún acto religioso sin el consentimiento del marido y en caso de tratamiento médico del menor deberán estar conformes ambos padres y en su defecto acudir a la autoridad judicial.

B) Solicitud de modificación o supresión del régimen de visitas basado en las creencias religiosas del progenitor no custodio.

El Tribunal de Estrasburgo ha conocido recientemente de un supuesto de estas características: el asunto Vojnity contra Hungría¹⁹.

En este caso la jurisdicción húngara suprimió, a solicitud de la madre, el derecho de visita del P.Vojnity perteneciente a un movimiento pentecostal carismático creado en el año 1979, la congregación religiosa Hit Gyülekezele. Los Tribunales nacionales húngaros consideraron que el proselitismo que ejercía sobre su hijo era perjudicial en base a los informes psicológicos presentados como prueba en el proceso. En éstos se señalaba que el Sr.Vojnity tenía ideas educativas fantasiosas debido a su fanatismo religioso lo que, según el especialista, producía una imposibilidad de criar con normalidad a su hijo. Se afirmaba que el padre tenía una “irracional visión del mundo”, lo que le hacía incapaz de criar a un niño y que “no hacía uso de sus derechos parentales de acuerdo con su verdadero propósito, sino para imponer sus convicciones religiosas”.

Llevado el asunto a Estrasburgo, el Tribunal de Derechos Humanos consideró probada la violación del art. 14 en relación con el art. 8º del Convenio. El impedimento para que el Sr.Vojnity ejerciera sus derechos, se había basado en motivos religiosos, lo que sin lugar a dudas, constituía una discriminación. Por otro lado, el Tribunal señala que el Convenio reconoce a los padres el derecho a transmitir a sus hijos sus creencias religiosas y este derecho compete a los padres, ya se encuentren

18 El único supuesto en el que sí se produce una modificación de la atribución de la custodia, en base al perjuicio que podrían ocasionar a los menores las creencias religiosas de la madre (Testigo de Jehová), lo encontramos en la STS 74/1980, de 27 de febrero. No obstante, no es ésta la línea jurisprudencial que se ha seguido. Hay que advertir, por otra parte, que dicha sentencia se pronuncia cuando aún no estaba vigente ni la actual Ley Orgánica de libertad religiosa, ni se había aprobado la ley de 7 de julio de 1981, modificadora del Código civil, que introdujo el divorcio.

19 STEDH, asunto Vojnity contra Hungría, de 12 febrero de 2013 (RI 413360).

casados o divorciados, siempre claro está que no se exponga al menor a prácticas susceptibles de producirle un daño físico o moral. En suma, el Tribunal concluyó que ninguna circunstancia excepcional había existido para tomar una medida tan severa como era impedir todo contacto y posibilidad de encuentro entre el denunciante y su hijo. Se consideró que la medida resultaba desproporcionada con el fin legítimo perseguido (proteger el interés superior del niño).

En la jurisprudencia española también encontramos un importante caso sobre la restricción del derecho de visitas en base a las creencias religiosas de un progenitor. Nos referimos al asunto resuelto mediante la STC 141/2000, de 29 de mayo²⁰. Los hechos de este caso fueron los siguientes: la esposa interpone demanda de separación por la adscripción del marido al denominado «Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España» y por el proselitismo que éste estaba ejerciendo sobre ella misma y los hijos del matrimonio (de cinco y doce años), por lo que solicitaba también la restricción del régimen de visitas que se concediera al padre. El Juzgado de Primera Instancia atribuyó la custodia de los hijos a la esposa y estableció un régimen de visitas a favor del marido (fines de semana alternos y mitad de vacaciones) «con prohibición expresa al padre de hacer partícipe a sus hijos de sus creencias religiosas, así como la asistencia de los menores a cualquier tipo de acto que tenga relación con aquéllas».

La sentencia de instancia fue recurrida por la esposa por considerar insuficientes las restricciones adoptadas para preservar a los menores de las creencias y actividades de su padre como miembro de aquel Movimiento Gnóstico. La Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso de apelación, aumentando las limitaciones del régimen de visitas y el padre recurrió en amparo al considerar vulnerado su derecho de libertad religiosa. El alto Tribunal falló a favor del padre al considerar que la Audiencia Provincial no había acreditado un riesgo adicional que justificara la restricción más severa del derecho paterno²¹.

Un caso similar, en la jurisprudencia inferior, lo encontramos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 7 febrero 2007²², en donde se estimó

20 Comentarios sobre esta sentencia pueden encontrarse en: PASCUAL MEDRANA, A.: “Padres, hijos menores y libertad religiosa”, *Repertorio de Aranzadi Constitucional* (2000), núm. 20; RODRIGO LARA, M^a. B.: “La libertad religiosa y el interés del menor”, cit., p. 144.

21 En este sentido el fundamento jurídico n 7 señala: “La Audiencia Provincial, pese a la gravedad de la cuestión sometida a su conocimiento, no expresa en momento alguno de su Sentencia en qué hechos funda su convicción de la necesidad de extender las medidas limitativas acordadas en la instancia. Ni siquiera trata de razonar los motivos por los que considera adecuadas al caso las restricciones temporales del derecho a visita del recurrente, ni la relevancia o incidencia que pueda tener el que los menores no pernocten con su padre los fines de semana correspondientes o no disfruten con él de los períodos vacacionales, a los efectos de evitar el grave riesgo que semejante contacto pudiere acarrear para el desarrollo personal de sus hijos”. De donde se concluye que la Audiencia “ha dispensado al recurrente un trato jurídico desfavorable a causa de sus creencias personales, lesionando así su libertad de creencias”.

22 Vid. la SAP Tarragona 7 febrero 2007 (AC 2007, 907). En este caso, en el recurso interpuesto por el padre se plantea si la práctica religiosa del progenitor puede ser o no negativa para la hija de 9 años de edad. La prueba

conforme a derecho las restricciones impuestas por el juzgador al ejercicio del derecho de visita en base a las creencias religiosas del padre.

C) Incidencia de las creencias religiosas en estas decisiones judiciales.

En este punto es posible realizar una valoración de la relevancia de las creencias religiosas como criterio modulador de las medidas relativas a la atribución de la custodia o al régimen de visitas.

A la luz de los diversos casos tratados en la jurisprudencia podemos afirmar que es evidente que las creencias religiosas de los padres no pueden constituir **per se** una causa para la privación o atribución de la guarda y custodia de los hijos menores, pues ello vulneraría los derechos de igualdad y libertad religiosa²³. En un Estado aconfesional y garante de la libertad religiosa, la elección del cónyuge a quien deba atribuirse la guarda de la prole no puede estar influida, positiva ni negativamente, por la profesión religiosa de los progenitores. De hecho, en un Estado laico los poderes públicos salvo cuestiones de orden público²⁴, no deben entrar a valorar las creencias religiosas de los ciudadanos²⁵, su función es la de constatar su existencia y contribuir a que el derecho de libertad religiosa sea real y efectivo²⁶.

Sin embargo, esta afirmación, como casi todas en derecho no es absoluta, ya que cuando las creencias de los progenitores puedan afectar de alguna forma al menor, deberán ser tenidas en cuenta por el juzgador para determinar el alcance de las mismas en relación con el interés superior del menor. Y es que la libertad religiosa tiene, como ha sido puesto de relieve por el TC, diversa intensidad según se proyecte sobre la propia conducta o bien lo haga sobre la repercusión que esa conducta, conforme a las propias creencias, tenga sobre terceros²⁷. En estos casos, es evidente que el juzgador no valorará las creencias de los progenitores en su

pericial realizada a ambas partes concluye proponiendo un régimen de visitas con determinadas restricciones que es asumido por el juzgador de instancia y corroborado por la Audiencia.

23 Cfr. Art. 14 y 16 CE.

24 Los límites al derecho de libertad religiosa establecidos por el art. 16 CE, son desarrollados en el art. 3.2 de la LOLR y deben ser interpretados conforme a los Tratados Internacionales de protección de los Derechos Humanos ratificados por España, de conformidad con el art. 10 CE.

25 La sentencia del Constitucional relativa a la inscripción de las entidades religiosas en el registro que a tal efecto se crea en el Ministerio de Justicia, al referirse a la labor de la Administración establece que ésta sólo puede constatar el hecho religioso, sin que pueda tener competencia para calificar a los grupos como religiosos o no. Vid. STC 46/2001, de 15 de febrero (RTC 2001, 46).

26 Cfr. Art. 9 CE.

27 "Cuando el art. 16.1 C.E. se invoca para el amparo de la propia conducta, sin incidencia directa sobre la ajena, la libertad de creencias dispensa una protección plena que únicamente vendrá delimitada por la coexistencia de dicha libertad con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Sin embargo, cuando esa misma protección se reclama para efectuar manifestaciones externas de creencias, esto es, no para defenderse frente a las inmisiones de terceros en la libertad de creer o no creer, sino para reivindicar el derecho a hacerles partícipes de un modo u otro de las propias convicciones e incidir o condicionar el comportamiento ajeno en función de las mismas, la cuestión es bien distinta". STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141), FJ 4º.

consideración religiosa, sólo lo hará en la medida que incida o pueda incidir en el desarrollo educacional del menor.

Hemos podido constatar que los Tribunales han descendido al análisis de las conductas resultantes de las creencias religiosas y han valorado su repercusión en los menores. Los ejemplos más numerosos se refieren a los Testigos de Jehová y, en menor medida, a otros grupos religiosos minoritarios o de nueva creación, como sucedió con el Movimiento Gnóstico cristiano o incluso respecto de la religión islámica, como ya expusimos.

En estos casos, el juez se encuentra con el problema previo de determinar cuál es el interés del menor en lo concerniente a la educación religiosa, y con el de realizar la valoración o el juicio de proporcionalidad entre el fin perseguido (la protección del interés del menor) y las medidas solicitadas. De los asuntos analizados podemos concluir que el hecho religioso o las creencias de los progenitores no han sido motivo suficiente para modificar la atribución de la custodia, ni para suprimir el régimen de visitas, ni mucho menos para privar a uno de los progenitores de la patria potestad. No obstante, el juzgador, realizando un juicio de proporcionalidad²⁸ entre el interés del menor y el derecho del progenitor que se quiere limitar, sí que ha admitido restricciones en el ejercicio de la patria potestad o ha establecido medidas preventivas, en base al perjuicio que determinadas creencias religiosas, pueden causar a los menores.

2. Las decisiones sobre la formación religiosa del menor en caso de ruptura de la convivencia.

Cada vez es más frecuente encontrar en los Tribunales de instancia demandas solicitando la intervención judicial para resolver conflictos en el ejercicio de la patria potestad sobre cuestiones como la elección del centro escolar o de la asignatura de religión, la asistencia a catequesis, el bautismo de los hijos o la primera comunión²⁹. Es necesario, por lo tanto, determinar a cuál de los progenitores le corresponde decidir estas cuestiones, en caso de ruptura de la convivencia y cuáles son los criterios, en

28 La STC 207/1996, de 16 diciembre (RTC 1996, 207), sobre el criterio de proporcionalidad señala que: "para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)". Sobre este principio véase: BARNES, J.: "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario", *Revista Administración Pública* (1994), pp. 495 ss.; MEDINA GUERRERO, M.: "El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales", *Cuadernos de Derecho Público* (1998), pp. 119-141; GONZÁLEZ BEILFUSS, M: *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Pamplona (2003) Thomson-Aranzadi.

29 GONZÁLEZ VICENTE, M^º P.: "Anotaciones a la situación del menor en los supuestos de crisis familiar", en AA. VV. *El menor y la familia: conflicto e implicaciones* (coord. por RODRÍGUEZ TORRENTE, J.). Madrid (1998): Universidad Pontificia de Comillas, p. 109.

interés del menor; que se deberían aplicar en la resolución de los conflictos familiares en los que interviene el factor religioso.

El art. 156 CC establece que si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva, de donde parece desprenderse que la atribución de la guarda y custodia conllevaría la competencia para decidir sobre la formación religiosa del menor. En el Código civil no está determinado el contenido de la guarda, la normativa se limita a referirse a ella en varios artículos (arts. 90, 92 y 103). La guarda, en contraposición a la patria potestad, es una facultad "doméstica" en el sentido que comprende todos aquellos aspectos derivados del quehacer diario, es decir, alimentación, cuidado inmediato, imposición de normas de disciplina, consuelo, estudio, etc. Y esta facultad de guarda se comparte entre ambos progenitores, en los tiempos de convivencia en que los hijos comunes, permanecen con cada uno de ellos³⁰. Por lo tanto, la atribución de la guarda no implica la extinción de la patria potestad del otro progenitor y, por ello, las funciones y el derecho inherentes a ella permanecen en el progenitor no custodio. En consecuencia, las decisiones de especial relevancia para el menor deberán ser asumidas de forma conjunta por ambos progenitores en el ejercicio del derecho deber de la patria potestad, con independencia de quien tenga atribuida la guarda³¹.

Como señala C. GUZMÁN³², en muchas ocasiones el progenitor que conserva la custodia en exclusiva se arroga la facultad de decidir, sin consultar al otro progenitor, sobre cuestiones distintas a las meramente cotidianas. Por ello, es conveniente que las resoluciones judiciales que establecen el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores, contengan una descripción de su contenido y del tipo de decisiones que por su relevancia para los hijos, los progenitores deberán adoptar conjuntamente. Dentro de este tipo de decisiones se señalan, por ejemplo, las decisiones dentro del ámbito de la salud, cambios de lugar de residencia, de colegios y la orientación o enseñanza religiosa³³.

30 Respecto a la guarda y custodia puede verse entre otros: DELGADO DEL RÍO, G.: *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*. Madrid (2011); CIVITAS; GONZÁLEZ VICENTE, P. y GONZÁLEZ POVEDA, P.: *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales: adaptado a las leyes 13-2005 y 15-2005*. Pozuelo de Alarcón (2005); SEPÍN; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Los efectos derivados de las crisis conyugales: un estudio de la jurisprudencia española sobre la materia", *Revista Boliviana del Derecho* (2014), núm. 17, pp.148-169.

31 Como señala VIÑAS MAESTRE, el contenido de la guarda o de la custodia debe quedar limitado a la tenencia del menor y debe desaparecer la creencia errónea de que el progenitor custodio es el que ostenta el poder sobre el menor. La guarda y custodia no otorga al progenitor a quien se le atribuye mayores facultades que las que se derivan de la guarda y que corresponden igualmente al progenitor no custodio en los periodos que tiene a su hijo en virtud del régimen de comunicación o permanencias que se haya establecido. Vid. VIÑAS MAESTRE, D.: "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda", *InDret* (2012), núm. 3, www.indret.com.

32 GUZMÁN PÉREZ, C.: "Patria potestad y custodia de los hijos en los casos de separación y divorcio, según la legislación y jurisprudencia española", *Estudios Eclesiásticos* (2011), vol. 86, núm. 339, p. 784.

33 Administrativamente se está avanzado para que el progenitor no custodio no se vea impedido de participar en las decisiones relevantes respecto del menor. En este sentido, en la Comunidad Valenciana se cuentan con las Instrucciones de la Secretaría Autonómica de Sanidad de 2 de octubre de 2013, por la que se regula la atención en los centros sanitarios públicos de los hijos e hijas menores cuyos padres no conviven, y la Resolución de 28 de marzo de 2014 del Director General de Centros y Personal Docente por la que se dictan Instrucciones en

La necesidad de que estas materias sean decididas de común acuerdo entre los titulares de la patria potestad desemboca en la judicialización de la vida familiar en caso de desacuerdo entre los progenitores en detrimento, en ocasiones, de la estabilidad de los menores. Un ejemplo lo encontramos en varios asuntos tramitados en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Barbastro, resuelto mediante el auto de 5 de diciembre de 2011 y el auto de 12 de abril de 2013³⁴. En el primer caso la madre solicita la atribución de la facultad de decidir sobre si los niños debían seguir recibiendo la educación en la educación católica dada la oposición del padre. En concreto, se planteaba si los menores podrían cursar la asignatura de religión y asistir a la catequesis de primera comunión. El juez atribuye la facultad de decidir a la madre en base al criterio de la continuidad. Dos años más tarde, vuelve la misma madre a solicitar que se le atribuya la facultad de decidir sobre si el menor podía hacer la primera comunión, debido nuevamente a la oposición del padre. En este caso el juez otorgó la facultad de decidir al padre. El mismo juez que resolvió la primera controversia consideró en la segunda petición lo más beneficioso para el menor era dejar para el futuro la decisión sobre si realizaba o no el rito de la primera comunión. El menor, en la audiencia, manifestó que le daba igual hacer o no la comunión. Respuesta que el mismo juzgador interpreta como mecanismo de defensa ante lo que percibe como un conflicto entre sus padres en el que prefería no tomar partido.

La pregunta que nos sugiere este caso es si realmente era necesario recurrir a la vía judicial para que el menor realizara el rito de la primera comunión, cuando anteriormente ya se había decidido en base al criterio de la continuidad, que el niño podía ser formado en la religión católica. ¿Es necesario el consentimiento de ambos progenitores para cada acto, cuando ya ha sido determinada la religión en la que el menor se ha de formar?

En otro asunto resuelto por la Audiencia Provincial de Castellón la madre que se opone a que el hijo sea educado por el padre en la religión católica, argumenta la necesidad del consentimiento de ambos progenitores para elegir la opción religiosa, ya que lo contrario se vulneraría los arts. 14 y 16 CE³⁵. El Tribunal resuelve confirmando la sentencia de instancia que facultaba al padre para instruir al menor en la citada religión. Considera que negar la posibilidad de transmitir al hijo sus creencias y de formarlo en una determinada opción religiosa, sí constituiría un menoscabo la libertad religiosa del padre. Por otro lado, se señala que el proyecto

relación con la escolarización del alumnado cuyos padres no conviven por motivos de separación, divorcio o situación análoga.

34 Autos no publicados.

35 SAP Castellón 154/2006, de 23 de octubre (JUR 2007, 228244). Éste es un caso de divorcio, en el que se establece la custodia compartida. Ambos padres son católicos, el matrimonio es canónico y el hijo fue bautizado en dicha religión. Tras el divorcio, la madre se opone a que el padre siga educando al menor en la religión católica, alegando que prefiere que sea el hijo el que elija la religión que desee cuando alcance la mayoría de edad.

educativo del padre suponía la continuidad en la formación que venía recibiendo el menor que además había sido bautizado en la religión católica.

Recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha tenido oportunidad de conocer un caso por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad en relación con la formación religiosa del menor, el asunto Rupperecht contra España de 19 febrero 2013³⁶. En este caso el padre reclama el ejercicio exclusivo de la patria potestad en el tema educativo. Denunciaba que la madre había inscrito a la hija común de 10 años en cursos de catequesis católica sin acuerdo previo y alega que correspondía a la hija, cuando fuera mayor, decidir si deseaba adherirse a una confesión religiosa. Las instancias nacionales rechazan la pretensión del padre, decisión que es ratificada por el TEDH, atendiendo al consentimiento tácito del padre, al criterio de la continuidad y a la opinión manifestada por la menor³⁷.

A la vista de los casos expuestos pensamos que quizás se haya judicializado demasiado determinadas controversias en torno a la educación religiosa de los hijos, controversias que a veces responden más a un enfrentamiento personal de los progenitores que a planteamientos viales de los mismos. Consideramos que la utilización de la mediación familiar en la resolución de este tipo de conflictos, como paso previo a su judicialización, podría ser un modo de descomprimir posiciones bloqueadas entre los padres, que son las que más perjudican al interés del menor.

En el caso de tener que recurrir a los Tribunales para la resolución de este tipo de conflictos deberían tenerse en cuenta la existencia de pactos o convenios entre los progenitores sobre la educación de los hijos³⁸, aunque el juez debe hacer prevalecer el interés del menor. Y en nuestra opinión el criterio más acorde con dicho interés es el de la continuidad en la educación recibida. Este criterio, en el ámbito educativo, trata de tener en cuenta no tanto las convicciones religiosas de los padres, como aquellas elegidas por éstos para el menor y en las que está siendo educado, sobre todo si tiene una cierta edad.

Cuando la formación religiosa del menor ya está iniciada, LÓPEZ ALARCÓN³⁹ se muestra partidario de este criterio de la continuidad apoyándose en el art. 158

36 Decisión de 19 febrero 2013 (TEDH 2013, 22).

37 Los argumentos del juez se basaron en que la menor había sido escolarizada en un colegio que impartía clases de religión, circunstancia conocida por el demandante y sobre la que no mostró oposición. En este contexto, el juez señaló que la menor había solicitado, por iniciativa propia y de forma previsible teniendo en cuenta el contexto escolar, recibir la comunión conjuntamente con sus compañeros de clase. Su madre, titular de la custodia, se limitó a respetar su voluntad, garantizando así de forma adecuada el interés de la menor.

38 Consideramos que entrarían dentro de este concepto de acuerdo los supuestos de matrimonios canónicos previa dispensa del impedimento de disparidad de cultos o de la prohibición de contraer matrimonio mixto (cc. 1086 y 1124 CIC). En ambos casos se requiere para conceder la dispensa o la licencia, que la parte católica se comprometa a bautizar a los hijos y a educarlos en la religión católica. Este compromiso debe ser conocido por el otro contrayente, de modo que conste que es verdaderamente consciente del compromiso que adquiere.

39 LÓPEZ ALARCÓN, M.: "Nuevo derecho de menores", cit., p. 342.

CC, que obliga al juez a dictar “las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titularidad de la potestad de guarda”, esta norma, en su opinión es igualmente ampliable a todo supuesto de cambio, como el que supondría la variación sustancial en la educación religiosa.

Según RIVERO HERNÁNDEZ⁴⁰ éste es un sencillo criterio objetivo en la determinación del interés del menor: Con él se trata de mantener, en lo posible, el **status quo** del niño, a quien conviene, salvo que razones serias aconsejen otra cosa, mantener cierta estabilidad en su situación personal, en lugar de una alteración familiar, física o psíquica. Se trata de un criterio muy arraigado en la jurisprudencia británica para la asignación de la custodia de los hijos e incluso según Rivero se podría decir que está implícito en ciertas normas del Código civil español.

De acuerdo con el criterio de continuidad parece aconsejable que, en igualdad de condiciones, se atribuya la guarda y custodia al progenitor que asegure la continuidad en la educación religiosa que venía recibiendo el menor hasta el momento de la ruptura de la convivencia entre los padres. Así, señala MARTÍN SÁNCHEZ, se evita el peligro que podría suponer para el equilibrio psicológico del menor un brusco cambio de orientación en este punto, máxime si venía siendo educado en una determinada religión o ideología durante un periodo considerable⁴¹.

De la misma opinión es MARTÍNEZ TORRÓN “pues los cambios podrían alterar el proceso educativo del menor; con consecuencias negativas, y, en el contexto en el que el Estado se inclina hacia una neutralidad en materia religiosa e ideológica, resulta lógico que el mejor interés del niño se traduzca en mantener el vigente estado de cosas”⁴².

También NAVARRO VALLS se muestra partidario del criterio de la continuidad como la mejor manera de proteger el interés superior del menor; y en este sentido señala de forma crítica que: “en estos supuestos debe tenerse en cuenta exclusivamente el interés del niño, sin hacer artificiosas construcciones que, al intentar ser supuestamente respetuosas con el derecho de libertad religiosa de los padres, en el fondo desconoce la dinámica propia del factor religioso y de las convicciones en él sustentadas. Por ejemplo, cuando se observa que no está demostrado que la “iniciación simultánea a dos religiones sea perjudicial para el niño”, como expediente para equilibrar los derechos de libertad religiosa de padres con religiones o creencias distintas, se utiliza el típico argumento conciliatorio que, si tal vez mitiga las pasiones encontradas, es evidente que deja insatisfechas las inteligencias. Comenzando por

40 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, cit., p. 134.

41 MARTÍN SÁNCHEZ, I.: “Patria potestad”, cit., p. 594.

42 MARTÍNEZ TORRÓN, J.: “Derecho de Familia”, cit., p. 154.

la del niño, sometido a la presión de una doble indoctrinación que sólo confusión puede aportar”⁴³.

De este modo MARTÍN SÁNCHEZ sostiene que “sería contrario al interés del menor la decisión unilateral de un cónyuge de negarse a elegir para el hijo la religión sobre la que ya existía acuerdo en el momento del matrimonio o su oposición a la continuidad de la educación religiosa recibida por el menor, o su intento de cambiar ésta por otra diferente”⁴⁴.

Por nuestra parte y para concluir, creemos que en caso de conflictos en el ejercicio de la patria potestad relativos a la formación religiosa del menor, el juez debería otorgar la facultad de decidir al progenitor que asegure la continuidad en la educación en la que el menor estaba siendo educado. Consideramos que la aplicación por los Tribunales del criterio de la continuidad, en estos casos, es el más acorde con el interés del menor; ya que le aporta la estabilidad necesaria en su formación y podría evitar, al mismo tiempo, la excesiva judicialización de las decisiones relacionadas con su educación.

III. EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR FRENTE A LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD.

Corresponde ahora referirse al ejercicio armónico del derecho de los padres a formar a los hijos conforme a sus creencias y el derecho del menor a la libertad religiosa y de conciencia.

El art. 6, 3 de la LOPJM establece que: “Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”. Este artículo refleja la naturaleza del derecho de los padres: es un derecho-función o un derecho-deber y, por lo tanto, subordinado al derecho a la educación del menor y a su interés. Su finalidad es la de lograr de la manera más efectiva, el libre desarrollo de la personalidad del menor, es decir, que éste llegue a auto-determinarse de una forma consciente y responsable.

I. Determinación de la capacidad del menor.

El principal tema que surge al plantearse el ejercicio del derecho de libertad religiosa y de conciencia por el menor es el de determinar a partir de qué momento puede ejercer por sí sólo este derecho⁴⁵ y en qué condiciones lo podrá ejercer, aun en contra de la opinión de los padres.

43 NAVARRO VALLS, R.: “Matrimonio, familia y libertad religiosa”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* (1996), núm. 12, p. 394.

44 MARTÍN SÁNCHEZ, I.: “Patria potestad”, cit., p. 593.

45 Sobre este tema puede consultarse la bibliografía citada en la nota 8.

En el ámbito de los derechos de la personalidad, no rigen las reglas generales de capacidad de obrar. Para el ejercicio de estos derechos basta que el titular tenga la capacidad natural, entendida como la capacidad de entendimiento y juicio necesario para comprender el alcance y consecuencias del acto de que se trate y adoptar una decisión responsable. Así se desprende de la normativa vigente, concretamente del art. 162.1 CC al establecer que se exceptúan de la representación legal los actos relativos a derechos de la personalidad del hijo siempre que éste tenga suficientes condiciones de madurez⁴⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, no se establece una edad determinada a partir de la cual el menor pueda ejercer por sí mismo el derecho de libertad religiosa. El legislador ha preferido un criterio casuístico, de modo que la capacidad del menor respecto del derecho personalísimo de libertad religiosa y de conciencia vendría determinada por la madurez o la capacidad necesaria para valorar la conveniencia de los actos que ejecuta. Y este hecho debería comprobarse *ad casum*, en los supuestos de discrepancias entre los menores y los titulares de la patria potestad.

Esto no impide que en algunos casos la ley exija una determinada edad para realizar ciertos actos de ejercicio de derechos de la personalidad, o que presuma que a partir de cierta edad el menor tiene capacidad natural para ejercerlos⁴⁷. Sin embargo, en el ámbito del ejercicio del derecho de libertad religiosa e ideológica del menor no se establece ninguna presunción, en este sentido creemos que podría considerarse la edad de doce años como referente, por cuanto que esa es la edad que se fija por la normativa para solicitar su opinión en los asuntos que le conciernen⁴⁸. En nuestra opinión ésta podría ser una edad indicativa para la resolución de los conflictos entre los menores y sus progenitores en el tema de la elección entre la asignatura de religión o la asignatura de valores éticos en la escuela⁴⁹.

46 En el mismo sentido la LO 1/1982 de protección al honor, la intimidad y la imagen dispone que el consentimiento a las intromisiones en estos derechos debe ser otorgado por los menores o incapacitados «si sus condiciones de madurez lo permiten» (art. 3). También se contempla así en la LOPJM que parte de la idea de que la mejor forma de garantizar la protección del menor es promover su autonomía como sujeto, señalando la necesidad de reconocer al menor una capacidad gradual o «progresiva» para el ejercicio de sus derechos fundamentales (Exposición de Motivos, nº II).

47 DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia (2006): Tirant lo Blanch, p. 103.

48 Vid. art. 92 CC. Otros artículos en los que hace referencia a la edad de 12 años son: los arts. 154.5º, 156.2º, 177.3.3º, 231, 237.2º y 273 CC.

49 Un estudio realizado por la Conferencia Episcopal española ha evidenciado la existencia de una caída porcentual de los alumnos que deciden estudiar religión a partir de los 12 años, cuando se cursa ESO y Bachillerato. El descenso en la matrícula aumenta con la edad de los alumnos y se registra en todas las comunidades aunque con grandes diferencias territoriales. El estudio anual de la Conferencia Episcopal puede encontrarse en: <http://www.conferenciaepiscopal.es>. Actualmente la regulación de la asignatura de religión está regulada en la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, BOE de 10 de diciembre de 2013. Disposición Adicional Segunda

El grado de madurez que se exija al menor deberá estar, en todo caso, en consonancia con el acto que vaya a realizar. En este sentido, si se tratara por ejemplo de adscribirse a una organización religiosa distinta a la de los progenitores, entonces, quizás, la edad de referencia debería al menos elevarse a los catorce años, por aplicación analógica del art. 3.b de la LODA⁵⁰, en donde se exige el consentimiento documentalmente acreditado de los representantes para que los menores de catorce años puedan pertenecer a asociaciones ordinarias (no infantiles o juveniles)⁵¹. De cualquier forma, como hemos indicado inicialmente, nuestro sistema es casuístico y el ejercicio por el menor del derecho de libertad religiosa frente al derecho de los padres, dependerá del grado de madurez, entendimiento y discreción de juicio del menor en relación con el acto a realizar y sus consecuencias.

2. Supuestos conflictivos.

Los conflictos entre los progenitores y los menores en el ejercicio de sus respectivos derechos no son frecuentes en la práctica, aunque no por ello deja de ser importante su planteamiento.

Tenemos noticia de dos casos en derecho comparado, comentados por la doctrina⁵²: en Francia, la sentencia del Tribunal de Grande Instance de Versailles de 24 de septiembre de 1962⁵³ y en Italia, la sentencia del Tribunal de Menores de Génova de 9 de febrero de 1959⁵⁴.

En el primer caso, la sentencia del Tribunal de Grande Instance de Versailles de 24 de septiembre de 1962, se trataba de una menor, de 16 años de edad, bautizada en la Iglesia Católica, religión a la que pertenecían sus padres al tiempo de su nacimiento. Cuando la niña tenía ocho años de edad los padres se convirtieron e integraron en la Iglesia reformada (protestante). La menor solicitó y salió del hogar familiar, siendo ingresada en un centro católico, en el que se respetó su libertad religiosa y el ejercicio de la misma. Los padres alegaron que la religión que el hijo tiene de sus padres es un elemento de su estado civil y, en consecuencia, la práctica de la religión protestante adoptada de común acuerdo entre ellos, debía ser impuesta a la hija. El tribunal desestimó la petición y los argumentos esgrimidos por los padres en base al interés de la menor. En sus considerandos se recogía expresamente "que la patria potestad no es un derecho absoluto, discrecional, sino que debe ejercerse en primer

50 Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. BOE de 26 de marzo de 2002.

51 CABALLERO LOZANO, J. M.: "La capacidad asociativa del menor de edad", en AAVV.: Estudios Homenaje a Díez-Picazo, t. I. Madrid (2003): Thomson-Aranzadi, pp. 306-310.

52 Pueden consultarse entre otros: ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid (2006): Tecnos, pp. 100-106; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, cit., p. 52; RUBELLINI-DEVICHI, J.: "La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI", en AAVV.: Simposio Internacional celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del cincuentenario de la creación de la Unicef (Coord. por SOLER SALA, V., VERDUGO ALONSO, M. A.). Salamanca (1996): Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 317-332.

53 Sentencia citada por RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, cit., p. 235.

54 *Ibidem*.

lugar en interés del hijo teniendo por finalidad asegurar el desarrollo armonioso de su personalidad; que ningún atributo armonioso de la personalidad del hijo escapa en caso de conflicto al control del juez, competente para apreciar cuál es el interés del menor”.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal de Menores de Génova de 9 de febrero de 1959 trataba de una menor, de diecisiete años de edad, bautizada católica, convertida al judaísmo a los nueve años tras haber sido legitimada por el matrimonio de su madre con un judío. Debido al maltrato sufrido por el padrastro, abandonó el hogar familiar e ingresó en un centro católico. El padre reclamó su devolución o en su caso que fuera ingresada en un centro israelí alegando que la niña había sido educada en la religión judía, siendo esa la religión de toda la familia frente a las alegaciones de la menor que hacía valer su bautismo católico. El Tribunal desestimó la demanda del padrastro en base al interés del menor y a la consideración de que si bien al padre le correspondía la facultad de guiar al hijo hacia la fe religiosa que estime oportuna, sin embargo no se pueden utilizar medios coercitivos para inducir a los hijos a practicar o seguir una fe religiosa no querida por ellos.

Tanto en el caso francés como en el italiano el Tribunal falla a favor de la protección de la libertad religiosa de los menores frente a los deseos expresados por los titulares de la patria potestad. Este dato es curioso si se tiene en cuenta que los supuestos son anteriores a 1989, fecha en la que se aprueba la Convención de los Derechos de Niño y momento a partir del cual las legislaciones nacionales comienzan a desarrollar la protección de los derechos del menor. Conviene, no obstante, tener en cuenta también que en ambos casos existía un trasfondo de malos tratos por parte de los progenitores.

En la jurisprudencia española no hemos encontrado ningún caso de confrontación directa entre la libertad religiosa de los menores y el derecho de los padres a decidir sobre su formación. No obstante, ante esta posibilidad podemos realizar algunas observaciones.

En primer lugar queremos señalar que se trata de supuestos excepcionales, lo habitual es que los hijos sigan las enseñanzas de los padres en mayor o menor medida. En la etapa especialmente delicada de la adolescencia es cuando se podría presentar el conflicto, ya sea por el hecho de que el menor se niegue a seguir las prácticas y creencias de sus progenitores, ya porque sea captado por una entidad religiosa diferente y quiera adscribirse a ella en contra de la voluntad de sus padres. Quizás sea este último el supuesto que más pueda darse en la práctica. De hecho, es un tema que preocupa socialmente y una prueba de ello es la reciente resolución aprobada por el Parlamento Europeo sobre la protección de los menores en relación

con las sectas⁵⁵. En estos casos habrá que tener en cuenta que los progenitores no sólo ejercen el derecho de educar a los hijos conforme a sus creencias, sino que también deben cumplir con la obligación de proteger a los menores especialmente vulnerables es esa etapa de su vida. Por otro lado, hay que considerar que la posición del menor en la familia y su situación de dependencia hacen realmente difícil pensar en algún caso en el que éste pudiera enfrentarse judicialmente a los padres por discrepancias en temas religiosos.

No obstante, de forma indirecta el TC sí que se ha pronunciado acerca del derecho de libertad religiosa de los menores y de los límites del derecho de los progenitores afirmando: "frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el interés superior de los menores de edad"⁵⁶.

55 Resolución 1992 (2014) "La protection des mineurs contre les dérives sectaires", <http://assembly.coe.int>.

56 STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141), FJ 5°. En el caso el juzgador de primera instancia estableció la «prohibición expresa al padre de hacer partícipe a sus hijos de sus creencias religiosas así como la asistencia de los menores a cualquier tipo de acto que tenga relación con aquéllas» Y el TC señaló que "las limitaciones en la libertad de creencias de uno de los progenitores, consistentes en una restricción adicional del régimen de visitas, cuando se halla dirigido a tutelar un interés que constitucionalmente está supra ordenado (el interés del menor) no resulta, desde la perspectiva de su finalidad discriminatoria". Sentado este principio, el Tribunal habrá de realizar, en cada caso, el juicio de proporcionalidad entre las medidas adoptadas y el fin perseguido.



LAS VESTIMENTAS QUE VIOLAN LOS DERECHOS
HUMANOS DE LAS MUJERES. BURKA Y VELO ISLÁMICO EN LA
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE DERECHOS HUMANOS
DE EUROPA

CLOTHES THAT VIOLATE THE HUMAN RIGHTS OF WOMEN:
BURKA AND ISLAMIC HEADSCARF IN THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 164-181



Graciela
MEDINA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de septiembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: En este artículo se examinan las legislaciones europeas en materia de uso del velo integral en espacios públicos, en particular, la ley francesa 1192/2010; y se estudia la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa sobre la materia, en concreto, el reciente caso "S.A.S contra Francia".

PALABRAS CLAVE: Velo islámico, libertad religiosa, conciencia, laicidad, jurisprudencia europea.

ABSTRACT: This paper analyzes the European legislation regarding the use of the full veil in public spaces, specially the French law 1192/2010, and the jurisprudence of the European Court of Human Rights on the subject, studying the recent case "SAS vs. France".

KEY WORDS: Islamic headscarf, religious freedom, conscience, secularity, European case-law.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. La ley francesa que prohíbe el uso del velo islámico en espacios públicos. Objeto. Eximentes. Sanciones.- III. El cuestionamiento de la joven S.A.S. a la ley francesa. Violación al derecho a la libertad religiosa y a la intimidad.- IV. Los argumentos del Estado Francés. Seguridad. Orden público. Libertad, Igualdad y fraternidad.- V. Perfiles de Derecho Comparado.- 1. La legislación de Bélgica.- 2. La cuestión en Suiza.- 3. La cuestión en España.- VI. Las Opiniones de Organismos Internacionales.- 1. Resolución 1743 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el islam, islamismo y la islamofobia en Europa.- 2. Recomendación de 1927 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa- 3. Comité de Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.VII. La Jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa anterior al año 2014.- VIII. La Resolución de la Corte de Derechos humanos de Europa en el caso S.A.S.- IX. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN.

Las vestimentas a las que hacemos referencia en el título del artículo son aquellas que cubren totalmente el rostro y el cuerpo de la mujer, tanto en invierno como en verano, tanto en la calle como en cualquier lugar público¹.

Estas vestimentas son el símbolo más evidente de la violencia de género contra las personas del sexo femenino a quienes se las obliga a circular por la vida totalmente cubiertas para no tentar a nadie con su cuerpo, sin importar si las portadoras les guste o no les guste utilizar estas cárceles de tela para poder realizar las tareas imprescindibles fuera de su hogar, sin consideración a la incomodidad que causan, ni a la privación de visibilidad provocan.

La cuestión estriba en determinar si un Estado puede prohibir que las mujeres circulen en los espacios públicos con la cara completamente cubierta o si, por el

¹ La cuestión ha suscitado un gran debate doctrinario, ver entre otros, ALÁEZ CORRAL, B.: "Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa", *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED (2011), núm. 28, pp. 483-520; BRIONES MARTÍNEZ, I. M.: "Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia. Especial referencia a Francia, Alemania, Reino Unido, España e Italia", *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época (2009), vol. 10, pp. 17-82; MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", // www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestor/archivos/07_10_41_980.pdf; KOUSSENS, D., BERNATCHEZ, S. y ROBERT, M.P.: "Le voile intégral: analyse juridique d'un objet religieux", *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société* (2013), vol. 29, núm. 1, pp. 77-92. Para un análisis de la controversia sobre el "burka" en el orden público Europeo, véase MCCREA, R.: "The Ban on the Face Veil and European Law", *Human Rights Law Review* (2013), <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30699.pdf>; PEI, S.: "Unveiling Inequality: Burqa Bans and Nondiscrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights", *Yale L J* (2013), 122, p. 1089-1102.

• Graciela Medina

Catedrática de Derecho de Familia y de Sucesiones de la Universidad de Buenos Aires. Graduada con Medalla de Oro de la Universidad de Mendoza. Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales por dicha Universidad. Juez de Cámara de la Sala III en lo Civil y Comercial Federal. Autora de números trabajos científicos y monografías en el ámbito de la persona, familia y sucesiones, siendo la última "Violencia de género y violencia doméstica: responsabilidad por daños" (2013). Forma parte del Comité Científico de Prestigiosas revistas jurídicas y ha intervenido como ponente en números Congresos Nacionales e Internacionales.

contrario en aras del respeto a la autonomía de la libertad y a la libertad religiosa todo estado debe tolerar que las personas de sexo femenino oculten totalmente su rostro y cuerpo y se relacionan en forma desigual con sus congéneres².

Este interrogante se suscita a partir que ciertas mujeres, pertenecientes a grupos ortodoxos musulmanes son obligadas a circular en espacios público totalmente cubierta con un "burka"³ o con un "nikab"⁴ y que otras alegan la libertad religiosa y el respeto al multiculturalismo para poder hacerlo.

Normalmente el uso de esta vestimenta es impuesta por los hombres a las mujeres como una cuestión de dominación cultural y constituye una de las tantas formas de violencia a las que las personas de sexo femenino son sometidas

Resulta indiscutible que la vestimenta que cubre integralmente el rostro es una clara demostración de la desigualdad de derechos entre hombres y mujeres, ya que a los primeros nadie los obliga, a circular en público totalmente cubiertos, sin poder ver ni siquiera su cara.

En la realidad, salvo los motociclistas, los buzos, los astronautas y algunos profesionales del arte de curar, sólo las mujeres circulan totalmente cubiertas. Y la diferencia entre ellos estriba en que los primeros lo hacen ocasionalmente y las segundas siempre que salgan del ámbito doméstico tienen que cubrirse totalmente.

Muchos Estados occidentales se han planteado si pueden prohibir la utilización del "burka" o el "niqab" en los espacios públicos, con el fin de combatir en sus países esta forma de agresión a las mujeres, de ayudar a la relación de los unos y los otros y de contribuir a la seguridad. De ellos son muy pocos son los que han dictado leyes que impidieran a las mujeres circular por las áreas públicas con el rostro completamente cubierto, concretamente sólo conocemos tres legislaciones: la de Bélgica, la francesa y la de un Cantón Suizo, a las que debemos agregar una ordenanza comunal española que fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo Español.

Estas leyes son ampliamente criticadas porque se señala que ellas no protegen a las mujeres sino al contrario las encierran y aíslan más de lo que se encuentran, ya

2 El tema ha sido tratado por la Sentencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa en el *affaire S.A.S. c. Francia* (demanda n° 43835/11) dictada en Estrasburgo el 1 de julio de 2014.

3 El "burka" es un vestido que cubre completamente el cuerpo y sobre los ojos tiene una rejilla, que permite mirar solamente para adelante, pero sin poder ver en los laterales. Es utilizado en Afganistán.

4 El "nikab" es una vestimenta que cubre todo el rostro, pero deja una hendidura por donde se ven los ojos, la diferencia entre el "burka" y el "niqab", es que en la primera no se ve ni siquiera los ojos porque están tapados con una rejilla, mientras que en la segunda los ojos pueden verse. Por otra parte el "burka" no necesariamente es negro mientras que el "niqab" en general es negro y cubre hasta los pies.

que sin el velo que las cubre se les obstaculizará totalmente la asistencia a los lugares públicos, inclusive a los imprescindibles como los hospitales y las escuelas.

La cuestión estriba en determinar si para impedir que se violente a las mujeres se debe tolerar vestimentas que las violentan.

Dicho en otros términos para un sector del pensamiento hay que tolerar la violencia de la “burka” para impedir la violencia a que sufrirán quienes no usen “burka”.

Evidentemente este razonamiento es falso ya que la violencia no puede, ni debe ser tolerada aunque aparezca bajo la modalidad de un vestido, de un pañuelo, de un velo o de una túnica.

En el plano jurídico en defensa del uso del velo islámico integral se sostiene que hay mujeres que usan “burka” por decisión personal libremente tomada y que su utilización no constituye un acto de violencia impuesta sino una forma de ejercer la religión, que no puede ser limitada en base a derechos fundamentales reconocidos en los pactos de derechos humanos, como lo son los derechos a ejercer la religión y a la intimidad.

Creemos que aún en esos casos la prohibición es legítima porque el ocultamiento integral del rostro, vulnera la seguridad, restringe la prevención, limita la identidad, atenta contra la pluralidad e impide una plena comunicación entre seres humanos, ya que la circulación en los espacios públicos evitando la identificación va en contra de la seguridad y de la prevención y no permite el desarrollo conjunto de las personas.

Uno de los pocos Estados que ha dictado una legislación prohibitiva es el Estado francés quien ha aprobado una ley que prohíbe el uso del “burka” y “niqab” en todos los espacios públicos⁵. Esta ley fue adoptada por la Asamblea Nacional, el 13 de julio de 2010, por trescientos treinta y cinco votos a favor, uno en contra y tres abstenciones, y fue aceptada por el Senado, el 14 de septiembre de 2010, por doscientos y cuarenta y seis votos a favor y uno en contra. Después de ser aprobada por el parlamento la norma fue enviada al Consejo constitucional quien el 7 de octubre de 2010, señaló que no violaba la Constitución Francesa, por lo cual era Constitucional. Razón que dio lugar a que fuera promulgada el 11 de octubre de 2010.

5 Desde 2004 el uso del “burka” se ha prohibido en las escuelas públicas francesas, como resultado de una ley que prohíbe a los estudiantes usar los símbolos religiosos visibles. En un discurso en el Congreso de Versalles, el 22 de junio de 2009, el presidente de Francia, Nicolas Sarkozy, afirmó que el “burka” “no es bienvenido en el territorio de la República Francesa”, agregando que “En nuestro país, no podemos aceptar que las mujeres estén presas detrás de una pantalla, aisladas de toda vida social, privadas de toda identidad”. Agregando “No es un signo religioso. Es un signo de sometimiento de las mujeres. Por eso, no es bienvenido en el territorio de la República”.

A continuación analizaremos el texto de la ley gala 1192/2010, diremos los motivos por los cuales la joven, S.A.S. (cuyo nombre no se ha dado a conocer), consideró que la ley era contraria a los pactos de derechos humanos, y llevó ante la Corte de Derechos Humanos sus reclamos, reseñaremos los fundamentos que aduce el estado francés para sostener su convencionalidad, enunciaremos la legislación Europea sobre el tema, recordaremos la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa sobre el uso del "burka" y daremos a conocer las razones que fundamentan el fallo de la Corte de Derechos Humanos de Europa que juzgó que la prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos no es contraria a las Convenciones de Derechos humanos y finalmente daremos nuestra opinión.

II. LA LEY FRANCESA. OBJETO. EXIMENTES. SANCIONES.

La ley dictada en Francia lleva el Número 1192/2010 y en su texto establece:

Art. 1: "Ninguna persona puede estar en el espacio público, con el rostro oculto".

Art. 2: "Para los efectos del artículo 1, el espacio público está constituido por las vías públicas, así como los lugares abiertos al público o servicio público. La prohibición del artículo 1 no se aplica si el vestido es prescrito o autorizado por disposiciones legales o reglamentarias, si está justificado por razones de salud o profesional, o si su uso responde a prácticas deportivas, festivas, artísticas o tradicionales".

Art. 3: "La violación de la prohibición establecida en el artículo 1 está penada con una multa máxima de 150 euros o trabajos comunitarios".

Art. 4: Introduce en el Código Penal el art. 225-4-10 que dice que "si una persona obliga a una o más personas a ocultar su rostro por amenazas, violencia, coacción, abuso de autoridad o abuso de poder, debido a su género, será castigado con un año de prisión y una multa de 30.000 euros. Cuando el acto sea cometido en perjuicio de un menor de edad, las penas se levantan a prisión de dos años y de 60.000 euros".

Cabe señalar que cuando el art. 2 de la ley se refiere a los eximentes de la prohibición de circular por los espacios públicos con el rostro tapado, hace referencia por ejemplo a los motociclistas que deben circular obligatoriamente con cascos que le cubren el rostro, o a los buzos que deben usar escafandras, o a los médicos que por razones de salud deben taparse el rostro.

Por otra parte, es necesario destacar que la sanción a quien obligue a otra persona a ocultar su rostro en público, no merece ninguna objeción; ni tampoco

ofrece reparo el agravamiento de la pena cuando la imposición de la vestimenta antinatural y ocultatoria se le impone a una niña o a una adolescente.

La cuestión radica en la compatibilización del derecho a la libertad religiosa y a la intimidad de las mujeres adultas que libremente eligen una vestimenta que cubra totalmente su rostro, con el ideario republicano de la libertad, igualdad y fraternidad que no puede practicarse cuando se impide la comunicación fraterna y se exige a la población que se relacionen con personas a quienes no se puede identificar por su faz.

III. EL CUESTIONAMIENTO DE LA JOVEN S.A.S A LA PROHIBICIÓN. LA VIOLACIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y A LA INTIMIDAD.

Al día siguiente de la promulgación de la ley francesa una joven de 21 años interpuso un recurso contra la norma cuestionando su constitucionalidad y convencionalidad por su inadecuación al Pacto de Derechos Humanos de Europa, por ser violatoria a sus derechos a practicar libremente su religión, a la intimidad, a la igualdad y a la no discriminación.

La solicitante alega que como en el espacio público francés se encuentra prohibido usar un traje diseñado para ocultar el rostro bajo la amenaza de sanción penal, si ella usara la “burka” o el “niqab” en público se expondría al riesgo tanto de sanciones penales como de acoso y de discriminación y que la prohibición constituye, para ella una tortura y un trato degradante⁶.

Manifiesta que nadie la obliga a usar un velo que le cubra totalmente su cara, que su uso constituye una elección personal adoptada libremente y que la prohibición del Estado francés le impide el derecho a practicar libremente su religión y le cercena el derecho a su vida privada.

IV. LOS ARGUMENTOS DEL ESTADO FRANCÉS. SEGURIDAD. ORDEN PÚBLICO. LIBERTAD IGUALDAD Y FRATERNIDAD.

El Estado francés por un lado argumenta que por razones de seguridad es necesario que las personas puedan ser identificadas, cosa que resulta imposible si ellas utilizan una vestimenta que les cubre el rostro.

Por otra parte Francia pone de relevancia que el velo islámico que cubre totalmente el rostro es contrario a los principios de igualdad, libertad y fraternidad que inspiran la república francesa.

⁶ Se refiere al art. 3 CEDH, en virtud del cual: “nadie será sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes”.

Concretamente señala que es contrario a la igualdad porque sólo las mujeres circulan tapadas de esa manera, que atenta contra la libertad porque esta vestimenta es símbolo de una forma de dominación del hombre sobre la mujer y que resulta incompatible con la fraternidad porque impide la comunicación libre y a cara descubierta de los unos con los otros.

La norma también se fundamenta en que las mujeres que ocultan su rostro, voluntariamente o no, están colocadas en una situación de exclusión y desventaja manifiestamente incompatible con los principios constitucionales de libertad e igualdad

Además, la legislatura ha motivado su intervención por una cierta concepción de “vivir juntos”, la que en una sociedad basada en los valores de igualdad, libertad y fraternidad no puede ser concebida sin que sea posible percibir su rostro, que es un elemento fundamental, de la identidad.

Teniendo en cuenta los valores fundamentales que se desea defender, el legislador francés considera que la circulación en comunidad ocultando totalmente el rostro que es el elemento esencial de la individualidad, impide el desarrollo esencial de la vida en sociedad, y que si bien el pluralismo y la democracia requieren de la libertad para manifestar sus convicciones mediante símbolos religiosos, el estado debe supervisar las condiciones en las que estas señales pueden ser usadas sin atentar contra los valores básicos que permiten la vida en libertad.

El ocultamiento de la cara tiene el efecto de privar al sujeto de cualquier posibilidad de individualización por la cara y como esa individualización constituye una condición fundamental vinculada a su propia esencia el ocultamiento no permite el normal desarrollo de la vida en sociedad.

En definitiva el Estado francés entiende que tolerar esta vestimenta atenta contra el orden público francés y sus principios republicanos de igualdad, libertad y fraternidad y que la prohibición resulta necesaria para garantizarlos.

V. ALGUNOS PERFILES DE DERECHO COMPARADO.

I. La legislación de Bélgica.

Una ley similar a la francesa fue adoptada en Bélgica el 1 de junio de 2011. La misma “prohíbe el uso de cualquier prenda que oculte totalmente la cara”.

La norma inserta la siguiente disposición en el art. 563.bis CP: “Será castigado con multa de quince a veinticinco euros y con una pena de uno a siete días de prisión o una de esas penas solamente, a quienes accedan a lugares públicos con la

cara oculta en su totalidad o en parte, de una manera tal que no sean identificables. Excepto quienes lo hicieran por normas de trabajo o con motivo de acontecimientos festivos”.

Esta ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional belga, quien rechazó el recurso señalando que la ley tiene la intención de defender un modelo de sociedad que da prioridad a los lazos filosóficos, religiosos y culturales que fomentan la integración de todos y garantizan a los ciudadanos valores comunes que son el derecho a la vida, el derecho a la libertad de conciencia, la democracia, la igualdad del hombre y de mujer o incluso la separación de iglesia y estado.

2. La cuestión en Suiza.

La Asamblea Federal Suiza rechazó en septiembre de 2012, una iniciativa del cantón de Aargau para prohibir el uso en lugares públicos de la ropa que cubre la totalidad o gran parte de la cara, pero el Cantón de Ticino votó el 23 de septiembre de 2013 por una prohibición de este tipo (el texto aún debe ser validado por la Asamblea Federal).

3. La cuestión en España.

En Octubre del año 2010 el Ayuntamiento de Lleida dictó una ordenanza que prohibía acceder a los edificios y espacios municipales a las personas que portaran velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidiesen o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas.

La Asociación Watani por la Libertad y la Justicia, recurrió la ordenanza ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, quien sostuvo la Constitucionalidad de la Ordenanza.

Disconforme con tal decisión la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia recurrió ante el Tribunal Supremo de España.

La cuestión fue juzgada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, quien consideró que la Ordenanza que prohibía el uso del velo islámico integral en los espacios públicos municipales era inconstitucional en tanto éste fuera usado libremente por mujeres mayores de edad.

El Tribunal Supremo español entendió que en el marco de la Constitución española la mujer puede optar en los términos que quiera por la vestimenta que considere adecuada a su propia cultura, religión y visión de la vida, y tiene a su disposición recursos para reaccionar contra imposiciones de las que, en su caso, pretenda hacérsele víctima, obteniendo la protección del poder público,

En la sentencia se señala que no es adecuado, para justificar la prohibición que se parta del presupuesto, explícito o implícito, de que la mujer, al vestir en espacios públicos el velo integral, lo hace, no libremente, sino como consecuencia de una coacción externa contraria a la igualdad de la mujer:

Frente a tal visión, partiendo de la idea del ejercicio libre de una opción religiosa, lo que debe contar es la garantía respecto a ella de la inmunidad de coacción.

Por otra parte, la resolución pone de relieve que en los estudios doctrinales sobre la justificación de una prohibición de tal tipo no es infrecuente resaltar el riesgo del efecto perverso que pueda derivarse de la misma: el enclaustramiento de la mujer en su entorno familiar inmediato, si decide anteponer a otras consideraciones sus convicciones religiosas; lo que a la postre resultaría contrario al objetivo de integración en los diferentes espacios sociales y en suma, en vez de servir a la eliminación de discriminaciones, pudiera contribuir a incrementarlas, si a la mujer se le cierran esos espacios.

Por otra parte el Tribunal destaca que en el año 2010 el Senado de España instó al Gobierno “a realizar las reformas legales y reglamentarias necesarias para prohibir el uso en espacios o acontecimientos públicos que no tengan una finalidad estrictamente religiosa, de vestimentas o accesorios en el atuendo que provoquen que el rostro quede completamente cubierto y dificulten así la identificación y la comunicación visual, al suponer esa práctica una discriminación contraria a la dignidad de las personas y lesivas de la igualdad real y efectiva de los hombres y mujeres”⁷ sin que hasta el momento el Poder Legislativo Español haya adoptado ninguna solución en tal sentido.

VI. LAS OPINIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES.

1. Resolución 1743 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁸ sobre el islam, islamismo y la islamofobia en Europa.

Esta Resolución realiza una llamada a todos los musulmanes a abandonar cualquier interpretación tradicional del islam que niegue la igualdad entre hombres y mujeres y restrinja los derechos de las mujeres, tanto dentro de la familia como en la vida pública.

7 BOCG. Senado. Serie 8 núm. 484 de 21 de junio de 2010), moción aprobada en sesión de 23 de Junio de 2010 (Diario de Sesiones de la propia fecha).

8 La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa es uno de los dos órganos estatutarios del Consejo de Europa que está compuesto del Comité de Ministros de Asuntos Exteriores. El poder de la Asamblea se extiende solo a la capacidad de investigar, recomendar y aconsejar. Aun así, sus recomendaciones sobre temas tales como los derechos humanos tienen un peso significativo en el contexto político europeo. El Parlamento Europeo y otras instituciones de la UE a menudo se remiten al trabajo de la Asamblea, especialmente en el campo de los derechos humanos, cooperación legal y cultural.

Considera que la interpretación tradicional del islam que niega la igualdad entre hombres y mujeres no es compatible con la dignidad humana y las normas democráticas; las mujeres son iguales a los hombres y por consiguiente, deben tratarse sin discriminación.

En este sentido, el uso del velo por las mujeres y especialmente el velo en la forma del “burka” o el “niqab”, a menudo es visto como un símbolo de la sumisión de las mujeres a los hombres, que restringe el papel de la mujer en la sociedad, limita sus vidas profesionales y dificulta sus actividades sociales y económicas.

El uso del velo por las mujeres, no es admitido como una obligación religiosa por todos los musulmanes, aunque muchos de ellos ven estas prácticas como una tradición cultural y social.

La Asamblea considera que esta tradición podría representar una amenaza a la dignidad y la libertad de las mujeres y remarca que ninguna mujer debe ser forzada a usar esta vestimenta ni en sus actividades religiosas, ni en su comunidad o su familia, ya que el art. 9 de la Convención reconoce a toda persona el derecho a elegir libremente si usar religioso vestido en privado o en público.

No obstante lo antedicho la Asamblea señala que una prohibición general podría tener el efecto contrario, empujando a las familias y la comunidad para ejercer presión sobre las mujeres musulmanas a mantenerse en sus hogares y confinarlas.

De esta forma las mujeres musulmanas sufrirían una exclusión adicional si debían dejar las instituciones educativas, para mantenerse alejados de los lugares públicos y renunciar a cualquier acto en la comunidad para no romper con su tradición familiar. Por lo tanto, la Asamblea insta a los Estados miembros a desarrollar políticas específicas destinadas a educar a las mujeres musulmanas en el conocimiento de sus derechos, para ayudarles a participar en la vida pública, así como a ofrecerles las mismas oportunidades de llevar una vida profesional y lograr la independencia económica y social.

2. Recomendación de 1927 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

Invita a los Estados miembros a no adoptar una prohibición general de llevar el velo completo u otras prendas religiosas o especiales. Entiende que una interdicción general atenta contra la vida privada e impide que las mujeres musulmanas tengan las mismas oportunidades de participar en la vida pública y llevar a cabo actividades educativas y profesionales. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa señala que las restricciones legales en esta libertad pueden justificarse cuando son necesarias en una sociedad democrática, entre otras cosas por razones de seguridad

o funciones públicas o negocios de una persona impuesta para demostrar la neutralidad religiosa o mostrar su rostro.

3. Comité de Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹.

En el ámbito de Naciones Unidas, en concreto en el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 puede citarse el Dictamen de 5 de noviembre de 2004 respecto de la reclamación de una estudiante de Uzbekistán, en donde el 15 de mayo de 1998 entró en vigor una nueva ley de libertad de conciencia y organizaciones religiosas, que prohibía a las musulmanas uzbekas usar atuendo religioso en lugares públicos. Dicha estudiante que usaba pañuelo islámico ("hiyab") fue expulsada de su Universidad por no atender la referida prohibición, y después de agotar sin éxito la vía interna impugnando su expulsión, acudió al Comité de Derechos Humanos, que en el referido dictamen acogió su reclamación, razonando en el apartado 6.2:

[...] El Comité considera que la libertad de manifestar la propia religión comprende el derecho a llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de la persona. Además, considera que impedir a una persona que porte prendas religiosas en público o en privado puede constituir una violación de párrafo 2 del artículo 18 del Pacto, que prohíbe toda medida coercitiva que pueda menoscabar la libertad de una persona de tener o adoptar una religión... el Comité recuerda que la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias no es absoluta y puede estar sujeta a limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos o libertades fundamentales de los demás (párrafo 3 del artículo 18 del Pacto) [...].

El apartado antes reproducido acaba afirmando que en el caso no se invocó ninguno de los motivos específicos para justificar la restricción y declara que se produjo la violación del párrafo 2 del art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

9 El Comité de Derechos Humanos es un órgano convencional formado por expertos independientes que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por los Estados que lo han ratificado. Normalmente se reúne en tres periodos de sesiones al año, en Ginebra o Nueva York. El Comité es uno de los siete organismos instituidos por tratados sobre derechos humanos promovidos por la Organización de las Naciones Unidas. El Comité admite quejas individuales. Se trata de un mecanismo facultativo y cuasi-contencioso por el que se pueden tratar denuncias de violaciones concretas de derechos humanos recogidos en el Pacto, de manera mucho más limitada que en los sistemas regionales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues en estos dos casos sí se trata de auténticos tribunales internacionales.

VII. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE DERECHOS HUMANOS DE EUROPA ANTERIOR AL AÑO 2014.

Para entender la Jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa con respecto al velo islámico, hay que establecer la diferencia entre sus distintas modalidades, según oculte o no el rostro de la mujer. Al respecto nos encontramos por un lado con el simple pañuelo que constituye un símbolo religioso y por otro con velos integrales que ocultan el rostro, cuyo uso puede comprometer a la seguridad y al orden público.

Tanto el uso del pañuelo como la utilización del velo integral han recibido prohibiciones, que han sido cuestionadas por su contrariedad con el derecho a la intimidad y a la libertad religiosa.

Las prohibiciones de utilización del pañuelo no han sido igual a las interdicciones del uso del velo integral, en el primer caso se han tratado de limitaciones en lugares determinados como por ejemplo en escuelas y en el segundo de prohibiciones absolutas en lugares públicos.

El fundamento de una y otra limitación tampoco ha sido el mismo ya que en el caso del pañuelo su prohibición se basa en la laicidad mientras que en las interdicciones al “burka” la interdicción tiene su razón de ser en razones de seguridad, de prevención, de orden público y de contrariedad con valores democráticos y republicanos.

Hasta el año 2014 la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se había pronunciado sólo en relación con el pañuelo en distintas sentencias que se refieren a problemas suscitados en ámbitos concretos, en general la enseñanza y no a casos de prohibiciones generalizadas.

Pueden citarse las sentencias de los casos *Dahlab contra Suiza* (demanda n° 42393/1998)¹²; *Leyla Sahin contra Turquía* de 29 de junio de 2004 y la dictada sobre

10 MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: “La cuestión del velo islámico”, cit.

11 Hay que distinguir el chador del pañuelo. Un chador es una prenda de calle femenina típicamente iraní, consistente en una simple pieza de tela semicircular abierta por delante que se coloca sobre la cabeza, cubriendo todo el cuerpo salvo la cara. Al Amira: se trata de un velo de dos piezas; una a modo de gorro que se ajusta a la cabeza, y la otra una especie de bufanda a modo de tubo que se ajusta al cuello y cubre también parte de la cabeza. Puede ser de algodón, poliéster o licra. Shayla: es un pañuelo rectangular que se puede llevar de distintas maneras, aunque una de las más comunes es cubriendo la cabeza y por encima del cuello. Es el tipo de velo que más se ve en España.

12 *Dahlab c. Suiza*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 42393/98, 15 febrero 2001. Véase un comentario al respecto en RODRIGO LARA, M^a B.: *Minoría de edad y libertad de conciencia*. Madrid (2005): Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, y su tesis doctoral *La libertad de pensamiento y creencias de los menores de edad* (2004): Universidad Complutense, <http://biblioteca.ucm.es/tesis/der/ucm-t27514>, pp. 358-359, donde trata el tema de la exhibición de símbolos religiosos en las escuelas. Véase además en relación con la cuestión del crucifijo en Italia, la Resolución del Consejo de Estado italiano, Sección II, de 27 de abril de 1988, la Resolución de la Abogacía del Estado de Bolonia, de 16 de julio de 2002, la Circular del Ministerio de Instrucción Pública, de 9 de junio de 1988, n° 157, Prot. N 13039/571/GL, que reproduce el contenido del dictamen del Consejo de Estado.

el mismo caso por la Gran Sala de 10 de noviembre de 2005¹³; Kose y otros c-Turquía 2006, *Dogru y Kervanci contra Francia* de 4 de diciembre de 2008¹⁴ y *Ahmet Arslam y otros contra Turquía* de 23 de febrero de 2010 (aunque ésta referida a hombres).

El caso de *Leyla Sahin contra Turquía* trataba de una joven de nacionalidad turca nacida en 1973, que vivía en Viena hasta 1999, año donde dejó Austria para continuar sus estudios en la Facultad de medicina de la Universidad de Estambul, Turquía.

Leyla pertenecía a una familia tradicional que practicaba el Islam y acostumbraba a llevar el velo islámico para cumplir con un precepto religioso.

El 23 de febrero de 1998, cuando la joven cursaba el quinto año de la Facultad de medicina de la Universidad de Estambul, el Rector emitió una circular que establecía que las alumnas con el velo islámico podrían ser admitidas en los cursos o pasantías, o en el trabajo.

En marzo de 1998, a Leyla se le negó la posibilidad de rendir pruebas escritas porque llevaba el velo islámico. Posteriormente, se le negó por la misma razón su registro o admisión a varios cursos, así como acceso a escritos en un material de análisis.

Leyla cuestionó la convencionalidad de la disposición y la cuestión llegó a la Corte de Derechos¹⁵ Humanos. Tanto la sentencia de Cámara dictada el 29 de junio de 2004, como la sentencia de la Gran sala del 10 de Noviembre del 2005 resolvieron que la disposición del rector que prohibía el uso del pañuelo no era contraria a la Convención.

Al igual que la Cámara, la Gran Sala partió del supuesto de que la circular en cuestión, que impuso restricciones de lugar y forma en el derecho a llevar el velo islámico en las universidades, constituye una injerencia en el derecho de la demandante a manifestar su religión. Pero ambos Tribunales consideraron que la injerencia impugnada persigue principalmente los objetivos legítimos de protección

13 *Köse y otros 93 demandantes c. Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 26625/02, 24 enero 2006.

14 *Dogru c. Francia, y Kervanci c. Francia*, ambas dictadas por la misma sala del TEDH, en la misma fecha, 4 diciembre 2008, y con texto casi idéntico. Las demandantes eran, en concreto, dos estudiantes musulmanas, de doce años en el momento de los hechos, que desde principios de 1999 comenzaron a asistir a clase con su cabeza cubierta con un pañuelo, por motivos religiosos. El profesor de educación física, aduciendo razones de higiene y seguridad, no les permitió seguir la clase de deporte con la cabeza cubierta. Las alumnas insistieron y finalmente fueron expulsadas y el Tribunal de Derechos Humanos convalidó la decisión. Un comentario a estas sentencias puede verse en CHELINI-PONT, B. y GIRARD, D.: "Le voile musulman et la conception française de l'État laïc", *RGDCDEE* (2009), 19, pp. 1-11.

15 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos juzgó el caso *Leyla Sahin contra Turquía* (demanda n° 44774/98) en la Gran Sala el 10 de Noviembre del 2005. La demandante se quejaba porque sostenía que la resolución que había sido prohibido el uso del velo islámico en la universidad, constituía un atentado injustificado contra su derecho a la educación, y que la prohibición de llevar a los estudiantes al uso del "hiyab" islámico la obligaba a elegir entre la educación y la religión y la discriminación.

de los derechos y libertades de los demás y de la protección del orden público, basada, en particular, en los principios de laicidad y de igualdad.

En ambas resoluciones se acepta que el secularismo es garante de los valores democráticos, y es el punto de encuentro de la libertad y la igualdad.

En el fallo de la Gran Sala se resalta que el principio de laicidad impide que el Estado manifieste una preferencia por una religión o creencia; y que es necesario para proteger a la persona, no sólo contra la interferencia arbitraria del Estado, sino de la presión externa de los movimientos extremistas.

El Tribunal al examinar la cuestión del velo islámico en el contexto turco, consideró que tenía que tener en cuenta el impacto que el uso de estos símbolos que se presentan o se perciben como obligatorios para ciertos sectores del Islam puede tener en las personas que optaron por no llevarlo. Como ya se ha señalado, las cuestiones en juego incluyen la protección de los “derechos y libertades de los demás” y el “mantenimiento del orden público” en un país en el que la mayoría de la población, mientras profesan un fuerte apego a los derechos de mujeres y un estilo de vida secular, se adhirieron a la fe islámica.

Al resolver el Tribunal no perdió de vista el hecho de que había movimientos políticos extremistas en Turquía que trataban de imponer a la sociedad en su conjunto sus símbolos religiosos y su concepción de una sociedad fundada en preceptos religiosos.

En este contexto, considero que la prohibición de usar el pañuelo en los establecimientos educativos no era contrario a las pautas emanadas de las convenciones de Derechos humanos, porque tiene como fundamento el respeto a la laicidad que es fundamental para que se desarrolle el pluralismo y es la base del respeto de los derechos de los demás.

VIII. LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE DE DERECHOS HUMANOS DE EUROPA EN EL CASO S.A.S.

En el caso S.A.S. c. Francia la Corte de Derechos humanos de Europa señaló que de la prohibición absoluta de usar el velo integral en espacios públicos era una limitación al derecho a la vida privada y a practicar una religión, pero conforme a su jurisprudencia anterior manifestó que estos derechos admitían limitaciones, cuando estaba en juego el orden público y el derecho de los demás, y juzgó que en el caso en Francia el ocultamiento del rostro violaba el derecho de los demás en tanto impedía la comunicación de los unos con los otros, según las bases sobre las que se había construido la sociedad democrática francesa.

El Alto Tribunal de Estrasburgo puso de relieve que el número de mujeres involucradas es bajo ya que según el informe de la Asamblea Nacional Francesa "Sobre la práctica de llevar el velo en el territorio nacional"¹⁶, aproximadamente 1.900 mujeres llevaban el velo islámico en Francia a finales del año 2009, y que como esta cifra es pequeña en relación con los sesenta y cinco millones de habitantes de Francia y el número de musulmanes que viven allí, puede parecer desproporcionado que para responder a esa situación se dicte una prohibición general¹⁷, pero la Corte entiende que es una meta a la cual las autoridades han concedido mucha importancia, porque vulnera los principios esenciales sobre los que se estructura la República Francesa. Esto se advierte en el memorando explicativo que acompaña el proyecto de ley, que indica que "si existe un problema sistemático frente a los requisitos básicos de la 'vida juntos' en la sociedad francesa y que 'el ocultamiento sistemático de la cara en espacio público, es contrario a los ideales de fraternidad', y 'al requisito mínimo de civilidad necesaria para la relación social'".

El Tribunal de Estrasburgo acepta que es legítimo y convencionalmente aceptable que un estado dé gran importancia a la interacción entre los individuos y que estime que esta interacción no se puede producir libremente con el rostro cubierto.

La Corte señala que el Estado demandado restringe de alguna manera el campo del pluralismo, con la medida adoptada, pero que ella puede ser admitida como válida porque el uso del velo integral es una práctica considerada incompatible, en la sociedad francesa, con los términos de la comunicación social y, más ampliamente, de "vivir juntos".

Desde esta perspectiva la Corte entiende que la actitud del Estado Francés es acorde a la Convención de Derechos Humanos de Europa en tanto pretende proteger una modalidad de interacción entre individuos, imprescindible para la expresión no sólo de pluralismo, sino también de la tolerancia y amplitud de miras, sin la cual no es posible ninguna sociedad democrática.

En consecuencia, el Tribunal considera que la prohibición impugnada puede considerarse justificada en la medida que pretende asegurar las condiciones para el *vivre ensemble*.

16 Informe elaborado por la misión de la información de la Asamblea Nacional y presentado el 26 de enero de 2010.

17 En 2009, el número de mujeres que llevaban velo integral en los Países Bajos fue estimado en 400, lo que representa el 002% de la población holandesa [MOORS, A. : "The Dutch and the Face Veil: The Politics of Discomfort", *Social Anthropology* (2009), vol. 17, pp. 393-408]. Ese mismo año, su número en Francia fue evaluado en menos de 2000 [FORNEROD, A.: "Les 'affaires' de burqa en France", *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* (2012), núm. 1, pp. 63-82].

IX. CONCLUSIÓN.

La decisión de la Corte de Derechos Humanos de Europa de considerar acorde al Tratado de Derechos Humanos de Europa la prohibición del uso del velo islámico integral respeta los valores fundamentales sobre los que se cimentan las sociedades democráticas y como señalaba VARGAS LLOSA el razonamiento de que debe tolerarse la burka como una forma de proteger la libertad es un “razonamiento aberrante y demagógico debe ser denunciado con energía, como lo que es: un gravísimo peligro para el futuro de la libertad”¹⁸.

El supuesto del velo islámico integral es la punta del iceberg de un problema legal, político y sociológico muy complejo que ha sido resuelto con equidad por la Corte de Derechos humanos de Europa.

La prohibición de circular completamente cubiertos con un velo que impide toda demostración de la identidad es legítima porque el ocultamiento integral del rostro, vulnera la seguridad, restringe la prevención, limita la identidad, atenta contra la pluralidad e impide una plena comunicación entre seres humanos.

El razonamiento que hay que tolerar la violencia de la “burka” para impedir la violencia a que sufrirán quienes no usen “burka” es inaceptable ya que la violencia no puede, ni debe ser tolerada aunque aparezca bajo la modalidad de un vestido, de un pañuelo, de un velo o de una túnica.

18 VARGAS LLOSA, M: Opinión 22-06-2003, El País.

BIBLIOGRAFIA

ALÁEZ CORRAL, B.: "Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa", *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED (2011), núm. 28, pp. 483-520.

BRIONES MARTÍNEZ, I. M^a: "Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia. Especial referencia a Francia, Alemania, Reino Unido, España e Italia", *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época (2009), vol. 10, pp. 17-82.

CHELINI-POINT, B. y GIRARD, D.: "Le voile musulman et la conception française de l'État laïc", *RGDCDEE* (2009), 19, pp. 1-11.

FORNEROD, A.: "Les 'affaires' de burqa en France", *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* (2012), núm. 1, pp. 63-82.

KOUSSENS, D., BERNATCHEZ, S. y ROBERT, M.P : "Le voile intégral: analyse juridique d'un objet religieux", *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société* (2013), vol. 29, núm. 1, pp. 77-92.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", //www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestor/archivos/07_10_41_980.pdf.

MCCREA, R.: "The Ban on the Face Veil and European Law", *Human Rights Law Review* (2013), <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30699.pdf>.

MOORS, A. : "The Dutch and the Face Veil: The Politics of Discomfort", *Social Anthropology* (2009), vol. 17, pp. 393-408.

PEI, S.: "Unveiling Inequality: Burqa Bans and Nondiscrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights", *Yale L J* (2013), 122, p. 1089-1102.

RODRIGO LARA, M^a. B.: *La libertad de pensamiento y creencias de los menores de edad*, tesis doctoral (2004): Universidad Complutense, <http://biblioteca.ucm.es/tesis/der/ucm-t27514>

RODRIGO LARA, M^a B.: *Minoría de edad y libertad de conciencia*. Madrid (2005): Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense.

LA DEFENSA DE LOS MENORES FRENTE A LAS AGRESIONES DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN*

DEFENSE OF CHILDREN AGAINST MEDIA ATTACKS

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 182-205

* El presente artículo se enmarca en la línea del Proyecto de Investigación "La protección del interés superior del menor en los medios de comunicación impresa en el Estado de Tabasco", adscrita al Cuerpo Académico Estudios de Derecho Civil de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México.



Gisela María
PÉREZ
FUENTES

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: El propósito de este artículo consiste en analizar las consecuencias que conlleva el hecho de la divulgación de los datos personales de los menores a través de los medios de difusión escrita en cuanto a la repercusión en su intimidad, imagen y honor, para tratar de determinar la responsabilidad de los medios implicados en la publicidad de esa información. En este trabajo se realiza un estudio doctrinal, jurisprudencial y de campo, mediante el cual se hizo un seguimiento a la prensa escrita y se aplicaron encuestas a la población en el Sureste de México, como forma de evaluar la percepción de la sociedad ante las agresiones de los medios a los derechos de la personalidad de los menores.

PALABRAS CLAVE: interés superior del menor, observatorio de medios de comunicación, derechos de la personalidad, honor, intimidad, imagen.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the consequences that entails the fact of disclosure of personal information of minors via the media written about the impact on their privacy, image and honor, to try to determine the responsibility of the media involved in the dissemination of such information. This paper presents a doctrinal, jurisprudential and field study, in which were followed for the print media and surveys were applied to the population in Southeast Mexico, as a way to evaluate the perception of society towards the aggressions performed media to personality rights of minors.

KEY WORDS: The best interests of the child, media observatory, rights of personality, honor, privacy, image.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. El interés superior del menor como principio constitucional en México.- 1. Marco normativo federal que protege los derechos de los menores.- 2. Marco jurídico del Estado de Tabasco.- III. Los derechos del niño y los medios de difusión.- 1. Los principios de colaboración y respeto de los medios de comunicación escrita con relación a los derechos de los menores.- 2. Efectos de los medios de difusión en los niños y jóvenes.- IV. Estudio de casos en el estado de Tabasco.- 1. Derecho a la vida privada e imagen.- 2. Derecho al honor.- 3. El Observatorio de la Información en el Sureste.- 4. Los medios de difusión y los niños en conflicto con la ley: protección de la identidad.- 5. Políticas de protección de la infancia de los medios de difusión.- V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

El acceso masivo de menores a los servicios relacionados con la sociedad en los distintos medios de comunicación social, en los que se promueve todo tipo de informaciones, ha generado la necesidad de garantizar de manera efectiva los derechos fundamentales de la persona en general y de los menores en particular en cuanto al honor, intimidad y la propia imagen.

Es cierto que los menores tienen en principio el mismo tratamiento jurídico que el de una persona física en general, sin embargo la protección del interés superior del menor previsto y protegido constitucionalmente en México, a través de la legislación nacional y tratados internacionales, es un principio fundamental en el sistema jurídico mexicano que se impone también al propio derecho de información en su sentido más amplio.

Este artículo persigue como objetivo general analizar las consecuencias que conlleva el hecho de la divulgación de los datos personales del menor a través de los medios de difusión escrita en cuanto a la repercusión en su intimidad, imagen y honor; lo anterior para tratar de determinar la responsabilidad de los medios implicados en la divulgación de esa información.

Y es que la realidad de los medios sociales en el sureste mexicano y fundamentalmente en el Estado que se estudia, marca una realidad preocupante y violatoria de los derechos de los menores en su esfera de integridad intelectual y personal, así que en un previo estudio exploratorio, la investigación que se describe parte de la hipótesis siguiente: en el sureste mexicano la protección de los derechos

• Gisela María Pérez Fuentes

Doctora en Derecho por la Universidad de la Habana, Cuba. Actualmente es profesora investigadora de tiempo completo de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, forma parte del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, nivel 2. Especialista en derechos de la personalidad, responsabilidad civil, derecho civil, derecho de familia, mediación, derecho a la información y protección de datos personales. Correo electrónico: giselapef@hotmail.com.

de la personalidad de los menores en los medios de difusión escritos se alejan del interés público de la noticia, utilizando a ésta como forma de mercancía.

El artículo desarrolla a la vez tres objetivos específicos fundamentales que son los siguientes:

1º) Definir el marco legal de los derechos fundamentales y de la personalidad de los menores en relación al derecho constitucional y civil a nivel Federal y Estatal, teniendo en cuenta el honor, la intimidad y la propia imagen.

2º) Analizar algunos medios de prensa de carácter local en el Sureste de México, en la primera parte del estudio se inició con el Estado de Tabasco, para identificar sus principales violaciones.

3º) Proponer un decálogo de principios jurídicos que deben estar presentes en la protección del menor en caso de medios de comunicación, a través de prensa escrita.

Para cumplir los anteriores objetivos, no sólo se ha realizado un estudio doctrinal y jurisprudencial sino, principalmente se realizó un estudio de campo donde se hizo un seguimiento de prensa y la aplicación de encuestas a la población como forma de evaluar los criterios de la población ante las violaciones a la vida privada, honor e imagen principalmente.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL EN MÉXICO.

México suscribió la Convención de los Derechos del Niño desde 1990¹, lo cual significa que sus disposiciones forman parte del derecho positivo mexicano². En la jurisprudencia mexicana también se reconoce como principio de ponderación el interés superior del menor a partir del principio **pro homine** presente en el art. I de la Carta Magna y en la interpretación judicial³.

1 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, aprobada por el Senado el 19 de junio de 1990, según publicación en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 31 de julio de 1990. El decreto de promulgación se publicó en el DOF el 25 de enero de 1991.

2 Art. 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados".

3 Cfr. Tesis: I.4o.A.464 A. 9a. Época; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; tomo XXI, Febrero de 2005; p. 1744. Bajo el rubro: *Principio pro homine. su aplicación es obligatoria*: "El principio pro homine que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema

En el ámbito normativo fue en el año 2000, cuando la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁴, reconoció los derechos humanos, momento en el que se incorpora el interés superior del menor; sin embargo, en esta reforma se aplica una visión reducida de protección a los menores al incluir solamente la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral⁵.

Para lograr determinar el interés superior de la infancia en todas las acciones se deben tomar en cuenta las siguientes características: a) La opinión de niñas, niños y adolescentes; b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes y sus deberes; c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías de la infancia y la adolescencia; d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y de aquellos que aún no han cumplido los 18 años de edad; e) La condición específica de niñas, niños y adolescentes como personas en desarrollo; f) Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

En la reforma del año 2000 se destacan las modificaciones siguientes:

1º) Se incorpora el concepto de “niño” en la pretensión de sustituir paulatinamente el término “menor”.

2º) Se establece la obligación del Estado de proveer lo necesario para el respeto a la dignidad de la niñez y la efectividad en el ejercicio de sus derechos.

3º) Se considera el deber de los padres, tutores y custodios de preservar tales derechos⁶.

de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria”.

4 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de Febrero de 1917, cuya última reforma se publicó en el mismo diario el día 7 de julio de 2014.

5 GONZÁLEZ CONTRÓ, M., y otros: *Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*. México (2012): Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM – Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, p. 41.

6 Las reformas sobre la protección de menores en el texto constitucional han sido progresivas, se destacan las siguientes: En el año 2001 se realizan nuevamente importantes reformas a la Constitución, en el art. 1 se destacan entre ellas las siguientes: Se establece la prohibición de toda discriminación. En el art. 2 se reconocen los derechos de los pueblos indígenas, que incluyeron dar apoyo especial a la población infantil. En el 2002 también se reformó el art. 3º constitucional para agregar el nivel preescolar a la educación básica obligatoria conformada por primaria y secundaria. En el 2005 se produce la reforma al sistema de justicia para adolescentes en el art. 18 y la abolición de la pena de muerte en el art. 22. En el 2007 el art. 6º con el establecimiento de las bases y principios para el ejercicio del acceso a la información y de igual forma, el art. 16 en el 2009 con el reconocimiento al derecho a la protección de datos personales. En el año 2008 ocurren importantes reformas sobre el sistema de seguridad pública y justicia penal. En el 2011, se producen tanto la reforma en materia del juicio de amparo y la reforma en materia de derechos humanos. Tales reformas constitucionales representan un importante avance en la armonización del derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos que por supuesto es válido para los menores.

La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 incorporó a la carta magna “los derechos humanos”, en sustitución de “las garantías individuales” y con ello se incorporan los derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos de los que México es Estado parte, lo cual se traduce en que el conjunto de derechos y obligaciones reconocidos a nivel internacional formen parte del orden jurídico nacional⁷. Posterior a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, el 12 de octubre de 2011 se reforma el art. 4º constitucional en el que se incorpora el principio del interés superior de la niñez así como su incorporación en las políticas públicas del gobierno de México y que tanto el Congreso Federal como los congresos locales pueden legislar en la materia⁸.

El concepto de niñez o minoría de edad protege a aquellas personas que requieren de determinadas medidas o cuidados especiales por la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran, frente al ordenamiento jurídico, como consecuencia de su debilidad, inmadurez o inexperiencia⁹. Si bien las niñas y niños, son sujetos titulares de derechos humanos, en realidad ejercen sus derechos de manera progresiva, a medida que van desarrollando un mayor nivel de autonomía. Esto se ha denominado “adquisición progresiva de la autonomía de los niños”, los cuales durante su primera infancia actúan por conducto de otras personas – idealmente, de sus familiares¹⁰.

I. Marco normativo federal que protege los derechos de los menores.

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LPDNNA) se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo del año 2000¹¹, diez años después de que en México entrara en vigor la Convención del 21 de octubre de 1990. La Ley Federal de Protección concibe como niñas y niños a las personas menores de 12 años y adolescentes entre 12 y 18 años. Los derechos que

7 Reforma constitucional en materia de derechos humanos, 9 de junio de 2011, DOF disponible en la página de internet: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011.

8 El art. 4 párrafo noveno de la Constitución Federal establece: “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.

9 En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ver: *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 60. Además, el presente estudio parte de la aceptación de que las niñas y niños son personas completas, razón por la cual se refuerza la idea de hacer referencia a los mismos como niñas y niños o como “menores de edad” y no solamente como “menores”, toda vez que resulta fundamental aclarar que su “minoría”, como concepto relacional, se da única y exclusivamente respecto de la edad reconocida por el ordenamiento jurídico para que una persona adquiera por completo su capacidad de actuar, mas no así respecto de su valía como ser humano.

10 En el mismo sentido, ver: Amparo directo 30/2008, resuelto el 11 de marzo de 2009 por mayoría de 3 votos, fojas 73 y 78; *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párrafo 129; *Caso Atala Ríffo e hijas Vs. Chile*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2011, párr. 12; y *Caso Atala Ríffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafos 68 y 199.

11 Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2014.

contempla se basan en los principios del interés superior del niño, desarrollados en la legislación especial, a saber; derecho de prioridad¹², derecho a la vida¹³, derecho a la no discriminación¹⁴, derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo psicofísico¹⁵, derecho a ser protegido en su integridad, en su libertad, y contra el maltrato y el abuso sexual¹⁶, derecho a la identidad¹⁷, derecho a la educación¹⁸, derecho a la libertad de pensamiento¹⁹, derecho a una cultura propia y derecho a participar que es una modalidad del derecho fundamental de los menores a su libertad de expresión y se manifiesta en que los niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión; la cual incluye sus opiniones y a ser informado, teniendo para los niños el único límite previsto en la Constitución.

El sistema jurídico de protección a los menores en México a nivel federal abarca además otras normas tales como: CC Federal²⁰, Código Federal de Procedimientos

- 12 Art. 14 LPDNNA: "Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a que se les asegure prioridad en el ejercicio de todos sus derechos, especialmente a que: A) Se les brinde protección y socorro en cualquier circunstancia y con la oportunidad necesaria.) B. Se les atienda antes que a los adultos en todos los servicios, en igualdad de condiciones. C) Se considere el diseñar y ejecutar las políticas públicas necesarias para la protección de sus derechos. D) Se asignen mayores recursos a las instituciones encargadas de proteger sus derechos".
- 13 Art. 15 LPDNNA: "Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida. Se garantizará en la máxima medida posible su supervivencia y su desarrollo".
- 14 Cfr. arts. 16 a 18 LPDNNA. En lo que queda evidenciado legalmente que los niñas, niños y adolescentes tienen reconocidos sus derechos y no deberá hacerse ningún tipo de discriminación en razón de raza, color, sexo, idioma o lengua, religión; opinión política; origen étnico, nacional o social; posición económica; discapacidad física, circunstancias de nacimiento o cualquier otra condición. De igual forma se señala que es deber de las autoridades, ascendientes, tutores y de miembros de la sociedad, promover e impulsar un desarrollo igualitario entre niñas, niños y adolescentes, debiendo combatir o erradicar desde la más tierna edad las costumbres y prejuicios alentadores de una pretendida superioridad de un sexo sobre otro.
- 15 Art. 19: "Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en condiciones que permitan su crecimiento sano y armonioso, tanto físico como mental, material, espiritual, moral y social".
- 16 Los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a ser protegidos contra actos u omisiones que puedan afectar su salud física o mental, su normal desarrollo o su derecho a la educación y quedarán protegidos de forma enunciativa más no limitativa cuando se vean afectados por el descuido, la negligencia, el abandono, el abuso emocional, físico y sexual. Al respecto véase el art. 21 LPDNNA.
- 17 El derecho a la identidad implica tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca y a ser inscrito en el Registro Civil, tener una nacionalidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución; conocer su filiación y su origen, salvo en los casos que las leyes lo prohíban y pertenecer a un grupo cultural y compartir con sus integrantes costumbres, religión, idioma o lengua, sin que esto pueda ser entendido como razón para contrariar ninguno de sus derechos. A fin de que niñas, niños y adolescentes puedan ejercer plenamente el derecho a su identidad, las normas de cada Entidad Federativa podrán disponer lo necesario para que la madre y el padre los registren, sin distinción en virtud de las circunstancias de su nacimiento. Cfr. art. 22 LPDNNA.
- 18 Art. 32 LPDNNA: "Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a una educación que respete su dignidad y les prepare para la vida en un espíritu de comprensión, paz y tolerancia en los términos del artículo 3o. de la Constitución. Las leyes promoverán las medidas necesarias para que: A) Se les proporcione la atención educativa que por su edad, madurez y circunstancias especiales requirieran para su pleno desarrollo. B) Se evite la discriminación de las niñas y las adolescentes en materia de oportunidades educativas. Se establecerán los mecanismos que se requieran para contrarrestar las razones culturales, económicas o de cualquier otra índole, que propicien dicha discriminación".
- 19 Las niñas, niños y adolescentes gozarán de libertad de pensamiento y conciencia y aquellos que pertenezcan a un grupo indígena tienen derecho a disfrutar libremente de su lengua, cultura, usos, costumbres, religión, recursos y formas específicas de organización social. Cfr. art. 37 LPDNNA.
- 20 CC Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, cuya última reforma se publicó en mismo diario el 24 de diciembre de 2013.

Civiles²¹, CP Federal²², Ley del Instituto Mexicano de la Juventud²³, Ley General de Educación²⁴, Ley General de Salud²⁵, Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos²⁶, Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación²⁷, y recientemente el Código Nacional de Procedimientos Penales²⁸.

2. Marco jurídico del Estado de Tabasco.

En el Estado de Tabasco, de forma reciente se reformó la Constitución Política local²⁹, en el que se incorporó un catálogo de derechos humanos, que estaban ya reconocidos en otros preceptos de la propia Constitución, los cuales reubica en el art. 2, éste también incluye los derechos de la Constitución Federal, y aquellos otros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que todavía no habían sido recogidos expresamente por la Constitución mexicana, sino que se encontraban en el derecho jurisprudencial emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y demás tribunales federales.

En la parte que interesa a los efectos de este trabajo de investigación, se transcribe el art 2: “El Estado de Tabasco se constituye como un Estado Social y Democrático de Derecho que promueve la igualdad de oportunidades de los individuos. El respeto a la dignidad de las personas, a sus derechos y libertades, es el fundamento del orden y la paz social...”

- 21 Código Federal de Procedimientos Civiles publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1943, cuya última reforma se publicó en mismo diario el 9 de abril de 2012.
- 22 CP Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931, cuya última reforma se publicó en mismo diario el 14 de marzo de 2014.
- 23 Ley del Instituto Mexicano de la Juventud publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1999, cuya última reforma se publicó en mismo diario el 14 de mayo de 2013.
- 24 Ley General de Educación publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de julio de 1993, cuya última reforma se publicó en mismo diario el 20 de mayo de 2014.
- 25 Ley General de Salud publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, cuya última reforma se publicó en mismo diario el 4 de junio de 2014.
- 26 Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2012, última reforma publicada en mismo diario el 19 de marzo de 2014.
- 27 Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2003, cuya última reforma se publicó en mismo diario el día 20 de marzo de 2014.
- 28 Código Nacional de Procedimientos Penales publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014, cuya vigencia conforme al artículo segundo transitorio entrará en vigor a nivel federal gradualmente en los términos previstos en la Declaratoria que al efecto emita el Congreso de la Unión previa solicitud conjunta del Poder Judicial de la Federación, la Secretaría de Gobernación y de la Procuraduría General de la República, sin que pueda exceder del 18 de junio de 2016. En el caso de las Entidades federativas y del Distrito Federal, el Código entrará en vigor en cada una de ellas en los términos que establezca la Declaratoria que al efecto emita el órgano legislativo correspondiente, previa solicitud de la autoridad encargada de la implementación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio en cada una de ellas. En todos los casos, entre la Declaratoria a que se hace referencia en los párrafos anteriores y la entrada en vigor del Código deberán mediar sesenta días naturales.
- 29 Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, publicada por bando solemne el 5 de abril de 1919, cuya última reforma se publicó en el Periódico Oficial del Estado el día 21 de junio de 2014.

En la importante reforma estatal, se dedica un apartado expreso a la protección de los menores³⁰.

En la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Tabasco (LPDNNAT)³¹, también se estipulan algunos derechos fundamentales en los que destaca, el interés superior de la infancia como uno de los principios rectores, el de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos³². Sin embargo la normativa de Tabasco es muy limitada en cuanto a la protección de los derechos de la personalidad de los menores, considerados estos como derechos humanos de primera generación³³.

En el art. 23 de la Ley tabasqueña, se establece que niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a ser protegidos contra actos u omisiones que puedan afectar su salud física o mental, su normal desarrollo o su derecho a la educación en los términos establecidos en el art. 3° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Además, dispone que las autoridades estatales y municipales les protegerán cuando se vean o puedan verse afectados por: la publicación, reproducción, exposición, venta o uso, en cualquier forma, de imágenes o fotografías de su persona para ilustrar informaciones referentes a acciones u omisiones que se les atribuyan y que lesionen la dignidad de su persona, así como su integridad física y psíquica.

En la Ley estatal tabasqueña sólo aparece protegido de forma enunciativa, el derecho a la identidad compuesto por: el nombre, la nacionalidad, la filiación y su origen³⁴. Los otros derechos de los menores que determinan la dignidad como principio de todos los derechos humanos, tales como su honor, imagen e identidad, derechos de la personalidad que continuamente son violados por los medios de prensa escrita en Tabasco. El carácter personalísimo de estos derechos limita su protección a la persona afectada, en este caso a los menores, sin embargo, ni sus padres ni los propios niños tienen mecanismos de protección legal efectivos al respecto.

El art. 48 de la Ley especializada en Tabasco, establece:

30 La reforma incorpora el siguiente articulado: "I. Los derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución sólo pueden ser restringidos con fundamento en una ley del Congreso del Estado. Esta respetará el contenido esencial de los derechos humanos; [...] XXV. Todo niño, sin discriminación, tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". Esta reforma a la Constitución del Estado de Tabasco, se publicó en el Periódico Oficial del Estado el 13 de septiembre de 2013.

31 Publicada en el Periódico Oficial del Estado el día 3 de enero de 2007, cuya última reforma se publicó en el mismo diario el día 12 de octubre de 2013.

32 Art. 6, fracción VII, LPDNNAT.

33 PÉREZ FUENTES, G. M.: "Derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Diccionario de Derecho de la Información* (coord. E. VILLANUEVA), 3ª ed., t. I, México (2010): Editorial Jus-Fundación para la Libertad de Expresión-Bosque de Letras-Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública-UNAM, Instituto de Investigaciones-BUAP, pp. 563-572.

34 Cfr. art. 24 LPDNNAT.

“El Poder Ejecutivo del Estado pugnará porque los medios de comunicación:

I. Difundan información y materiales que sean de interés social y cultural para niñas, niños y adolescentes, que atiendan sus necesidades, la difusión de sus derechos, sus responsabilidades, que promuevan la equidad, la tolerancia, los valores éticos, cívicos y ciudadanos que den lugar a una niñez y juventud sana y constructiva, así como la no violencia, de conformidad con los objetivos de educación que disponen el artículo 3º de la Constitución, los instrumentos internacionales en materia de los derechos del niño y demás legislación estatal aplicable;

II. Eviten la emisión de información contraria a los objetivos señalados en esta ley y que sea perjudicial para su bienestar o contraria con los principios de paz, no discriminación y de respeto a todas las personas;

III. Difundan información y materiales que contribuyan a orientarlos en el ejercicio de sus derechos, les ayude a un sano desarrollo y a protegerse a sí mismos de peligros que puedan afectar a su vida o su salud; y

IV. Eviten la difusión o publicación de información en horarios no aptos para las niñas, niños y adolescentes con contenidos perjudiciales para su formación, que promuevan la violencia o hagan apología del delito y la ausencia de valores”.

En la legislación Civil de Tabasco³⁵, el término *menor* es aplicado a las personas físicas que no hayan cumplido dieciocho años de edad, de conformidad con el art. 404. También es aplicada la palabra menor, por el legislador tabasqueño, al establecer la sanción que corresponde al Juez y Ministerio Público, en caso de incumplimiento con los deberes, que el CC les impone, en relación a la familia³⁶. Asimismo, al precisarse en el art. 460 de ley sustantiva civil tabasqueña, quiénes tienen incapacidad natural y legal, se hace referencia a los menores de edad. Ni en el CC, ni en otros cuerpos legales se contiene un precepto específico que defina con carácter general cuándo debe considerarse maduro a un menor, aunque si se identifica con la capacidad natural del mismo³⁷.

Sin embargo, a pesar del artículo antes mencionado, no existe un mecanismo procesal que permita medir de forma objetiva el trabajo que realizan los medios de comunicación en el Estado de Tabasco, para determinar la conducta que atenta

35 CC para el Estado de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997, cuya última reforma se publicó el día 18 de diciembre de 2013.

36 Art. 23 CC de Tabasco: “El Juez, o quien represente al Ministerio Público, incurre en responsabilidad civil y oficial cuando no cumpla los deberes que este Código le impone en beneficio de la familia, los menores y los incapacitados...”.

37 En la doctrina española también se asume esta posición, cfr. OROZCO PARDO, G.: “Intimidad, privacidad –extimidad- y protección de datos del menor ¿un cambio de paradigma?”; y MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: “La protección jurídica del menor ante las redes sociales”, ambos en AA.VV.: *La protección jurídica de la intimidad* (dir. J. BOIX REJ, J. coord. A. JAREÑO LEAL). Valencia, España (2010): lustel, pp. 385 y 374.

contra los derechos de los menores así como las sanciones aplicables, no aparecen regulados los derechos de la personalidad en el CC y la figura del daño moral es genéricamente incompleta y vaga³⁸. Además, en el Código Penal del Estado³⁹, solamente se consideran como delitos contra menores aquellos relativos a pederastia, corrupción de menores e incapaces y pornografía infantil. Así tampoco, se consideran estas acciones como medida de reparación en el ámbito civil para proteger los derechos de la personalidad del menor.

III. LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LOS MEDIOS DE DIFUSIÓN.

En el ámbito nacional e internacional la protección de los menores y su dignidad en relación al tratamiento en los medios de difusión ha quedado presente en diversos tratados y Constituciones nacionales. Las normas internacionales o nacionales se inscriben en el marco de dos principios fundamentales presentes en casi todos los países donde existe una sociedad democrática: la libertad de expresión y la vida privada.

Ambos se basan en la dignidad de la persona, entendiendo por tal la expresión del estatuto privilegiado del ser humano que lleva implícito un título de respeto *erga omnes*, en la búsqueda renovada de una fundamentación ética de lo jurídico⁴⁰. La dignidad humana⁴¹ es la columna vertebral de los derechos de la personalidad en el ámbito privado o civil sin perjuicio de los avances en las tecnologías de información y comunicación. En el ámbito Constitucional la dignidad humana es el núcleo fundamental de los derechos fundamentales que sirve como parámetro de referencia para determinar los límites de actuación en la vida social.

I. Los principios de colaboración y respeto de los medios de comunicación escrita con relación a los derechos de los menores.

El art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, reconoce el derecho del menor a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan. El art. 13 por su parte, consagra el derecho a la libertad de expresión. Dicho derecho abarca la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo

38 Art. 2051 CC de Tabasco: Daño Moral. "El daño puede ser también de carácter moral, cuando el hecho ilícito que lo produzca afecte a una persona en sus sentimientos, creencias, decoro, honor, reputación vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de ella tienen los demás". Art. 2058 del mismo CC: "Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el Juez ordenará a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia [...] a través de los medios informativos que considere conveniente".

39 CP para el Estado de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial el 8 de febrero de 1997, cuya última reforma se publicó el 5 de marzo de 2014.

40 PACHECO ZERGA, L.: *La dignidad humana en el trabajo*. Madrid (2007): Civitas, p. 61.

41 El respeto a la dignidad humana se erige como uno de los principios fundamentales de las sociedades democráticas como quedó reflejado por primera vez en la Carta de las Naciones Unidas de 25 de junio de 1945, en su preámbulo, para tres años más tarde recogerse dicho concepto esencial en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, escrito o impreso, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

Por otra parte, el art. 17 de la Convención destaca la importancia del papel de los medios en la difusión de información que promueva el bienestar del niño en el más amplio sentido, y asigna a los estados miembros tareas específicas. Asimismo, establece que los estados partes deben reconocer la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán porque el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tenga por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental.

2. Efectos de los medios de difusión en los niños y jóvenes⁴².

Según la Federación Internacional de Periodistas⁴³, la imagen de los niños en los medios perpetúa una serie de mitos tales como:

1º) Las familias de los países en desarrollo, los niños que viven en la pobreza y las víctimas de la guerra y otras catástrofes pierden su individualidad y humanidad. Es normal que aparezcan en los reportajes como personas desamparadas, incapaces de actuar, pensar o hablar por sí mismos.

2º) La cobertura de cuestiones relativas a los niños tiende a concentrarse en el aspecto sensacionalista e ignora una amplia variedad de asuntos que afectan a los niños, como se establece en la Convención sobre los Derechos del Niño.

3º) Los reportajes sobre niños son excepcionales y no tienen mayor análisis ni seguimiento.

4º) No siempre se respeta la confidencialidad de los niños.

IV. ESTUDIO DE CASOS EN EL ESTADO DE TABASCO.

El tema de los medios de difusión es complejo en México⁴⁴. La problemática es diferente sin embargo en el centro y norte, en comparación con el sureste,

42 En el año 2007 se realizó un Programa de estudios encargado por la Oficina Regional de UNICEF para Europa Central y Oriental y la Comunidad de Estados Independientes dedicado a los derechos del niño y la práctica del periodismo.

43 La Federación Internacional de Periodistas (FIP) es una confederación de sindicatos y asociaciones de periodistas. Fundada en París en 1926.

44 En México han muerto 102 periodistas asesinados desde el año 2000 hasta el 30 de junio de 2014 y 24 periodistas fueron desaparecidos en el mismo periodo, de acuerdo al informe emitido por la Fiscalía Especial para la Atención de Delitos cometidos contra la Libertad de Expresión, autoridad dependiente de la Procuraduría General de la República. Al respecto véase la página de internet: <http://www.pgr.gob.mx/Combate%20a%20la%20Delincuencia/Documentos/Delitos%20Federales/FPeriodistas/acuerdos/ESTADISTICAS%20JUNIO%202014-totales.pdf>.

donde existen dos tipos fundamentales de prensa, una caracterizada por artículos de opinión política y otra dedicada a información sensacionalista acostumbrada a la constante violación de los derechos de la personalidad y la presunción de inocencia. A partir de un previo estudio exploratorio donde se detectó ésta problemática, organizamos una investigación en el Estado de Tabasco, realizando un seguimiento de noticias. Se tomaron como muestra los dos periódicos de mayor circulación y tiraje en el Estado, igualmente se analizaron dos tabloides vinculados con cada uno de los elegidos y caracterizados por noticias amarillistas: En un período de 6 meses se analizaron 716 periódicos, de los que se detectaron 126 notas que contienen afectaciones a uno o más derechos de la personalidad de menores.

La encuesta demostró que los jóvenes son cada vez más representados como problemas. De todos los artículos sobre menores publicados en los cuatro diarios locales objeto de la investigación, en un seguimiento diario, del mes de agosto de 2013 a enero de 2014, se obtuvieron los siguientes resultados:

1º) El derecho más afectado tratándose de menores es el de la vida privada afectando nombre completo, edad y sexo. Este tipo de violación aparece en 107 notas.

2º) El segundo derecho más afectado es el derecho a la imagen, apareciendo en 61 notas.

3º) En tercer lugar se encuentra el derecho al honor en 25 notas.

4º) La sección que coincide en dos de los cuatro periódicos analizados, que contiene más violaciones es la dedicada a "Seguridad" con 86 notas.

En un primer momento el estudio puede aparentar una parte subjetiva en tanto se considera el criterio del evaluador; sin embargo, lamentablemente las notas son tan directas e inobjectables en cuanto a la violación de estos derechos que no permiten duda al respecto, ilustramos a continuación algunas de ellas.

I. Derecho a la vida privada e imagen.

a) Nota del 12 de agosto de 2013. Esta nota se titula "Voló directo al más allá" en la que se informa sobre un accidente en moto en la que viajaban dos personas, uno de ellos un menor de 16 años de edad, sobre el que publican su nombre completo así como su fotografía en el lugar del accidente con la cabeza ensangrentada.

b) Nota del 29 de octubre de 2013. Se refiere a que una madre y sus dos hijos terminaron en el hospital luego que un motociclista los atropellara cuando se le atravesaron de forma imprudente, además el encabezado dice "Descalabrados",

publicando los nombres completos de los niños de 12 y 11 años de edad y de la madre.

c) Nota del 2 de enero de 2014. Se refiere a un accidente provocado por el chofer de un autobús, en la que se publica la lista con los nombres completos de occisos y heridos, entre los que se encuentran dos menores de 7 y 3 años de edad, además se publican las fotografías del accidente ocurrido.

2. Derecho al honor.

a) Nota del 6 de diciembre de 2013. El encabezado dice "Murió de amor" en la que informan sobre un menor de 17 años de edad que se suicidó porque estaba dolido debido a que su novia presuntamente tenía unos días que había acabado la relación, publicando además su nombre completo y domicilio, así como la fotografía del menor fallecido en la que se protege su rostro.

b) Nota del 14 de agosto de 2013. Se informa sobre la captura de tres personas vinculadas con el asesinato y violación de dos niñas de 10 y 14 años de edad, en la que se publican sus nombres completos, así como las fotografías de las menores, se hace notar que se viola además el principio de presunción de inocencia.

c) Nota del 17 de agosto de 2013. Se informa sobre la confesión que hicieron las personas detenidas, con detalles, hora y forma sobre cómo abusaron sexualmente y asesinaron a las niñas; en dicha nota se vuelven a citar los nombres completos y edades de las menores.

En un segundo momento de este trabajo de investigación se aplicó una encuesta representativa a un sector de la población de diversos sectores que vive en la Ciudad de Villahermosa, Tabasco, para conocer cómo valoraban la calidad de la noticia en el Estado y principalmente su índice de conocimiento jurídico para aplicar responsabilidad civil por las violaciones sobre los derechos de la personalidad en caso de menores. La encuesta perseguía dos objetivos primordiales:

1º) Obtener datos estadísticos mediante trabajo de campo en diversos sectores de la entidad a personas que leen periódicos como estudio exploratorio de la conducta y cultura de protección del interés superior del menor en la prensa, para su posterior proyección en gráficas y un semáforo de riesgos.

2º) Detectar el conocimiento de la ciudadanía en cuanto a sus derechos por la protección de los menores que están a su cargo en el caso que las publicaciones afecten los derechos de la personalidad de los niños.

El cuestionario entregado a cada uno de los participantes de la encuesta constaba de 14 preguntas de opciones múltiples⁴⁵. El rango de edades para los participantes fue de 20 a 69 años dejando libre el género, tipo de ocupación y grado de estudios que también fueron solicitados y agrupados en los tabuladores. El período de encuestas y agrupación comprendió aproximadamente cuatro semanas que iban del 30 de Junio al 30 de Julio de 2014. Las preguntas del cuestionario estaban relacionadas a los derechos de la personalidad⁴⁶ que velan el interés superior del menor en forma de supuestos en los que un menor era objeto de noticia y donde el encuestado tendría que examinar la controversia desde un punto de vista objetivo para después evaluarse en uno más personal y a juicio de su propia cultura, moral y ética. Asimismo una pregunta acerca de qué medida social o jurídica elegirían para evitar o sobrellevar los casos planteados con anterioridad cerraba la participación.

En el caso del honor, las preguntas relacionadas eran las marcadas con el número 6 y 7; donde la primera cuestionaba el nivel de acuerdo que tendría la persona con una noticia donde se presentaba la foto de un menor infractor en distintos niveles hipotéticos (desde un delito por conducta desordenada hasta homicidio o narcotráfico). Desde este punto de vista, la pregunta apoyaba y sostenía la misión de interés público que tenía quien redactó, fotografió y publicó el artículo. La segunda pregunta suponía el mismo escenario, sin embargo, el menor infractor ahora pertenecía a su entorno social y familiar. Esta confrontación mostraría la empatía que sentiría el lector sobre la foto, mostraría el nivel de acuerdo en el que el encuestado se encontraría si, ahora quien estuviera en riesgo de ser señalado o afectado fuera más cercano a él. Las encuestas fueron resueltas a mano por los participantes con tinta indeleble. Estas dos preguntas permitirían explorar la idea de cómo la gente percibe las afectaciones al honor. A diferencia de la primera (pregunta 6) que permitiría construir un escenario de interés público predominante al honor, donde entre más de acuerdo se estuviera con la nota se entendería por una necesidad de la persona a estar informado por su propia seguridad, incluso si esto afectaba de alguna manera a otros, la segunda (pregunta 7) construiría un escenario diferente, permeado de empatía donde la foto se convertía en un factor de riesgo para la integridad del menor:

La encuesta se realizó a un total de 207 personas en un rango de edad de entre 20 a 69 años de edad. Para el estudio exploratorio del derecho al honor se tomaron como referencia sólo 45, mismas que comprenden cerca del 21.73% del total de las encuestas, de las cuales el 53.33% fueron mujeres con 24 participantes y el 46.33% fueron hombres, siendo estos últimos 21 encuestados. El 73.33% de las personas entrevistadas trabajaban y en su mayoría eran hombres de entre los 25 a los 34 años.

45 Se refiere a varios tipos de respuesta.

46 Se define derechos de la personalidad como aquellos que afectan la dignidad de la persona en su realización e integridad como ser humano. Cfr. PÉREZ FUENTES, G. M.: Voz "Derechos de la Personalidad", cit., pp. 563-572

El grupo de jóvenes de entre 25 a 29 años fueron los que más participaron en este estudio, con el 26% del total de los 45 encuestados, un aproximado de 12 jóvenes en su mayoría empleados con una educación media a estudios superiores.

En un rango mayoritario comprendido de grupos iguales de hombres y mujeres entre los 20 y los 39 años se mostraron particularmente indiferentes a las notas donde se representa la foto de un menor porque se le realiza una acusación por cometer un delito como robo, agresión o conducta desordenada o por un delito grave, igualando a aquellas personas, en su mayoría mujeres, que dijeron estar en desacuerdo con una nota así, ambas calculaban el 62.22 % (31.11% cada grupo) de las encuestas tabuladas.

Los datos relacionados a la pregunta siete demostraron que un grupo de 18 personas que integran un mayoritario 35% estaba en desacuerdo con la publicación de una noticia donde se mostrara la foto de un menor de edad familiar o conocido suyo, dichas encuestas reflejaban un número igual de hombres y mujeres de entre 20 a 29. En los inflexibles extremos, un total de 6 personas, aproximadamente 13.33% se mostraron totalmente de acuerdo cercano a un 15% de quienes se dijeron en total desacuerdo con la nota, en este caso solo 7 personas. Un total de 30 personas, es decir el 66.66% dijeron conocer medios legales para evitar que estos hechos sucedan, siendo la opción de presentar una denuncia ante el Ministerio Público la más popular.

3. El Observatorio de la Información en el Sureste.

En el país se han implementado algunos mecanismos socio-jurídicos, que tienen por finalidad mejorar la labor que realizan los medios informativos, por ejemplo; el Observatorio de la Información en el Sureste, radicado en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, como un espacio abierto de investigación, creatividad e innovación que se articula con herramientas propias de la gestión del conocimiento tales como buenas prácticas, aprendizaje organizacional, vigilancia estratégica, redes de colaboración y uso del conocimiento⁴⁷.

Su perfil es el de un centro humanista, científico y cultural, por lo tanto; se concibe como un organismo autónomo, independiente, pluralista, con capacidad crítica, que contribuye a una mayor racionalidad en el debate.

Los Observatorios en Latinoamérica tienen como principios comunes el reconocimiento de la importancia de la comunicación y de los medios para la democracia y surgen por: 1º) Insatisfacción con la actual situación de los medios. 2º) Reivindicación de otra forma de entender la práctica periodística. 3º) Reivindicación

47 Cfr. ANGULO MARCIAL, N.: ¿Qué son los observatorios y cuáles son sus funciones?, *Innovación Educativa*, vol. 9, número 47, abril-junio, México (2009): Instituto Politécnico Nacional, pp. 5-17.

de otro público consumidor de medios. 4º) Ejercicio constante, regular y sistemático de monitoreo. 5º) Intencionalidad revisionista y reformista. 6º) Carácter propositivo y finalidad más prescriptiva que descriptiva. 7º) Diversidad y creatividad en sus actuaciones. 8º) Convicción de la importancia de divulgar su actividad.

El Observatorio de la Información en el Sureste, fue fundado el 23 de noviembre de 2012, con la misión de realizar un seguimiento desde la academia, de la información en el sureste mexicano a través de indicadores cualitativos y cuantitativos, para estudiar el tratamiento de derechos tales como: honor, intimidad, vida privada, imagen y datos personales en diferentes sujetos tales como servidores públicos, menores de edad y sociedad en general en función del ejercicio del derecho a la información y la libertad de expresión.

En esta zona del país no se identifica un sistema de responsabilidad de los medios como un tipo de mecanismo utilizado para garantizar que los medios de difusión sean socialmente responsables, y a pesar que existen en muchos de estos medios normas éticas establecidas por la profesión, éstas no juegan su papel de ponderación.

4. Los medios de difusión y los niños en conflicto con la ley: protección de la identidad.

Es difícil desde el punto de vista ético decidir si identificar o mantener en el anonimato a los menores involucrados en conductas antisociales o delictivas es lo mejor para ellos en el largo plazo. Se ha considerado⁴⁸ que no se debería identificar a los menores que presentan este tipo de comportamiento como ejemplo de algo que ocurre, a menos que exista una clara justificación editorial. La decisión de dar participación, presentar o identificar a los menores cuyos padres participan en actividades antisociales o delictivas solamente debería tomarse si el bienestar del niño no se ve perjudicado y si existe una justificación editorial clara al respecto. Esto es particularmente importante si los niños corren peligro debido, por ejemplo, a que viven con un progenitor alcohólico, o se ven forzados a trabajar como distribuidores de drogas prohibidas.

Lo importante es cómo se trata el tema, no solamente cuando se recurre directamente a los niños como fuentes, sino también cómo se enfocan las cuestiones. Por una parte, UNICEF ha difundido directrices sobre cómo presentar noticias sobre los niños que proporcionan elementos útiles para tener en cuenta al escribir sobre los niños y algunos elementos de debate.

48 Directrices editoriales de la BBC sobre la identificación de menores. BBC, *Justice for Children around the World*. http://news.bbc.co.uk/1/hi/programmes/documentary_archive/6090608.stm.

Por ello, la UNICEF plantea una serie de *directrices éticas para la información sobre infancia*⁴⁹, que tienen como objetivo aportar orientaciones básicas para los medios de comunicación, pero que también son de utilidad para autoridades administrativas, policiales y judiciales que participan en los procesos de impartición de justicia, sobre cómo abordar los temas relacionados con la protección de la infancia a fin de respetar en todo momento su interés superior y su dignidad como seres humanos:

1º) No estigmatice aún más al niño; evite valoraciones o descripciones que le expongan a sufrir represalias, en especial daños físicos o psicológicos adicionales, o a padecer de por vida maltrato, discriminación o rechazo por parte de su comunidad.

2º) Sitúe siempre la historia o la imagen del niño o niña dentro de su contexto real.

3º) Cambie siempre el nombre y oculte el rostro de los niños y niñas a los que se presente como: a) víctimas de abuso o explotación sexual; b) perpetradores de abusos físicos o sexuales; c) enfermos de SIDA, o que hayan fallecido por causa del SIDA, a menos que el niño, un progenitor o un tutor hubiere prestado su consentimiento sobre la base de la información correcta; d) imputados o condenados por un delito.

4º) En determinadas circunstancias en que exista un riesgo real o potencial de represalias, cambie el nombre y oculte el rostro de los menores de edad. Así, que sea o haya sido niño soldado.

La autorregulación de los medios es otra forma especial de responsabilidad indispensable en estos tiempos y es la mínima seguridad que debe ofrecerse al lector asegurándole que puede confiar en que los profesionales de los medios de difusión corregirán cualquier desvío, sin necesidad de recurrir a la ley, a los efectos de defender el derecho público a una prensa libre e independiente.

Los principios mínimos que deben tener un Código de Ética son: a) Defensa de los principios de libertad de prensa, derecho del público a obtener información y derecho de los periodistas a ejercer su conciencia personal. b) Precisión y corrección de imprecisiones distinción entre los hechos y los comentarios respeto a la privacidad personal, especialmente en caso de enfermedad o fallecimiento de seres queridos protección de los niños, las víctimas de delitos y otros grupos vulnerables. c) Protección de las fuentes. d) Rechazo al prejuicio y la discriminación. e) Rechazo a los incentivos y los conflictos de interés.

La actividad periodística que concierne a la vida y el bienestar de los niños siempre debe realizarse tomando en cuenta la perspectiva de los niños. Los periodistas y

49 http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_directrices_eticas_unicef_para_informar_sobre_infancia.pdf.

las organizaciones de medios de difusión deben esforzarse por mantener las más estrictas normas de ética al informar sobre asuntos relativos a niños.

Aunque los códigos difieren entre sí, tienen en general ciertos elementos comunes que pueden identificarse como los siguientes: a) Principios de veracidad, b) Precisión, c) Objetividad, d) Imparcialidad, e) Justicia, f) Responsabilidad pública, g) Protección de las fuentes anónimas de información usadas para adquirir información de interés periodístico y para transmitirla al público.

Los Códigos de Ética se conforman bajo el principio fundamental de proteger el interés público. El significado sobre el interés público, en principio puede referirse al bienestar general a través de una actividad transparente tanto en países europeos⁵⁰ como latinoamericanos como el caso de México, donde el Poder Judicial de la Federación también se ha pronunciado al respecto⁵¹:

“Para decidir si determinada información privada es de interés público en ejercicio del derecho a la libertad de expresión, se requiere corroborar, en un test, la presencia de dos elementos: (i) una conexión patente entre la información privada y un tema de interés público; y, (ii) la proporcionalidad entre la invasión a la intimidad ocasionada por la divulgación de la información privada y el interés público de la información”.

En Febrero del 2012 la Suprema Corte de Justicia de la Nación presentó el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia que afecten a niñas, niños y adolescentes⁵², pero el Protocolo se centra en múltiples espacios siguiendo de los procedimientos, formas y mecanismos que se aplican para los adultos sin referirse a la prensa.

El problema sigue siendo encontrar el equilibrio entre la obligación periodística de decir la verdad y la necesidad de proteger a los niños en un camino plagado de dificultades y preguntas éticas: ¿Los periodistas deben intervenir en la vida de los niños en peligro? ¿Los periodistas deben entrevistar a los niños que han sufrido una experiencia traumática? ¿En qué circunstancias es apropiado identificar plenamente u ocultar la identidad de los niños?

50 El Sindicato Nacional de Periodistas del Reino Unido e Irlanda, ha definido por interés público: Detectar o dejar al descubierto delitos o faltas graves. Proteger la salud y la seguridad públicas. Evitar que el público sea engañado por alguna declaración o acción de un individuo o una organización. Poner al descubierto el mal uso de fondos públicos u otras formas de corrupción por organismos públicos. Revelar posibles conflictos de interés de quienes ocupan cargos de poder e influencia. Poner al descubierto la codicia de las grandes empresas.

51 Tesis bajo el rubro: *Libertad de expresión. elementos del test de interés público sobre la información privada de las personas*, Tesis: 1a. CXXXIII/2013, 10ª época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo I, p. 550.

52 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes*. México (2014): Poder Judicial de la Federación, pp. 43-45.

Generalmente se reconoce que hay que proteger más la privacidad de los jóvenes que la de los adultos. En Tabasco, sin embargo, no existe una ley especial que prohíba usar los nombres, las palabras o las imágenes de niños que han dado su consentimiento para que se les entreviste en espacios públicos.

Pero el interés superior del menor es un principio de derecho civil que ha quedado constitucionalizado por lo que al considerar cómo proceder, la prioridad absoluta deberá ser el interés superior del niño. Los periodistas deben procurar minimizar el daño al infante, tanto de la entrevista como de las potenciales consecuencias de lo que se publique.

En la dialéctica que debe realizar el periodista para la elaboración de su noticia con carácter publicable y no atentatoria de los derechos de los menores, deben considerarse las siguientes preguntas: ¿Se está entrevistando a menores de edad sin el consentimiento de un adulto? ¿Existe un marco jurídico que establezca cómo deben realizarse las entrevistas con niños? ¿La entrevista se ha realizado de manera agradable para el niño, dándole tiempo suficiente y ofreciéndole un entorno comfortable? ¿Se han tenido en cuenta y explicado al niño entrevistado las consecuencias potenciales de sus comentarios, tanto a corto como a largo plazo? ¿Se han tomado precauciones para garantizar la protección del niño después de la publicación, y qué sistemas de apoyo existen para otros niños que se pongan en contacto con el editor? ¿Se explicó a los niños lo que se hará con sus relatos y se les permitirá ver el producto terminado?

Ante la aparición de la cobertura de noticias en tiempo real, resulta de fundamental importancia establecer reglas básicas⁵³ para el trabajo con jóvenes dirigidas al personal que trabaja con plazos tan apretados.

En las entrevistas los niños dicen a los adultos y las figuras de autoridad lo que creen que ellos quieren, no lo que realmente quieren decir. Los estudios demuestran que los niños ofrecen información más precisa cuando se les da tiempo para relatar sus historias con libertad, no cuando se les hacen preguntas directas.

Las preguntas indirectas pueden darles un margen de seguridad a los niños. A pesar de que es recomendable que haya adultos conocidos del niño cerca mientras se le entrevista, la información más auténtica se obtendrá cuando los niños se encuentren junto a sus padres. No obstante, es importante obtener el consentimiento de un adulto responsable (padre o persona a cargo) siempre que sea posible.

53 La cadena de televisión CNN ha elaborado una lista de factores para tener en cuenta al decidir si entrevistar o no a niños en las noticias de último momento. Esta lista incluye: la edad y la madurez del menor, el grado de violencia de la situación, la conexión del niño con cualquiera de las víctimas, la autorización de los progenitores, si la filmación es grabada o en vivo.

Aunque la regla general debe ser solicitar el permiso de un adulto responsable y garantizar que el tema de la entrevista no sea perturbador, hay temas sobre los que obtener la perspectiva de los niños no plantea problema alguno. Por ejemplo, un reportaje sobre nutrición y qué deben comer los niños puede acompañarse con entrevistas callejeras a niños acerca de lo que les gusta comer o cuánto dinero les dan para sus gastos personales.

5. Políticas de protección de la infancia de los medios de difusión.

En el Estado de Tabasco, como ocurre en otros medios a nivel nacional⁵⁴ e internacional,⁵⁵ deben aplicarse políticas de protección de la infancia para evitar que cualquier comportamiento de su personal suponga una amenaza para los derechos del niño en relación a la forma que transmite una noticia.

La mayoría de las políticas de protección de la infancia en las organizaciones de noticias incluyen directrices sobre la identificación de los menores y el obligatorio respeto de la privacidad de los jóvenes y la restricción del uso de los nombres de los niños bajo cuidado institucional. De igual forma se aseguran de contar con procedimientos definidos para proteger el bienestar de los niños y jóvenes. Por ejemplo, para usar fotografías de niños.

Lo más importante es que los medios de comunicación pueden ayudar a movilizar la opinión pública para que participe en la protección de los menores y denuncie

54 El periódico nacional "El Universal" en su código de ética, establece una serie de principios, entre los que se destacan: el de responsabilidad y con relación a las fotografías y gráficas... "El Universal" y sus periodistas actúan con responsabilidad en el ejercicio del periodismo, entendiendo el alto impacto que tienen los medios de comunicación en la sociedad. Esta responsabilidad se expresa, entre otros, en los siguientes casos: *Error*. 'El Universal' tiene la responsabilidad de corregir todos los errores importantes de los hechos presentados, y clarificar los de omisión y contexto. Todos los señalamientos pertinentes sobre errores son recogidos y procesados a la brevedad. *Respeto ante víctimas*. 'El Universal' y sus periodistas tienen un gran respeto por las víctimas de delito, por lo que no publican el nombre o cualquier dato que facilite la identificación de quienes han sido víctimas de cualquier clase de ilícito, especialmente los sexuales. Tampoco identifican a menores de edad en situación vulnerable, aun cuando pudieran ser autores de un delito. 'El Universal' y sus periodistas entienden como apología del delito publicar informaciones relacionadas con el secuestro de particulares o falsas amenazas. Las autoridades editoriales del más alto rango decidirán lo conducente en el primer caso, ante peticiones de las familias de las víctimas. 'El Universal' reconoce en los tribunales jurisdiccionales a la única autoridad para juzgar conductas delictivas, por lo que evitará el uso de lenguaje que suponga la condena anticipada de personas. En cuanto a las fotografías dispone: Las fotografías y gráficas deben ser fieles representaciones de la realidad: *Realces técnicos*. Es permisible usar realces técnicos sólo cuando el trabajo resultante esté apegado a la realidad de la escena o situación presentada. *Alteración o manipulación*. El contenido real de una fotografía no es alterado ni manipulado, excepto para propósitos ilustrativos, en cuyo caso la impresión debe indicar claramente que ha sido modificada. *Mascarilla o 'píxeleado' de fotografías*. En atención a los lineamientos respecto de menores de edad, se utilizarán recursos técnicos como aplicar una mascarilla o 'píxeleado' de sus rostros, para la presentación de materiales. De igual forma se hará con fotografías de víctimas de delitos, policías o cualquier persona que pudiera ver vulnerada su integridad o seguridad".

55 La BBC exige que su personal aplique los principios de su Política de Protección de la Infancia al tratar con niños y jóvenes: "El bienestar de todos los menores de 18 años es nuestro objetivo supremo. Esto quiere decir que sus intereses y seguridad deben tener prioridad sobre cualquier consideración editorial. Todos los niños y los jóvenes, sin importar su edad, minusvalías, género, raza u origen étnico, creencia religiosa o identidad sexual, tienen derecho a la protección contra daños y abusos. Si mientras realizamos nuestro trabajo sospechamos que un niño puede correr algún riesgo o un joven nos alerta sobre algún aspecto que afecte al bienestar infantil (incluidas acusaciones contra alguien de la plantilla de la BBC), la situación se debe comunicar de forma inmediata al director de la división responsable de Política de Protección de la Infancia".

a quienes representan una amenaza para los niños de cualquier forma, ya sea por abuso simplemente por no contar con los mecanismos apropiados para protegerlos. Los medios de difusión deben obligar a los gobiernos a rendir cuentas si no cumplen con su obligación de proteger a sus propios niños. Dentro de las políticas que deben desarrollarse en el Estado está la de la participación de los menores en los medios⁵⁶. El desafío para los niños y los jóvenes consiste en encontrar formas de promover su participación en los medios de difusión y en el desarrollo de los mismos; el desafío para los padres, los maestros y los investigadores consiste en reconocer y apoyar los derechos del niño de acceder a los medios de difusión, participar en ellos y usarlos como herramienta para su desarrollo⁵⁷.

En atención a la Convención de los Derechos del Niño de la cual México es parte, se impone en todo el país, incluyendo por supuesto al Estado de Tabasco, el respeto a los principios rectores de esta Convención, siendo uno de ellos precisamente el interés superior del menor:

V. CONCLUSIONES.

Los derechos del niño pueden ser violados de varias maneras mediante la exposición inapropiada y los estereotipos en los medios de difusión, fenómeno que ocurre en gran parte de la prensa mexicana y con mayor visibilidad en el sureste del país. Precisamente porque la libertad de expresión requiere una corresponsabilidad social de respeto a los derechos humanos, fundamentales y de la personalidad, se impulsan los denominados Observatorios de la información como centros de investigación y difusión de buenas prácticas entre el derecho a informar y el respeto a todos los derechos de la personalidad de la persona y muy especialmente de los niños.

En el ámbito periodístico, México es un país dividido por dos mundos profesionales, principalmente en el sur; existe un desconocimiento social y profesional en cuanto a la protección de los menores en el mundo de la noticia y la información. El interés público no es el principio que rige la prensa en el sureste mexicano de forma generalizada, pues las constantes violaciones del derecho a la vida privada de las

56 Ello no es nuevo porque en numerosas reuniones internacionales sobre los niños y los medios de difusión se ha reconocido la importancia de la participación de los niños en este sector. Algunas de esas reuniones fueron: La Jornada de debate general sobre *Los niños y los medios de comunicación del Comité de Derechos del Niño*, Suiza (1995). El Taller del Desafío de Oslo, Noruega (1999), Cuarta Cumbre Mundial sobre los Medios de Difusión para Niños y Adolescentes, Brasil (2004).

57 La Quinta Cumbre Mundial sobre los Medios de Difusión para Niños, en Johannesburgo (2007) reunió a más de mil personas de 90 países, incluidos al menos 300 niños del lugar y el extranjero. Se celebraron talleres interactivos, debates y discusiones para encontrar nuevas formas de dar voz a los niños en los medios de difusión. En la conferencia se trató la representación de los niños en los medios de difusión y cómo los medios en general han contribuido a la forma en la que se percibe a los niños. En la cumbre también se buscaron formas y medios de promover la participación de los niños en la producción de sus propias imágenes. Uno de los principales temas debatidos fue cómo puede darse participación a los niños en el proceso de producir imágenes y programas para ellos mismos.

personas en este caso a los menores, así como su derecho a la imagen e incluso su derecho al honor; afecta de una forma alarmante el mundo de la información en esta parte de México. Muchos periodistas han perdido la vida y la libertad tratando de dejar al descubierto actos ilícitos que de otro modo habrían permanecido ocultos debido a las restricciones a la libertad de prensa, pero la capacidad del ejercicio de la democracia se ve obstaculizada con las formas de informar.

Una gran parte de la población ofrece un rechazo ético ante estas violaciones pero no lo vincula con transgresiones civiles. Por supuesto, que estas violaciones de los derechos de la personalidad de los menores afecta a la formación de una sociedad más libre y respetuosa de todos los derechos, pues estas noticias también alientan la violencia.

BIBLIOGRAFÍA

GONZÁLEZ CONTRÓ, M., y otros: *Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*. México (2012): Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM – Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: "La protección jurídica del menor ante las redes sociales", en AA.VV.: *La protección jurídica de la intimidad* (dir. J. BOIX REIG, J. coord. A. JAREÑO LEAL). Valencia, España (2010): lustel.

OROZCO PARDO, G.: "Intimidad, privacidad –extimidad- y protección de datos del menor ¿un cambio de paradigma?", en AA.VV.: *La protección jurídica de la intimidad* (dir. J. BOIX REIG, J. coord. A. JAREÑO LEAL). Valencia, España (2010): lustel.

PACHECO ZERGA, L.: *La dignidad humana en el trabajo*. Madrid (2007): Civitas.

PÉREZ FUENTES, G. M.: Voz "Derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Diccionario de Derecho de la Información* (coord. E. VILLANUEVA), 3ª ed., t. I. México (2010): Editorial Jus-Fundación para la Libertad de Expresión-Bosque de Letras-Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública-UNAM, Instituto de Investigaciones-BUAP, pp. 563-572.

EL TRATAMIENTO EN DERECHO ESPAÑOL DE LA CUSTODIA
DE LOS HIJOS MENORES EN LAS CRISIS DE PAREJA: LA
NOVEDOSA OPCIÓN DEL LEGISLADOR ARAGONÉS POR LA
CUSTODIA COMPARTIDA

TREATMENT IN SPANISH LAW OF THE CUSTODY OF MINOR
CHILDREN IN COUPLE'S CRISIS: THE NOVEL CHOICE OF
ARAGONESE LAW GIVER BY SHARED CUSTODY

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 206-235



Aurora
LÓPEZ
AZCONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de agosto de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2015

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar el tratamiento jurídico de la guarda y custodia de los hijos menores en las situaciones de crisis de pareja en Derecho español. Se hace especial incidencia en el Derecho civil aragonés (uno de los Derechos civiles que coexisten en el territorio español), dado su tratamiento novedoso del tema y, en particular, su clara opción por la custodia compartida como modelo de custodia que mejor responde al interés de los hijos menores y al objeto de promover la igualdad de los progenitores.

PALABRAS CLAVE: Modelos de custodia, custodia compartida, custodia individual, criterios de atribución, derechos civiles españoles, Derecho civil aragonés.

ABSTRACT: This study aims to examine the legal treatment of the guardian of minor children in crisis situations of couple in Spanish law. There is a special emphasis on the Aragonese civil law (one of the civil laws that coexist in the Spanish territory), in response to its novel treatment of the subject, and particularly its clear option for joint guardian as guardian model that best meets becomes the best interests of minor children and in order also to promote equality of parents.

KEY WORDS: Models of guardian, joint guardian, sole guardian, award criteria, spanish civil laws, Aragonese civil law.

SUMARIO.- I. Planteamiento.- II. Principios y derechos a observar en la ruptura de la convivencia.- I. Principios.- 2. Derechos.- III. Incidencia en la autoridad familiar de la ruptura de la convivencia de los padres.- IV. El pacto de relaciones familiares como régimen prioritario.- V. Medidas judiciales a adoptar en defecto de pacto de relaciones familiares.- I. Posibles regímenes a adoptar judicialmente: custodia individual o compartida.- 2. La custodia compartida como opción preferente del legislador aragonés.- 3. La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida.- A) Que el Juez estime la custodia individual más conveniente para el interés de los hijos.- B) La exclusión de uno de los progenitores de la custodia (individual o compartida) por violencia doméstica o de género.- 4. Medidas adicionales conexas al régimen de guarda y custodia adoptado judicialmente.- 5. La modificación de las medidas judiciales.

I. PLANTEAMIENTO.

El panorama jurídico español se caracteriza por la existencia de una pluralidad de Derecho civiles, de una parte, el Derecho civil estatal que se recoge en esencia en el Código civil español, sin perjuicio de la existencia de una prolija legislación especial; y de otra parte, los Derechos civiles territoriales, forales o especiales (Derecho aragonés, Derecho balear, Derecho catalán, Derecho gallego, Derecho navarro y Derecho del País Vasco).

La aprobación de la Constitución española en 1978 supuso el inicio de una nueva etapa en el proceso de renovación de los Derechos civiles territoriales, toda vez que en su art. 149.1.8 posibilitó la asunción de competencias sobre la “conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autonómicas de los Derechos civiles, forales o especiales allí donde existan”.

Al amparo de dicha competencia constitucional, la Comunidad Autónoma de Aragón (territorio con una importante tradición jurídica, cuyo primer Código se remonta a 1247 bajo el nombre de *Compilación de Huesca o Fueros de Aragón*) ha sido pionera en dotarse de una ley de custodia compartida. En efecto, el 26 de mayo de 2010 las Cortes de Aragón aprobaron la Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres (la denominada “Ley de custodia compartida”). Según puede leerse en su Preámbulo, con esta Ley se pretendió favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los

• Aurora López Azcona

Acreditada a Titular de Universidad y Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Zaragoza, donde ha desarrollado su carrera académica: licenciatura (1990) y doctorado (2005) con la obtención del Premio extraordinario de Doctorado. Directora del Diploma de Extensión Universitaria en protección y derechos de la infancia on line y Secretaria del Instituto de Derecho Agrario de la Universidad de Zaragoza. Miembro del Grupo Consolidado de Investigación y Desarrollo del Derecho aragonés (dtor: J. Delgado Echeverría). Especialista en Derecho de familia, sus publicaciones se pueden resumir en tres libros (uno en prensa), diecinueve capítulos de libros y dieciocho artículos, centrados en esta materia, sin olvidar sus incursiones en materia de Derecho patrimonial y Derecho Agrario (a consultar parcialmente en <http://dialnet.unirioja.es>). Correo electrónico: alopez@unizar.es.

progenitores, mediante la novedosa instauración de la custodia compartida como medida preferente, en defecto de pacto de relaciones familiares, ante la ruptura de la convivencia de los progenitores. Así las cosas, el núcleo esencial de la Ley radica en el diseño del régimen de guarda y custodia de los hijos menores tras la ruptura de la convivencia de sus progenitores -sin duda, la cuestión más delicada y trascendente, como afirma el propio Preámbulo de la Ley-, pero junto a ello el legislador procedió a regular los demás efectos, tanto personales como patrimoniales, que se derivan de aquélla, abordando temas tan conflictivos como la fijación de pensiones a favor de los hijos o entre los exconvivientes o la atribución del uso de la vivienda familiar¹.

Con posterioridad, la Ley 2/2010 ha sido refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el Código del Derecho Foral Aragonés aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud del Decreto Legislativo de 22 de marzo de 2011, pasando a integrar la sección 3ª del capítulo II del título II del libro 1º CDFA.

Dicha sección 3ª se compone de diez artículos (arts. 75 a 84), distribuidos en cinco subsecciones: la subsección 1ª (arts. 75 y 76), bajo la rúbrica "Disposiciones generales", delimita el objeto y finalidad de la sección, así como los derechos y principios a observar en la ruptura de la convivencia. La subsección 2ª (art. 77) otorga prioridad en la regulación de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia al pacto de relaciones familiares. En la subsección 3ª (art. 78) se contempla la posibilidad de que los progenitores acudan a la mediación familiar para resolver sus discrepancias derivadas de la ruptura. En la subsección 4ª (arts. 79 a 83) se contienen las medidas judiciales a aplicar en defecto de pacto de relaciones familiares, entre las que destaca la custodia compartida como régimen de custodia preferente. La subsección 5ª y última (art. 84) regula las posibles medidas a adoptar judicialmente con carácter provisional.

En todo caso, la aplicación de estos preceptos del CDFA exige la concurrencia de dos presupuestos:

De una parte, la previa situación de convivencia, ya sea matrimonial o extramatrimonial, ésta última no necesariamente institucionalizada a través de la constitución de una pareja estable no casada².

1 Un estudio completo del régimen jurídico aragonés de los efectos de la ruptura de la convivencia de los progenitores puede verse en *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?* (coord. BAYOD, M. C. Y SERRANO J. A.). Zaragoza (2014): Institución Fernando el Católico. En concreto, corresponde a mi autoría el capítulo dedicado a la atribución del uso de la vivienda familiar y a los gastos de asistencia a los hijos menores, pp. 87-118.

2 La regulación en el CDFA de las parejas estables no casadas se inicia con el art. 303, precepto según el cual "se consideran parejas estables no casadas las formadas por personas mayores de edad entre las que exista relación de afectividad análoga a la conyugal y que cumplan los requisitos y formalidades que se establezcan en este Código".

Asimismo, el CDFA incorpora una suerte de impedimentos. Así, en su art. 305 señala como prohibiciones para constituir una pareja estable no casada, de una parte, la existencia de vínculo matrimonial -aunque haya separación judicial o de hecho: STSJ Aragón 20 junio 2005- o de pareja estable con otra persona; y, de otra, la

Y de otra, la existencia de hijos comunes a cargo, expresión que incluye no sólo a los hijos menores, sino a los mayores de edad ya carezcan de recursos económicos propios (art. 69 CDFA), ya sufran alguna discapacidad, hayan sido declarados o no incapacitados judicialmente. Adicionalmente, y como señala expresamente la jurisprudencia (STSJ Aragón 13 julio 2011), los hijos habrán de tener la vecindad civil aragonesa, habida cuenta de que las relaciones paterno-filiales (régimen de custodia y cuestiones conexas: gastos de asistencia y atribución del uso de la vivienda familiar) se rigen por la ley personal del hijo, de acuerdo con el art. 9.4 CC español.

Al examen del art. 77 CDFA (que atribuye en orden a los efectos de la ruptura convivencial preferencia al pacto de relaciones familiares) y del art. 80 CDFA (que fija los criterios a seguir por el Juez a la hora de decidir el régimen de custodia en defecto de pacto de relaciones familiares) se dedica este trabajo, con especial incidencia en el tratamiento jurisprudencial de que han sido objeto, tanto por parte del Tribunal Superior de Justicia de Aragón como por las Audiencias provinciales (o "jurisprudencia menor")³.

No obstante, con carácter previo interesa exponer los principios y derechos a respetar en la ruptura de la convivencia de los progenitores. Y, asimismo, hacer una breve referencia a la incidencia que tiene la misma en la autoridad familiar:

II. PRINCIPIOS Y DERECHOS A OBSERVAR EN LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA.

I. Principios.

Lógicamente, el principio básico inspirador del régimen jurídico de esta materia es el del interés superior del menor, de tal manera que, según dispone el art. 76.2 CDFA, toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores deberá adoptarse en su beneficio e interés. A este respecto la STSJ Aragón 30 octubre 2013 señala que la prevalencia del interés del menor opera en nuestro Ordenamiento jurídico como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad

existencia de parentesco consanguíneo o adoptivo en línea recta sin límite de grado y en línea colateral hasta segundo grado.

En orden a su constitución, de acuerdo con el art. 305.1 CDFA, la pareja estable no casada queda constituida tanto por la existencia de una mera situación de hecho -como es la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido mínimo de dos años-, como por un acto de voluntad expreso y documentado en escritura pública, en cuyo caso no se exige una situación previa de convivencia.

- 3 Interesa aclarar que, en Derecho español y por lo que se refiere a la jurisdicción civil, corresponde a las Audiencias provinciales la competencia para resolver los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia de su circunscripción (art. 45.2.2° LEC). Por su parte, excepcionalmente corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de las Audiencias Provinciales con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad y cuando el correspondiente Estatuto Autonomía haya previsto esta atribución, como es el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón; en los demás casos la resolución de los recursos de casación en materia civil corresponde al Tribunal Supremo (art. 478.2 LEC).

judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor:

Por añadidura, el art. 76.1 establece el principio según el cual el contenido de la autoridad familiar de los progenitores no debe resultar afectado por la ruptura de la convivencia, si bien -entiéndase- habrá de ser debidamente adaptado a la nueva situación, cuestión ésta que se abordará más detenidamente en el epígrafe siguiente.

Son, asimismo, principios inspiradores de esta materia el de libertad de pacto -que constituye uno de los principios generales del Derecho civil aragonés-, el de información recíproca y el de lealtad en beneficio del menor (art. 76.5).

2. Derechos.

Junto a los principios indicados, dos son los derechos esenciales sobre los que se fundamenta la regulación de esta materia, tal y como se indica en el propio Preámbulo del CDFA: por un lado, el derecho de los hijos a un contacto directo y continuado con los padres (art. 76.3.a); y por otro, el derecho de los padres a la igualdad en sus relaciones con los hijos (art. 76.3.b), derecho éste que se articula fundamentalmente a través de la preferencia que el CDFA atribuye a la custodia compartida (art. 80.2)⁴.

En todo caso, ambos derechos están supeditados al principio del interés superior del menor, tal y como se pone de relieve, entre otras, en la STSJ Aragón 16 enero 2014.

Por lo demás, según clarifica la jurisprudencia (SSTSJ Aragón 24 julio 2012, 22 noviembre 2012 y 17 febrero 2014) tales derechos no se ven infringidos por la adopción de un régimen de custodia individual, en vez del legalmente preferente de la custodia compartida, pues ello impediría la elección de la custodia individual en los supuestos en que la ley lo permite en atención al interés del menor. Lo que pretende el legislador es impedir un trato desigual ante situaciones idénticas que no esté suficiente motivado.

A los derechos indicados, hay que añadir el derecho del menor a ser oído siempre que tenga suficiente juicio o sea mayor de doce años antes de adoptar cualquier decisión que le afecte, que se rige por lo dispuesto en el art. 6 CDFA, al que se remite el art. 76.4.

4 Como advierte MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "La regulación de la custodia compartida en la ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia", en *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*. Zaragoza (2011): El Justicia de Aragón, p. 142 (URL:http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n005340_Sesi%F3n%20III.pdf).

III. INCIDENCIA EN LA AUTORIDAD FAMILIAR DE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES.

La autoridad familiar es la institución equivalente en Derecho civil aragonés a la patria potestad del CC español, si bien existen importantes diferencias entre ambas instituciones, especialmente en orden a sus titulares y contenido.

Así, en cuanto a los titulares de la autoridad familiar; de acuerdo con el art. 63 CDFA, en principio, son los padres -al igual que sucede en la patria potestad-, siempre que la filiación esté determinada respecto de los dos y ninguno haya sido privado o excluido de la autoridad familiar (arts. 90 y 61 CDFA, respectivamente)⁵. No obstante, en su defecto o cuando no atiendan a sus hijos menores, la autoridad familiar se atribuye otras personas diferentes, siempre que se hagan cargo voluntariamente del menor: en particular y por este orden, al padrastro o madrastra, los abuelos y los hermanos mayores (art. 85 a 87 CDFA).

Por lo que se refiere a su contenido, la autoridad familiar se configura en el CDFA como la potestad o función que sirve como medio para el cumplimiento del deber de crianza y educación de los hijos menores (art. 61 CDFA). Su contenido, por tanto, es estrictamente personal, a diferencia de la patria potestad y conlleva los derechos y deberes que enuncia el art. 65 CDFA (compañía, asistencia, educación y formación integral, y corrección de forma proporcionada y razonable).

No obstante, cuando la autoridad familiar corresponde a los padres lleva vinculada como función aneja la gestión de los bienes del hijo, incluida tanto la administración como la disposición hasta que éste cumpla catorce años (art. 94 CDFA). Ahora bien, esta situación cambia a partir de que el hijo cumpla catorce años. Así, desde ese momento la disposición de sus bienes le corresponderá en exclusiva a éste, si bien con asistencia de uno cualquiera de sus padres hasta que alcance la mayoría de edad (art. 23 CDFA)⁶. En cambio, mientras sea menor de edad los actos de administración seguirán incumbiendo a sus progenitores, si bien el art. 26 CDFA faculta al propio hijo para que los realice también por sí mismo con la debida asistencia como regla general e, incluso, sin asistencia cuando tengan por objeto ciertos bienes (los referidos a bienes que adquiera con su trabajo o industria,

5 La privación de la autoridad familiar sólo es posible en virtud de sentencia firme fundada en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial (art. 90.1 CDFA).

El art. 61 CDFA contempla la exclusión de la autoridad familiar del padre (que no de la madre) en dos supuestos: a) cuando haya sido condenado en sentencia penal firme a causa de las relaciones a que obedezca la generación; y b) cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

6 Art. 23 CDFA: "1. El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor. 2. La imposibilidad de prestar la asistencia permitirá al menor solicitarla a la Junta de Parientes o al Juez. 3. El menor mayor de catorce años no necesita asistencia en los actos que la ley le permita realizar por sí solo".

los que se le hayan confiado con tal fin y los adquiridos a título gratuito cuando el disponente le haya conferido la administración: art. 26 CDFA).

Al igual que sucede con la patria potestad, están sujetos a la autoridad familiar los menores hasta su mayoría de edad o emancipación (art. 63.1 CDFA). En el caso excepcional de sujeto incapacitado durante su minoría, al llegar a la mayoría de edad y siempre que siga incapacitado, la autoridad familiar a que estuviese sujeto durante la minoría se prorroga por ministerio de la ley (art. 41 CDFA). Cuando la incapacitación se produce tras la mayoría de edad, si el hijo está soltero y vive con sus padres, la autoridad familiar se rehabilita automáticamente a favor de sus padres (art. 42 CDFA).

En cualquier caso y lo que aquí interesa, según prevé el art. 76.1 CDFA, la ruptura de la convivencia de los progenitores no afecta a los derechos ni obligaciones de la autoridad familiar. De este modo, ambos progenitores seguirán siendo titulares de la autoridad familiar e, igualmente, se mantendrá el ejercicio dual de la misma.

Ahora bien, la nueva situación creada por la ruptura de la convivencia exigirá reorganizar el modo de ejercicio del conjunto de derechos y obligaciones inherentes a la autoridad familiar. De este modo, como señalan los órganos judiciales (y en particular, las sentencias provenientes del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza), el ámbito ordinario de la autoridad familiar corresponderá al progenitor que en cada momento conviva con los hijos, mientras lo que exceda de ese ámbito ordinario la autoridad familiar se seguirá ejerciendo por ambos padres⁷.

Por lo demás, y como resulta obvio, el progenitor con quien conviva el hijo en cada momento ejercerá la autoridad familiar con mayor intensidad; y si un progenitor convive con el hijo más tiempo que otro, tendrá por este hecho una mayor capacidad de decisión sobre aquél.

IV. EL PACTO DE RELACIONES FAMILIARES COMO RÉGIMEN PRIORITARIO.

En las situaciones de ruptura de la convivencia -ya sea matrimonial o no-, el art. 77 CDFA atribuye prioridad a los acuerdos de los padres (el llamado *pacto de relaciones familiares*), en coherencia con el principio *standum est chartae* o de libertad de pacto que constituye uno de los principios generales del Derecho aragonés (art. 3 CDFA)⁸.

7 Sentencias reseñadas por SERRANO GARCÍA, J. A.: "La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia", en *Actas de los XXII Encuentros del Foro de Derecho aragonés*. Zaragoza (2013): El Justicia de Aragón, p. 191 (URL: http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n006014_Custodia%20compartida.pdf). Se expresa en términos similares MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "La regulación...", cit., p. 144.

8 De acuerdo con el art. 77 CDFA, "los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos". El principio *standum est chartae* se formula con alcance general en el art. 3 CDFA: "conforme al principio *standum est chartae*, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en

A la importancia del pacto de relaciones familiares se refiere, entre otras, la STSJ Aragón 13 julio 2011, donde puede leerse lo siguiente:

“el legislador aragonés... pretende, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el *pacto de relaciones familiares*, inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la mediación familiar, que constituye, como expone el mismo Preámbulo, *un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura*”.

En términos semejantes se expresa la STSJ Aragón 30 septiembre 2011.

De este modo, cabe que ambos progenitores convengan, ya sea por sí solos o a través de la mediación familiar (a que da entrada el art. 78 CDFA)⁹ sobre los efectos tanto personales como patrimoniales de la ruptura de su convivencia. A este respecto el art. 77.1 CDFA fija un contenido mínimo indispensable -prácticamente coincidente con el previsto en el art. 97 CC español para el convenio regulador-, en el que se incluye el *régimen de convivencia o de visitas con los hijos*¹⁰.

pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés”.

Por lo demás, interesa advertir que el mismo criterio de atribuir preferencia a los pactos entre progenitores en las situaciones de ruptura se sigue en todos los Ordenamientos civiles españoles que se han dotado de una legislación en materia de custodia de menores en caso de ruptura de la convivencia de sus progenitores. Así resulta de la lectura del art. 90.1.a. CC español, del art. 233-2.a 233-9 CCC, del art. 4 Ley 5/2011 de la Generalitat valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven y de la rúbrica del cap. III (*Medidas de aplicación en defecto de pacto de relaciones familiares*) de la Ley foral navarra 3/2011 sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

- 9 Art. 78 CDFA: “1. Los progenitores podrán someter sus discrepancias a mediación familiar, con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales. 2. En caso de presentación de demanda judicial, el Juez podrá, a los efectos de facilitar un acuerdo entre los padres, proponerles una solución de mediación y designar para ello un mediador familiar. Asimismo, el Juez podrá acordar la asistencia de los progenitores a una sesión informativa sobre la mediación familiar si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo. 3. Iniciado el procedimiento judicial, los padres podrán de común acuerdo solicitar su suspensión al Juez, en cualquier momento, para someterse a mediación familiar, acordándose dicha suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación. 4. Los acuerdos entre los progenitores obtenidos en la mediación familiar deberán ser aprobados por el Juez, en los términos establecidos en el artículo anterior para el pacto de relaciones familiares. 5. En ningún caso cabrá acudir a la mediación familiar en los supuestos previstos en el apartado 6 del artículo 80”.
- 10 Art. 77.2 CDFA: “El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar: a) El régimen de convivencia o de visitas con los hijos. b) El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas. c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar. d) La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos. e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial f) La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma”.

De la expresión legal transcrita resulta que los progenitores tienen libertad a la hora de pactar el régimen de custodia (individual o compartida) y de visitas de sus hijos, sin que estén vinculados por la preferencia legal que concede a la custodia compartida el art. 80 CDFA cuando es al Juez al que corresponde fijar el régimen de custodia en defecto de pacto de relaciones familiares¹¹. Junto a ello, los progenitores habrán acordar, igualmente, el régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos, y otros parientes y allegados.

Ahora bien, la eficacia de dicho pacto requiere aprobación judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios que rigen la relación paterno-filial tras la ruptura. Dicha aprobación sólo podrá ser denegada por el Juez cuando el pacto sea contrario a norma imperativa o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos (art. 77.4 y 5 CDFA). Y como ha señalado la doctrina, el mero hecho de no pactar una custodia compartida ni es contrario a norma imperativa (el art. 80 no lo es) ni puede considerarse por sí sólo contrario al interés de los hijos¹².

Por lo demás, dicho pacto es susceptible de modificación e, incluso de extinción siempre que medie aprobación judicial (art. 77.4 CDFA) y que concurra alguna de las siguientes causas tasadas legalmente (art. 77.3 CDFA): a) el acuerdo de los progenitores; b) las causas, en su caso, previstas en el propio pacto de relaciones familiares; c) a solicitud de uno de los padres por alteración sobrevenida y relevante de las circunstancias¹³; d) a solicitud del Ministerio fiscal, en su función de protección de los menores e incapacitados; e) la privación, suspensión o extinción sobrevenida de la autoridad familiar de uno de los progenitores; y f) el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones derivadas del pacto.

V. MEDIDAS JUDICIALES A ADOPTAR EN DEFECTO DE PACTO DE RELACIONES FAMILIARES.

En defecto de pacto de relaciones familiares -bien por no haber llegado a un acuerdo los progenitores, bien por no ser aprobado por el Juez¹⁴- y fracasada, en su caso, la mediación familiar, corresponde al Juez determinar los efectos derivados de la ruptura de la convivencia, mediante la adopción de las medidas contempladas en los arts. 79 a 83 CDFA. De dichos preceptos es el art. 80 el que se ocupa de fijar los criterios a seguir por la autoridad judicial a la hora de decidir el régimen de custodia de los hijos menores.

11 Como pone de relieve MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "La regulación...", cit., p. 146.

12 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "La regulación...", *id. ibid.*

13 Se trata de la causa más habitual en la práctica, en cuanto son muy numerosas las demandas de modificación de convenios reguladores que, formulados con anterioridad a la Ley de custodia compartida, atribuían la custodia individual a uno de los progenitores.

14 Conviene recordar que en Derecho español el acuerdo de las partes puede alcanzarse en cualquier momento del proceso, incluso ya en trámite el recurso de apelación, en atención a lo dispuesto en el art. 770 LEC.

Dichas medidas pueden ser adoptadas por el Juez tanto de oficio como a instancia de parte, en concreto, de los propios hijos, de cualquier persona interesada o del Ministerio Fiscal (art. 79.2 CDFA).

Una vez adoptadas, sólo podrán ser modificadas cuando sean incumplidas de modo grave o reiterado, o cuando concurren causas o circunstancias relevantes (art. 79.4 y 5 CDFA).

I. Posibles regímenes a adoptar judicialmente: custodia individual o compartida.

El art. 80 CDFA en su aptdo. 1º dispone que cada uno de los padres por separado o ambos de mutuo acuerdo podrán solicitar al Juez la atribución de la guarda y custodia -individual o compartida- de los hijos menores. Se contemplan así a priori dos posibles regímenes de custodia a adoptar por el Juez, al igual que en el art. 92 CC español: la custodia compartida y la custodia individual.

La custodia compartida exige la fijación de un régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos adaptado a la situación familiar que garantice la igualdad entre los progenitores (art. 80.1.2 CDFA).

Según matiza el propio Preámbulo del CDFA, ello no implica necesariamente una alternancia por periodos iguales de convivencia, "pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida". A partir de ahí, en principio se considera por la jurisprudencia que una custodia sólo puede calificarse de compartida cuando el tiempo de convivencia sea del 40% al 45%. En cambio, si los tiempos de convivencia son inferiores, estaremos ante una custodia, en su caso, con visitas amplias¹⁵. Puede citarse, a título de ejemplo, la SAP Zaragoza 15 noviembre 2011 que, en un supuesto de modificación de medidas, amplía el tiempo de convivencia del padre con los hijos, en concreto, a dos tardes a la semana con pernocta y fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo y califica tal régimen de custodia compartida. Y, asimismo, la SAP Zaragoza 3 julio 2012 que, asimismo, en un caso de modificación de medidas, desestima la solicitud de custodia compartida del padre y le atribuye el siguiente régimen de visitas: un día entresemana con pernocta y fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo.

En cualquier caso, de la lectura de la jurisprudencia resulta que en la práctica los periodos de convivencia se organizan de formas muy variadas: por días de la semana, por semanas alternas, por quincenas, por meses, bimestres, trimestres o semestres alternos o por años o cursos escolares alternos¹⁶. Ante tal diversidad de fórmulas

¹⁵ Según señala SERRANO GARCÍA, J.A.: "La custodia compartida...", cit., p. 148, con abundante cita de jurisprudencia al respecto.

¹⁶ Vid. la jurisprudencia reseñada por SERRANO GARCÍA, J.A., *idem*, pp. 223-234.

resulta inevitable preguntarnos acerca de la modalidad de custodia compartida que resulta más conveniente para los menores. Sinceramente no tengo una clara respuesta al respecto, pero lo que, sin duda, resulta obvio es que la menor duración y mayor rotación es contraria a la estabilidad de los menores y que, por el contrario, la mayor duración y menor rotación afecta a la continuidad e intensidad de los vínculos paterno-filiales. De hecho, así lo reconoce la STSJ Aragón 15 noviembre 2013, que rechaza de modo muy razonable un reparto del tiempo cada dos días, optando por un reparto por semanas alternas¹⁷.

Por lo demás, y pese al silencio del legislador sobre este punto, la custodia compartida no parece incompatible con la posible fijación de un régimen de visitas a favor de cada progenitor durante el periodo de convivencia que no le corresponda, especialmente cuando se trate de periodos de larga duración. De hecho, tal es el criterio de la jurisprudencia, como resulta de la lectura, de la jurisprudencia. Sirva de ejemplo la STSJ Aragón 15 diciembre 2011 que atribuye la custodia compartida a ambos progenitores por periodos correspondientes a la mitad del curso escolar y reconoce a cada progenitor un derecho de visitas por fines de semanas alternos y mitad de las vacaciones.

Por su parte, la custodia individual exige, según el art. 80.1.3 CDFA, la fijación de un régimen de comunicación, estancias o visitas de los hijos con el progenitor no custodio que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

El régimen de visitas concreto a favor del progenitor no custodio dependerá del acuerdo de los padres al respecto y, en su defecto, por el Juez. A este respecto suele fijarse por los órganos judiciales un régimen mínimo y obligatorio, si bien precisan que ha de ejercerse con flexibilidad en atención a las limitaciones derivadas de la escolaridad y actividades de los hijos, así como a la opinión de éstos cuando por su edad tengan madurez suficiente (SAP Zaragoza 25 abril 2012).

2. La custodia compartida como opción preferente del legislador aragonés.

Acto seguido, el mismo art. 80 CDFA en su aptdo. 2º se refiere a la custodia compartida como el régimen de custodia que deberá adoptar el Juez de forma preferente en interés de los hijos menores¹⁸. En otras palabras: en defecto de pacto

17 Se decanta por periodos de custodia lo más amplios posibles VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "La custodia compartida en España y Cataluña: entre deseos y realidades", en *La custodia compartida a debate* (ed. Picontó Novales). Madrid (2012); Dykinson, p. 94, con apoyo en una Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 octubre 1995.

18 Art. 80.2 CDFA: "2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores: a) La edad de los hijos. b) El arraigo social y familiar de los hijos. c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. e) Las posibilidades de conciliación de

de relaciones familiares, el Juez deberá optar, en principio o como regla, por la custodia compartida, incluso aunque no haya sido solicitada por ninguno de los progenitores. Estamos, por tanto, ante una clara opción legislativa a favor de la custodia compartida, tal y como destaca el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en jurisprudencia reiterada (SSTSJ Aragón 3 mayo 2011, 15 diciembre 2011, 9 abril 2012, 18 abril 2012, 17 julio 2013 y 10 enero 2014, entre otras).

De este modo, el CDFA se desvincula del régimen vigente en el CC español, cuyo art. 92 contempla la custodia compartida como una institución excepcional, tal y como se pone de relieve en la STSJ Aragón 9 febrero 2012:

“el Cc parte de entender como más conveniente, con carácter general, el establecimiento de la guarda y custodia a cargo de uno solo de los progenitores, de modo que la posibilidad de establecer la custodia de manera compartida... exige el acuerdo de ambos, o la concurrencia de circunstancias excepcionales que evidencien que sólo con el establecimiento de la custodia compartida se protege adecuadamente el interés superior del menor. En cambio, en el art. 80.2 CDFA se ordena que, en interés de los hijos menores, el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida, salvo que la custodia individual sea más conveniente”.

En otras palabras, el CC español sigue el modelo de custodia individual preferente y custodia compartida excepcional¹⁹; ello sin perjuicio de la existencia de una cada vez más consolidada jurisprudencia, a partir de la STS 8 octubre 2009, que defiende la interpretación extensiva de esta excepcionalidad²⁰. En cambio, el CDFA sigue el modelo de custodia inverso, esto es, el de custodia compartida preferente y custodia individual excepcional.

Por una tercera modalidad de custodia, el de libre determinación judicial del régimen de custodia en atención al interés de los hijos, optan la Ley foral navarra 3/2011, así como el Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en el caso de separación, nulidad y divorcio, presentado

la vida familiar y laboral de los padres. f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia”.

- 19 El art. 92 CC dispone en su aptdo. 5: “Se acordará [por el Juez] el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”. El mismo precepto añade en su aptdo. 8: “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.
- 20 Según puede leerse en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en el caso de separación, nulidad y divorcio. Un examen de esta jurisprudencia puede consultar en GUILARTE MARTIN-CALERO, C.: “Criterios de atribución de la custodia compartida”, *InDret* (2010), núm. 3, pp. 1-18 (URL: <http://www.indret.com/es/?a=15>); y POU DE LA FLOR, M. P.: “Panorama judicial sobre la custodia de los menores”, ponencia presentada a las *XIII Jornadas IDADFE sobre crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, Centro UNED Calatayud, 27 y 28 marzo 2014 (accesible en video en <https://www.youtube.com/watch?v=pYNqsmEj9Yg&feature=youtu.be>, consultada el 12 mayo 2014).

en fechas recientes por el Gobierno español con el objeto de acometer la reforma, entre otros preceptos, del vigente art. 92 CC español. En concreto, el art. 3.2 de la Ley foral 3/2011, de 17 marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres prevé que, en defecto de acuerdo entre los progenitores, el Juez podrá acordar la custodia compartida o individual en atención al interés de los hijos, previa audiencia del Ministerio fiscal y los dictámenes y audiencias que estime oportuno recabar²¹. En términos similares se pronuncia el art. 92 bis que incorpora novedosamente al CC español el todavía Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en el caso de separación, nulidad y divorcio. Así, dicho precepto en su aptdo. 1º faculta al Juez a acordar en interés de los hijos que su guarda y custodia sea individual o compartida, para referirse específicamente en su aptdo. 2º a la custodia compartida, cuya fijación en todo caso se deja a elección del Juez si lo estima conveniente para la protección del interés superior del menor, aun cuando -y aquí se desvincula del tenor del vigente art. 92 CC- no medie acuerdo de los progenitores²².

Por su parte, el Código civil de Cataluña no establece literal y expresamente la preferencia por la custodia compartida, aunque así parece resultar de la lectura de su art. 233-10, en interpretación conjunta con el art. 233-8²³. Así, en atención a lo dispuesto en el art. 233-10.1, esta modalidad de custodia habrá de acordarse por el Juez si los padres lo solicitan de mutuo acuerdo en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos. Acto seguido, el mismo precepto en su aptdo. 2 prevé que, en defecto de acuerdo o si éste no resulta aprobado judicialmente, el Juez debe determinar la forma de ejercer la custodia, “ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el art. 233-8. Sin embargo, puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del mejor”. Esto es, parece que la regla ha de ser la custodia compartida y la excepción, la custodia individual. Esta interpretación resulta avalada por la dicción del art. 233-8, al que se remite el propio art. 233-10, según el cual tras la ruptura de la convivencia “las responsabilidades parentales mantienen el carácter compartido y, en la medida de la posible, deben ejercerse conjuntamente”.

-
- 21 Para profundizar en la Ley foral 3/2011 y sus precedentes vid. SABATER BAYLE, E.: “Ruptura convivencial y custodia de los hijos en la regulación navarra”, ponencia presentada a las *XIII Jornadas IDADFE sobre crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, Centro UNED Calatayud, 27 y 28 marzo 2014 (accesible en video en https://www.youtube.com/watch?v=KtM4rr_cxnQ&feature=youtu.be, consultada el 12 mayo 2014).
 - 22 Vid. un análisis crítico de dicho Anteproyecto en LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La reforma del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ponencia presentada a las *XIII Jornadas IDADFE sobre crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, Centro UNED Calatayud, 27 y 28 marzo 2014 (accesible en video en https://www.youtube.com/watch?v=_oVWuj9WfzU&feature=youtu.be, consultada el 12 mayo 2014).
 - 23 Como, de hecho, así se interpreta por buena parte de la doctrina: ALASCIO CARRASCO, L.: “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC)”, *Indret* (2011), núm., 2, pp. 1-25 (URL: <http://www.indret.com/es/?ed=47>); FERRER RIBA, J.: “El derecho de la persona y de la familia en el nuevo libro segundo del Código civil de Cataluña”, *Indret* (2010), núm. 3, p. 2 (URL: <http://www.indret.com/es/?ed=44>); PICONTÓ NOVALES, T.: “Ruptura familiar y coparentalidad: Un análisis comparado”, en *La custodia compartida a debate* (ed. Picontó Novales), cit., p. 71; VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La custodia compartida...”, cit., pp. 86 y 88.

Con mayor claridad se expresa la Ley 5/2011, de 1 abril, de la Generalitat valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, optando expresamente por el modelo de custodia configurado por el legislador aragonés -esto es, el de custodia compartida preferente y custodia individual excepcional-, según resulta de la lectura de su Preámbulo y de su art. 5.2, que viene a coincidir con el art. 80.2 y 5 CDFA²⁴.

Junto al art. 80.2 CDFA, esta preferencia del legislador aragonés por la custodia compartida se manifiesta, igualmente, en los art. 79.5 y 80.5, así como en la DT 6ª del mismo cuerpo legal.

En concreto, el art. 79.5 CDFA permite la revisión judicial del régimen de custodia, “a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida”, cuando inicialmente el juez acuerde la custodia individual en atención a la edad de los hijos.

El art. 80.5 CDFA dispone que “la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores a la custodia individual no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el interés superior del menor”. Esta previsión -que reproduce la Ley valenciana 5/2001 en su art. 5.2 *in fine*-, en principio, debe valorarse positivamente, ya que impide que la negativa de uno de los progenitores permita excluir la custodia compartida y, por ende, dejar sin efecto la preferencia legal por este régimen de custodia. No obstante, considero que en la práctica difícilmente una custodia compartida será operativa y, por ende, beneficiosa para los hijos cuando se adopte por el juez contra la voluntad de uno de los progenitores o, en general, sin el acuerdo de ambos progenitores, como, de hecho, así lo ha reconocido el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio de 19 septiembre 2013²⁵.

Por último, la DT 6ª CDFA determina que las revisiones judiciales de los convenios reguladores y de las medidas adoptadas antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2010 de custodia compartida deberán aplicar la normativa y, por consiguiente, la preferencia legal por la custodia compartida.

24 Así, en su Preámbulo puede leerse la siguiente declaración: “...cuando no se posible alcanzar este pacto, establece la convivencia de los hijos e hijas menores, compartida por ambos progenitores, como criterio prevalente en caso de que sea la autoridad judicial la que deba fijar las condiciones de dicho régimen”. Por su parte, el art. 5.2 dispone que “como regla general, [la autoridad judicial] atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”. Para profundizar en la Ley valenciana 5/2011 y su interpretación jurisprudencial es de consulta obligada DEVERDA BEAMONTE, J. R.: “Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar (Un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia)”, *Diario La Ley* (2014), núm. 8299, pp. 1-18.

25 En la doctrina participan, asimismo, de esta opinión PICONTÓ NOVALES, T.: “Ruptura familiar...”, cit., p. 76; y VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La custodia compartida...”, cit., pp. 83, 96 y 98.

En cualquier caso, esta opción del legislador aragonés no es arbitraria, sino que, según puede leerse en el propio Preámbulo del CDFa, obedece a un doble fundamento: de una parte, la convicción de que la custodia compartida constituye el modelo de custodia que mejor responde al interés de los hijos menores; y, de otra parte, promover la igualdad de los progenitores. Con todo, la lectura de la jurisprudencia revela que el Tribunal Superior, a la hora de justificar la preferencia legal por la custodia compartida, suele prescindir de la perspectiva de los padres para incidir en la idea de que con este sistema se atiende mejor al interés del menor. Sirva de ejemplo STSJ Aragón 15 diciembre 2011 donde puede leerse la siguiente declaración: “La ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con la custodia compartida, por lo que la custodia individual sólo se otorgará cuando se compruebe más conveniente. En eso consiste la preferencia, en que la regla sea la custodia compartida y la custodia individual sea la asignada si se demuestra más conveniente para el menor por concurrir en el caso concreto razones que determinan la conveniencia de hacer una excepción a la regla general que presume que lo más conveniente para el menor es la custodia compartida”²⁶. Por mi parte, comparto plenamente el criterio jurisprudencial de atribuir prioridad al interés de los hijos menores en las situaciones de ruptura y, en concreto, a la hora de fijar el régimen de custodia, pero no puede dejar de parecerme arriesgada y, por ende, cuestionable la presunción de que parte el legislador aragonés de que el régimen de custodia compartida sea el más beneficioso para los menores, en especial, cuando sea objeto de imposición forzosa a los progenitores²⁷.

3. La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida.

Como destaca la propia jurisprudencia (entre otras, SSTSJ Aragón 13 julio 2011, 30 septiembre 1011, 15 diciembre 2011, 1 febrero 2012, 5 julio 2012, 10 enero 2014 y 16 enero 2014) el sistema preferente de la custodia compartida no es rígido, desde el momento en que el CDFa prevé dos excepciones al mismo: de una parte, que el Juez estime la custodia individual más conveniente para el interés de los hijos (art. 80.2); y de otra, que uno de los progenitores sea excluido de la custodia individual o compartida por incurrir en violencia doméstica o de género (art. 80.6).

26 Puede citarse, asimismo, la STSJ Aragón 30 septiembre 2011, según la cual “la custodia compartida por parte de los progenitores es, por tanto, el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual, atendido el interés del menor”. Y la STSJ Aragón 18 julio 2013 que se refiere a la custodia compartida como la “forma de ejercicio de la responsabilidad en la educación, guarda y custodia de los hijos... considerada por la ley como aquella que colma el superior interés del menor”.

27 Opinión que, por lo demás, se encuentra bastante extendida en España, según hace constar PICONTÓ NOVALES, T., “Ruptura familiar...”, cit., p. 73.

A) Que el Juez estime la custodia individual más conveniente para el interés de los hijos.

La primera excepción a la preferencia legal por la custodia compartida se contempla en el art. 80.2 CDFA y se refiere a la posibilidad de que el Juez considere la custodia individual más conveniente para el interés de los hijos (como, de hecho, así sucede en las SSTSJ Aragón 13 julio 2011, 30 septiembre 1011 y 4 marzo 2014).

Dicha posibilidad de que sólo uno de los progenitores sea titular de la custodia de los hijos menores cuando ello resulte más conveniente para su interés superior en ningún caso vulnera el principio de igualdad del art. 14 CE, siempre que ello obedezca a razones fundadas, derivado de las distintas circunstancias concurrentes en cada uno de los progenitores (STSJ Aragón de 4 marzo 2014). Y es que, a juicio del Tribunal Superior, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad, "lo que la norma fundamental impide es un trato legislativo desigual, que carezca de razón justificativa", lo que no es el caso del CDFA.

A) *Parámetros a seguir.*

A tal fin, el mismo precepto establece una serie de parámetros a seguir por el Juez a la hora de acordar la custodia compartida o individual y, en el caso de optar por la custodia individual, para atribuirla a favor de uno u otro progenitor (como matiza la STSJ Aragón 13 enero 2014).

a) El plan de relaciones familiares

El primer dato a tener en cuenta es el plan de relaciones familiares que debe presentar cada uno de los progenitores, acompañando bien a la demanda o a la reconvenición, según precisa la DA 2ª CDFA en su aptdo. 3º.

Este plan constituye un trámite necesario, como propuesta del modo de organizar las relaciones familiares tras la ruptura, aunque su contenido no sea vinculante para el Juez, tal y como precisa la STSJ Aragón 13 julio 2011.

b) Circunstancias de los hijos y/o progenitores

Junto al plan de relaciones familiares, el Juez deberá tomar en consideración las siguientes circunstancias previstas en el art. 80.2 CDFA, unas referidas a los hijos y otras a los progenitores, cuyo examen a la luz de la jurisprudencia se aborda a continuación.

I. La edad de los hijos

En particular, de acuerdo con la jurisprudencia, la corta edad de los hijos hace preferible la custodia individual, normalmente a favor de la madre (SSTSJ Aragón 13 julio 2011, 30 septiembre 2011 y 4 marzo 2014).

Esta corta edad suele identificarse con la primera infancia que, en principio, finaliza a los tres años (SSTSJ Aragón 28 septiembre 2012 y 4 marzo 2014 y SAP Zaragoza 2 diciembre 2011).

En cualquier caso, la corta edad por sí sola, sin otros factores adicionales, no resulta determinante para rechazar el criterio legal preferente, esto, es la custodia compartida (SSTSJ Aragón 25 septiembre y 28 septiembre 2012).

Ahora bien, la adopción de la custodia individual en atención a la corta edad del hijo sólo excluye la preferencia legal por la custodia compartida de forma temporal (SSAP Zaragoza 2 noviembre 2011 y 10 julio 2012). Así, la propia sentencia que haya acordado la custodia individual en atención a la corta edad del hijo podrá fijar un plazo de revisión de la misma, a fin de plantear la conveniencia de la custodia compartida (art. 79.5 CDFA). También cabe que la sentencia que acuerde la custodia individual señale directamente el inicio del régimen de la custodia compartida en el momento en el que el menor cumpla una determinada edad, como de hecho así sucede en la SAP Zaragoza 17 enero 2012.

2. El arraigo social y familiar de los hijos

La jurisprudencia valora el mayor arraigo de los hijos a la familia de uno de los progenitores como circunstancia a tener en cuenta a la hora de optar por la custodia compartida o individual. En concreto, en las SSTSJ Aragón 9 abril 2012, 19 octubre 2012 y 10 enero 2014 se plantea la relación de los hijos menores con la nueva familia creada por el padre con su actual pareja y, en su caso, con los hijos de ésta. En las SSTSJ Aragón 9 abril 2012 y 10 enero 2014, dado el carácter cordial de las relaciones, se opta por la custodia compartida; mientras que en la STSJ Aragón 19 octubre 2012 se opta por la custodia individual a favor de la madre por la falta de aceptación de la hija a la nueva relación de su padre.

Asimismo, la jurisprudencia contempla el arraigo social del hijo a una determinada localidad como factor favorable a la custodia individual de uno de los progenitores cuando el otro reside en una localidad distinta (SAP Zaragoza 7 febrero 2012).

Por contra, la alteración de la vida cotidiana del menor por la adopción del régimen de custodia compartida no justifica por sí sola el mantenimiento de la custodia individual, según sostiene la STSJ Aragón 18 julio 2013. En el caso de autos la principal referencia de la menor es su madre, ya que ha vivido todo el tiempo con ella, por lo que no desea cambiar su vida. Y es que a juicio del Tribunal Superior, los

cambios en la vida habitual de los menores resultan inevitables como consecuencia de la aplicación de la ley, si bien deben llevarse a cabo con las medidas de prudencia y apoyos necesarios.

3. La opinión cuando tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años

Para la jurisprudencia la opinión de los hijos constituye un factor relevante para conocer su preferencia real, pero no decisivo, por lo que requiere una valoración conjunta con los demás factores a que se refiere el art. 80.2 CDFA (SSTSJ Aragón 1 febrero, 5 julio, de 24 julio, 19 octubre 2012 y 18 julio 2013).

Ahora bien, según resulta de la lectura de la jurisprudencia, los Tribunales deben dar mayor relevancia a la opinión de los menores cuanto mayor sea su grado de madurez y, en particular, cuando se trate de mayores de catorce años, en atención al especial régimen de capacidad que les dispensa el CDFA en sus arts. 23 a 29 CDFA (SSTSJ Aragón 16 octubre 2012, 12 marzo 2013, 18 julio 2013, 9 octubre 2013, 16 enero 2014 y 17 febrero 2014).

En la práctica judicial, el suficiente juicio suele identificarse con la edad de doce años. De esto modo, los Tribunales suelen considerar que los menores de esta edad suelen tener escasa madurez, de tal modo que, aunque pueden aportar datos que pueden ser relevantes, su proceso intelectual en el doble aspecto cognoscitivo y volitivo no les permitirá valorar hasta qué punto puede serles perjudicial uno u otro régimen de custodia (STSJ Aragón 18 julio 2013). En cambio, los menores a partir de los doce años pueden expresar sentimientos y, por ende, identificar el régimen de custodia con el que se sienten mejor (STSJ Aragón 9 octubre 2013).

En cualquier caso, el derecho de audiencia del menor no tiene carácter personalísimo. Así, de acuerdo con el art. 9 Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, el derecho de audiencia puede ejercitarse bien personalmente por el propio menor; bien a través de su representante legal u de otras personas que por su profesión o relación especial de confianza puedan transmitir su opinión (tal y como recuerda la STSJ Aragón 19 octubre 2012).

En orden a sus posibles vías de conocimiento, la opinión del menor puede conocerse a través de informe psicológico o social o por medio de exploración judicial. Tanto el uno como la otra podrán recabarse por el Juez bien de oficio o a instancia de parte (art. 80.3 CDFA). En particular, la exploración judicial mediante audiencia directa por el Juez puede no resultar aconsejable si no resulta imprescindible, más aun cuando su opinión ya haya sido transmitida a través de terceros profesionales especialistas, cuyos métodos permiten conocer sus opiniones

expresadas de forma espontánea sin sentirse condicionado por sus progenitores ni verse inmersos en un conflicto de lealtades (STSJ Aragón 18 julio 2013).

4. La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos

La jurisprudencia sienta la presunción de capacidad y aptitud de los progenitores para asumir la guarda y custodia de sus hijos. Se trata de una presunción *iuris tantum*, por lo que habrá que probarse lo contrario para adoptar cualquier decisión en este sentido (SSTSJ Aragón 15 diciembre 2011 y 17 julio 2013).

En cambio, la falta de aptitud y voluntad de uno de los progenitores para el ejercicio de la custodia no puede presumirse, sino debe acreditarse debidamente, lo que podrá determinar la custodia individual a favor del otro (SSTSJ Aragón 30 septiembre 2011 y 18 abril 2012).

A partir de ahí, la jurisprudencia aprecia la ineptitud de uno de los progenitores del hecho de que permanezca sin trabajar y adopte una posición pasiva en lo referente al cuidado y atención del hijo (STSJ Aragón 30 septiembre 2011); de su falta de independencia respecto al núcleo familiar al residir en casa de sus padres (STSJ Aragón 25 julio 2013); y de sus importantes y constantes cambios de estado de ánimo (STSJ Aragón 8 octubre 2013).

En cambio, se considera que la ausencia de una distribución igualitaria del tiempo de dedicación a los hijos durante la convivencia no permite presumir ineptitud para el futuro (SSTSJ Aragón 15 diciembre 2011 y 6 junio 2012).

De igual modo, el hecho de delegar el cuidado del menor en la familia extensa, en principio, no implica ineptitud para el ejercicio de la custodia por los progenitores, siempre que no suponga la asunción por los abuelos de las obligaciones parentales, sino que se trate de una mera colaboración puntual y voluntaria (SSTSJ Aragón 28 septiembre 2012 y 18 diciembre 2013)²⁸.

5. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres

Según estima la jurisprudencia, la custodia compartida exige que ambos progenitores puedan conciliar la vida familiar con la vida laboral, aunque no requiere que ambos tengan las mismas posibilidades de conciliación (STSJ Aragón 10 enero 2014 y SSAP Zaragoza 29 noviembre 2011 y 30 marzo 2012).

²⁸ La STSJ Aragón 28 septiembre 2012 opta por la custodia compartida, dado que la ayuda de los abuelos es puntual. En cambio, la STSJ Aragón 18 diciembre 2013 atribuye la custodia individual a la madre, ya que la excesiva dedicación laboral del padre le impide cumplir con sus obligaciones, delegando constantemente en sus padres -los abuelos paternos- el cuidado de su hijo.

Por consiguiente, la imposibilidad de conciliación de uno de los progenitores unido a otros factores determina que la custodia individual del otro resulte más conveniente para el interés del hijo menor (SSAP Zaragoza 2 diciembre 2011 y 14 febrero 2012).

6. En general, cualquier otra circunstancia especialmente relevante para el régimen de convivencia

A modo de cláusula de cierre, el art. 80.2.f. CDFA permite al juzgador atender a cualquier otra circunstancia diferente a las tasadas legalmente, siempre que resulte “especialmente relevante para el régimen de convivencia”.

Con base en este precepto, la jurisprudencia ha calificado de circunstancia especialmente relevante la *distancia entre los domicilios de los progenitores, siempre que estén ubicados en localidades distintas y distantes* (SSTSJ Aragón 9 abril 2012 y 9 octubre 2013). En concreto, la STSJ Aragón 9 octubre 2013 señala que la deslocalización de los niños por los cambios de domicilio, en principio, no atenta contra el interés del menor ni es criterio que permita eludir la aplicación de la custodia compartida, salvo que implique trasladarse a otra localidad distinta y distante de aquella donde radica el domicilio del otro progenitor²⁹.

La misma consideración le ha merecido la convivencia del menor con sus mediohermanos (SSTSJ Aragón 27 noviembre 2012, 16 julio 2013 y 17 febrero 2014).

Por su parte, la circunstancia atinente a la *conflictividad entre los progenitores* sólo puede justificar el cambio del criterio legal preferente de la custodia compartida cuando el nivel de conflictividad sea de tal entidad que obstaculice de modo insalvable el normal desarrollo de las relaciones familiares y, por ende, perjudique el interés del menor. Ello es así, dado que, según afirma -a mi juicio, con buen criterio- el Tribunal Superior de Aragón en jurisprudencia reiterada, resulta necesario un cierto grado de entendimiento o consenso entre los progenitores para poder realizar de manera adecuada la corresponsabilidad parental después de la ruptura (SSTSJ Aragón 28 septiembre 2012, 30 octubre 2013 y 4 marzo 2014). Se desvincula, sin embargo, de este criterio mayoritario la STSJ Aragón 30 septiembre 2013 para negar que la conflictividad de los progenitores sea argumento frente a la adopción de la custodia compartida, pues la intervención judicial está llamada a resolver el conflicto existente en las relaciones personales y el art. 80.5 CDFA previene que la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores no es base suficiente para considerar que no coincide con el mejor interés del menor.

29 Criterio que, igualmente, sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 92 CC español en sus SSTS 8 octubre 2009 y 11 marzo 2010, según destaca PICONTO NOVALES, T.: “Ruptura familiar...”, cit., pp. 65-66.

Por último, la mayor vinculación del hijo menor con un progenitor no puede calificarse de circunstancia relevante para fijar una custodia individual, en detrimento del régimen legal preferente, a juicio de la STSJ de Aragón 30 septiembre 2013.

c) No separar a los hermanos

Un tercer y último dato a tener en cuenta por el Juez a la hora de decidir el régimen de custodia es la previsión del art. 80.4 CDFA que establece la imposibilidad de adopción por el Juez de un régimen de custodia que implique la separación de los hermanos, salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente.

En interpretación de la jurisprudencia menor, esta regla está circunscrita, en principio, a los hermanos menores de edad (SAP Zaragoza 21 junio 2011). Por su parte, los hermanos mayores podrán sumarse voluntariamente al régimen de custodia establecido para los menores y, de no ser así, habrá que adoptarse las medidas adecuadas a fin de garantizar la relación entre los hermanos, con base en el art. 79.2.a. CDFA (SAP Zaragoza 9 mayo 2012).

Como segunda matización introducida por la jurisprudencia, la regla está concebida para evitar la separación de los hermanos de doble vínculo, quedando excluidos, en principio, los hermanos de vínculo sencillo (ya sea por parte de madre o de padre). Ello sin perjuicio de que la convivencia del menor con sus mediohermanos pueda ser una de las circunstancias a tener en cuenta por el Juez a la hora de adoptar el régimen de custodia más conveniente para aquél (SSTSJ Aragón 27 noviembre 2012, 16 julio 2013 y 17 febrero 2014).

Ahora bien, como precisa el propio art. 80.4 CDFA, se trata de una regla que admite excepciones, en concreto, cualquier circunstancia que justifique específicamente la separación entre hermanos, como puede ser la opinión de los mayores de catorce años (SAP Zaragoza 8 marzo 2011); o la situación especialmente delicada de dos hermanas, ambas aquejadas de importantes minusvalías que hacen aconsejable distribuir la custodia entre los progenitores (STSJ Aragón 30 octubre 2013).

B) *La necesidad de una valoración ponderada de la prueba.*

Como afirma la STSJ Aragón 15 diciembre 2011, "la adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite [la conveniencia para el menor] frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto otorga tal preferencia en interés de los hijos menores". Se pronuncian en los mismos términos las SSTSJ Aragón 1 febrero 2012, 17 julio 2013, 18 julio 2013 y 10 enero 2014.

De entre la prueba practicada, tienen una importancia decisiva los informes periciales, "puesto que en ellos, previa constatación de las circunstancias de hecho concurrentes y necesaria exposición razonada del método y factores tenidos en cuenta, se emite dictamen por expertos", según aclara el mismo Tribunal Superior en su Sentencia de 5 julio 2012.

De los informes periciales se ocupa específicamente el art. 80.3 CDFA para establecer la facultad del Juez de recabarlos bien de oficio o a instancia de parte antes de adoptar su decisión sobre el régimen de custodia más idóneo. De haberlos recabado, el Juez habrá de valorarlos ponderadamente (STSJ Aragón 8 febrero 2012), aunque no está obligado a seguir su criterio, pudiendo apartarse de ellos cuando esté justificado y se razone adecuadamente (SSTSJ Aragón 9 febrero 2012, 24 julio 2012, 30 octubre 2013 y 10 enero 2014).

En cualquier caso, la valoración de la prueba corresponde al Tribunal a quo y no es revisable en casación, salvo que se acredite que ha sido arbitraria, ilógica o absurda (entre otras, SSTSJ Aragón 25 febrero 2013, 10 enero 2014, 13 enero 2014 y 4 marzo 2014).

B) La exclusión de uno de los progenitores de la custodia (individual o compartida) por violencia doméstica o de género.

Como segunda excepción a la preferencia legal por la custodia compartida, el art. 80.6 CDFA dispone que la atribución de la custodia, individual o compartida, a uno de los progenitores no procede -entiéndase de modo temporal y preventivo- cuando el progenitor haya incurrido en violencia intrafamiliar y se encuentre en una de estas dos situaciones³⁰:

1ª.- "Que exista proceso penal en trámite por violencia intrafamiliar (en concreto, por atentar contra la vida, integridad física o moral, libertad o indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos), en el que la autoridad judicial penal resuelva motivadamente la constatación de indicios fundados y racionales de criminalidad derivada de los hechos enjuiciados" (STSJ Aragón 2 julio 2013).

Según aclara la SAP Zaragoza 3 mayo 2011, los tipos delictuales contemplados en el Código penal español a los que se refiere el art. 80.6 CDFA son específicamente: a) los delitos de homicidio, asesinato e inducción al suicidio; b) los delitos de lesiones; c) los delitos contra la libertad (detención ilegal, amenazas y coacciones); d) el delito de torturas y otros delitos contra la integridad moral; y e) los delitos contra

³⁰ Este precepto se inspira en el art. 92.7 CC español, si bien ha sido notablemente mejorado en su redacción. Así, exige resolución motivada para el primer supuesto, sin que quepa la mera denuncia; e introduce la violencia de género en el segundo supuesto. Contienen previsiones similares el art. 233-11 CCC, el art. 3.8 Ley foral navarra 3/2011 y el art. 5.6 Ley valenciana 5/2011.

la libertad e indemnidad sexual (agresiones sexuales, abusos sexuales, acoso sexual, exhibicionismo, prostitución y corrupción de menores) .

No cabe, por tanto, una interpretación extensiva que dé cabida a otros tipos delictuales al objeto de excluir de la custodia a uno de los progenitores, dado que está en juego el superior interés de los hijos menores, de especial protección, según pone de relieve la STSJ Aragón 8 octubre 2013 (que excluye, en concreto, el delito de revelación de secretos).

2ª.- “Que, aun no existiendo proceso penal en tramitación, el Juez civil valore la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género” (STSJ Aragón 2 julio 2013).

De acuerdo con el art. 173.2 Código Penal español, la violencia doméstica puede definirse como toda la violencia ejercida sobre: a) quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia; b) los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente; c) los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; d) persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar; y e) las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Por su parte, la *violencia de género* constituye una noción mucho más restrictiva, ya que, según precisa el art. 1.1 Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, se da únicamente cuando hay una relación sentimental entre agresor y víctima, siendo aquél del sexo masculino y ésta del sexo femenino. La relación indicada debe ser conyugal o de afectividad similar; aún cuando no hubiera habido convivencia. La relación no debe de ser actual, sino que puede haber concluido en el momento de producirse la agresión. Nunca se aplicará en relaciones homosexuales. Al margen de estas restricciones, incluye “todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las coacciones o la privación arbitraria de libertad” (art. 1.2 de la misma Ley).

Así las cosas, si sólo uno de los progenitores se encuentra en alguna de las dos situaciones descritas -lo que será lo más habitual-, no procederá la custodia compartida, de tal manera que el Juez atribuirá la custodia individual al otro. En cambio, si ambos progenitores se encuentran afectados por una de estas circunstancias, el Juez no podrá atribuir la custodia, ni individual ni compartida, a

ninguno de ellos y deberá optar en interés del menor por la medida de protección que estime oportuna³¹.

En cualquier caso, como ha venido a clarificar la importante STSJ Aragón 2 julio 2013, "la regulación del art. 80.6 CDFA es meramente preventiva, a falta de sentencia firme que haya podido tomarse en la propia jurisdicción penal que conozca de los hechos que aparecen como indiciariamente delictivos".

Por consiguiente, según afirma el Tribunal Superior, esta norma no dispone de modo definitivo sobre la atribución de la guarda y custodia, sino que limita su mandato al estado previo a la definición de si existió o no conducta penal probada.

De este modo, una vez que la jurisdicción penal se pronuncie sobre la existencia (o no) de delito -matiza la sentencia reseñada-, ya no será de aplicación el art. 80.6 CDFA, sino, en caso de sentencia penal firme absolutoria, la DA 4ª CDFA, según la cual, la medida de la custodia adoptada con anterioridad podrá ser revisada; y en caso de sentencia penal firme condenatoria, el art. 153.1 y 2 Código Penal, según el cual, si el Juez penal lo estima adecuado al interés del menor, puede imponer adicionalmente al progenitor condenado una pena de inhabilitación total o parcial para el ejercicio de la autoridad familiar o custodia.

En aplicación de esta doctrina, el Tribunal Superior declara la inaplicabilidad del art. 80.6 CDFA al caso de autos, ya que, si bien el padre formuló denuncia penal contra la madre por delito de violencia intrafamiliar con anterioridad al pleito civil entablado entre ambos por la custodia de su hijo menor, en ningún momento formuló una pretensión en ese sentido. "Por tanto, imposibilitó dar cumplimiento a la prevención del artículo 80.6 de que, mientras el proceso penal no acabara, no cabría atribuir la guarda y custodia a la madre denunciada". Y una vez terminado el proceso penal con sentencia firme condenatoria, el Juez penal no estimó procedente en interés de la menor imponer a la acusada la pena de inhabilitación para el desempeño de las funciones de guarda de su hijo. Por consiguiente, el Tribunal Superior confirma la sentencia dictada en primera instancia favorable a atribuir la custodia individual a la madre.

Posteriormente, se ha hecho eco de esta doctrina la STSJ Aragón 19 marzo 2014 para denegar, igualmente, la aplicación del art. 80.6 CDFA y, por consiguiente, la atribución de la custodia individual al padre, pese a que la madre había sido condenada por dos delitos de lesiones en el ámbito familiar. En este caso, el Tribunal Superior decide mantener el régimen de custodia compartida pactado por los propios progenitores con posterioridad al hecho delictivo en virtud de pacto de relaciones familiares.

31 Como afirma certeramente MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., "La regulación...", cit., p.154.

4. Medidas adicionales conexas al régimen de guarda y custodia.

Cualquiera que sea el régimen de custodia adoptado judicialmente, el art. 79.2 CDFA impone al Juez el deber de adoptar las medidas necesarias a fin de:

1º.- Garantizar la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos con ambos progenitores

A este respecto interesa citar la SAP Zaragoza 18 septiembre 2012 que establece la obligación de ambos progenitores de someterse a una terapia psicológica junto a sus hijos para reconducir su relación personal.

2º.- Garantizar la relación con hermanos, abuelos, parientes y allegados

En cuanto a la relación con los hermanos puede citarse la STSJ Aragón 30 septiembre 2013, según la cual la buena relación existente entre la menor sobre cuya custodia se litiga y su hermana mayor, aunque considerada como muy beneficiosa para el desarrollo psico-afectivo de la menor, no resulta jurídicamente afectada por la custodia compartida, dado que la hermana mayor puede mantener su relación personal con la menor en la forma que estime conveniente.

En orden a la relación con los abuelos han sido varias las ocasiones en que se ha tenido que pronunciar el Tribunal Superior de Justicia. Así, puede mencionarse la STSJ Aragón 28 septiembre 2012 que entiende que la adopción de las medidas necesarias para garantizar la relación del menor con los abuelos la debe realizar el Juez de oficio o a instancia de persona interesada, entre los que se encuentran los propios progenitores; la STSJ Aragón 24 julio 2013 que aprueba un régimen de visitas del abuelo materno con su nieta, por entender que la comunicación entre ambos puede ayudar a la inserción de ésta en su entorno familiar, así como contribuir a su mejor desarrollo emocional y a su formación integral plena; y la STSJ Aragón 18 diciembre 2013 que, respecto a las visitas reconocidas al progenitor no custodio, determina que las empleará con su hijo, pero de ello no se deduce la privación de la relación del menor con su familia paterna que se podrá seguir manteniendo, aun en menor tiempo, sin perjuicio de que las partes lleguen a acuerdos que permita su ampliación.

3º.- Evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceros

A este respecto la STSJ Aragón 13 enero 2014 prohíbe la salida al extranjero de la madre custodia con la hija sin el consentimiento del padre no custodio o, en su defecto, autorización judicial.

4°.- Evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del régimen de custodia

Sobre este extremo la STSJ Aragón 18 julio 2013 sienta la importante doctrina según la cual la alteración de la vida cotidiana del menor por la adopción del régimen de custodia compartida no justifican por si sola el mantenimiento de la custodia individual. En el caso de autos la principal referencia de la menor es su madre, ya que ha vivido todo el tiempo con ella, por lo que no desea cambiar su vida. A juicio del Tribunal Superior, "los cambios en la vida habitual de los menores resultan de la aplicación de la ley y deberán llevarse a cabo con las medidas de prudencia y apoyos necesarios".

5. La modificación de las medidas judiciales.

Según dispone el art. 79.5 CDFA, las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes.

De este modo y en interpretación de la jurisprudencia menor (entre otras, SSAP Zaragoza 20 marzo 2012, 30 marzo 2012 y 11 abril 2012), la modificación de las medidas judiciales -y entre ellas, la concerniente al régimen de guarda y custodia de los hijos menores- sólo se justifica cuando haya habido una alteración de circunstancias que cumpla los siguientes requisitos: a) trascendente y no de escasa o relativa importancia; b) permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural; c) no imputable a la voluntad de quien solicita la medida ni preconstituída; y d) no prevista por los progenitores o el juzgador en el momento en que la medida fue establecida.

En particular, añade el mismo art. 79.5 *in fine*, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad de los hijos menores, ésta podrá revisarse, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida. Ahora bien, de acuerdo con la STSJ Aragón 3 octubre 2013, ello exige una alteración sustancial de circunstancias, sin que baste la mera solicitud por uno de los progenitores del cambio de régimen de custodia, como, en cambio, se permitió durante el periodo transitorio de un año desde la entrada en vigor de la Ley de custodia compartida (esto es, hasta 8 septiembre 2011), en atención a lo dispuesto en su DT 1ª, aptdo. 2º³².

32 DT 1ª.2 Ley aragonesa 2/2010: "La solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores es causa de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior durante un año a contar desde la entrada en vigor de la presente ley".

BIBLIOGRAFÍA

ALASCIO CARRASCO, L.: "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC)", *InDret* (2011), núm., 2, pp. 1-25.

AA.VV.: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?* (coord. BAYOD, M. C. Y SERRANO, J. A.). Zaragoza (2014): Institución Fernando el Católico.

CASTILLA BAREA, M.: "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", *Aranzadi Civil* (2010), núm. 7, pp. 105-150.

DEVERDA BEAMONTE, J. R.: "Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar (Un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia)", *Diario La Ley* (2014), núm. 8299, pp. 1-18.

FORCADA MIRANDA, F. J.: "La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: Custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores", en *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza (2011): El Justicia de Aragón, pp. 177-215.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida", *InDret* (2010), núm. 3, pp. 1-18.

LÓPEZ AZCONA, A.: "Relaciones entre ascendientes y descendientes" y "Las parejas estables no casadas", en AA.VV.: *Manual de Derecho civil aragonés* (dir. DELGADO ECHEVERRÍA y coord. PARRA LUCÁN). Zaragoza (2013): Ibercaja-El Justicia de Aragón, pp. 178-187 y 497-506, respectivamente.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza (2011): El Justicia de Aragón, pp. 133-176.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, E. Y FERRER ANDRÉS, M.: "Dos años de custodia compartida", en *Actas de los Vigésimo Segundos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*. Zaragoza (2013): El Justicia de Aragón, pp. 295-322.

PICONTÓ NOVALES, T.: "Ruptura familiar y coparentalidad: Un análisis comparado", en *La custodia compartida a debate* (ed. PICONTÓ NOVALES). Madrid (2012): Dykinson, pp. 45-76.

SERRANO GARCÍA, J. A.: “La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia”, en *Actas de los Vigésimo Segundos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*. Zaragoza (2013): El Justicia de Aragón, pp. 181-294.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La custodia compartida en España y Cataluña: entre deseos y realidades”, en *La custodia compartida a debate* (ed. PICONTO NOVALES). Madrid (2012): Dykinson, pp. 77-100.



LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO EN
LA LEY VALENCIANA 10/2007, DE RÉGIMEN ECONÓMICO
MATRIMONIAL

*DONATIONS DUE TO MARRIAGE IN VALENCIAN MATRIMONIAL
PROPERTY REGIME LAW 10/2007*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 236-263



Esther
ALGARRA
PRATS

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de septiembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: El presente trabajo analiza la regulación de las donaciones por razón de matrimonio en la legislación valenciana, en comparación con la regulación del Código civil español, destacando las cuestiones que pueden plantear dudas o problemas prácticos.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Familia, matrimonio, donaciones.

ABSTRACT: This paper analyzes the regulation of donations due to marriage in the valencian law, in comparison with the regulation of the spanish civil code, emphasizing the questions that can raise doubts or practical problems.

KEY WORDS: Family law, marriage, donations.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Antecedentes históricos y situación actual de las donaciones por razón de matrimonio.- III. Régimen de las donaciones por razón de matrimonio.- IV. Concepto y caracteres de las donaciones por razón de matrimonio.- V. Sujetos. Capacidad.- 1. Capacidad para hacer donaciones por razón de matrimonio.- 2. Capacidad para aceptar donaciones por razón de matrimonio.-VI. Objeto y límites.- 1. Donación de bienes presentes.- 2. Donación de bienes futuros.- VII. Forma.- VIII. Efectos.- 1. Bienes donados conjuntamente a ambos cónyuges.- 2. Donaciones de los progenitores al hijo común.- 3. Obligación de saneamiento por evicción o vicios ocultos.- IX. Revocación de las donaciones por razón de matrimonio.- 1. Causas de revocación.- 2. Revocación de donaciones vinculadas al levantamiento de cargas del matrimonio.- 3. La acción de revocación y su renuncia.- 4. La restitución subsiguiente a la revocación de las donaciones por razón de matrimonio.- X. Algunas cuestiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley valenciana y su eficacia retroactiva en relación con las donaciones por razón de matrimonio.

I. INTRODUCCIÓN.

La celebración de un matrimonio ha sido tradicionalmente, y lo sigue siendo en la actualidad, ocasión propicia para la realización de regalos y donaciones a los futuros esposos, tanto por parte de familiares y amigos, como por parte de los futuros esposos entre sí. Seguramente, todos hemos realizado y, en su caso, hemos recibido donaciones por razón de matrimonio. Es verdad que han cambiado las formas y las costumbres, pero lo cierto es que dichas donaciones se siguen realizando: actualmente ya no son tan habituales esas ceremonias de “petición de mano”, aunque los contrayentes sigan intercambiándose regalos con ocasión del matrimonio; respecto a los terceros y familiares, suele ser práctica habitual la modalidad de ingreso en cuenta corriente; y respecto a los parientes más allegados, normalmente, los padres, el montante y cuantía de estas donaciones ya no es tan elevado (no es muy frecuente hoy en día encontrarse con donaciones que consistan en la transmisión de inmuebles, por ejemplo).

Con independencia de su valor y, por tanto, de la incidencia que puedan tener en el matrimonio, todas estas donaciones lo son por razón de matrimonio y desde siempre han recibido regulación jurídica. Cuestión distinta es que, precisamente por su cuantía, muchas veces acaben desenvolviéndose más en la órbita social que jurídica, pero eso no les priva de su condición de donaciones por razón de matrimonio (pensemos, por ejemplo, en la devolución de los regalos o de las cantidades de un

• Esther Algarra Prats

Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Alicante (España). Vocal de la Comisión de Codificación Civil Valenciana desde su creación hasta el año 2007. Autora de diversas publicaciones en Derecho de Familia y Derecho civil valenciano: El régimen económico matrimonial de participación (2000), “Las donaciones por razón de matrimonio” (2005), “La corrección de los hijos en el Derecho español” (2010); “El régimen de convivencia de los menores de edad con los progenitores: regla general y excepción en la legislación valenciana” (2014, en coautoría con Javier Barceló Domenech). Directora del Secretariado de Ordenación Académica de la Universidad de Alicante. Correo electrónico: e.algarra@ua.es.

matrimonio que no llega a celebrarse o de la revocación de estas donaciones si los cónyuges acaban separándose o divorciándose: a veces por la escasa cuantía o por el tiempo transcurrido, no se reclama la devolución de lo donado o no se revoca la donación).

La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, modificada por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre de la Generalitat¹, se ocupa de regular todo lo relativo al régimen económico matrimonial. Desde la entrada en vigor de la citada Ley, el régimen legal supletorio valenciano es el de separación de bienes, lo que supone un importante cambio respecto a la situación anterior; en la que, por aplicación del CC, el régimen legal supletorio de primer grado era la sociedad de gananciales.

Pero la Ley Valenciana hace también una amplia regulación de lo que en la doctrina se denomina régimen matrimonial primario (aunque más bien son disposiciones generales), esto es, un conjunto de disposiciones que se aplican a todo matrimonio, cualquiera que sea su régimen económico matrimonial. Así, bajo el título de Disposiciones comunes del régimen económico matrimonial valenciano, y en paralelo a la regulación del CC, la Ley Valenciana se ocupa de los principios generales de libertad e igualdad de los cónyuges, las cargas del matrimonio, la vivienda habitual de la familia, las capitulaciones matrimoniales y las donaciones por razón de matrimonio. Estas últimas son el objeto del presente trabajo.

La Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciana (en adelante LREM) regula las donaciones por razón de matrimonio en los arts. 31 a 36. Dicha regulación fue modificada por la Ley 8/2009 exclusivamente en dos puntos:

1º) se modificó la redacción del art. 33.1, eliminando su último inciso;

2º) se derogó el art. 37².

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y SITUACIÓN ACTUAL DE LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO.

Las donaciones por razón de matrimonio hunden sus raíces en las costumbres y tradiciones de todos los pueblos y épocas y, de forma más o menos completa, han recibido tratamiento jurídico³. En este sentido, el Derecho histórico valenciano no

1 Sobre la tramitación de la Ley 10/2007 y su modificación por la Ley 8/2009, GUILLÉN CARRAU, J.: "El régimen económico matrimonial valenciano. ¿Versión final tras la Ley 8/2009?", *Revista Jurídica de la Comunidad* (2010), núm. 33, pp. 31 y ss.

2 Estos preceptos se referían a diferentes aspectos vinculados con las consecuencias jurídicas del régimen económico matrimonial en el ámbito del Derecho de sucesiones, por lo que fueron modificados o derogados a la espera de la futura promulgación de otras leyes de la Generalitat que puedan incidir sobre estas cuestiones.

3 Sobre los antecedentes históricos de las donaciones por razón de matrimonio, ALGARRA PRATS, E.: "Las donaciones por razón de matrimonio", en AA.VV.: *El régimen económico del matrimonio* (coords. RAMS ALBESAL

es una excepción. Sin embargo, dados los profundos cambios sociales, económicos y jurídicos, aquellas regulaciones poco o nada tienen que ver con las actuales.

La regulación de esta materia pretende entroncarse con el Derecho foral valenciano, si bien actualizando dicha regulación y ajustándola a los principios jurídicos actualmente vigentes. Así, la LREMV señala en su Preámbulo que la normativa surgida en ejercicio de la competencia legislativa en materia de Derecho foral civil, necesariamente tiene que dar lugar a una normativa diferente de la que estuvo vigente en nuestra época foral, pero reconocible en ella a través de instituciones como las donaciones por razón de matrimonio.

Sin embargo, lo cierto es que la regulación de las donaciones por razón de matrimonio que hace la LREMV tiene una vinculación prácticamente inexistente con los supuestos de donaciones por razón de matrimonio previstos en el Derecho histórico valenciano y al final, la regulación de la materia acaba abordándose “a imagen y semejanza” del CC, pero de una forma fragmentaria y a veces con distorsiones⁴.

Especialmente llamativo es que en el Derecho histórico valenciano, estas donaciones se caracterizaban por la antenuptialidad, es decir, por realizarse en consideración al matrimonio y precisamente antes de la celebración del mismo⁵, característica que se ha mantenido en la regulación del CC pero que desaparece con la LREMV.

Se ha señalado, con carácter general respecto a la LREMV, que la misma no responde a una innegable necesidad social que no pueda ser salvada con la regulación del CC⁶; esta misma idea, en mi opinión, puede extrapolarse a las donaciones por razón de matrimonio: no parecía necesaria una regulación propia (que en muchos aspectos no difiere de la del CC y en los que difiere, no siempre mejora o introduce especialidad), que hiciera necesaria esta regulación diferenciada; tampoco había un “clamor social” para modificar una materia que, aun con mucha proyección práctica, no ha planteado particulares problemas en el ámbito de la Comunidad Valenciana ni supone armonizar esta materia con la realidad social y económica de la Comunidad Valenciana⁷.

MORENO MARTÍNEZ). Madrid (2005): Dykinson, pp. 183 y ss. especialmente, pp. 186 y ss.

- 4 CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: “Las donaciones por razón de matrimonio”, en AAV.VV.: *El Régimen Económico Matrimonial de la Comunidad Valenciana* (coord. MAS BADIÀ). Madrid (2010): Tecnos, p. 229.
- 5 Ampliamente, sobre los antecedentes históricos de estas donaciones y su tratamiento en Els Furs, puede verse CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: “Las donaciones por razón de matrimonio”, cit., pp. 230 y ss.
- 6 COBAS COBIELLA, M.E. /GUILLÉN CATALÁN, R.: “La Llei 10/2007, de 20 de març, de la Generalitat, de règim econòmic matrimonial valencià”, en www.derechocivilvalenciano.com (2010), núm. 7.
- 7 No obstante, se ha señalado también que aunque las instituciones que regula la Ley Valenciana ya aparecen recogidas directa o indirectamente en el CC, es legítima la decisión de reivindicarlas como propias del Derecho foral valenciano y de reintegrarlas al Derecho civil propio, una vez actualizadas. En este sentido, MOLINER NAVARRO, R.: “La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalidad Valenciana, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (modificada por la Ley 8/2009). Cuestiones abiertas en torno a su aplicación”, en www.derechocivilvalenciano.com (2013), núm. 14. Aun así, la propia autora señala que el tratamiento que se otorga

Desde el punto de vista registral, estas donaciones no ofrecen especialidades respecto al Derecho común⁸.

En la regulación del CC español, las donaciones por razón de matrimonio siguen conservando, frente a las donaciones ordinarias, algunas especialidades o rasgos peculiares propios, que serán los siguientes:

1º) Estas donaciones, como las ordinarias, son un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta (art. 618 CC), pero cuando son por razón de matrimonio, han de hacerse antes de la celebración del matrimonio, en consideración al mismo y siendo necesariamente donatarios uno o ambos contrayentes (art. 1336 CC).

2º) En las donaciones por razón de matrimonio se amplía, aunque limitadamente, la capacidad del menor no emancipado que con arreglo a la ley pueda casarse, al cual se le reconoce capacidad para hacer donaciones por razón de su matrimonio (art. 1338 CC), cuando la regla general es que podrán hacer donación los que puedan contratar y disponer de sus bienes (art. 624 CC).

3º) En las donaciones por razón de matrimonio el donante está obligado al saneamiento por evicción o vicios ocultos si hubiere actuado de mala fe (art. 1340 CC), mientras que en las donaciones ordinarias el donante no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo cuando la donación fuera onerosa, en cuyo caso, responderá hasta la concurrencia del gravamen (art. 638 CC).

4º) Se amplía el objeto de la donación por razón de matrimonio cuando se hace entre los dos futuros esposos, pues se les permite donarse bienes futuros (art. 1341 CC), siendo la regla general que la donación no podrá comprender bienes futuros (art. 635 CC).

5º) Finalmente, las donaciones por razón de matrimonio tienen una especial causa de ineficacia, pues "caducan" si el matrimonio no llega a contraerse en el plazo de un año (art. 1342 CC), y también presentan especialidades en cuanto a su revocación, pues se exceptúa como causa de revocación la supervivencia o superveniencia de hijos (que sí es causa de revocación en las donaciones ordinarias: arts. 644-646 CC) y se reputan incumplimiento de cargas o ingratitud las crisis matrimoniales (art. 1343 CC).

a las donaciones por razón de matrimonio tampoco reviste novedad sobre el Derecho común, salvo alguna singularidad de la Ley Valenciana, de la que sólo merece la pena destacar las peculiaridades establecidas por la Ley Valenciana con relación a la revocación de estas donaciones.

8 ADÁN GARCÍA, M. E.: "La Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. Su incidencia registral cinco años después de su entrada en vigor", en www.derechocivilvalenciano.com (2013), núm. 14.

Curiosamente, ninguna de estas especialidades se recogen en la LREMV, como iremos viendo a lo largo de este trabajo, lo que hace cuestionable no ya sólo la oportunidad de su regulación, sino su contenido, que parece querer desligarse, precisamente, de las especialidades de estas donaciones, que es lo que justifica su regulación especial.

III. RÉGIMEN DE LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO.

Conforme al art. 31.2 LREMV, las donaciones por razón de matrimonio se registrarán por las reglas generales de las donaciones, excepto lo que dispongan los artículos siguientes.

Por tanto, el régimen de estas donaciones es el siguiente:

1º) Las reglas especiales de la LREMV (arts. 31 a 36).

2º) Las reglas generales de las donaciones. Como en la actualidad no existen reglas generales valencianas de las donaciones, dichas reglas generales serán las del CC, a saber; los arts. 618 y ss.

3º) Las reglas generales de los contratos, conforme a lo dispuesto en el art. 621 CC.

Al hilo de esta cuestión, cabe plantearse si se aplican supletoriamente las reglas especiales de las donaciones del CC (esto es, los arts. 1336 y ss.) o si hay que entender que en lo no previsto en las reglas especiales de la LREMV es que no hay especialidad y por tanto sólo cabe acudir a las reglas generales de las donaciones (arts. 618 y ss. CC). La cuestión tiene importancia en relación con especialidades previstas en el Código civil, y que se separan de las reglas generales, pero no previstas en la Ley Valenciana, como veremos.

IV. CONCEPTO Y CARACTERES DE LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO.

Conforme al art. 31.1 LREMV, “Son donaciones por razón de matrimonio o *propter nuptias* las hechas por uno de los contrayentes o de los cónyuges a favor del otro en consideración al matrimonio que se va a celebrar o que se ha celebrado y aquellas que otorguen otras personas con la misma consideración o para ayudar al levantamiento de las cargas del matrimonio. Igualmente, los cónyuges podrán realizar donaciones entre sí por razón del vínculo que existía entre ellos hasta ese momento después de la separación o disolución del matrimonio”.

De esta definición, cabe señalar las siguientes características:

A) Estas donaciones se hacen en atención a un matrimonio que se va a celebrar, que ya se ha celebrado o que se celebró en su día, es decir, en la LREMV estas donaciones pueden hacerse antes del matrimonio, constante matrimonio y después del matrimonio, o con otras palabras dicho, en atención a un matrimonio futuro, presente o pasado.

Esta es una diferencia importante con la regulación del CC, cuyo art. 1336 caracteriza estas donaciones precisamente por la antenuptialidad, de tal manera que van a quedar sujetas a este régimen especial sólo aquellas donaciones que se hagan a los futuros cónyuges o entre ellos, necesariamente, antes de celebrarse el matrimonio; si la donación se hace después, aunque sea una donación en atención al matrimonio, quedará sometida a las reglas generales de las donaciones (arts. 618 y ss. CC). Por el contrario, en la LREMV, cualquier donación que pudiera tener relación con el matrimonio va a quedar sometida a este régimen especial, incluso si ya no existe matrimonio, lo cual, como ya he señalado, se aparta del Derecho histórico valenciano y del modelo del Código civil. Podemos decir que el legislador valenciano ha creado *ex novo* un nuevo concepto de donación por razón de matrimonio.

Tradicionalmente, se ha señalado que lo que justifica la especial regulación de estas donaciones es el *favor matrimonii*, lo que tiene sentido en la regulación del CC, donde estas donaciones han de hacerse siempre antes del matrimonio; sin embargo, con la regulación valenciana, esta justificación se reduce o desaparece porque la regulación especial se aplica también a la donaciones postnupciales e incluso a las postmatrimoniales⁹, con lo que se está configurando una modalidad de donación difícilmente justificable, porque no tendría la categoría de donación *propter nuptias*¹⁰, pero queda sometida a su régimen.

B) Parece distinguirse entre donaciones que se hacen sólo por razón del matrimonio (que se va a celebrar o que ya se ha celebrado; incluso que se celebró) y donaciones que se hacen para ayudar al levantamiento de las cargas del matrimonio. La distinción va a ser difícil de apreciar en la práctica si no se hace ninguna declaración expresa al respecto¹¹; además, parece que cuando los donantes son los contrayentes o cónyuges, la donación es en consideración al matrimonio mientras que cuando los donantes son otras personas, la donación puede ser en consideración al matrimonio o para ayudar al levantamiento de las cargas del matrimonio. O sea, que estas últimas

9 En este sentido, CLEMENTE MEORO, M. E.: "Algunas consideraciones sobre las donaciones por razón de matrimonio en la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano", *Revista Jurídica de la Comunidad* (2009) núm. 30, p. 9.

10 REYES LÓPEZ, M. J.: "Panorama de las normas de Derecho de Familia en la Comunidad Valenciana", en www.derechocivilvalenciano.com (2014), núm. 20.

11 CLEMENTE MEORO, M. E.: "Algunas consideraciones sobre las donaciones por razón de matrimonio", cit., p. 9; BLASCO GASCÓ, F. P. / CLEMENTE MEORO, M. / MORERA VILLAR, B.: "La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dirs. YZQUIERDO TOLSADA / CUENA CASAS), vol. VII. Cizur Menor (Navarra) (2011): Thomson Reuters Aranzadi, p. 1204.

donaciones, con ese *animus ayudandi* sólo las pueden efectuar terceras personas¹². La distinción es difícil de realizar, pero es importante, porque tiene efectos, como veremos, en los casos de revocación. Cuando la donación la hacen los cónyuges separados o divorciados, sólo cabe en atención al vínculo matrimonial que existió entre ellos.

C) Pueden ser donantes los futuros cónyuges, los cónyuges, los separados, los excónyuges y los terceros, pero teniendo en cuenta que los terceros sólo pueden hacer estas donaciones cuando el matrimonio se va a celebrar o se ha celebrado, pero ya no cuando los cónyuges están separados o divorciados, pues del tenor de la ley, esta hipótesis sólo se permite a los cónyuges o excónyuges entre sí¹³. También hay que matizar que en el caso de disolución del matrimonio, sólo cabría la donación en los supuestos de divorcio; no cabe, por evidentes razones, en los casos de muerte o declaración de fallecimiento, ni tampoco en los supuestos de nulidad, porque en este caso no llegó a existir jurídicamente el vínculo matrimonial¹⁴ y la Ley habla del vínculo que existió entre los cónyuges hasta ese momento.

Donatarios van a ser siempre los futuros cónyuges, cónyuges, separados o excónyuges.

D) No son donaciones por razón de matrimonio las hechas antes del matrimonio, pero sin consideración al vínculo matrimonial, ni las hechas a personas distintas de los contrayentes o cónyuges o excónyuges, aunque sea en consideración al vínculo matrimonial.

V. SUJETOS. CAPACIDAD.

Como hemos señalado antes y con los matices apuntados, donantes puede ser los futuros cónyuges, los cónyuges, los separados, los excónyuges y los terceros; donatarios serán necesariamente los futuros cónyuges, cónyuges, separados y excónyuges. Vamos a ver seguidamente las cuestiones de capacidad que regula la LREMV.

I. Capacidad para hacer donaciones por razón de matrimonio.

Tienen capacidad para hacer estas donaciones los que pueden contratar y disponer de sus bienes (art. 32.I LREMV). Con esta norma, la Ley Valenciana no recoge ninguna especialidad en estas donaciones, pues no hace más que aplicar la regla general del art. 624 CC, que dispone que “podrán hacer donación todos los

12 Así lo entiende también CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: “Las donaciones por razón de matrimonio”, cit., p. 235.

13 En el mismo sentido también CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: “Las donaciones por razón de matrimonio”, cit., p. 238.

14 Así lo entiende también CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: “Las donaciones por razón de matrimonio”, cit., p. 238.

que puedan contratar y disponer de sus bienes”, por lo que se ha señalado que el art. 32.I LREMV es una previsión que resulta de todo punto superflua¹⁵.

Cuando los donantes son terceros, no se plantean mayores problemas y se aplica la regla general de capacidad; pero sí se plantea la cuestión de la capacidad de los menores sujetos a la LREMV, que resulta distinta de la de los sujetos al CC. En efecto, conforme al art. 1338 CC, “El menor no emancipado que con arreglo a la ley pueda casarse, también puede en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas, hacer donaciones por razón de su matrimonio, con autorización de sus padres o del tutor. Para aceptarlas, se estará a lo dispuesto en el Título II del Libro III de este Código”. Sin embargo, conforme a la Ley Valenciana, no existe ninguna previsión al respecto. Hay que destacar que en la regulación del CC, el menor puede hacer donaciones por razón de su matrimonio, no del matrimonio de terceros; pero conforme a lo dispuesto en la Ley Valenciana, al aplicarse las reglas generales de capacidad, parece que el menor sujeto a la LREMV no tiene capacidad para hacer donaciones por razón de matrimonio, ni del suyo propio ni del de terceros, pues no puede contratar y disponer de sus bienes.

Sin embargo, esta conclusión no es exacta, pues hemos de tener en cuenta lo dispuesto en la propia Ley Valenciana respecto a la forma de las donaciones por razón de matrimonio y conectarlo con la regulación de las capitulaciones o carta de nupcias. Además, conviene distinguir entre el menor emancipado y el menor no emancipado.

El art. 34 LREMV dispone que las donaciones por razón de matrimonio pueden hacerse en carta de nupcias o en escritura separada de donación; si tuvieran por objeto bienes inmuebles, han de hacerse necesariamente en escritura pública; cuando se trate de bienes de otra naturaleza, se respetarán los usos y costumbres del lugar. Si nos vamos a la regulación de la carta de nupcias, el art. 22 LREMV establece que “Pueden otorgar carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales quienes puedan válidamente contraer matrimonio. Cuando éstas atribuyan derechos de un contrayente menor al otro cónyuge sobre bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, aquel necesitará para el eficaz otorgamiento de la carta de nupcias los complementos de capacidad de sus progenitores y, en su defecto, de su curador”.

Así las cosas, el menor emancipado o el que haya obtenido el beneficio de la mayor edad sí puede hacer donaciones por razón de matrimonio, tanto en carta de nupcias como fuera de ellas y sólo necesitaría el complemento de capacidad de sus padres y a falta de ambos de un curador cuando la donación recayese sobre bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario

15 CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: “Las donaciones por razón de matrimonio”, cit., p. 241.

valor (arts. 323 CC y 22 LREMV)¹⁶. Ya sabemos que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; con las limitaciones del art. 323 CC y que el menor emancipado puede contraer matrimonio (art. 46.I CC). Por tanto, el menor emancipado sujeto a la Ley Valenciana sí puede hacer donaciones por razón de matrimonio, con las precisiones indicadas.

El menor no emancipado que pueda contraer matrimonio por haber obtenido dispensa judicial al efecto¹⁷, puede otorgar carta de nupcias conforme a lo dispuesto en el art. 22 LREMV, y como las donaciones por razón de matrimonio pueden hacerse en carta de nupcias (art. 34 LREMV), resulta que el menor no emancipado puede hacer donaciones por razón de matrimonio, pero sólo puede hacerlo en capitulaciones y con el complemento de capacidad de sus padres o del curador si atribuye al otro cónyuge bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor¹⁸. Esto por lo que se refiere a las donaciones antenuptiales, porque una vez que se ha contraído matrimonio, como el matrimonio produce de derecho la emancipación (art. 316 CC), ya estaríamos en el supuesto de un menor emancipado.

De ello resulta que el menor no emancipado sujeto a la Ley Valenciana, realmente, y con las puntualizaciones indicadas, antes del matrimonio, sólo puede hacer donaciones por razón de su matrimonio y en capitulaciones, por lo que no podría hacer donaciones por razón del matrimonio de un tercero ni tampoco por razón del suyo propio si no es en carta de nupcias. Así que al final, la regulación se acaba asemejando a la del CC, pero haciendo pasar al menor por la forma de escritura pública que requieren las capitulaciones matrimoniales (art. 27 LREMV).

Respecto al incapacitado, tampoco hay ninguna regla especial, pero si tenemos en cuenta lo dispuesto en el art. 24 LREMV, a cuyo tenor, la posibilidad de que un incapacitado judicialmente otorgue eficazmente carta de nupcias dependerá de lo que resulte de la sentencia de incapacitación, podemos concluir señalando que habría que estar a lo dispuesto en la sentencia y, en su caso, que podría realizar donaciones por razón de su matrimonio, pero sólo en carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales.

2. Capacidad para aceptar donaciones por razón de matrimonio.

Conforme al art. 32.2 LREMV, la capacidad para aceptar donaciones por razón de matrimonio es la exigida para contraer matrimonio. La Ley Valenciana entra a

16 BLASCO GASCÓ, F.P./CLEMENTE MEORO, M./MORERA VILLAR, B.: "La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana", cit., p. 1205.

17 Cabe dispensar el impedimento de edad a partir de los catorce años (art. 48 CC).

18 En este sentido también CLEMENTE MEORO, M. E.: "Algunas consideraciones sobre las donaciones por razón de matrimonio", cit., p. 10; BLASCO GASCÓ, F.P./CLEMENTE MEORO, M./MORERA VILLAR, B.: "La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana", cit., p. 1205.

regular esta cuestión y complica bastante las cosas¹⁹. Nótese que en el CC no hay regla especial al respecto, por lo que se aplica la regla general de las donaciones, conforme a la cual, pueden aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello y las personas que no pueden contratar no pueden aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes (arts. 625 y 626 CC). En cambio, la Ley Valenciana liga la capacidad para aceptar donaciones por razón de matrimonio con la capacidad para contraer matrimonio y obliga a analizar la cuestión desde la perspectiva de los arts. 46 a 48 CC, que en materia de capacidad para contraer matrimonio no se refieren sólo a cuestiones de edad.

Conforme a la regulación de la Ley Valenciana, relacionada con la capacidad para contraer matrimonio, se nos plantean los siguientes supuestos en relación con la aceptación de las donaciones por razón de matrimonio:

a) El menor emancipado o que haya obtenido el beneficio de la mayor edad y el menor no emancipado mayor de catorce años que haya obtenido dispensa para contraer matrimonio pueden aceptar donaciones por razón de matrimonio, pues en ambos casos tienen capacidad para contraer matrimonio (arts. 46.1 y 48 CC). La Ley Valenciana no distingue si se trata de donaciones puras o de donaciones condicionales u onerosas, a diferencia del art. 1338 CC, que remite al art. 626 CC respecto a la capacidad de los menores no emancipados; este último precepto dispone que “las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes”. Por tanto, a primera vista, parece que los menores sujetos a la Ley Valenciana podrían aceptar donaciones por razón de matrimonio en cualquier caso. Sin embargo, esta conclusión contrasta con lo dispuesto en el art. 23 LREMV, que al tratar de la capacidad para otorgar capitulaciones onerosas, dispone que cuando al contrayente menor se le impusiera modo o contraprestación en relación con bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, necesitará complemento de capacidad. Así, cabe pensar que los menores no podrán aceptar por sí solos donaciones condicionales u onerosas relativas a los indicados bienes, sino que necesitan el complemento de capacidad de sus padres, curador o tutor²⁰. En cambio, no necesitarían ningún complemento de capacidad en cualquier otro caso.

19 Entre las novedades que introduce la Ley Valenciana, se ha cuestionado el tema de la capacidad para aceptar donaciones por razón de matrimonio GUILLÉN CARRAU, J.: “El régimen económico matrimonial valenciano”, cit., pp. 31 y ss. En opinión de CASTILLO MARTÍNEZ, esta regla resulta legalmente inadmisibles, por agravar un régimen de capacidad más amplio previsto con carácter de generalidad en la regulación del Código civil (CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: “Las donaciones por razón de matrimonio”, cit., p. 243).

20 En este sentido, CLEMENTE MEORO, M. E.: “Algunas consideraciones sobre las donaciones por razón de matrimonio”, cit., pp. 10-11; BLASCO GASCÓ, F. P. / CLEMENTE MEORO, M. / MORERA VILLAR, B.: “La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana”, cit., p. 1205.

b) Los que estén ligados con vínculo matrimonial no pueden aceptar donaciones por razón de un futuro matrimonio que vaya a celebrarse hasta que no se haya disuelto el anterior; puesto que aunque esté presentada la demanda de divorcio o aunque estén separados, hasta que no se haya disuelto el vínculo anterior no pueden contraer nuevo matrimonio y no podrían aceptar donaciones por razón de éste, porque no tienen capacidad para contraer matrimonio (art. 46.2 CC).

c) Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado tampoco pueden aceptar donaciones por razón de matrimonio hasta que hubieran obtenido la correspondiente dispensa de impedimento de grado tercero, pues aunque tienen capacidad para contraer matrimonio con carácter general, no puede contraerlo entre sí; de este modo, y al igual que en el caso anterior, frente a un proyectado matrimonio, no se podría aceptar una donación por razón de matrimonio hasta obtener la correspondiente dispensa (arts. 47 y 48 CC).

d) Finalmente, los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa de cualquiera de ellos tampoco podrían aceptar donaciones por razón de matrimonio hasta la dispensa del impedimento (arts. 47 y 48 CC).

Respecto a los incapacitados, no hay impedimento para contraer matrimonio, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 56, inciso segundo CC ("si alguno de los contrayentes estuviese afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento"), por lo que, en principio, tienen capacidad para aceptar estas donaciones; no obstante, por aplicación de las reglas generales, no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes (art. 626 CC). En cualquier caso, habrá que estar siempre a lo que disponga la sentencia.

Una vez que se ha contraído matrimonio, se entiende que se tiene la capacidad para aceptar donaciones por razón de matrimonio, porque ya se ha verificado que no concurren impedimentos o que éstos han sido dispensados. Por tanto, parece que la norma del art. 33.2 LREMV, realmente, sólo tiene virtualidad en las donaciones ante nupciales, porque en las demás, esto es, en las realizadas constante matrimonio o incluso después del mismo, ya se verificó el requisito de capacidad para contraer matrimonio y, por tanto, se cumple el requisito para aceptar donaciones por razón del mismo. Por ello resulta curioso que la Ley Valenciana se meta a regular una cuestión de la que no tenía necesidad, pues bien podía reproducir la regla del CC, como hace en materia de capacidad para hacer donaciones, o bien guardar silencio, con lo que se aplicaría la misma regla, por disponerlo así el art. 31.2 LREMV; y más curioso todavía resulta que el legislador esté pensando sólo en las donaciones ante nupciales, cuando precisamente él mismo ha desdibujado el concepto de donación por razón de matrimonio permitiendo que sean calificadas como tales incluso las que se hacen cuando el matrimonio ya se ha celebrado o no existe.

VI. OBJETO Y LÍMITES.

Dispone el art. 33.I LREMV que "Puede ser objeto de donación cualquier clase de bienes, universalidades de bienes, derechos y acciones. El donante se podrá reservar el usufructo atribuyendo al donatario solo la nuda propiedad del bien o bienes donados".

I. Donación de bienes presentes.

El art. 33.I LREMV está formulado en términos muy amplios pero, lógicamente, ha de referirse a bienes presentes²¹, que son aquellos que se encuentran en el patrimonio del donante y de los que puede disponer al tiempo de hacer la donación (art. 635 CC, a *sensu contrario*). Aunque el precepto no lo diga expresamente, esto es así por aplicación de las reglas generales de las donaciones, en las que se establece que la donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante o parte de ellos (art. 634 CC) y que la donación no podrá comprender los bienes futuros (art. 635 CC).

El art. 33.I LREMV faculta al donante para reservarse el usufructo del bien o bienes donados, lo que plantea inmediatamente la cuestión de si juega la regla general del art. 634 CC. Creo que la interpretación conjunta de ambas normas debe llevarnos a las siguientes consideraciones²²:

1º) conforme a la regulación de la LREMV, el donante puede reservarse el usufructo del bien o bienes donados sin necesidad de justificar porqué lo hace: puede ser para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias, como dice el art. 634 CC, o por cualquier otra razón, porque el art. 33.I LREMV no exige que justifique la reserva del usufructo;

2º) en cualquier caso, debe considerarse aplicable la reserva prevista en el art. 634 CC, y el donante deberá reservarse lo necesario en plena propiedad o en usufructo, para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias, porque el donante no puede quedar desprotegido económicamente como consecuencia de una donación por razón de matrimonio y porque en lo no previsto en las reglas especiales de la Ley Valenciana rigen las generales del CC.

En otro orden de cosas, esta reserva del usufructo puede ser interesante por los efectos previstos en el art. 35.2 LREMV, que después veremos.

21 CLEMENTE MEORO, M. E.: "Algunas consideraciones sobre las donaciones por razón de matrimonio", cit., p. 11; BLASCO GASCO, F. P. / CLEMENTE MEORO, M. / MORERA VILLAR, B.: "La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana", cit., p. 1206; CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: "Las donaciones por razón de matrimonio", cit., p. 246.

22 En la misma línea de argumentación, CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: "Las donaciones por razón de matrimonio", cit., p. 248.

Se aplican también los límites de la inoficiosidad recogidos en las reglas generales (arts. 636, 654 y 1044 CC).

2. Donación de bienes futuros.

La LREMV no se ocupa de la donación de bienes futuros, que sí se permite en el CC a los contrayentes, con los requisitos que marca el art. 1341 CC. Es decir, conforme a la regulación del Código, "Por razón de matrimonio los futuros esposos podrán donarse bienes presentes. Igualmente podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada". Se entiende por bienes futuros los bienes que el donante deje a su muerte.

Ante esta ausencia de regulación en la LREMV, la cuestión que se plantea inmediatamente es la siguiente: quienes estén sujetos a la Ley Valenciana ¿pueden otorgar donación de bienes futuros con los requisitos del art. 1341 CC? o por el contrario, dado que la Ley que les es de aplicación no contempla esta especialidad, ya no cabe esta modalidad de donación más que para quienes estén sujetos al CC.

En la doctrina, se mantiene que quienes están sujetos a la LREMV sí pueden otorgar donación de bienes futuros, con los requisitos del art. 1341 CC²³. Se argumenta que el Código civil es supletoriamente aplicable en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final Segunda LREMV y en el art. 4.3 CC y que la omisión patente en la Ley Valenciana más bien parece obedecer a un descuido o tal vez a un silencio intencionado, pero que en cualquier caso, conduce a la aplicación de las reglas generales. En consecuencia, según estos autores, cabrían estas donaciones con los requisitos del art. 1341 CC.

No tengo claro que esta conclusión sea la acertada. Si la Ley Valenciana ha omitido toda referencia a este supuesto, ya sea por un olvido, ya sea intencionadamente, lo que hay que analizar es si cabe aplicar las reglas especiales del Código civil o no. Con otras palabras dicho, si actualmente tenemos una regulación especial de una materia, en las especialidades no previstas, ¿cabe acudir a las reglas especiales del Código, que excepcionan la regla general? ¿O hay que concluir que el supuesto no cabe en la legislación valenciana? En virtud de lo dispuesto en el art. 31.2 LREMV, las donaciones por razón de matrimonio se rigen por las reglas generales de las donaciones, excepto lo que dispongan los artículos siguientes. Los artículos siguientes no disponen nada respecto a la donación de bienes futuros entre los contrayentes y las reglas generales de las donaciones establecen que la donación no podrá comprender bienes futuros, entendiéndose por tales aquellos de los que el

23 CLEMENTE MEORO, M. E.: "Algunas consideraciones sobre las donaciones por razón de matrimonio", cit., p. 11; BLASCO GASCO, F. P. / CLEMENTE MEORO, M. / MORERA VILLAR, B.: "La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana", cit., p. 1206; CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: "Las donaciones por razón de matrimonio", cit., pp. 247 y 252.

donante no puede disponer al tiempo de la donación (art. 635 CC). Creo que lo que no podemos es regirnos por todo a la vez: reglas especiales de la Ley Valenciana y reglas especiales del CC.

VII. FORMA.

Conforme al art. 34 LREMV, "Las donaciones por razón de matrimonio podrán hacerse en carta de nupcias o en escritura separada de donación. Si tuvieran por objeto bienes inmuebles, habrán de hacerse necesariamente en escritura pública. Cuando se trate de bienes de otra naturaleza, se respetarán los usos y costumbres del lugar".

El CC no contiene exigencias de forma respecto a las donaciones por razón de matrimonio, por lo que se aplicarán las reglas generales. Conforme a dichas reglas, la donación de inmuebles ha de hacerse en escritura pública (art. 633 CC) y la de muebles puede hacerse verbalmente o por escrito; si se hace verbalmente, se requiere la entrega simultánea de la cosa donada, si no, debe hacerse por escrito y constar de la misma forma la aceptación (art. 632 CC). La única excepción a lo señalado son las donaciones de bienes futuros, que, conforme a lo dispuesto en el art. 1341 CC deben hacerse en capitulaciones y, por tanto, se exige escritura pública; pero ya hemos visto que la especialidad de donación de bienes futuros no se contempla en la LREMV.

Del tenor literal del art. 34 LREMV, cabe hacer las siguientes consideraciones:

1º) La única exigencia de forma se plantea en relación con la donación de bienes inmuebles, que ha de hacerse necesariamente en escritura pública, bien sea la propia de las capitulaciones, bien sea en escritura separada. En este punto, no hay diferencia con la regulación del CC en cuanto a la exigencia de forma en la donación de inmuebles. La Ley Valenciana no se refiere a la aceptación, por lo que será de aplicación la regla general del art. 633 CC: la aceptación puede hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; debe hacerse en vida del donante y si se hace en escritura separada debe notificarse al donante.

2º) Para la donación de otros bienes, no hay propiamente exigencia de forma, es decir, pueden hacerse en capitulaciones o en escritura separada de donación o no, pues la exigencia de forma es sólo para la donación de inmuebles.

3º) El propio inciso final del art. 34 LREMV señala que para la donación de bienes de otra naturaleza se respetarán los usos y costumbres del lugar. Por tanto, resultará de aplicación lo dispuesto en el art. 632 CC y también, si es costumbre del lugar, la donación mediante el sistema de listas de boda; en este último caso,

como se ha señalado²⁴, ni hay entrega simultánea de la cosa ni escrito de donación ni aceptación, sino más bien una oferta del donatario al donante que éste acepta mediante el pago de la cantidad del bien.

VIII. EFECTOS.

I. Bienes donados conjuntamente a ambos cónyuges.

El art. 33.2 LREMV establece que “Las donaciones hechas conjuntamente a los contrayentes o a los cónyuges pertenecen a los dos por partes iguales y en régimen de comunidad ordinaria, excepto que el donante haya dispuesto otra cosa”.

La regulación de la Ley Valenciana es muy parecida a la del CC, cuyo art. 1339 dispone que “Los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa”. No obstante este paralelismo, hay que tener en cuenta que en la regulación del CC estas donaciones sólo pueden hacerse antes del matrimonio y que el régimen legal supletorio es el de la sociedad de gananciales; en consecuencia, los bienes no pueden pertenecer a los donatarios de otro modo, porque no hay entre ellos todavía un régimen económico matrimonial; si lo hubiera porque ya han contraído matrimonio y fuera el de gananciales, ya no estaríamos ante una donación por razón de matrimonio, sino ante una donación ordinaria y al bien donado le sería de aplicación el art. 1353 CC y los bienes serían gananciales si la donación es aceptada por ambos y salvo que el donante hubiera dispuesto lo contrario; si están casados bajo el régimen de separación de bienes o de participación, se aplicaría el art. 1414 CC y les pertenecería en pro indiviso ordinario. En la Ley Valenciana, estas donaciones pueden hacerse antes, durante y después del matrimonio y el régimen legal supletorio es el de separación de bienes, por lo que tanto si la donación es anterior al matrimonio como si es posterior se aplicará el art. 33.2 LREMV.

El ámbito de aplicación de estos preceptos se limita a las donaciones hechas por terceros, pues sólo en este caso, la donación puede hacerse a ambos; cuando la donación la hace un contrayente o cónyuge al otro, no puede entenderse hecha conjuntamente a ambos, sino que el bien donado lo será sólo a uno de ellos.

Se ha señalado en la doctrina que no se ha incluido en la Ley Valenciana la previsión del art. 637.2 CC, que permite el derecho de acrecer en las donaciones hechas conjuntamente a los cónyuges si el donante no hubiese dispuesto lo contrario²⁵. Entiendo que aunque no se haya incluido, resulta de aplicación en virtud

24 CLEMENTE MEORO, M. E.: “Algunas consideraciones sobre las donaciones por razón de matrimonio”, cit., p. 15; BLASCO GASCÓ, F. P. / CLEMENTE MEORO, M. / MORERA VILLAR, B.: “La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana”, cit., p. 1208.

25 CLEMENTE MEORO, M. E.: “Algunas consideraciones sobre las donaciones por razón de matrimonio”, cit., p. 15; BLASCO GASCÓ, F. P. / CLEMENTE MEORO, M. / MORERA VILLAR, B.: “La familia en el Derecho Civil de la Comunidad

de lo dispuesto en el art. 31.2 LREMV, conforme al cual, las donaciones por razón de matrimonio se regirán por las reglas generales de las donaciones, excepto lo que dispongan los artículos siguientes. En consecuencia, si al amparo de la LREMV se hace una donación a ambos cónyuges, resultará de aplicación el art. 637.2 CC²⁶.

Respecto a la Ley Valenciana, la interpretación de este art. 637.2 CC en su aplicación a las donaciones por razón de matrimonio no plantea problemas cuando la donación se hace estando ya casados, porque cabe esta posibilidad y el tenor literal del precepto habla de donación hecha conjuntamente a ambos cónyuges, por tanto, una vez celebrado el matrimonio. La cuestión que se puede plantear es si el art. 637.2 CC resulta de aplicación cuando la donación se hace antes del matrimonio, problemática que se ha venido planteando tradicionalmente respecto a la regulación del Código, donde, recuérdese, las donaciones tienen que ser anteriores al matrimonio, con lo que no estaríamos en el supuesto previsto en el art. 637.2 CC, que se refiere a cónyuges y no a futuros cónyuges o contrayentes. En la doctrina mayoritaria se ha mantenido la aplicación de este art. 637 CC a las donaciones por razón de matrimonio reguladas en el CC, por similitud e identidad de razón entre la donación conjunta a esposos y la donación conjunta a los que en breve serán esposos, porque si no llegan a contraer matrimonio en el plazo de un año, la donación quedaría sin efecto. Parece razonable, pues, entender que el art. 637.2 C.c. también se aplica a las donaciones realizadas antes del matrimonio al amparo de la Ley Valenciana.

2. Donación de los progenitores al hijo común.

El art. 33.3 LREMV contiene la presunción de que las donaciones por razón de matrimonio hechas por los progenitores a favor de un hijo común han sido otorgadas por partes iguales por los dos, excepto que en el momento del otorgamiento se haya hecho expresa designación de partes.

Esta presunción facilita las cosas cuando se trata de bienes de titularidad incierta o de difícil prueba, como el caso del dinero²⁷, pero obviamente no juega cuando el bien o bienes donados es de titularidad exclusiva de uno de los progenitores o pertenece a ambos pero no a partes iguales, en cuyo caso, respectivamente, la donación estaría hecha sólo por el progenitor titular o por ambos, pero a partes desiguales.

Valenciana", cit., p. 1207; CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: "Las donaciones por razón de matrimonio", cit., p. 251.

26 Así lo entienden también CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: "Las donaciones por razón de matrimonio", cit., p. 251; y REYES LÓPEZ, M. J.: "Panorama de las normas de Derecho de Familia", cit.

27 Así lo señalan CLEMENTE MEORO, M. E.: "Algunas consideraciones sobre las donaciones por razón de matrimonio", cit., p. 15; BLASCO GASCÓ, F. P. / CLEMENTE MEORO, M. / MORERA VILLAR, B.: "La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana", cit., p. 1207.

Se ha señalado la incorrección del término progenitores; hubiera sido más correcto emplear el más amplio de padres para no hacer surgir la duda de si la norma se aplica también en los casos de filiación adoptiva²⁸. Entiendo que la cuestión no tiene mayor importancia, si bien es cierto que habrá que descartar en este caso una interpretación literal del precepto y atender al espíritu y finalidad de la norma, conforme al art. 3.I CC, pues, como es sabido, la filiación por naturaleza y por adopción surten los mismo efectos (art. 108 CC)²⁹.

3. Obligación de saneamiento por evicción o vicios ocultos.

La Ley Valenciana no establece ninguna obligación de saneamiento por evicción o vicios ocultos a cargo del que diere o prometiera por razón de matrimonio, como sí hace el art. 1340 CC ("El que diere o prometiere por razón de matrimonio sólo estará obligado a saneamiento por evicción o vicios ocultos si hubiere actuado con mala fe").

Conforme a las reglas generales, el donante no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas salvo si la donación fuese onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen (art. 638 CC).

Nuevamente aquí se plantea la duda de si esta ausencia de regulación en la Ley Valenciana hace que a quienes estén sujetos a la misma no les sea de aplicación dicha obligación o por el contrario, por la aplicación supletoria del CC sí resulte exigible dicha obligación.

En la doctrina, hay autores que mantienen la aplicabilidad del art. 1340 CC, por su carácter supletorio, ante la ausencia de regla en la Ley Valenciana³⁰. Lanzo aquí las mismas reflexiones que respecto a la donación de bienes futuros, y con los mismos argumentos, por lo que, en mi opinión, no se aplicaría la regla especial del CC.

IX. REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO.

I. Causas de revocación.

El art. 35.I LREMV dispone que a las donaciones por razón de matrimonio les son aplicables las causas de revocación de las normas generales y, además, tres causas específicas que enumera el precepto.

28 Así lo señala CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: "Las donaciones por razón de matrimonio", cit., p. 252.

29 Igualmente, CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: "Las donaciones por razón de matrimonio", cit., p. 252.

30 CLEMENTE MEORO, M. E.: "Algunas consideraciones sobre las donaciones por razón de matrimonio", cit., p. 15; BLASCO GASCÓ, F. P. / CLEMENTE MEORO, M. / MORERA VILLAR, B.: "La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana", cit., p. 1207.

Por aplicación de las normas generales, que necesariamente son las de los arts. 644 y ss. CC, las donaciones por razón de matrimonio pueden revocarse por las siguientes causas: a) por supervivencia o superveniencia de hijos; b) por incumplimiento de cargas; y c) por ingratitud.

La Ley Valenciana no excepciona el supuesto de supervivencia o superveniencia de hijos, a diferencia del art. 1343 CC, que sí lo hace. Por tanto, las donaciones por razón de matrimonio sujetas a la Ley Valencia se pueden revocar por las tres causas apuntadas, mientras que las sujetas al Código civil sólo por incumplimiento de cargas y por ingratitud. Resulta sorprendente que la doctrina no se pronuncie aquí a favor de la aplicabilidad del art. 1343 CC ante el silencio de la Ley Valenciana, pues podría entenderse que caben los mismos argumentos esgrimidos respecto a la donación de bienes futuros y a la obligación de saneamiento por vicios ocultos. Como ya he señalado, considero que hay que aplicar lo dispuesto en la Ley Valenciana, con su remisión a las normas generales, y no la regla especial del CC.

Además de las anteriores, por aplicación de las causas específicas, las donaciones por razón de matrimonio pueden revocarse:

a) Si el matrimonio no se celebra, sea cual sea su causa, en el término de un año desde el otorgamiento de la donación. Este caso, en el CC, es un supuesto de ineficacia (art. 1342 CC); en cambio en la Ley Valenciana se configura como un supuesto de revocación, lo que supone que queda a la decisión del donante revocar o no la donación aunque el matrimonio no se celebre; el donante puede querer mantener la donación como ordinaria, aunque el matrimonio no se celebre. Como da igual cuál sea la causa de la no celebración del matrimonio, la donación puede revocarse aunque el matrimonio no se celebre por causa ajena a la voluntad de los contrayentes.

b) Las donaciones modales y condicionales serán revocables por el incumplimiento del modo o de la condición o por su cumplimiento si ésta es resolutoria. El donante podrá revocarlas en el plazo de un año desde que tuvo conocimiento de la causa de revocación. No se señala si el plazo de un año es de prescripción o de caducidad. Teniendo en cuenta que, con carácter general, el art. 35.3 LREMV señala que la acción de revocación caduca en el plazo de un año desde que el donante tenga conocimiento de la causa de revocación, cabe aplicar esta regla general y entender que el plazo del art. 35.1 b) LREMV es un plazo de caducidad³¹.

31 En este sentido, CLEMENTE MEORO, M. E.: "Algunas consideraciones sobre las donaciones por razón de matrimonio", cit., p. 16; BLASCO GASCÓ, F.P./CLEMENTE MEORO, M./MORERA VILLAR, B.: "La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana", cit., p. 1209, quienes argumentan, además, que debe entenderse que es un plazo de caducidad por tratarse de la alteración de una situación jurídica.

c) Si el matrimonio se declara nulo o se disuelve o los cónyuges se separan de hecho o judicialmente. Hay en este punto bastantes diferencias con la regulación del Código:

1º) No se distingue entre donaciones otorgadas por terceros y donaciones otorgadas por los contrayentes (como así hace el art. 1343 CC).

2º) Se prescinde en la Ley Valenciana de toda referencia a la imputación de la causa de la separación o divorcio y de la mala fe en caso de nulidad; en la LREMV, la nulidad, divorcio o separación, sin más, son causa de revocación, mientras que en el sistema del CC, sólo lo serán si al cónyuge donatario le fueran imputables los hechos que causaron la separación o el divorcio o si el donatario hubiese obrado de mala fe en caso de anulación del matrimonio. Se ha señalado que la vinculación causal entre matrimonio y donación es mayor en la Ley Valenciana que en el CC, puesto que en este último la separación y el divorcio no son causa de revocación en todo caso³². No obstante, hay que tener en cuenta que las reglas del CC ya habían sido muy criticadas en la doctrina incluso antes de la reforma de 2005, porque instauraban una especie de sistema sancionador; especialmente, cabe agudizar las críticas desde la reforma de 2005, que elimina las causas de separación y divorcio y que podría haberse aprovechado para modificar el art. 1343 CC, eliminando las referencias a la imputación de la causa de la separación o el divorcio. En este sentido, la regulación de la Ley Valenciana sí que es más acorde con la regulación actual del matrimonio³³.

3º) En la Ley Valenciana no se estima como ingratitud que el donatario incurra en causa de desheredación y tampoco se vincula la nulidad la separación y el divorcio al incumplimiento de cargas o a la ingratitud.

Como se ha señalado en la doctrina, esta última causa evidencia la contradicción en la que incurre la Ley al conceptual tan ampliamente las donaciones por razón de matrimonio, pues resulta que la separación o disolución del vínculo matrimonial es causa de revocación, pero quienes estuvieron casados pueden hacerse donaciones por razón del matrimonio que les unió³⁴.

2. Revocación de donaciones vinculadas al levantamiento del cargas del matrimonio.

Conforme al art. 35.2 LREMV, "Si la donación se revocara y se hubiera vinculado al levantamiento de las cargas del matrimonio, los bienes donados, sin perjuicio de volver a la propiedad del donante, continuarán bajo la administración del cónyuge

32 CLEMENTE MEORO, M. E.: "Algunas consideraciones sobre las donaciones por razón de matrimonio", cit., p. 17; BLASCO GASCÓ, F. P. / CLEMENTE MEORO, M. / MORERA VILLAR, B.: "La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana", cit., p. 1209.

33 De la misma opinión es CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: "Las donaciones por razón de matrimonio", cit., pp. 256-257.

34 Así también CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: "Las donaciones por razón de matrimonio", cit., p. 261.

responsable de atender tales cargas, quien podrá atenderlas con sus frutos, excepto que el donante se hubiera reservado el usufructo de los bienes donados”.

Este precepto es una de las novedades más significativas de la ley³⁵.

Este precepto limita la eficacia de la revocación si la donación se ha vinculado al levantamiento de las cargas del matrimonio, porque en tal caso, el cónyuge que tiene que atender dichas cargas, continúa administrando el bien o bienes y puede atenderlas con sus frutos. Se ha señalado en la doctrina que el precepto parece que establece una especie de usufructo legal³⁶; para otros, se trata más bien de un derecho de uso *ex lege*³⁷, porque parece limitado a las necesidades del usuario y de su familia (art. 524 CC). Sea como fuere, este derecho tendría una duración indeterminada, porque la norma no señala cuándo se extingue. Cabe pensar que, dado que se vincula al levantamiento de las cargas del matrimonio, se extinguirá cuando ya no existan dichas cargas³⁸.

Se establece a su vez una excepción a esta limitada eficacia de la revocación y es que el donante se hubiera reservado el usufructo del bien o bienes donados. En tal caso, el bien ya no quedaría bajo la administración del cónyuge responsable de atender dichas cargas y, desde luego, no podría atenderlas con los frutos del bien. Pero entonces, resulta difícil imaginar una donación vinculada al levantamiento de las cargas del matrimonio si el donante se reservó el usufructo del bien o bienes³⁹.

Este precepto, singular y propio de la Ley Valenciana, como hemos dicho, ha recibido distinta consideración por la doctrina. Por un lado, se ha criticado la norma porque genera una situación paradójica: aunque se produce el efecto revocatorio y el donante recupera la propiedad, sin embargo, dicha propiedad se encuentra limitada por el usufructo legal impuesto al donante a favor del donatario, con lo que se induce a cualquier donante a reservarse el usufructo de los bienes donados de manera precautoria⁴⁰; pero en tal caso, insisto en que resulta difícil imaginar una donación vinculada al levantamiento de las cargas del matrimonio si el donante se reservó el usufructo del bien o bienes donados. Entiendo que la manera de evitar la

35 REYES LÓPEZ, M. J.: “Panorama de las normas de Derecho de Familia”, cit.; MOLINER NAVARRO, R.: “La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalidad Valenciana, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano”, cit.

36 CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: “Las donaciones por razón de matrimonio”, cit., p. 261.

37 CLEMENTE MEORO, M. E.: “Algunas consideraciones sobre las donaciones por razón de matrimonio”, cit., p. 17; BLASCO GASCÓ, F. P. / CLEMENTE MEORO, M. / MORERA VILLAR, B.: “La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana”, cit., p. 1210.

38 En este sentido, CLEMENTE MEORO, M. E.: “Algunas consideraciones sobre las donaciones por razón de matrimonio”, cit., p. 17; BLASCO GASCÓ, F. P. / CLEMENTE MEORO, M. / MORERA VILLAR, B.: “La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana”, cit., p. 1210.

39 En este sentido, CLEMENTE MEORO, M. E.: “Algunas consideraciones sobre las donaciones por razón de matrimonio”, cit., p. 17; BLASCO GASCÓ, F. P. / CLEMENTE MEORO, M. / MORERA VILLAR, B.: “La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana”, cit., p. 1210.

40 CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: “Las donaciones por razón de matrimonio”, cit., p. 261.

aplicación de esta norma sería o bien hacer constar expresamente que la donación no se vincula al levantamiento de las cargas del matrimonio o bien reservarse el usufructo de los bienes donados o, para mayor seguridad, ambas cosas. Con ello, esta previsión normativa podría producir en la práctica un efecto contrario al deseado y es que las donaciones por razón de matrimonio quedarán muy limitadas en su finalidad de ayudar al establecimiento económico de los cónyuges.

Por otro lado, sin embargo, se ha justificado el precepto teniendo en cuenta el carácter preeminente protector de la Ley Valenciana en lo que se refiere a la familia, entendiéndose que el sostenimiento de la familia resulta un muy loable destino para los frutos que produzcan los bienes donados, aunque ya no sean propiedad del donante, destino mucho más loable que engrosar de nuevo el patrimonio del donante ⁴¹.

3. La acción de revocación y su renuncia.

La acción de revocación caduca en el plazo de un año desde que el donante tenga conocimiento de la causa de revocación (art. 35.3 LREMV).

A pesar de concurrir causa de revocación de las donaciones por razón de matrimonio, dispone el art. 35.4 LREMV que el donante podrá renunciar al ejercicio de la revocación, de forma unilateral o convenida, con el donatario o donatarios, novando de esta manera, en su caso, la anterior liberalidad.

Lo que recoge el precepto puede considerarse una manifestación de autonomía privada. Para algunos, concretamente, sería una transacción (art. 1809 CC)⁴². Entiendo que se trata de la manifestación de la renuncia de un derecho, conforme a lo dispuesto en el art. 6.2 CC, que es válida en cuanto no contrarie el interés o el orden público ni perjudique a terceros. Como tal renuncia, debe ser posterior a la causa de resolución, es decir, que no cabe la renuncia preventiva al posible ejercicio de un derecho de revocación en el momento de hacerse la donación y sin saberse entonces si concurrirá o no causa.

Se ha criticado la referencia a la novación en este ámbito, por ser inadmisibles referirse a una renuncia "convenida", ya que la renuncia es un acto unilateral y lo será, en todo caso, del donante⁴³. No obstante, se ha señalado también que el término

41 MOLINER NAVARRO, R.: "La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalidad Valenciana, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano", cit.

42 ASÍ, CLEMENTE MEORO, M. E.: "Algunas consideraciones sobre las donaciones por razón de matrimonio", cit., p. 17; BLASCO GASCÓ, F. P. / CLEMENTE MEORO, M. / MORERA VILLAR, B.: "La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana", cit., p. 1210.

43 CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: "Las donaciones por razón de matrimonio", cit., p. 262, quien señala que "difícilmente cabría imaginar que una declaración tan corta pudiera rebosar de imprecisiones de carácter técnico como resulta de la contenida en el precepto transcrito".

novación utilizado en la norma no debe interpretarse en sentido literal, sino que más bien hace referencia a una renovación de la voluntad del donante en orden a mantener su decisión de donar los bienes y, por tanto, renunciar expresamente al ejercicio de la revocación bien de forma unilateral, bien de forma paccionada (“entendiendo aquí la posible imposición de alguna condición adicional que garantice la no reiteración del acto o conducta que dio lugar a la causa de revocación”)⁴⁴.

Creo que el precepto, si bien con desafortunada redacción, lo que pretende es permitir que se mantenga la donación a pesar de concurrir causa de revocación de la misma.

4. La restitución subsiguiente a la revocación de las donaciones por razón de matrimonio.

Conforme al art. 36 LREMV, en caso de revocación, los bienes donados deberán ser restituidos, a requerimiento del donante, en el estado que resulte del uso adecuado a su naturaleza. El retraso culpable en la devolución del bien tiene para el donatario o para quien resulte imputable el retraso las siguientes consecuencias:

1º) Es deudor de los frutos producidos por la cosa desde que le fue requerida. Cabe señalar que la LREMV se separa de la regla general contenida en el art. 651 CC, que establece que el donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda; sin embargo, en la Ley Valenciana, deben restituirse los bienes y los frutos desde el requerimiento del donante. Entiendo que debe hacerse el requerimiento de modo que quede constancia fehaciente del mismo.

2º) Es deudor del valor del deterioro que la cosa padeciera por el mismo hecho del transcurso del tiempo o por su culpa o negligencia.

3º) Es deudor del importe de los daños y perjuicios padecidos por el revocante a causa de tal retraso.

En su caso, el donante deberá indemnizar al donatario de las mejoras necesarias y útiles hechas en el bien donado. Así pues, el donatario recibe el trato del poseedor de buena fe (art. 453 CC), pues puede exigir al donante no sólo los gastos necesarios, sino también los útiles, teniendo derecho de retención de la cosa hasta que se les satisfagan.

44 MOLINER NAVARRO, R.: “La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalidad Valenciana, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano”, cit.

X. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY VALENCIANA Y SU EFICACIA RETROACTIVA EN RELACIÓN CON LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO.

La LREMV tiene vocación de plenitud, tratando de regular de manera completa todas las cuestiones relativas al régimen económico-matrimonial, por tanto, no sólo lo relativo a la germanía y a la separación de bienes. Desde esta perspectiva, podemos decir que, en buena medida, duplica una regulación que ya existía en el CC, y que desde la entrada en vigor de la Ley, es de aplicación a todos los matrimonios que deban regirse por la Ley Valenciana, por tanto, también a los contraídos con anterioridad a esta Ley⁴⁵, cuyo régimen económico matrimonial será el que fuera (normalmente, la sociedad de gananciales si no se otorgaron capitulaciones o el régimen de separación del CC si sí se otorgaron en este sentido), pero que quedarán sujetos a las disposiciones generales de la LREMV y al resto de la misma si otorgan capitulaciones matrimoniales al amparo de la nueva legislación o deciden hacer constar el carácter agermanado de un bien o bienes. Así se deduce de lo dispuesto en la Disposición Transitoria y en el art. 2 LREMV.

Conforme a la Disposición Transitoria, la Ley no tiene carácter retroactivo por lo que se refiere al estricto régimen económico matrimonial, de manera que los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la LREMV quedarán sometidos a la sociedad de gananciales del CC o al régimen que hubieran acordado en capitulaciones matrimoniales (sin perjuicio de poder otorgar nuevas capitulaciones al amparo de la nueva legislación), mientras que los matrimonios celebrados después de la entrada en vigor de la Ley, quedarán acogidos al régimen de separación de bienes que la misma establece como legal supletorio, salvo que en carta de nupcias pacten un régimen distinto. Ahora bien, las disposiciones generales serán de aplicación a todos los matrimonios a los que les sea aplicable la Ley Valenciana.

Conforme al art. 2 LREMV, “esta ley se aplicará a los matrimonios cuyos efectos deban regirse por la ley valenciana, conforme al artículo 3 del Estatuto de Autonomía y a las normas para resolver conflictos de leyes aprobadas por el Estado”; en consecuencia, la Ley se aplicará cuando ambos cónyuges tengan vecindad civil valenciana; cuando uno de ellos tenga vecindad civil valenciana o resida en la Comunidad Valenciana y los cónyuges hayan optado por la Ley Valenciana en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; cuando la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio se fije en la Comunidad Valenciana; cuando el matrimonio se celebre en

45 En este sentido, BLASCO GASCÓ, F.P./CLEMENTE MEORO, M./MORERA VILLAR, B.: “La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana”, cit., p. 1161; MOLINER NAVARRO, R.: “La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalidad Valenciana, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano”, cit.; BELDA CASANOVA, C.: “Estado actual del régimen matrimonial valenciano, cinco años después de su instauración”, en www.derechocivilvalenciano.com (2013) núm. 14.

la Comunidad Valenciana (arts. 3 del Estatuto y 9.2 y 16.3 CC). Puede verse en este sentido la SAP Alicante 13 septiembre 2012⁴⁶.

Respecto a las donaciones por razón de matrimonio, la anterior afirmación debe matizarse en el siguiente sentido:

1º) Actualmente, en los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley Valenciana, los cónyuges pueden hacerse recíprocamente y recibir de terceros donaciones por razón de matrimonio, que quedarán sujetas a la Ley Valenciana si ésta es la que les resulta aplicable. Es decir, no quedan sometidos a las reglas del CC y por tanto al requisito de antenuptialidad.

2º) Ahora bien, cuando el donante sea un tercero, habría que ver si le resulta aplicable la Ley Valenciana, pues las donaciones se regirán en todo caso por la ley nacional del donante (art. 10.7 CC).

3º) En cuanto a las donaciones efectuadas antes de la entrada en vigor de la Ley Valenciana, por aplicación del principio *tempus regit actum*, deberían seguir sometidas a las normas bajo cuya vigencia se realizaron, teniendo en cuenta que no se ha derogado la normativa del CC respecto a estas donaciones. Ahora bien, realmente, en la práctica, esto tendría efectos limitados al caso de revocación de dichas donaciones.

46 SAP Alicante (sección 4ª) 13 septiembre 2012 (JUR 2013, 18006).

BIBLIOGRAFÍA

ADÁN GARCÍA, M. E.: "La Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. Su incidencia registral cinco años después de su entrada en vigor", en www.derechocivilvalenciano.com (2013), núm. 14.

ALGARRA PRATS, E.: "Las donaciones por razón de matrimonio", en AA.VV.: *El régimen económico del matrimonio* (coords. RAMS ALBESA/MORENO Martínez). Madrid (2005): Dykinson, pp. 183 y ss.

BELDA CASANOVA, C.: "Estado actual del régimen matrimonial valenciano, cinco años después de su instauración", en www.derechocivilvalenciano.com (2013), núm. 14.

BLASCO GASCÓ, F. P. / CLEMENTE MEORO, M. / MORERA VILLAR, B.: "La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dirs. YZQUIERDO TOLSADA/CUENA CASAS), vol. VII. Cizur Menor (Navarra) (2011): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 1161 y ss.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: "Las donaciones por razón de matrimonio", en AA.VV.: *El Régimen Económico Matrimonial de la Comunidad Valenciana* (coord. MAS BADÍA). Madrid (2010): Tecnos, pp. 223 y ss.

CLEMENTE MEORO, M. E.: "Algunas consideraciones sobre las donaciones por razón de matrimonio en la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano", *Revista Jurídica de la Comunidad* (2009), núm. 30, pp. 7 y ss.

COBAS COBIELLA, M. E. / GUILLÉN CATALÁN, R.: "La Llei 10/2007, de 20 de març, de la Generalitat, de règim econòmic matrimonial valencià", en www.derechocivilvalenciano.com (2010), núm. 7.

GUILLÉN CARRAU, J.: "El régimen económico matrimonial valenciano. ¿Versión final tras la Ley 8/2009?", *Revista Jurídica de la Comunidad* (2010), núm. 33, pp. 31 y ss.

MOLINER NAVARRO, R.: "La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalidad Valenciana, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (modificada por la Ley 8/2009). Cuestiones abiertas en torno a su aplicación", en www.derechocivilvalenciano.com (2013), núm. 14.

REYES LÓPEZ, M. J.: "Panorama de las normas de Derecho de Familia en la Comunidad Valenciana", en www.derechocivilvalenciano.com (2014), núm. 20.

EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA HABITUAL DE LA
FAMILIA: REALIDAD NORMATIVA Y PERSPECTIVA DE FUTURO

*THE USAGE OF THE FAMILIAR RESIDENCE BY JUDICIAL ASSIGNMENT:
LEGAL REALITY AND A PREDICEBLE OUTLOOK*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 264-291



Juan Antonio
TAMAYO
CARMONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de agosto de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: La heterogénea regulación del derecho de uso de la vivienda familiar, en casos de nulidad, separación y divorcio dentro de los distintos Ordenamientos civiles en España, conlleva la dificultad añadida de establecer no ya los perfiles de este derecho por lo general, atípico, sino su propio régimen jurídico frecuentemente en oposición al régimen de la titularidad de los bienes. La posibilidad de limitar su duración con independencia de la existencia de hijos in potestate, así como su carácter patrimonial a efectos de poderse compensar económicamente a través de la pensión alimenticia, son aspectos que, previstos en la legislación civil autonómica, se enfrentan a la regulación dispuesta en la legislación común del Estado, junto con la interpretación realizada por el Tribunal Supremo.

PALABRAS CLAVE: Derecho de uso de la vivienda familiar, caracteres del derecho.

ABSTRACT: In Spanish law there is a diversity of legal treatment of the right of use of the family home in cases of nullity of marriage, separation or divorce, which affects its legal regime. In particular, concerning to the possibility of agreeing a temporary limit in practice, with children in potestate, or being suitable with an economic compensation, issues that confront the rules of common law and the doctrine of the Tribunal Supremo with the rules of some Comunidades Autónomas that have legislated about this subject.

KEY WORDS: Right of usage of the family residence, profiles of the right

SUMARIO.- I. Introducción.- II. El derecho de uso de la vivienda familiar: panorama normativo estatal.- I. El derecho de uso y el Derecho civil común: art. 96 CC.- A) Configuración judicial del derecho.- B) Rigorismo y automaticidad en la aplicación del art. 96 CC.- 2. El derecho de uso y la Legislación civil autonómica.- A) Derecho civil catalán.- B) Derecho civil aragonés.- C) Derecho civil valenciano.- III. El derecho de uso de la vivienda familiar: nuevas perspectivas de regulación.- I. Anteproyecto sobre el Ejercicio de la corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación y divorcio.- 2. Algunas cuestiones derivadas del nuevo panorama normativo.- A) Compensación económica por la pérdida de uso.- B) El derecho de uso y la acción de división de la cosa común.- C) Eficacia y oponibilidad del derecho de uso.- D). Titularidad del derecho de uso.- E) La limitación temporal del derecho de uso.

I. INTRODUCCIÓN¹.

La configuración de España como un Estado descentralizado tanto a nivel gubernativo como legislativo, ha dado como resultado la existencia de diversos centros normativos en materia civil, siguiendo los criterios de competencia y materia, delineados en la Constitución española de 1978. Sin perjuicio de las controversias que ha planteado y plantea la aplicación y, sobre todo, la extensión de la materia civil sobre la que pueden legislar las Comunidades Autónomas (art. 149.1º, 8ª CE), lo cierto es que en la actualidad varias son las que han legislado en materia matrimonial en general, y sobre el derecho de uso de la vivienda familiar en particular; pluralidad de regulaciones que en ocasiones se desvincula no tanto de la letra, como de la interpretación realizada por los Tribunales ordinarios y particularmente el TS.

Planteado el marco objetivo en el que se acomodará el presente estudio, es momento de apuntar cuál va a ser su contenido, comenzando con la propia referencia al derecho de uso de la vivienda familiar. A efectos de este trabajo, se ha de entender por tal a la facultad de permanecer uno de los cónyuges en lo que hasta el momento de la crisis matrimonial, había constituido la residencia habitual de los integrantes de la familia, independientemente de la existencia de hijos menores (en tal caso, se atribuirá el uso al cónyuge más necesitado de protección), y de la titularidad del inmueble; posibilidad que en todo caso deberá ser sancionada por la sentencia judicial, bien aprobando el acuerdo al que hayan podido llegar las

¹ La base de datos jurisprudenciales utilizada es CENDOJ (<http://www.poderjudicial.es>)

• Juan Antonio Tamayo Carmona

Profesor Titular de la Universidad de Valencia desde el año 2002. Es autor de numerosas monografías y artículos de revista, principalmente centradas en el ámbito del Derecho patrimonial. Igualmente ha realizado estancias en el Institute of Advanced Legal Studies (IALS) de la Universidad de Londres, y Jurisdische Bibliothek de la Universidad de Berna, e impartido cursos y ponencias en distintas universidades extranjeras, como la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Santa Cruz de la Sierra, Bolivia) o Universidad de Varmia-Masuria (Olsztyn, Polonia). Correo electrónico: Juan.A.Tamayo@uv.es

partes (los cónyuges) en el curso del proceso, bien decidiéndolo discrecionalmente el Tribunal, con intervención del Ministerio Fiscal en todos aquellos supuestos en que medien hijos menores o incapacitados².

Las variables que habrá de tener en cuenta el Juez a la hora de pronunciarse la atribución de tal derecho de uso básicamente se centrarán en la existencia o no de hijos *in potestate*, y en su defecto, la situación más necesitada de protección (entendiéndose que siempre lo será cuando medien hijos menores o incapacitados). Y como ya se ha apuntado, con independencia de quién sea el titular de la vivienda, privativa del cónyuge o ex cónyuge no usuario, o bien copropiedad (sea ordinaria, sea ganancial).³

La principal razón: el principio de interés del menor, que trasciende de cualquier interés patrimonial o económico de las partes, en este caso, el derecho sobre la vivienda. La naturaleza atípica de tal derecho, de reconocida eficacia *erga omnes* y de constitución judicial hará que su nacimiento suponga una evidente tensión con el régimen de propiedad en general, o lo que es igual, como el titular o cotitular del bien cuyo uso es objeto de adjudicación judicial de una forma exclusiva y excluyente al otro cónyuge o ex cónyuge, cotitular en su caso del derecho sobre la vivienda, en caso contrario, mero integrante del núcleo familiar.

Su eficacia general, acaso causada por la posibilidad de inscribir tal derecho en el Registro de la Propiedad a efectos de su publicidad y consiguiente oponibilidad, producirá una distorsión no poco importante sea del régimen de tenencia y disfrute de los bienes, sea del tráfico jurídico, no tanto en su aspecto formal (en cuanto el bien podrá ser objeto de disposición por su titular, aunque en todo caso respetando la pervivencia del derecho de uso a favor de un tercero), sino material, en lo que afecta a su valoración económica, manifiestamente disminuida por tal derecho.

La parquedad de la Ley estatal (art. 96 CC) a la hora de perfilar los caracteres de tal derecho ha dado lugar, además de una profusa producción bibliográfica en la materia, un constante aunque no siempre uniforme pronunciamiento jurisprudencial a lo largo de la vigencia de tal norma⁴, adaptándola en la medida de lo posible a la realidad social del tiempo en que se aplica.

Hoy en día, sea por la existencia de configuraciones legales del derecho de uso a nivel autonómico, y en gran medida coincidentes, sea por las necesidades

2 Cfr., en materia de medidas provisionales, arts. 103.2^º y 104 CC; como medidas *definitivas*, art. 96 CC.

3 Uno de los aspectos más controvertidos, y en los que por razones del objeto de este estudio no se va a entrar, es el de la posibilidad de reconocer tal derecho a parejas no matrimoniales. De mediar hijos menores, los Tribunales han resuelto aplicar la medida básicamente por el principio de no discriminación de los hijos, en este caso, por razón de su filiación extramatrimonial; en el caso de que no haya hijos *in potestate*, la respuesta parece ser la contraria.

4 Introducida por la Reforma del CC de 1981 (Ley 30/1981, de 7 de julio)

que vienen impuestas por la realidad social, parece conveniente no tanto revisar la doctrina jurisprudencial de la norma, como el impulso legislativo estatal en la materia; cuestión que parece haber sido atendida al encontrarse en la fase de Anteproyecto, la denominada *Ley de Custodia Compartida*, que además de otros puntos, entrará a regular el régimen jurídico del derecho de uso sobre la vivienda familiar de una forma más armónica con el resto de la legislación estatal, aunque en este caso, de ámbito autonómico.

II. EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: PANORAMA NORMATIVO ESTATAL.

Tal y como se ha apuntado más arriba, en España existen en la materia relativa al derecho de uso de la vivienda habitual de la familia, diversos puntos de referencia normativos, sea a nivel estatal, sea a nivel autonómico. Así, respecto al primero de ellos, nos encontramos con la regulación del CC, y en particular, con el art. 96; en atención al segundo de los niveles, el autonómico, con las Ley catalana 25/2010, de 29 de Julio, por la que se aprueba el Libro II del CC Cat., Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, y Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Finalmente, y de forma indicaria, se hará referencia al Anteproyecto de Ley estatal sobre la denominada custodia compartida de 2011, donde parece adecuar la normativa aplicable a todos los territorios del Estado.

I. El derecho de uso y el Derecho civil común: art. 96 CC.

El tenor del art. 96 CC es el siguiente: "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular; siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial".

Tal y como dispone la norma, la asignación del derecho de uso de la vivienda familiar –a resolver en todo caso por la Autoridad judicial –, se articula en torno a la existencia o no de hijos, y en su caso, la atribución de la guarda y custodia, y en segundo término, la existencia o no de un acuerdo entre los cónyuges a homologar por el Juez. En el supuesto de que medien hijos menores o incapacitados, es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en cuanto valedor legal de los intereses del menor, y la atribución del uso de la vivienda corresponderá al cónyuge *en cuya compañía queden*⁵.

En este punto, es importante subrayar que el régimen general es el de la guarda y custodia compartida siempre que se solicite por los padres, aunque excepcionalmente podrá acordarse por el Juez cuando sea solicitada por uno sólo de ellos, y se considere más beneficioso para el menor⁶. En estos casos, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar dependerá de las circunstancias del caso, a resolver en última instancia por el Juez contando con el informe del Ministerio Fiscal⁷.

A) Configuración judicial del derecho.

Centrando el tema en los caracteres del derecho de uso relativos a su duración o bien su eventual valoración económica, es constante la doctrina del TS afirmando dos aspectos: su vinculación directa al principio de *favor filii*, al entenderse como un elemento determinante de la formación integral del menor y, en segundo lugar, su marcado carácter asistencial, contenido en la obligación específica de alimentos debidos por los titulares de la patria potestad⁸. Tan sólo en el supuesto de que los hijos sean mayores de edad parece poderse establecer un término al derecho, generalmente abierto, y centrado en la independencia económica del hijo⁹. Mientras se encuentren bajo la *patria potestad* de los padres, la posibilidad de establecer un plazo transcurrido el cual se extinguirá el derecho se encuentra limitada, tanto para los propios padres, estipulando las consecuencias del proceso matrimonial, como sobre todo, al Juez¹⁰.

5 Si bien los términos del art. 96.I CC pueden dar lugar a la inclusión de los hijos mayores de edad al no hacer referencia a la *guarda y custodia*, es pacífico entender que la norma se aplicará a los hijos *in potestate*, y no a los mayores de edad. En tal sentido, STS 5 septiembre 2011 (nº. res. 624/2011), que considera que en el supuesto de que los hijos sean mayores de edad, el régimen de atribución será la del art. 96.III CC, es decir, el supuesto de no concurrencia de *hijos*. Igualmente, SSTS 11 noviembre 2013 (ROJ: STS 5468/2013) o 12 febrero 2014 (ROJ: STS 1229/2014).

6 Cfr. art. 92. 5 y 8 CC

7 Cfr. art. 92. 8º CC. El inciso relativo a que el informe debería ser *favorable* fue declarado nulo por el TC [STC 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185)].

8 Para una visión general del tema, vid. TAMAYO CARMONA, J.A.: *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Pamplona (2003): Thomson-Aranzadi, pp. 90-104.

9 Hay que resaltar en este caso, que la obligación habitacional no derivará de la filiación, sino de la obligación genérica de alimentos entre parientes –arts. 142 y ss. CC–. Cfr. STS 5 septiembre 2011 (ROJ: STS 6237/2011).

10 Cfr. SSTS 1 y 14 abril 2011 (ROJ: STS 2053/2011 - STS 2672/2011), 17 octubre 2013 (ROJ: STS 5003/2011) y 3 abril 2014 (ROJ: STS 1356/2014). Por su parte, un pacto capitular en el que se establezca la asignación y plazo del derecho de uso de la vivienda familiar podrá desplegar plenamente su eficacia... siempre y cuando no lo impugna

Así, la posición que mantiene el TS respecto al art. 96.I CC no deja margen para la limitación temporal del derecho de uso de la vivienda familiar; aunque igualmente se muestra favorable a tal posibilidad, como “solución de futuro”. O en otros términos, cuando se reforme la norma¹¹.

La siguiente cuestión es la posibilidad de dotar de carácter económico al derecho de uso, concretamente si puede ser sustituido por una compensación económica que integrando la pensión alimenticia de los hijos, pudiese dar respuesta a sus necesidades habitacionales. El apuntado carácter asistencial y familiar de tal derecho lo alejaría en un primer momento de poderlo considerar como un mero derecho de crédito, pero teniendo en cuenta que en esta materia rige el principio de protección al menor; tampoco se ha de erigir como un obstáculo insalvable.

Efectivamente, desde el momento en que la que ha sido vivienda familiar; donde ha transcurrido el desarrollo personal y social del menor pueda no ser considerada como idónea, digna o adecuada para la formación del hijo – p.ej., por encontrarse en un barrio conflictivo, por las causas que se crea pertinentes –, el propio principio de *favor filii* podrá aconsejar el abono en metálico de la parte de la pensión alimenticia que corresponda a ambos padres, a efectos de procurar habitación, y sin dar lugar pues, al pronunciamiento sobre quién deberá seguir en la vivienda.

B) Rigorismo y automaticidad en la aplicación del art. 96 CC

La norma del art. 96.I CC ha sido largamente aplicada de una forma sino automática, sí a partir de una interpretación cuanto menos estricta, no incluyendo en su ámbito de aplicación aquello que explícitamente no se desprenda del tenor de sus términos¹². No obstante, desde la aprobación de esta norma han pasado más de treinta años, y la “realidad social del tiempo” en que la norma ha de ser aplicada¹³ dista de ser la prevista por el Legislador de 1981.

Así las cosas, el *favor filii* o el interés prevalente del menor en cualquier decisión que pueda afectarle¹⁴, ha propiciado que el rigorismo con el que se ha aplicado el art. 96 CC atribuyendo sin más el derecho de uso al cónyuge custodio haya sido progresivamente matizado tanto por el TS, como la denominada *jurisprudencia menor*, o sentencias de las AAPP.

ninguno de los cónyuges (si bien como ya se ha apuntado, la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva, por lo que hipotéticamente podría actuar de oficio).

11 STS 17 octubre 2013, FD 1º.

12 Aplicando a su vez un criterio interpretativo lógico *ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*. Ciertamente el art. 96.I no habla de la posibilidad de pactar un término o plazo de duración a la adjudicación del derecho de uso, pero tampoco impide lo contrario.

13 Art. 3.I CC.

14 Cfr., art. 2 Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Respecto a los criterios interpretativos del *favor filii* en la adopción de medidas, *vid.* STS 25 abril 2014 (ROJ: STS 1699/2014).

Las principales críticas al tal rigorismo en la atribución del derecho de uso cuando median hijos menores de edad son favorables a una cierta relativización del tema, integrando el peso específico de la vivienda familiar en el conjunto de la economía doméstica, acercándose la última línea jurisprudencial mantenida por el TS en la materia. Sin perjuicio de las sentencias de AAPP, que dieron lugar a los pronunciamientos del TS en recurso de casación¹⁵, ciertamente el Alto Tribunal no ha sido ajeno a la realidad económica y social y como no, su correspondiente incidencia en el ámbito familiar; en el que la vivienda se erige en la principal inversión de los cónyuges¹⁶.

Tal y como apuntó la STS 29 marzo 2011¹⁷, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar no puede configurarse como una expropiación del derecho que sobre la misma tuviese el cónyuge no beneficiado por la medida, cuando el interés del menor; a saber; habitacional, ya se encontrase suficientemente cubierto sin pasar necesariamente por la que había sido su vivienda familiar¹⁸. La atribución del derecho de uso de la vivienda muestra un incipiente desarraigo del calificativo *familiar*, integrándose en la obligación de procurar alimentos en su más amplia extensión

15 Flexibilizando los criterios de aplicación del art. 96.1 CC con base en una lectura abierta del "interés prevalente del menor", y la incidencia de la adjudicación del uso de la vivienda en las distintas economías concurrentes, y medidas a adoptar, es constante el posicionamiento de la AP de Valladolid permitiendo en su caso la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar [SSAPValladolid 19 mayo 2008 (RO):SAPVA 301/2008); 5 septiembre 2008 (RO):SAPVA 583/2008); 1 octubre 2009 (RO):SAPVA 1196/2009); 13 diciembre 2011 (RO):SAPVA 1731/2011); 25 abril 2012 (RO):SAPVA 636/2012); 18 junio 2012 (nº. res. 271/2012); 1 y 9 octubre 2012 (RO):SAPVA 1257/2012- RO):SAPVA 1333/2012)]. De igual modo, la AP de Madrid [SSAP Madrid 20 mayo 2011 (RO):SAP M 6624/2011); 10 junio 2011 (RO):SAP M 8868/2012); 16 marzo 2012 (RO):SAP M 8868/2012)...]. Tal posición ha sido rechazada reiteradamente por el TS cuando ha tenido la ocasión de pronunciarse (Así, SSTS 1 y 14 abril 2011 (RO):STS 2053/2011- STS 2672/2011); 21 junio 2011 (RO):STS 3985/2011); 5 noviembre 2012 (RO):STS 7071/2012); 17 octubre 2013 (RO):STS 5003/2013) y 3 abril 2014 (RO):STS 1356/2014).

16 Sea en régimen de propiedad, o arrendamiento. En consideración al peso específico de los gastos dedicados a la vivienda, y gastos directamente vinculados a ella, es notoriamente el más alto dentro de la renta familiar. Acudiendo a las tablas estadísticas del INE (secuencia 2006 ~ 2011), el porcentaje de tales gastos (grupos 4 y 5) supera 1/3 parte de la renta (Año 2006: 24.81 % + 5.93 % — Año 2007: 25.63 % + 5.66 % — Año 2008: 27.25 % + 5.20 % — Año 2009: 29.43 % + 5.04 % — Año 2010: 30 % + 4.87 % — Año 2011: 31.30 % + 4.71 %), porcentaje que dobla al siguiente en número, el de alimentos (grupo 1. Año 2006: 14.38 % — año 2011: 14.39 %). Vid. <http://www.ine.es/jaxiBD/tabla.do?per=12&type=db&divi=EPF&idtab=392>

17 RO):STS 1659/2011.

18 En el caso de autos, el menor venía ocupando como vivienda la adquirida por el progenitor custodio, pretendiendo que se realizase una atribución de la que había sido vivienda familiar, con independencia de que viniese siendo efectivamente ocupada. Es decir, en términos de la propia sentencia, una suerte de "reserva" de la vivienda para el hipotético caso de que no siguiese usando la que ocupaba en la actualidad. En igual sentido, SSTS 10 octubre 2011 (RO):STS 6496/2011), resolviendo un supuesto en que lo que había sido vivienda familiar había sido en concepto de precario, teniendo otra vivienda en régimen de copropiedad, arrendada a un tercero. El Tribunal permite que sigan ocupando lo que había sido vivienda familiar; pero establece como límite temporal la fecha de expiración del contrato de arrendamiento de otra vivienda, o en su caso, desde el momento en que se produzca el desalojo de los inquilinos (si es anterior). En tal caso, se adjudica el derecho de uso de una vivienda que no es ni ha sido familiar; arguyendo la obligación alimentaria de los titulares de la *patria potestad*. En igual sentido, SSTS 5 noviembre 2012 (RO):STS 7071/2012); 17 junio 2013 (RO):STS 3347/2013), en que explícitamente concluye con que el interés de menor no pasa forzosamente ni por sus apertencias, ni por mantener el uso de lo que había sido su vivienda, cuando puede ocupar otra en las mismas condiciones de dignidad. En tal sentencia, lo que había sido vivienda familiar era un complejo de 7 hectáreas de extensión, con vivienda, club social y distintas instalaciones, tanto deportivas como de ocio, contando con propia cuadra de caballos. Se atribuye el derecho de uso de la vivienda que había sido efectivamente familiar durante un plazo máximo de tres años, permitiendo ocupar al otro cónyuge otra vivienda copropiedad de ambos, hasta el momento que pase a ser ocupada por el progenitor con la guarda y custodia del hijo.

a los hijos, derivados de la *patria potestad*, por lo que teniendo siempre como punto de partida –y llegada– el interés del menor, los Tribunales podrán articular el mecanismo más conveniente para su mejor satisfacción.

Sintetizando esta doctrina del TS, en S. 17 octubre 2013¹⁹ se recogen las circunstancias que permitirían matizar, y en su caso, suprimir, el apuntado rigorismo en la aplicación del art. 96.I CC:

a) Nuevo alojamiento del padre custodio, ocupada efectivamente por el hijo menor.

b) Tenencia de un inmueble, apto para satisfacer las necesidades habitacionales del menor; aunque no haya sido ocupada efectivamente ni haya tenido carácter de *familiar*.

c) Que no es contrario al *favor filii* ni al interés del menor el establecimiento de una limitación temporal al derecho de uso, cuando las necesidades del menor puedan estar cubiertas

Con estos elementos, parece que el automatismo de la medida a adoptar al tenor del art. 96.I CC queda sensiblemente relajado, al menos en lo que afecta a la prestación *in natura* del derecho de habitación de los menores: la vivienda ni tendrá que ser la que venía siendo habitual (vivienda familiar), ni siquiera tendrá que haber sido ocupada en el pasado, y además, es posible su limitación temporal. ¿Podrá ser cumplida *por equivalente*?, o en otros términos, ¿mediante una compensación económica integrada en la pensión alimenticia?

El TS no ha llegado a tanto: aun manejando tales circunstancias para limitar el rigorismo en la aplicación de la norma. Siguiendo con la S. 17 octubre 2013,

19 ROJ: STS 5003/2013. El recurso de casación resuelve un supuesto de limitación temporal y ulterior compensación económica de la adjudicación del derecho de uso de lo que había sido la vivienda habitual de la familia, a resultas de un procedimiento de divorcio. Sucintamente, el proceso se inicia por la vía penal ante el Juzgado de Violencia contra la Mujer n°. 1 de Valladolid, y se decreta entre otras medidas civiles, adjudicar el mencionado derecho de uso a la demandante y al hijo común del matrimonio. Tal fallo se recurre en apelación por el demandado, a la par propietario del inmueble, solicitando entre otras cuestiones, la modificación de tal medida con base principalmente a dos razones: en primer lugar, no se podía considerar como vivienda familiar en cuanto la demandante había abandonado el domicilio junto al hijo común, estableciéndose en casa de sus padres hasta la resolución en primera instancia, y en segundo lugar, que dispone de recursos económicos suficientes para satisfacer las necesidades habitacionales del hijo e otro inmueble mediante la correspondiente compensación en la pensión alimenticia. La AP de Valladolid, en S. 9 octubre 2012 (ROJ: SAP VA 1333/2012), recoge tales argumentos y modifica parcialmente la medida de asignación del derecho de uso, estableciendo un límite temporal de tres años, y remite a una correspondiente modificación de la pensión alimenticia a favor del menor, incrementándola en su caso por el cese del uso de la vivienda (incremento que podía ser cumplido suficientemente por el deudor). Hay que señalar que el niño tenía en el momento de los autos 4 años, y cuando se trasladó de vivienda, dos años. El Ministerio Fiscal recurre en casación por infracción del art. 96 CC basándose en la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 1 de abril de 2007, según la cual, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio de protección del menor, no pudiendo ser limitado por el Juez salvo en el supuesto previsto por el propio art. 96.III 3º CC (inexistencia de hijos). El TS estima el recurso.

establece que no obstante a lo ya apuntado, el interés del menor exige que exista una previsión concreta y determinada respecto a la satisfacción de sus necesidades habitacionales, más en el supuesto de que se haya podido establecer un plazo al derecho de uso. Y no considera que se satisfaga tal deber alegando una simple modificación de las medidas económicas adoptadas, en concreto, con el incremento de la pensión de alimentos, una vez llegado el *dies ad quem*.

En este punto, el TS es terminante: la norma del art. 96.l “no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al Ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor”.

Aunque considera que pudiese ser “una solución de futuro” en una eventual reforma de la Ley, la norma del art. 96.l, dice, es taxativa.²⁰

2. El derecho de uso y la Legislación civil autonómica.

Distintas Comunidades Autónomas con competencia legislativa en materia civil han legislado sobre esta materia, a propósito de la regulación de la denominada custodia compartida, y la consecuente reordenación de las medidas judiciales a adoptar en el procedimiento matrimonial, en particular, la atribución en su caso del derecho de uso de la vivienda habitual. Y ciertamente, en tales cuerpos normativos se establece un régimen de asignación que difiere sensiblemente del contemplado en el CC, al menos en los términos en que ha sido interpretada la norma del art. 96.l.

En concreto, cuatro han sido las leyes autonómicas que han regulado la materia, aunque de ellas serán tres las que entren con el régimen de uso de la vivienda. Se trata de las Leyes 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro II del CC Cat. (Persona y Familia), la Ley del Parlamento Aragonés 2/2010, de 26 de mayo, de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres²¹, y la Ley de la Generalitat Valenciana 5/2010, de 1 de abril, de Relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos Progenitores no conviven²².

20 Que efectivamente contempla el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, de 19 de julio de 2013, que reformaría entre otros, el art. 96 CC.

21 Integrada en el RDLg. 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código de Derecho Foral Aragonés.

22 Igualmente se encuentra la Ley Foral Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre Custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, que no será objeto de exposición al centrarse en los aspectos estrictamente personales (guarda y custodia).

A) Derecho civil catalán.

El tenor del art. 233-20 (*Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar*^{23*}) es el siguiente:

1. Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados.

2. Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta.

3. No obstante lo establecido por el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos:

- a) Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores.
- b) Si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad.
- c) Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.

4. Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

5. La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

6. La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos.

23 * Texto oficial en castellano (BOE 21 de agosto de 2010, núm. 203).

7. La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge.

El régimen de adjudicación de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial se encuentra recogido en los arts. 233-20-25 CC Cat.²⁴, en una regulación que destaca por resolver buena parte de las cuestiones que a lo largo del tiempo se habían planteado en su aplicación. Centrando el tema, el apuntado rigorismo del art. 96.I CC queda desplazado por una relativización del concepto de *vivienda familiar*, cuyo uso, o continuación en su uso, se determinará en atención a dos principios —y no ya sólo uno—: el de *favor filii*, o interés o beneficio del menor; y del “interés más necesitado de protección”, se entiende, de cualquiera de los cónyuges con independencia de que sea los que tengan la guardia y custodia de los hijos. Y no menos importante, la medida se entenderá comprendida dentro del deber de alimentos permitiendo que, atendiendo a los principios apuntados, la medida pueda ser sustituida por una prestación económica que satisfaga cumplidamente las necesidades habitacionales de los menores.

Así, tal y como dispone la norma la regla general será la atribución del uso de la vivienda al progenitor custodio (art. 233-20.2 CC Cat.), aunque podrá adjudicarse al no guardador atendiendo a determinadas circunstancias, que atenderán principalmente al interés del cónyuge más necesitado de protección²⁵. Pero como regla general, tendrá su primera excepción en su siguiente ordinal: los supuestos en que no habiendo perjuicio a los hijos, la necesidad del padre no custodio así lo aconseje. Es especialmente significativo este punto, al poderse apreciar que el interés de los hijos, sus necesidades existenciales, por decirlo resumidamente, no pasan de manera necesaria por continuar en la ocupación del inmueble, bastando con que puedan ver satisfecha su necesidad de habitación en condiciones similares a las que venían disfrutando (art. 233-20.4 CC Cat.).

En tal sentido, la relativización del derecho de uso de la vivienda²⁶ y su supeditación a las circunstancias económicas de los titulares de la *patria potestad* se corrobora explícitamente con lo dispuesto en el artículo siguiente; el 233-21 CC Cat., que permite que no haya lugar a la adjudicación del uso cuando, a solicitud de uno o ambos cónyuges, el beneficiario tenga recursos suficientes para cumplir las necesidades de vivienda propias como la de sus hijos, o el no adjudicatario

24 Lb- II, Persona y Familia Tit. III, La familia, Cap. III, Los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial, Secc. 4ª, Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar.

25 Sea porque no haya hijos *in potestate*, o habiéndolos, la situación del cónyuge que tenga su guarda hace prever que una vez que será, o seguirá siendo, el interés más necesitado de protección (art. 233-20.3 CC Cat.).

26 Que no necesariamente deberá ser la *familiar* (cfr. art. 233-20.6 CC Cat.).

pueda cumplir debidamente las pensiones tanto alimenticias de los hijos, como compensatoria, en su caso²⁷.

Así las cosas, y entrando con la posibilidad de limitar la asignación del uso de la vivienda, de una primera lectura de la norma parecería obtenerse la conclusión de que resulta obligado realizar una distinción, según hayan mediado hijos menores o no. De modo que la posibilidad de establecer un plazo que limitase el derecho sólo cabría en el segundo de los supuestos, y no cuando los hijos *in* potestate hayan sido causa principal de la adjudicación (*rectius*, el principio de interés prevalente de los menores)²⁸. Pero tal impresión puede resultar aparente, en cuanto en los supuestos de adjudicación del derecho de uso atendiendo a la custodia de los hijos, la finalización de la guarda actúa como primera causa de extinción del derecho, sea por modificación sobrevenida, sea por la emancipación del menor²⁹. Se trataría lógicamente de un plazo *sui generis*, pero que reafirma el carácter esencialmente temporal del derecho, tanto por la limitación legal, como la convencional o judicial³⁰.

Finalmente, con relación a la cuestión relativa al carácter patrimonial o no del derecho de uso, y su posibilidad de ser computado en las partidas estrictamente económicas de la ruptura matrimonial –pensiones, de carácter alimenticio o compensatorio–, de lo ya expuesto se sigue su naturaleza económica. La medida se contempla como una forma de satisfacer la obligación de alimentos *in natura*, que repercutirá en la pensión alimenticia debida a los hijos –disminuyéndola proporcionalmente–; igualmente se permite poder darle cumplimiento *por equivalente*³¹, y por último, deberá ponderarse en la cuantificación de la pensión compensatoria del cónyuge que hubiese sufrido desequilibrio económico, cuando sea beneficiario de la medida³².

B) Derecho civil aragonés.

La Comunidad Autónoma de Aragón ha tenido igualmente la oportunidad de regular la materia a partir de la custodia compartida, en su Ley 2/2010, de 26

27 Art. 233–21.1. *Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda.*

La autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos: a) Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos. b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos.

28 Cfr. art. 233-20.5 CC Cat.

29 Cfr. art. 233-24.1 CC Cat.

30 Vid. STSJ Cataluña 3 febrero 2014 (ROJ: STSJ CAT 8/2014). En especial, su FJ 5°. Respecto a la doctrina jurisprudencial anterior a la ley 25/2010, vid. STSJ Cataluña 15 abril 2013 (ROJ: STSJ CAT 5325/2013).

31 Cfr. Arts. 233.20.7 y 233-21.1 b) CC Cat. Se trataría de un caso de “retribución directa y en especie” de la obligación de alimentos [SAP Barcelona 10 abril 2014 (ROJ: SAP B 3265/2014)].

32 Cfr. art. 233.20.7 CC Cat. Vid. como ejemplo de aplicación, SAP Barcelona 9 abril 2014 (ROJ: SAP B 3505/2014).

de mayo³³, hoy integrada en el Código de Derecho Foral de Aragón [en adelante CDFA]³⁴. Básicamente, habrá que estar a las normas de los arts. 81 y 83 del CDFA, que regulan respectivamente el régimen de atribución del derecho de uso, tanto en situaciones de custodia compartida como individual, y el segundo de ellos, la oportunidad y cuantificación de la pensión compensatoria a favor del cónyuge que hubiese sufrido un desequilibrio patrimonial.

El tenor del art. 81 CDFA (*Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar*) es el siguiente:

1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.

2. Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor:

3. La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

4. Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.

5. El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables.

La primera observación que cabría hacer es la alusión al *interés de las relaciones familiares* como elemento a tener en cuenta por el Juez a la hora de tomar cualquier decisión relacionada con la adjudicación del uso de la vivienda; sea en supuestos de custodia compartida, en que ninguno de los padres tenga un interés más digno de protección, sea en los supuestos de custodia individual, sea finalmente para decidir no haber lugar a la atribución del uso, y ordenar la enajenación de la vivienda (casos de copropiedad).

La extensión de lo que se entiende por *relaciones familiares* actúa en un doble plano, si bien teniendo como finalidad el beneficio del menor. En un plano vertical, en

33 De Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia entre los padres.

34 DLg. 1/2011, de 22 de marzo, en el que se refunden las distintas leyes forales.

cuanto a las relaciones con los titulares de la patria potestad³⁵, y un plano horizontal, o relativo al derecho de los hijos a relacionarse con sus hermanos, abuelos, “y otros parientes y personas allegadas”³⁶. Así, este principio de salvaguardar las relaciones familiares del menor se articulará como un concepto integrante del *favor filii*, debiendo pasar por él en cuanto no haya circunstancias que lo desaconsejen³⁷.

La principal consecuencia de ello con relación a la adjudicación del derecho de uso de la vivienda, es su desvinculación ser el titular de la guarda y custodia del menor; tanto en casos de custodia compartida (art. 81.1 CDFA), como en casos de custodia individual, en que el régimen de asignación, si bien inicialmente ligado al régimen de la custodia, se encontrará supeditado a que el interés de las *relaciones familiares* no aconseje lo contrario (art. 81.2 CDFA).

En consideración a la posibilidad de limitar temporalmente el derecho de uso, en los supuestos de que otorgue a un sólo progenitor, el art. 81.3 CDFA impone el deber de señalar un plazo de una manera general y sin distinguir si concurren hijos menores o no; fijación que quedará a la discrecionalidad del Juez en atención a las circunstancias familiares³⁸.

Finalmente, la ley aragonesa configura al derecho de uso con un denotado carácter económico, además de ser partida computable en materia de cuantificar la pensión compensatoria [art. 83.2 d) CDFA], no hay inconveniente legal a poder suplir la medida con un incremento de la pensión alimenticia a los hijos, siempre que ello sea más acorde al interés de las relaciones familiares (e incluso habilitándose al Juez para *acordar* la venta de la vivienda en los supuestos de copropiedad – art. 81.4 CDFA–; *acuerdo* que parece exigir al menos la conformidad de alguno de los comuneros, so pena de entenderlo como un supuesto de *venta forzosa*).

C) Derecho civil valenciano.

La última de las regulaciones hasta el momento en esta materia es la Ley, 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven [en adelante LVRF]³⁹, siguiendo en cierta medida la tónica del resto de normas autonómicas, pero flexibilizando aún más el régimen de atribución.

35 Cfr. art. 76.3 CDFA.

36 Art. 77 CDFA; relativo al contenido mínimo del *pacto de relaciones familiares*, documento en el que los cónyuges acordarán las consecuencias tanto personales como patrimoniales de la ruptura, en cualquier caso supeditadas a la aprobación del Juez.

37 En tal sentido, SSTSJ Aragón 1 julio 2013 (ROJ: STSJ AR 999/2013) y 11 julio 2013 (ROJ: STSJ AR. 1002/2013).

38 SSAP Zaragoza 25 marzo 2014 (ROJ: SAP Z 645/2014), FD 3º; 8 abril 2014 (ROJ: SAP Z 646/2014), FD 5º. En ambas resoluciones, el plazo establecido al derecho de uso de la vivienda vence siendo los hijos menores de edad.

39 Objeto de recurso de inconstitucionalidad, actualmente en trámite.

El tenor del art. 6 LVRF (*Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar*) es el siguiente:

1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos menores a uno solo de los progenitores.

2. Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso.

3. En los supuestos de los dos apartados anteriores, la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario.

4. El régimen jurídico establecido en los párrafos anteriores no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias.

5. El ajuar familiar permanecerá en la vivienda familiar salvo que en el pacto de convivencia familiar o por resolución judicial se determine la retirada de bienes privativos que formen parte de él. En todo caso, el progenitor a quien no se le atribuya la vivienda tendrá derecho a retirar sus efectos personales en el plazo que establezca la autoridad judicial.

De una primera lectura de la norma, se pueden fijar cuatro puntos de atención: la relativización del concepto de vivienda familiar; a efectos de la adjudicación del derecho de uso; la desvinculación del régimen de asignación al sólo principio de *favor filii* o beneficio del menor; en tercer lugar, la patrimonialidad del derecho, o la posibilidad de suplirlo mediante prestaciones de carácter económico, y por último, la temporalidad del derecho, cualesquiera que sean las circunstancias de la atribución.

Respecto al primero de los puntos, la relativización del concepto de vivienda, parece que deja de ser necesariamente la habitual o la que venía siendo ocupada de forma estable por la familia hasta el momento de la ruptura. Tal y como dispone el art. 6.2 LVRF, cuando la vivienda familiar fuese común, o bien privativa de cualquiera de los cónyuges, no habrá lugar para la atribución del derecho de uso, siempre que el cónyuge beneficiado con la medida fuese titular de derechos sobre una vivienda que “le faculden para ocuparla como tal vivienda familiar”; o bien, si esta circunstancia es sobrevenida – esto es, que habiéndose ya adjudicado el derecho de uso, con posterioridad adquiriere la titularidad de una vivienda–, le podrá fin.

Al menos surgen dos interrogantes: las condiciones que deberá reunir la *nueva* vivienda para que pueda ser objeto de *ocupación como vivienda familiar*, y en segundo término, y como consecuencia de lo anterior, la falta de afección de la vivienda a la nota de habitualidad. Comenzando por este último, ello es acorde con la postura del TS, tal y como se ha indicado más arriba, siempre que se puedan satisfacer las necesidades del menor de una forma digna, y no se supongan perjuicio alguno, la vivienda no deberá ser necesariamente la que se venía ocupando.⁴⁰

Respecto a la segunda cuestión, esto es, qué las condiciones a reunir la vivienda *no habitual* para ser *familiar* y evitar o finalizar la atribución del derecho de uso, todo parece indicar que tendrá que reunir aquellas que la hagan similar a la anterior; sea por el principio prevalente de interés del menor; sea por lo que se dispone en la norma respecto al derecho de compensación económica del cónyuge titular o cotitular de la vivienda cuyo uso se atribuye al otro: una cuantía que tendrá en cuenta, entre otras circunstancias, las “rentas pagadas en viviendas similares en la misma zona”.⁴¹ No obstante, tal acercamiento puede no resultar convincente. Tal y como se ha apuntado tanto en sede de Derecho estatal, y la interpretación del art. 96.I CC por los Tribunales, como de legislación autonómica, el centro decisorio de la atribución del derecho de uso de la vivienda, siendo el interés del menor el principio a seguir, deberá tener en cuenta el resto de circunstancias concurrentes que, barajadas todas, pueden desaconsejarla por su incidencia negativa dentro de lo que es el conjunto de efectos de la ruptura de la convivencia⁴².

40 SSTS 5 noviembre 2012 (ROJ: STS 7071/2012) y 17 junio 2013 (ROJ STS 3347/2013).

41 Cfr., art. 6.I LVRF.

42 Un ejemplo de ello lo encontramos en la ya apuntada STS 17 junio 2013, en que concurriendo la vivienda familiar con otra vivienda propiedad de los cónyuges, se termina adjudicando la que no había sido ocupada por

De lo apuntado se puede desprender la práctica desvinculación de lo que es la ocupación de la *misma* vivienda, del principio de beneficio del menor. Efectivamente, desde el momento en que la propia ley permite no adoptar medida alguna en consideración al uso de la vivienda – art. 6.2 LVRF –, el mencionado principio parece adoptar una dimensión pasiva: más que beneficio, se estaría ante un *no perjuicio*, desde el momento en que sus necesidades alimenticias, donde se incluye la habitación, se encontrarían satisfechas.

Y ello enlaza directamente con la mencionada patrimonialidad del derecho, que actuaría en dos sentidos no obstante coincidentes en un punto: la posibilidad de compensar el valor el uso de la vivienda por parte del no propietario o bien copropietario –art. 6.1 LCRF–, y en segundo lugar, la repercusión inmediata en la partida correspondiente a la pensión alimenticia del menor, cuando cese el derecho. El primero de los aspectos, además de encontrarse legalmente prescrito en la Ley, encuentra dos formas de ejecutarse: mediante una prestación económica de la que será deudor la parte beneficiaria de la medida, o bien detrayéndolo de la cantidad fijada en calidad de alimentos debidos por el acreedor. Ahora bien, tales formas de cumplimiento presentan al menos una cuestión: a título de qué se estaría compensando, y por quién. O en otros términos, si se trata de un derecho de crédito contra el cónyuge, o contra el menor. Esta última opción debe ser rechazada, en cuanto el deber y derecho de alimentos es una obligación legal de carácter gratuito⁴³. Por lo que atendiendo a la primera, esto es, un crédito entre los cónyuges, se fundamenta, tal y como dispone la norma en la pérdida de uso y disposición del inmueble por su titular, u otro cotitular, siendo deudor en cualquier caso el progenitor usuario de la vivienda⁴⁴.

Ahora bien, esta explicación no responderá al hecho de que pueda ser pagada detrayendo la pensión alimenticia cuyo acreedor es el menor. Si la razón es compensar la pérdida de uso, la pensión alimenticia del menor no debería entrar a colación.

Y por último queda el tema de la temporalidad del derecho de uso, y la posibilidad de limitarlo en el tiempo, en cualquiera de los supuestos de adjudicación⁴⁵. La relativización de lo que puede entenderse como *vivienda familiar* a efectos de su adjudicación en supuestos de ruptura de la convivencia, favorece cuando no justifica el

la familia, manifiestamente inferior en servicios e infraestructuras y además, fuera del entorno del menor.

43 La norma habla de “gastos ordinarios” debiéndose entender integrada la pensión alimenticia a los hijos *vid.* SSAP Valencia 10 y 18 febrero 2014 (RO): SAPV 616/620/718/2014) y 18 marzo 2014 (RO): SAPV 1214/2014).

44 En tal sentido, SAP Valencia 24 enero 2013 (RO): SAPV 714/2013), detrayendo de la pensión alimenticia (gastos ordinarios) la cantidad que se estima compensatoria de la pérdida de uso, debida por el progenitor atributivo de la medida (FD 5º).

45 Art. 6.3 LVRF. En términos similares al art. 8.3 CDFa, con relación a la adjudicación del derecho cuando medie la guarda y custodia de menores resultará frontalmente contrario a la legislación estatal (art. 96 CC) y la interpretación dada por el TS, más arriba expuesta. Parte de la doctrina ha dudado de su constitucionalidad [así, DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar (Un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia)”, *La Ley* (2014), núm. 8299, p. 7].

carácter temporal de la medida. Y es que entendiéndola como un elemento integrante de la obligación de alimentos —con independencia que sea la obligación genérica, o bien la debida por razón de la filiación—, es difícil mantener su absoluta intangibilidad y autonomía con el resto de circunstancias concurrentes (especialmente, la económica). Lo debido es procurar habitación, es decir, vivienda, no *la vivienda*⁴⁶.

III. EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: NUEVAS PERSPECTIVAS DE REGULACIÓN.

Una vez expuesta la diferente regulación del derecho de uso de la vivienda familiar, ha quedado patente la existencia de no pocos puntos de desencuentro, principalmente con relación al régimen del art. 96 CC. La oportunidad de legislar en materia de la denominada *custodia compartida* de forma íntegra por parte de algunas Comunidades Autónomas —cuando procede, y especialmente, cuando no procede— es lo que la ha separado de la regulación estatal.

La reforma llevada a cabo en el año 2005 del art. 92 CC⁴⁷ introdujo la custodia compartida de los hijos en supuestos de ruptura de la convivencia de los padres, pero no afectó al resto de efectos derivados de la misma⁴⁸. Cosa distinta a la regulación autonómica, que igualmente reguló tanto la oportunidad de acordar la *corresponsabilidad parental* con relación a los hijos (custodia compartida) y sus efectos, como la concesión de la guarda y custodia a uno de los progenitores... y también sus efectos, en particular, la adjudicación del derecho de uso de la vivienda, en una regulación además que se aleja de la regulación civil común, y la interpretación dada en su aplicación por los Tribunales.

En la actualidad se encuentra en fase de elaboración parlamentaria una reforma integral del CC en materia matrimonial, en un intento de ordenar normativamente a nivel estatal una materia que poco dependerá del lugar de aplicación de la norma —la filiación—, y que una vez más se va a encontrar con las pautas ya marcadas.

I. Anteproyecto sobre el Ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia. 49

Centrando el análisis en la atribución del derecho de uso de la *vivienda*, la propuesta de regulación modifica considerablemente el art. 96 CC, y lo más importante, lo adecúa a las directrices dadas tanto por la normativa autonómica en

46 Al igual que lo debido es sufragar la educación, no ya que el menor siga yendo al mismo centro educativo, necesariamente.

47 Ley 15/2005, de 8 de julio.

48 Salvo la pensión compensatoria, del art. 97 CC.

49 De 19 de julio de 2013, y enviado al Consejo de Estado para su dictamen el 21 de abril de 2014 (vid. http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html#id_1288781679861).

la materia, y en cierta medida, a la propia interpretación del art. 96 CC dada por el TS.

A tenor del art. 8 del Anteproyecto, el art. 96 CC queda redactado del siguiente modo:

1. En defecto de acuerdo de los progenitores aprobado judicialmente sobre el lugar o lugares de residencia de sus hijos, el Juez acordará lo que considere procedente para la protección de su interés superior; en congruencia con las medidas adoptadas sobre su guarda y custodia, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda. Del mismo modo deberá determinar el domicilio de los hijos a efectos de empadronamiento, que coincidirá con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, los hijos pasen la mayor parte del tiempo. Si esta determinación no fuera posible, será aquél con el que los hijos tengan mayor vinculación.

2. Cuando la guarda y custodia de los hijos fuera ejercida por uno solo de los progenitores, el Juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, de los enseres y del ajuar existente en la misma en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos, a criterios de necesidad y a la titularidad de la vivienda. Cuando alguno de los hijos quedare en la compañía de un progenitor y los restantes en la del otro, el Juez resolverá atendiendo al interés más necesitado de protección.

El Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos, objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia tuviere medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y fuere compatible con el interés superior de éstos.

En todo caso, si la guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores y no fuera atribuido el uso de la vivienda familiar por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

Si los cónyuges no tuvieran hijos en guarda y custodia o cuando ésta no les fuera otorgada a alguno de ellos, el Juez, para atribuir el uso de la vivienda familiar, prestará especial atención a su titularidad y a criterios de necesidad.

3. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos, ya fuere exclusiva o compartida, y aquélla fuere privativa del otro progenitor o común a ambos, tendrá el uso hasta que cese la obligación de prestarles alimentos.

Cuando el uso de la vivienda no se otorgase en consideración a la guarda y custodia de los hijos, lo será por un tiempo máximo de dos años. El cónyuge adjudicatario del uso podrá instar tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y si continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año.

4. La atribución del uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge. En todo caso, deberá preverse la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla.

5. Mientras se mantenga la atribución de uso de la vivienda, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de la comunidad de propietarios y los suministros, y las tasas municipales correrán a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo el pago de los gastos extraordinarios y de los impuestos y arbitrios que recaigan sobre la vivienda a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Cuando se atribuya el uso de la vivienda a ambos cónyuges por periodos alternos, el abono de los gastos ordinarios será a cargo de aquél que los haya devengado, y los que no pudieren determinarse conforme a este criterio, en proporción al periodo que cada uno ocupe la vivienda.

No obstante, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge que no tenga el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios.

Las cargas hipotecarias y las obligaciones contraídas por razón de la adquisición o mejora de la vivienda familiar; incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deberán satisfacerse por los cónyuges deudores, de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.

6. Si los cónyuges poseyeren la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley.

Cuando los cónyuges detentaren la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste les reclame su restitución.

7. Para disponer de la vivienda cuyo uso haya sido atribuido al progenitor no titular de la misma por razón de la guarda y custodia de los hijos, se precisará el

consentimiento de ambos o, en su defecto, la autorización judicial, debiendo poner en conocimiento del Juzgado la nueva residencia de los hijos.

8.El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad”.

Tanto de la Exposición de Motivos como del texto de la norma se plasma que el principio rector de la atribución del derecho de uso será el interés superior de los hijos, y garantizar su derecho a una vivienda –art. 96.I CC–, pero ni éste pasará necesariamente por la guarda y custodia de los hijos ni ésta por la que se venía ocupando anteriormente –art. 96.2.II CC–.

Efectivamente, se amplían las circunstancias a tener en cuenta para la determinación del *interés superior de los hijos*, como son las necesidades de los padres, y la titularidad del derecho de ocupación sobre la vivienda, e incluso su naturaleza jurídica, que en el caso de no ser el de propiedad, el régimen del derecho de uso vendrá limitado por el título constitutivo de aquél –art. 96.6 CC–.

Sin perjuicio de los diferentes matices que presenta esta nueva regulación en comparación con el todavía vigente art. 96 CC, explícitamente se reconoce el carácter temporal de la asignación, estableciendo su duración por la misma ley -art. 96.3 CC–, y en segundo lugar, el carácter patrimonial del derecho de uso – art. 96.4 CC –.

Con independencia del tipo de guarda que se haya acordado –u ordenado–, cuando se haya atribuido el derecho de uso por razón de ésta, el derecho durará hasta que “cese la obligación de prestarles alimentos”, cuestión que se resuelve, sin solución de continuidad entre minoría y mayoría de edad, por la introducción de dos nuevas causas de cese de la obligación de alimentos (ahora ya genéricos) en el art. 152 CC, en especial la 5ª, disponiendo que en los casos en que el alimentista sea descendiente del alimentante, cesará la obligación cuando alcance su independencia económica, o pudiese alcanzarla siempre que su estado de necesidad le fuese imputable⁵⁰.

En el supuesto de que la atribución del derecho de uso no se hubiese realizado por razón de la guarda y custodia; sea porque no haya hijos *in potestate*, sea porque aun habiéndolos, el uso de la vivienda no se considera determinante –*interés superior del menor*–, no podrá prolongarse más de dos años si es privativa del cónyuge no usuario, o bien común. O en otros términos, no podrá haber un uso exclusivo y

50 Art. 152. 5ª § 1º: 5º Cuando el alimentista sea descendiente mayor de edad del obligado a dar alimentos y adquiera la independencia económica por disponer de ingresos que le permitan costearse sus propias necesidades, o esté en disposición y condición de procurárselos por sí mismo, aun cuando no los tenga, si su situación de insolvencia es achacable a su mala conducta o a la falta de aplicación al trabajo. Asimismo, cesará cuando no haya terminado su formación por causa que le sea imputable, o una vez completada, no se encuentre en búsqueda activa de empleo o tenga el propósito firme y decidido de ejercer una actividad económica por cuenta propia.

excluyente de la vivienda ajena – total o parcialmente– cuando el interés de los hijos no pase por continuar ocupando la vivienda habitual.

Este plazo de dos años podrá ser prorrogado por un año, de manera *excepcional* y a instancia del beneficiario tres meses antes de la llegada del *dies ad quem* –art. 96. 3. II 2° CC–.

Y finalmente, cabe hacer alguna reflexión respecto al contenido patrimonial del derecho de uso. De igual modo que en las leyes autonómicas, se le dota de un carácter susceptible de valoración económica. El derecho de uso será tomado en consideración a la hora de determinar la cantidad de las pensiones, tanto alimenticias como en su caso, compensatorias, y su correspondiente adecuación cuando cese el uso de la vivienda –arts. 96. 4 y 97. 9° CC–. Por ello, tampoco debería haber ningún obstáculo para permitir que, atendiendo a las circunstancias y siempre teniendo como norte el interés de los hijos, se pueda suplir la *cesión* del uso de una vivienda privativa –total, o parcialmente– con una prestación económica equivalente, que permita a los hijos asegurar su *derecho a una vivienda*. Por otra parte, no parece que se reconozca un derecho de compensación económica al cónyuge no usuario por la pérdida del uso, al menos en su forma positiva.

2. Algunas cuestiones derivadas del nuevo panorama normativo.

Tras la exposición tanto de la doctrina jurisprudencial, como de la normativa autonómica y propuesta de reforma del art. 96 CC, es momento de realizar un sucinto análisis conjunto, en consideración a algunos aspectos especialmente problemáticos en su configuración y régimen jurídico.

A) La compensación económica por la pérdida del uso.

De lo expuesto hasta este momento, el derecho de uso es partida computable a efectos de fijar las pensiones que puedan resultar de la ruptura de la convivencia, y en consideración a la debida a los hijos, se entiende como una prestación *in natura* del derecho de habitación, dando un paso más hacia la patrimonialización de la asignación del uso de la vivienda⁵¹.

Pero del mismo modo se le habrá que tener en cuenta con relación a la pensión compensatoria que pudiese imponerse a favor del cónyuge, circunstancia que alejará al derecho de uso de su carácter familiar; en tanto y cuanto el fundamento de ésta es exclusivamente patrimonial –desequilibrio económico–. Así, parece que el derecho de uso de la vivienda presentará una doble finalidad, en atención a las

51 Al respecto, en la redacción del art. 96 CC vigente, se incluía la posibilidad de dar lugar con la adjudicación del derecho de uso a las “debidamente compensaciones” económicas al no beneficiario; cláusula que fue suprimida en el informe de la ponencia al Congreso, por enmienda presentada por el grupo comunista [vid, AA.VV.: *Código civil (Reformas 1978-1983). Trabajos parlamentarios* (dir. SANTAOLALLA). Madrid (1985): CC.GG, p. 1.273].

circunstancias: mecanismo de pago en especie de la obligación de alimentos debida por el progenitor; y forma de compensar económicamente tanto la pérdida de uso de la vivienda, como el uso exclusivo de la misma en pro del otro cónyuge (acreedor de la pensión compensatoria).

De las dos formas de *compensación* económica contempladas por la legislación autonómica a saber; detrayendo el equivalente de las pensiones que se devenguen, o como contempla la legislación valenciana, generando un derecho de crédito por la pérdida de uso, tan sólo la primera de ellas parece recogerse en el anteproyecto de ley estatal, lo que en principio evitaría las cuestiones que más arriba he apuntado en consideración a la generación de un derecho de crédito por la pérdida/adquisición del uso y disposición de la vivienda. No obstante, quedaría sin contestar cuál sería la contribución del progenitor beneficiado con el derecho de uso al deber de costear, dentro de la pensión de alimentos de la que sigue siendo deudor; las necesidades habitacionales del menor⁵².

B) El derecho de uso y la acción de división de la cosa común.

Es uniforme la doctrina del TS a la hora de hacer compatibles el ejercicio de la acción de división, con derecho de uso de la vivienda asignado a uno de los copropietarios, manteniéndolo aun en los casos de enajenación en pública subasta con licitación de terceros⁵³. Ello junto a la consideración del derecho de uso no como una carga –derecho familiar; y no patrimonial– sino como una limitación de disponer; ha dado lugar a determinadas disfunciones de la acción de división, al no valorarse económicamente el derecho de uso, aunque lógicamente depreciará su valor en el momento de ser enajenada perjudicándose en primer término, a ambos copropietarios –puesto que el derecho de uso no es vitalicio–, pero en especial al que no tiene el derecho de uso⁵⁴.

Así las cosas, el acercamiento del derecho de uso a cierto carácter patrimonial podría conjurar tales cuestiones, al poderse tener en cuenta el valor de uso del bien en la tasación del inmueble. Así, si se procede a la división sin dar lugar a la enajenación en pública subasta, el comunero no usuario detraería del precio final

52 Que serían cumplidas por uno sólo de ellos. Rebajar la pensión de alimentos en supuestos de guarda y custodia individual no supone que el custodio aumente su contribución.

53 Entre muchas, SSTS 28 marzo 2003 (ROJ STS 2152/2003); 8 mayo 2006 (ROJ STS 2882/2006) o 21 noviembre 2007 (ROJ STS 7758/2007).

54 Es curiosa la STS 27 junio 2007 (ROJ STS 4474/2007), en que se incide en la valoración o no del derecho de uso de la vivienda – a propósito de la enajenación en pública subasta, con licitación de terceros –, al solicitar la parte beneficiada con la medida que se hiciese un reparto desigual del precio que se obtenga: 1/3 para la otra parte, y 2/3 para sí, valorando el derecho de uso, que en cuanto beneficiada, perdería con la venta (aunque en las alegaciones de instancia, no solicita su extinción ni lo contrario). El Tribunal Supremo confirma la compatibilidad de la acción de división, con el mantenimiento del derecho de uso, y su no valoración económica, suponiendo una lógica devaluación a la hora de ser adquirida la vivienda por un tercero. El derecho de uso cesará o por acuerdo entre los cónyuges, o por una alteración sustancial de los presupuestos de adjudicación, a resolver por el correspondiente procedimiento matrimonial.

la cantidad estimada, mientras que si es el comunero usuario el que opta por la adquisición del bien, debería pagar íntegra la cuota del otro (50 % del valor de tasación). Y en los supuestos en que se abriese una subasta pública con licitación de terceros, permitiría hacer un reparto desigual del precio que se obtenga.

C) La eficacia y oponibilidad del derecho de uso.

Expresamente en el Anteproyecto se dispone a la posibilidad de inscribir la atribución del derecho de uso en los Registros públicos correspondientes, y en especial, en el de la Propiedad –art. 96.8 CC–, sin entrar en la debatida cuestión de su naturaleza jurídica y su eficacia *erga omnes*. Con este reconocimiento queda ya fuera de controversia la posibilidad de solicitar la inscripción no ya de las demandas, previsto por el art. 102 CC y art. 727.5^a LEC en la forma de medida cautelar, también de las resoluciones judiciales o los convenios reguladores (refrendados por el Juez) en que se pronuncian sobre el derecho de uso de la vivienda, de una forma *definitiva*⁵⁵.

A este respecto, es especialmente importante la relación que, frente a una ejecución hipotecaria, tendrá o se le dará al derecho de uso constituido con posterioridad a negocio. Es regla general que ésta impone la liberación de todo gravamen o carga posterior, a saber, de carácter patrimonial. Ante esto, se ha planteado si sería objeto de purga o cancelación, otorgándole la impronta a una carga o gravamen real, y en su caso si puede servir de justo título para oponerse a la puesta de posesión del bien ejecutado, a instancia del adquirente en pública subasta. El carácter *familiar* o al menos no directamente patrimonial del derecho de uso, así como su carácter temporal, podría llegar a hacerlo resistente incluso en supuestos de ejecuciones hipotecarias⁵⁶.

En cualquier caso, la no inscripción del derecho de uso no significará su inoponibilidad a terceros, cuando haya cumplida prueba de que era conocedor de la posesión del bien inmueble por un tercero, y del título por el que lo ocupa.⁵⁷

55 En la actualidad, cfr., art. 774 3 y 4 LEC. Respecto a la doctrina de la DRGRN, las principales controversias se han centrado no en la posibilidad de inscribir, sino en la posibilidad de que el convenio regulador, aprobado por el Juez, puede integrar con la misma eficacia aspectos que no sean los directamente derivados de la liquidación del régimen económico matrimonial. Así, liquidación de bienes en régimen de copropiedad ordinaria, o atribuciones a terceros (terceros con relación a los cónyuges). Vid. RRDGRN 29 julio 2011 (BOE-A-2011-19117); 8 mayo 2012 (BOE-A-2012-7635) y 26 junio 2013 (BOE-A-2013-8164).

56 En tal sentido, SAP Madrid 18 enero 2006 (ROJ: SAP M 923/2006), que hace prevalente el derecho de uso frente al derecho del adjudicatario en pública subasta. Recurrida ante el TS, se estima el recurso reconociendo el derecho (del adquirente a tener la posesión del inmueble, arguyendo principalmente que el ahora excónyuge y usuario de la vivienda, consintió en su momento la constitución de la hipoteca, siendo pues inatacable [STS 8 octubre 2010 (ROJ: STS 5062/2010)]. Ahora bien, ¿y si la hipoteca era anterior al matrimonio? Además, si el derecho de uso de la vivienda es resistente a cualquier título posesorio de un tercero, habrá que contar con la dificultad añadida de darle legitimación activa para solicitar una modificación de medidas, legitimación que en principio, sólo corresponderá a quienes fueron parte del procedimiento matrimonial.

57 Aspecto que previsiblemente lo hará valer el titular del derecho de uso, en su momento procesal oportuno (arts. 661.2 y 675.I LEC).

D) La titularidad del derecho de uso.

Según dispone el art. 96.I CC vigente, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, atribución que parece recaer directamente sobre los hijos menores, y sobre el cónyuge *per relationem*. Tal ha sido la interpretación habitual de los Tribunales, entendiéndose que se trata de una medida que responde al principio de *favor filii*, o de interés del menor no permitiendo ser limitada –temporalmente– por el Juez⁵⁸.

No obstante, tal pronunciamiento encontraría algunas dificultades prácticas, principalmente relacionadas con las facultades de disposición del titular –o cotitulares– de la vivienda. De ser titulares del derecho los hijos, cabe recordar, terceros en lo que afecta al procedimiento matrimonial, para realizar un acto de disposición sería necesario el consentimiento no solo de los progenitores, también el de los hijos teniendo que proceder al correspondiente nombramiento de un defensor judicial ante el conflicto de intereses, y no obstante, el art. 96. 4 CC sólo exige el consentimiento de *ambas partes*, a saber, el titular o cotitular del bien, y el cónyuge “cuyo uso corresponda”.

Tanto la regulación autonómica como el anteproyecto⁵⁹ otorgan la titularidad del derecho de uso al progenitor, sancionando la diferenciación, como venía realizando la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre quién será el titular del derecho de uso, y quiénes serán los beneficiarios; el progenitor, y los hijos respectivamente, siempre que se haya adjudicado el derecho por razón de la guarda y custodia⁶⁰.

E) La limitación temporal del derecho de uso.

Y por último se encuentra uno de los aspectos que más controversias ha planteado en la interpretación del art. 96 CC, y acaso más discordancias presenta frente a la normativa autonómica: la posibilidad de limitar temporalmente el ejercicio de derecho de uso, con independencia de la causa de su atribución. En concreto, cuando medien hijos menores y fuese la guarda y custodia la principal razón para adjudicar el derecho⁶¹, el TS no permite la validez de un pacto que limite el mismo por razón distinta al interés del menor, si bien la última jurisprudencia parece desvincularlo de la vivienda que hasta el momento de la ruptura venía siendo la

58 Cfr. SSTS 17 octubre 2013 (ROJ: STS 5003/2013); 19 noviembre 2013 (ROJ: STS 5509/2013); 4 abril 2014 (ROJ STS. 1356/2014).

59 Cfr. art. 96.3 y 4 CC (art. 8 Anteproyecto).

60 RRDGRN 14 mayo 2009 (BOE-A-2009-9590); 18 noviembre 2009 (BOE-A-2010-349); 9 julio 2013 (BOE-A-2013-8775). No obstante, a favor de la inscripción a nombre de los hijos y no del progenitor custodio DGRN 19 mayo 2012 (BOE-A-2012-8343).

61 En los supuestos en que no hayan hijos o bien fuesen mayores de edad – esto es, el supuesto de que se asigne la vivienda al cónyuge más necesitado de protección –, no sólo es posible, sino necesario, los arts. 96.3 y 93 CC respectivamente.

habitual de la familia, permitiendo una limitación temporal del derecho de uso siempre que se aseguren las necesidades habitacionales del menor⁶². Tal posición se acerca a la regulación dada por la legislación autonómica, relativizando el peso específico de la vivienda familiar dentro del conjunto de circunstancias a tener en cuenta en el interés superior de los menores, sin perjuicio de que el margen de actuación respecto a la facultad de pacto es considerablemente mayor en los casos de Aragón y Valencia. Como ya se ha apuntado más arriba, la legislación aragonesa y valenciana utilizan fórmulas más abiertas a la hora de regular este tema⁶³, que dan paso sin dificultad a un pacto que permita limitar temporalmente el derecho de uso, siempre que se mantenga el efectivo cumplimiento del deber de alimentos, o en otros términos, siempre atendiendo al interés prevalente del menor y a las circunstancias de la familia.

Por su parte, el proyecto de reforma del art. 96 CC entra en la cuestión relativa a la posibilidad de limitar temporalmente el derecho de uso, estableciendo un límite de dos años prorrogable a otra año más, en los supuestos en que se no haya adjudicado el derecho por razón de la guarda y custodia⁶⁴. No obstante, dejaría igualmente sin contestar la posibilidad de limitar el derecho de uso en el primero de los casos, esto es, cuando se hubiese otorgado al padre en cuya guarda y custodia –convivencia– quedasen los hijos, fijando un plazo cuyo vencimiento fuese anterior al que el hijo o último hijo alcanzase la emancipación –“cese de la obligación de prestarles alimentos”-. Por lo que un pacto que pudiese suponer la extinción del derecho de uso por causa distinta no tendría cabida, aunque se garantizase cumplidamente el derecho a una vivienda del menor; contrariamente a la ya apuntada última doctrina jurisprudencial.

La desmitificación de la vivienda familiar, y su progresiva relativización en el ámbito de las crisis matrimoniales con hijos menores, podría dar entrada sin dificultad a un pacto que, siempre que salvaguarde el interés del menor en su máxima extensión, pudiese suponer el cese del derecho de uso de la vivienda otrora familiar.

62 Así, STS 17 junio 2013 (ROJ: STS 3347/2013).

63 Art. 81.3 CDFA y 6.3 LVRF, respectivamente.

64 Art. 96.3 del Anteproyecto.



LA INTERVENCIÓN DEL CORREDOR O ALFARRASSADOR EN
LOS CONTRATOS AGRARIOS VALENCIANOS

*THE INTERVENTION OF BROKER OR ALFARRASSADOR IN THE
VALENCIAN AGRARIAN CONTRACTS*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 292-305



Javier
BARCELÓ
DOMÉNECH

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de septiembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: El artículo analiza la Ley valenciana 3/2013, que introduce una completa regulación de la figura del corredor o alfarassador como persona que habitualmente interviene en la contratación agraria.

PALABRAS CLAVE: Corredor, contratación agraria.

ABSTRACT: This paper analyzes the Valencian Law 3/2013, that introduces a complete regulation of broker or alfarassador figure, as person who habitually intervenes in the agrarian contracts.

KEY WORDS: Broker, agrarian contracts.

SUMARIO.- I. Breve apunte sobre el reciente desarrollo del Derecho civil foral valenciano.- II. El corredor o alfarrassador: introducción a la figura y marco de regulación.- 1. Problemas de delimitación conceptual: mediador o corredor, mandatario y alfarrassador.- 2. Régimen jurídico aplicable.- III. Análisis de las disposiciones de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos Agrarios y otras Relaciones Jurídicas.- 1. Intervención contractual.- 2. Mandatario o mandataria.- 3. Retribución.- A) Nota previa.- B) Forma de la retribución.- C) Momento de devengo.- D) Sujeto obligado al pago.- 4. Responsabilidad por el cálculo alzado o alfarràs.

I. BREVE APUNTE SOBRE EL RECIENTE DESARROLLO DEL DERECHO CIVIL FORAL VALENCIANO.

En los últimos años y, más concretamente, desde la reforma del Estatuto de Autonomía por virtud de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, la Comunitat Valenciana ha ido dictando normas importantes de Derecho civil. Así, la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano (modificada posteriormente por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre); la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, y la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana. Todas estas leyes están hoy recurridas ante el TC, discutiéndose la competencia de la Comunitat Valenciana para legislar en estas materias.

De modo distinto suceden las cosas con otra ley civil, la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los contratos y otras relaciones jurídicas, publicada en el *Diari Oficial de la Comunitat Valenciana* el 31 de julio de 2013. Ni está recurrida, ni afecta a materias de Derecho de familia. Su ámbito es el contractual, regulándose en ella distintas modalidades especiales de compraventa y arrendamiento, incluyendo también algún desarrollo de cuestiones propias de los derechos reales, como es el caso de los derechos de adquisición preferentes y los censos.

La nueva Ley se dicta al amparo de de la competencia exclusiva establecida en el art. 49.1.2^a del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana: "conservación,

• Javier Barceló Doménech

Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Alicante (España) y Vocal del Observatorio de Derecho civil valenciano desde 2008. Es autor de diversas publicaciones en materia de obligaciones y contratos, entre ellas: "Precios de transferencia y operaciones vinculadas" (2013); "El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar" (2012); "La anulación del contrato de swap por error en el consentimiento" (2012); "Arrendamiento de cubierta de nave industrial para instalación fotovoltaica" (2009); "La incidencia de la fuerza mayor en el suministro de energía eléctrica: estudio de la cuestión en la jurisprudencia" (2009); "Responsabilidad civil por daños causados en el suministro eléctrico" (2008); "Prevención y control de la legionelosis: responsabilidad de los titulares de instalaciones de riesgo" (2007); "Las uniones de hecho y la indemnización por muerte en accidente de circulación" (2002); "El pacto en la compraventa con relación al pago del Impuesto Municipal sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana" (2002); "Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes" (1995). Correo electrónico: j.barcelo@ua.es.

desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano”¹. Estamos, básicamente, ante un Derecho de raíz consuetudinaria, que ahora se convierte en ley. Lo dice con claridad el Preámbulo, cuando señala que la intervención del legislador obedece a una doble finalidad: por un lado, positivizar la costumbre; por otro, adaptar lo que hasta ahora ha sido costumbre a las nuevas realidades socioeconómicas y, en algunos casos, protegerla frente a determinadas prácticas abusivas. Precisamente, en la Comunitat Valenciana y tratándose de arrendamientos rústicos históricos (una de las materias de la Ley 3/2013), la costumbre ha tenido históricamente un papel trascendente en orden a justificar la pervivencia del Derecho foral.

La Ley 3/2013 consta de cincuenta y cuatro artículos, divididos en cuatro títulos, más tres disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y tres finales. El Título I se dedica a las modalidades especiales del contrato de compraventa, regulando las tradicionales venta a ojo (*venda a ull o estimada*) y venta al peso (*venda al pes o per arrovat*), a los que se dedican sendos capítulos, concluyendo con un tercer capítulo que regula la figura del corredor o *alfarrassador*, que va a ser precisamente el objeto de nuestro estudio.

La figura del corredor o *alfarrassador* es conocida desde antiguo y sumamente frecuente en el campo valenciano. Con la Ley 3/2013 pasa, pues, a tener una regulación legal la actividad de mediación entre personas que desean llevar a cabo una determinada negociación.

II. EL CORREDOR O ALFARRASSADOR: INTRODUCCIÓN A LA FIGURA Y MARCO DE REGULACIÓN.

I. Problemas de delimitación conceptual: mediador o corredor, mandatario y *alfarrassador*.

Llama poderosamente la atención, tras la lectura del Preámbulo y el Capítulo III del Título I, la falta de precisión conceptual de la ley, pues la mediación o corretaje y el mandato son contratos que tienen hoy, tras una larga construcción dogmática, unos perfiles bien conocidos en el Derecho civil común que permiten su diferenciación.

Si la ley utiliza la denominación “corredor o corredora”, es claro que se está invocando el contrato de mediación o corretaje. En virtud de este contrato, una de las partes –el mediador o corredor– se obliga a indicar a otra –el comitente– la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero, promoviendo o facilitando su celebración, sirviéndole como intermediario a estos fines, a cambio

¹ La ley se dicta, conforme señala la Disposición Final Primera, al amparo de la competencia exclusiva de la Generalitat prevista en el art. 49.1.2º del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, de conformidad con el art. 149.1.8 de la Constitución Española.

de una retribución –prima o comisión-, de manera que la obligación propia del mediador se configura como un *facio ut des*².

La obligación asumida por el mediador se limita a poner en relación a los futuros contratantes, actuando de conformidad con los usos habituales del tráfico jurídico de que se trate, sin participar en el negocio jurídico o contrato que éstos concluyan, pues el mediador no es representante del comitente, ni tampoco asume las funciones propias de un mandatario, permaneciendo al margen del contrato concertado como resultado de su intervención mediadora³. La jurisprudencia de la Sala Primera del TS ha venido, por otra parte, afirmando que el contrato de mediación se integra en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos, cuya esencia radica en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario⁴.

Las circunstancias apuntadas permiten, pues, diferenciar el contrato de mediación del de mandato. El mandatario celebra el negocio jurídico con el tercero por cuenta del mandante y actuando en nombre de éste o en nombre propio, en función del carácter representativo, o no, del mandato⁵.

Siendo así las cosas, es difícil de comprender que el Preámbulo de la Ley 3/2013 afirme que “la ley remite la figura del corredor o corredora al paradigma del mandato, como mandatario o mandataria de la parte compradora, si bien lo es *sui generis*, esto es, sin ajustarse necesariamente a la regulación de la figura en el derecho común”. La mediación es un contrato atípico⁶ en el Derecho civil español común, pero con perfiles bien definidos y distintos del mandato, por lo que es desacertado asimilarlo al mandato para, acto seguido y sin solución de continuidad, decir que el mandato al que se asimila es un mandato *sui generis*. La ley pudo perfectamente distinguir si quien actúa en la contratación de las ventas agrarias (venta a ojo o estimada, venta al peso o *per arrovat*) lo hace como mediador o mandatario; no se comprende, por

2 La definición es dada por BUSTO LAGO, J.M.: “Contrato de mediación o corretaje”, en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO). Valencia (2013): Tirant lo Blanch, p. 3566.

3 BUSTO LAGO, J.M.: “Contrato de mediación o corretaje”, cit., p. 3566.
DE VERDA Y BEAMONTE, J.R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: “El mandato”, en AA.VV.: *Derecho Civil II* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE). Valencia (2013): Tirant lo Blanch, p. 424, afirman que “la diferencia entre el mandato y la mediación de gestión radica, pues, en que el mediador no contrata con el tercero, sino que lo localiza y contacta con él; por tanto, su finalidad es, simplemente, facilitar la aproximación entre comprador y vendedor, poniendo en relación a los futuros comprador y vendedor, teniendo como finalidad lograr la celebración del contrato final”.

4 SSTS (Sala 1ª) 30 marzo 2007 (Tol. 1060330), 25 mayo 2009 (Tol. 1547702), 25 noviembre 2011 (Tol. 2302404) y 19 noviembre 2012 (Tol. 2706758).

5 BUSTO LAGO, J.M.: “Contrato de mediación o corretaje”, cit., p. 3566. *Vid.* también el planteamiento en DE PABLO CONTRERAS, P.: “El mandato”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ). Madrid (2011): Colex, p. 706.

6 Es un contrato atípico, que se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil. Al respecto, STS (Sala 1ª) 6 octubre 1990 (Tol. 1729569).

todo lo dicho, la solución legal de crear confusión en categorías y posiciones que deben estar claras.

La confusión de la que advertimos es más que evidente si seguimos leyendo el Preámbulo y vemos que afirma que “conforme a la costumbre, no se ha exigido poder de representación escrito, puesto que no siempre el corredor o la corredora cumple la misma función: en unos casos (zonas y productos) aparece como verdadero mandatario o mandataria, conocido o conocida y reconocido o reconocida como tal por ambas partes, aunque su mandato no sea representativo; pero en otros casos (otras zonas y productos) su actuación inicial es más próxima a un revendedor o revendedora, pese a que al final del proceso acabe presentando a un comerciante comprador o a una comerciante compradora. Por eso ha parecido oportuno establecer que cuando el corredor o la corredora identifica a la persona principal para quien interviene al tiempo de la perfección del contrato, elude toda responsabilidad personal en las obligaciones derivadas de la compraventa, cuyas consecuencias se producen en las esferas patrimoniales de su cliente y la parte vendedora, mientras que cuando omite el nombre de aquél o aquélla, queda personalmente obligado u obligada, bien solo (si finalmente no hay parte compradora), bien en solidaridad con ésta si es conocida después. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad que tiene el supuesto o la supuesta mandante de exigir al corredor o corredora que pruebe la existencia del mandato”.

La lectura del largo párrafo del Preámbulo pone de manifiesto que se desdibuja la figura del mediador o corredor, propia del contrato de mediación, para centrarse en lo que sería propiamente un mandatario, actúe o no con poder de representación. Incluso se advierte la complejidad y variedad de situaciones posibles, cuando se da cumplida cuenta de los casos en los que actúa inicialmente como un revendedor aunque al final del proceso presenta a un comprador. Desaparece en este planteamiento todo aquello que pueda estar relacionado con la mediación o corretaje, tal y como se entienden en el Derecho civil común.

En conclusión, la ley no debió desconocer que no hay coincidencia entre mandato y corretaje. Sea o no representativo, el mandato supone que la celebración del contrato con el tercero es llevada a cabo por el mandatario, actuando en nombre del mandante o en nombre propio. Por el contrario, en rigor, el corredor o mediador se limita a poner en contacto a su principal o cliente con otra persona interesada en el acto o contrato de que se trate.

Otro frente abierto, y que exige ser aclarado, es el de la distinción entre corredor y *alfarrassador*. Hay que leer detenidamente el Preámbulo para darse cuenta que son figuras distintas, aunque pueda ser frecuente en la práctica que coincidan en la misma persona y que esta realice las dos funciones de mediador y *alfarrassador*.

En efecto, no es en la letra de la Ley (arts. 26 a 29) donde encontramos la diferente caracterización de corredor y *alfarrassador*, sino en el Preámbulo: "Ciertamente, no tienen por qué coincidir en una misma persona ambas funciones, porque una es la persona experta que calcula los aforos en la venta a ojo y otra es quien intermedia en la compraventa, sea a ojo o a peso". Es decir, el *alfarrassador* realiza el cálculo alzado o *alfarràs* y puede o no ser corredor; aunque lo más frecuente es que lo sea también. Otro dato a tener en cuenta es que el *alfarrassador* sólo existe en la venta a ojo o estimada, donde realiza una cuantificación de la cosecha de modo estimado (*alfarràs*), mientras que el corredor puede existir tanto en la venta a ojo o estimada como en la venta al peso o *per arrovat*.

El art. 29, que trata de la responsabilidad por el cálculo alzado o *alfarràs*, sólo es aplicable al *alfarrassador*, pero no al mediador. Más adelante volveremos sobre él.

Por todo lo dicho, hubiera sido deseable una mayor precisión y una separación conceptual y de régimen jurídico entre las figuras de *alfarrassador* y mediador. Si el *alfarrassador* se limita a realizar un cálculo estimado de la cosecha y responde en los casos señalados en el art. 29, no tiene sentido que se le coloque en el mismo plano de intervención contractual que el mediador en los artículos de la ley; su consideración jurídica debe ser hecha en el marco de un contrato de prestación de servicios o de obra, seguramente de obra⁷. No es suficiente, para despejar dudas y aclarar posiciones, que el Preámbulo diga que "ha parecido oportuno hacer una regulación unitaria de la figura porque en la práctica suelen coincidir ambas funciones en una misma persona y, en el caso de que así no fuera, no existe inconveniente alguno para aplicar a quien calcula las responsabilidades propias del cálculo y a quien media las de la intermediación".

2. Régimen jurídico aplicable.

El régimen jurídico de la figura del corredor o *alfarrassador* se contiene en el Capítulo III del Título I de la Ley 3/2013. Son cuatro los preceptos que allí se contienen, los arts. 26 a 29, que tratan de cuestiones de índole diversa: intervención contractual (art. 26), mandatario o mandataria (art. 27), retribución (art. 28) y

7 La diferenciación entre servicios y obra es siempre complicada. Creemos que el *alfarrassador* no cumple con desarrollar una actividad diligente, sino sólo con la producción del resultado prometido que, en este caso, sería el de proporcionar un cálculo estimado de la cosecha, expresado en las medidas propias del tipo de cultivo y costumbre del lugar (art. 3.1 Ley 3/2013).

Tal y como señala la doctrina, la clave para distinguir entre servicios y obra está en la diferente configuración de la obligación de hacer asumida por los contratantes: mientras en el contrato de obra se busca fundamentalmente la obtención de un resultado consecuencia de la actividad que se desarrolla, el resulta está *in obligatione*, y por tanto su cumplimiento depende de la producción o no del resultado, en el contrato de servicios lo que se pretende es el desarrollo de una actividad en sí misma considerada, el deudor debe intentar alcanzar el resultado esperado por el acreedor, hacer todo lo posible, pero su cumplimiento depende exclusivamente de la actuación diligente del deudor sin que pueda influir el hecho de conseguir el fin perseguido. Es por ello que en el primer caso la obligación es calificada como de resultado y en el segundo como de medios. Al respecto, vid. COLINA GAREA, R.: "El contrato de obra", en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO). Valencia (2013): Tirant lo Blanch, p. 3858.

responsabilidad por el cálculo alzado o *alfarràs* (art. 29). En las páginas que siguen procederemos a su estudio por separado.

III. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES DE LA LEY 3/2013, DE 26 DE JULIO, DE LA GENERALITAT, DE LOS CONTRATOS AGRARIOS Y OTRAS RELACIONES JURÍDICAS.

I. Intervención contractual.

Un único precepto, el art. 26, nos advierte que los contratos regulados en este título (es decir, la venta a ojo y la venta al peso) “pueden” ser celebrados “con la intervención de una tercera persona física, experta o práctica en el tráfico agrario, denominada corredor o corredora, o alfarrassador o alfarrassadora”.

El art. 26 se limita a señalar la posibilidad de intervención en el contrato de un tercero, pero no define los términos en que tal intervención se produce. Hay que acudir al Preámbulo para ver la diferente función de corredor (corretaje) y *alfarrassador* (cálculo alzado de la cosecha), sin perjuicio de que muchas veces reúna una misma persona los dos cometidos.

Añade un par de datos: debe tratarse de una persona física y ser “experta o práctica en el tráfico agrario”. Respecto de esta última característica, que cita este art. 26, al igual que ya hacía el art. 3.1 en la determinación de la cosecha de la venta a ojo, es evidente que no estamos ante la exigencia de una determinada titulación profesional, que ni existe, sino ante un dato puramente fáctico, como es la experiencia en el tráfico agrario. Podría la ley haber definido qué se entiende por corredor o *alfarrassador* “experto”, sobre todo pensando en que un corredor o *alfarrassador* no tiene experiencia en sus primeras intervenciones y no por ello debe existir duda sobre la validez de sus actuaciones. Lo que no deja de sorprender es que la ley hable unas veces de corredor experto y otras simplemente de corredor (caso, este último, de los arts. 3.2, 5, 8.3, 8.5, 27, 28 y 29); este resultado se hubiese evitado dando, con carácter general y en un precepto *ad hoc*, el significado de corredor experto, sin incurrir en continuas redundancias cada vez que se hiciese mención a la figura.

2. Mandatario o mandataria.

El art. 27.1 indica que “quien ejerce las funciones de corredor o corredora actúa siempre, a los efectos de los contratos regulados en esta ley, como mandatario o mandataria de la parte compradora, sin perjuicio de la relación jurídica que le una con ella”.

Esta primera disposición remite la figura del corredor al paradigma del mandato, tal y como se señala en el Preámbulo. La redacción legal denota confusión, ya lo

hemos dicho anteriormente: una cosa es que el corredor actúe siempre, en la venta a ojo y en la venta al peso, por indicación de la parte compradora y entre en contacto con un posible vendedor; y otra muy distinta es que tal actuación caiga dentro de los parámetros bien definidos y conocidos del mandato, contratando con el vendedor. Mandato y mediación no son lo mismo; por ello, repetimos una vez más, la Ley 3/2013 parece desconocer los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales del siglo pasado por conseguir una construcción dogmática del contrato de mediación y una independencia plena de la figura respecto del mandato⁸. Es más, como también se ha dicho, caben actuaciones del corredor próximas a un revendedor; lo que da idea de la variedad de matices que hay que introducir.

El art. 27.2 señala que “quien ejerce las funciones de corredor o corredora no necesita acreditar poder escrito, ni sus actos están sometidos para su validez a confirmación de su principal. Ello no obstante, en caso de duda, el o la principal podrá exigir al corredor o corredora que pruebe la existencia del mandato”.

Seguramente (lo decimos con cierta cautela, habida cuenta de la confusión antes señalada a propósito del art. 27.1), la norma piensa en un mandato representativo, en una actuación del mandatario que obliga al principal frente al vendedor; no hace falta acreditar poder escrito (puede ser dado de palabra), ni tampoco es necesaria la confirmación del principal (lógicamente esto último es así porque hay poder de representación y el mandatario actúa en los límites del encargo). La situación descrita en el último inciso del art. 27.2 pertenece a un plano distinto a lo visto hasta ahora: el principal exige al corredor que pruebe la existencia del mandato “en caso de duda”, lo que alude, al parecer, a un caso en el que el principal (es decir, el comprador) niega haber encargado al mandatario la gestión.

Finalmente, el art. 27.3 establece que “quien ejerce las funciones de corredor o corredora queda personalmente obligado u obligada frente a la parte vendedora en los casos de no manifestación de la identidad de su comitente al tiempo de la perfección de la venta y en los casos de dolo o fraude. Si posteriormente se desvelare la identidad de quien le otorgó el mandato, las dos personas responderán solidariamente. Fuera de estos supuestos, quien ejerce las funciones de corredor o corredora no queda personalmente obligado u obligada frente a la parte vendedora por los contratos que celebre en nombre de quien le otorgó el mandato”.

El art. 27.3 distingue diferentes posibilidades de actuación del corredor, anudando consecuencias diversas en función de ellas. Unas veces queda obligado personalmente frente al vendedor; si no manifiesta la identidad del mandante en el momento de perfeccionarse la venta o si hay dolo o fraude, previéndose

8 Sobre el particular, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. IV, Las particulares relaciones obligatorias*. Madrid (2010): Civitas, p. 507; LASARTE, C.: *Contratos. Principios de Derecho Civil*, t. III. Madrid (2010): Marcial Pons, p. 323.

una responsabilidad solidaria si desvela posteriormente la identidad de quien le realizó el encargo; otras veces, estando fuera de las dos situaciones anteriormente descritas, no queda el mandatario personalmente obligado frente al vendedor por los contratos que formaliza en nombre de quien le dio el encargo. Hubiese sido deseable esquematizar las diferentes situaciones en apartados o párrafos separados, prescindiendo de una redacción que no es de fácil comprensión. Por otro lado, olvida el art. 27.3 que también queda obligado personalmente el mandatario (y asume la responsabilidad del cumplimiento del contrato) en los casos en que se traspasan los límites del mandato⁹.

3. Retribución.

A) Nota previa.

A la retribución del corredor se refiere el art. 28 de la Ley 3/2013. No se menciona al *alfarrassador*, por lo que, en principio, las disposiciones parecen haber sido dictadas pensando exclusivamente en quien hace las funciones de intermediación de la compraventa a ojo o al peso, pero no en quien realiza el cálculo alzado o *alfarràs* de la venta a ojo. Lógicamente, aunque no lo diga la ley, hay que pensar que también el *alfarrassador* tiene derecho a ser remunerado por su trabajo y podrán aplicarse estas disposiciones en defecto de los pactos que sobre la remuneración puedan haberse establecido.

El art. 28 trata tres cuestiones básicas de la remuneración del corredor: el reconocimiento del derecho, la persona obligada al pago y la forma de la retribución.

B) Forma de la retribución.

El art. 28.1 establece que “quien ejerce las funciones de corredor o corredora tiene derecho a una retribución por su trabajo”. La mediación es un contrato oneroso, salvo que se acredite su gratuidad, por lo que el mediador tendrá derecho a percibir una remuneración. Aunque no lo diga la ley, constituye premisa sustancial del derecho del corredor a recibir una remuneración, demostrar cumplidamente el encargo de la gestión –la existencia del contrato de mediación entre las partes– y la eficaz intervención mediadora del corredor que alegue su derecho a percibir la remuneración¹⁰.

9 Las actuaciones del mandatario fuera de los límites fijados para su actuación por el mandante no vinculan a éste; en estos supuestos de actuación del mandatario falsamente representativa, el mandante sólo queda vinculado si ratifica, de manera expresa o tácita, lo realizado por el mandatario. Sobre el particular, BUSTO LAGO, J. M.: “Contrato de mandato”, en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO). Valencia (2013): Tirant lo Blanch, p. 3500.

10 La cuestión puede verse, con mayor desarrollo, en BUSTO LAGO, J. M.: “Contrato de mediación o corretaje”, cit., p. 3573, nota 640.

Ordinariamente, la remuneración se fija en proporción a un porcentaje del precio de venta estipulado en el contrato; aquí, la Ley 3/2013, en el art. 28.3, no establece una forma concreta, sino que se limita a señalar que la misma “dependerá del régimen jurídico que una a quien ejerce las funciones de corredor o corredora con su principal”. La redacción es poco afortunada, pues en realidad la retribución depende del pacto entre las partes y supletoriamente de los usos y costumbres del lugar. También puede influir en la forma de la remuneración si la función es la del cálculo alzado o *alfarràs*, o si es la intermediación, o si son ambas.

Lo que no se retribuyen, salvo pacto expreso en sentido contrario, son los gastos en que haya incurrido el corredor en la ejecución de las gestiones frustradas con el vendedor. Deben este tipo de gastos ser asumidos por él mismo. No se alude a esta cuestión en el art. 27, pero es aplicable en este punto lo señalado, para el contrato de corretaje del Derecho civil común, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia¹¹.

C) Momento de devengo.

No alude la ley al momento de devengo de la retribución. Hay que pensar que el devengo está supeditado a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, si tenemos en cuenta que la ley da por supuesto que el corredor actúa “siempre” por cuenta del comprador (art. 27.1).

No sería suficiente, pues, acreditar que se ha realizado la labor de intermediación y que se ha puesto al comprador en relación con un posible vendedor; salvo que expresamente se haya pactado el pago de una cantidad determinada por la realización de gestiones, aun cuando tales gestiones no concluyan en la celebración del pretendido contrato por el comprador¹².

Habría que estar al momento de la perfección del contrato de venta a ojo o de venta al peso, que presenta ciertas peculiaridades en la Ley 3/2013, como señaladamente ocurre con la venta a ojo con aplazamiento del pago del precio, ya que la perfección del contrato no se produce por el acuerdo de voluntades (regla general del Derecho civil común y de la compraventa), sino por el pago del precio¹³. La ulterior falta de consumación del contrato no tiene incidencia sobre el derecho del corredor a la retribución pactada, salvo que haya asumido expresamente la garantía

11 Al respecto, BUSTO LAGO, J.M.: “Contrato de mediación o corretaje”, cit., p. 3580.

12 En principio, y salvo del pacto que pueda existir entre comprador y corredor, no es suficiente con mediar, sino que es preciso que de esta mediación se obtenga un resultado consistente en la celebración del contrato de venta a ojo o venta al peso.

13 Éste es, sin duda, uno de los aspectos más singulares de la ley valenciana: apartarse de la regla general del carácter consensual de la compraventa en el Derecho español (arts. 1254, 1258 y 1450 CC) para proteger al vendedor, estableciendo que, en la venta a ojo con aplazamiento del pago del precio, el contrato no se perfecciona hasta el momento del pago. Finalidad loable, pero que podía haberse conseguido sin desconocer el carácter consensual de la compraventa, utilizando otros mecanismos que la técnica jurídica conoce; así, por

del buen fin de la operación. Si se pactaron arras penales (posibilidad permitida por el art. 22.3 para la venta a peso, exigiéndose acuerdo expreso), la solución debe ser la misma y el mediador conserva su derecho a la remuneración. Si se pactaron arras penitenciales (posibilidad permitida por el art. 22.3 para la venta al peso, exigiéndose acuerdo expreso), se puede considerar que el desistimiento de las partes constituye un supuesto de ineficacia conocido y aceptado por el corredor; de manera que la ineficacia le afectaría, careciendo de derecho a percibir la remuneración, sin perjuicio de su derecho a reclamar los gastos que se le hayan generado¹⁴.

El hecho de no celebrar el contrato no tiene, sin embargo, que impedir remunerar al corredor si el comitente se aprovecha, de algún modo, de las gestiones realizadas. No es infrecuente el caso en que se termine por un comprador prescindiendo de un mediador que inició y realizó buena parte de las gestiones. El comitente no pierde la facultad de concluir personalmente el contrato de venta, pero otra cosa bien distinta es que no tenga que pagar nada al corredor.

El derecho a la remuneración se conserva aun cuando el contrato de mediación o corretaje se resuelva si, con posterioridad a ese momento, se celebra el contrato de venta que promovió el corredor.

Todo el planteamiento que acabamos de hacer está pensado para la función de intermediación, pues lógicamente puede ser distinto el momento de devengo si se trata de un *alfarassador*, que se limita a proyectar el cálculo alzado o *alfarràs*.

D) Sujeto obligado al pago.

Junto con el reconocimiento del derecho a la remuneración y la forma, la Ley 3/2013 trata otra cuestión: la persona obligada al pago de la remuneración. Dice el art. 28.2 que “es siempre la parte compradora”.

Este mismo art. 28.2 contiene otra disposición, tendente a proteger los intereses de la parte vendedora y que, sin duda, responde a la necesidad de evitar una práctica abusiva de los compradores. “Se tendrá por no puesta –dice el art. 28.2– cualquier rebaja en el precio de la venta en concepto de comisión o retribución a quien ejerce las funciones de corredor o corredora, y la parte vendedora tendrá derecho a reclamarla si se hubiere practicado”. Resulta improcedente, pues, que el corredor cobre del vendedor con quien ha realizado la gestión en que la intermediación consista. Es acertada la previsión legal, pues el servicio realizado por el corredor

ejemplo, puede existir perfección del contrato de compraventa desde el concurso de voluntades, pero se dota al vendedor de la facultad de desistir si el pago del precio ha sido aplazado.

Diferir el pago de la retribución al momento del pago por el comprador quizás puede ser demasiado gravoso para el corredor, por lo que debería arbitrarse una solución para estos casos.

14 Sobre las diferentes situaciones señaladas en el texto *vid.*, con carácter general y referidas al contrato de mediación y corretaje, el desarrollo de BUSTO LAGO, J. M.: “Contrato de mediación o corretaje”, cit., pp. 3575 y ss.

surge del contrato de mediación o corretaje que le vincula con el comprador, careciendo aquél de acción contractual contra el vendedor:

4. Responsabilidad por el cálculo alzado o *alfarràs*.

El art. 29 está dedicado a la responsabilidad por el cálculo alzado o *alfarràs*. Estamos en el ámbito del contrato de compraventa a ojo o estimada, que es aquella, según definición del art. 1, que “tiene por objeto la totalidad estimada de la cosecha pendiente o no recogida, o simplemente en flor; existente en uno o varios campos al tiempo de ser convenida...”, siendo también posible “convenirse la compra de la cosecha futura sobre semillas...”. En la venta a ojo, la cosecha es cuantificada de modo estimado por corredor experto o por la parte compradora y aceptada por quien vende (art. 3.1).

Surge así la posible responsabilidad del *alfarrassador*, que es quien realiza la estimación de la cosecha, que vincula al comprador y luego acepta el vendedor:

El art. 29 señala que “la parte vendedora no tiene acción contra quien ejerce las funciones de corredor o corredora por errores en el cálculo. La parte compradora sólo la tiene en los casos de dolo, fraude o ignorancia excusable”.

La norma tiene planteados algunos problemas de interpretación, que pasamos a comentar:

En primer lugar, se habla de “corredor o corredora” cuando la figura realmente aplicable aquí es la del *alfarrassador* o *alfarrassadora*, ya que la única función que contempla el legislador es precisamente la de realizar el cálculo alzado de la cosecha objeto de la venta a ojo. No tiene, pues sentido, hablar de corredor o corredora, que está relacionado con la función de intermediación y no con la de cálculo. Al margen, claro está, de la coincidencia de ambas funciones o misiones en una misma persona.

En segundo lugar, no se entiende muy bien la exoneración de responsabilidad del *alfarrassador* frente al vendedor por errores de cálculo. Un error de cálculo de una persona, que la propia norma califica como experta, debe dar origen a responsabilidad por los daños causados y quien los sufra no puede verse privado de acción. No tiene sentido excluir aquí lo que permitiría una recta aplicación del art. 1902 CC. Sencillamente es incomprensible.

En tercer lugar, no se adivina fácilmente la razón de limitar los supuestos de responsabilidad (contractual) frente al comprador a los casos de dolo, fraude o ignorancia inexcusable. Un régimen especial frente al general de los arts. 1.001 y ss. C.c. tiene que tener una justificación clara, que aquí no se ha dado.

BIBLIOGRAFÍA

BUSTO LAGO, J. M.: "Contrato de mandato", en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO). Valencia (2013): Tirant lo Blanch, pp. 3486 y ss.

BUSTO LAGO, J. M.: "Contrato de mediación o corretaje", en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO). Valencia (2013): Tirant lo Blanch, pp. 3566 y ss.

COLINA GAREA, R.: "El contrato de obra", en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO). Valencia (2013): Tirant lo Blanch, pp. 3858 y ss.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "El mandato", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ). Madrid (2011): Colex.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. /CHAPARRO MATAMOROS, P.: "El mandato", en AA.VV.: *Derecho Civil II* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE). Valencia (2013): Tirant lo Blanch, pp. 411 y ss.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. IV, Las particulares relaciones obligatorias*. Madrid (2010): Civitas.

LASARTE, C.: *Contratos. Principios de Derecho Civil*, t. III. Madrid (2010): Marcial Pons.

REFLEXIONES SOBRE LAS LIMITACIONES A LA FACULTAD DE
GOCE DEL TITULAR DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL

*REFLECTIONS ON THE LIMITATIONS TO THE RIGHT TO ENJOYMENT
OF THE OWNER OF SUBSIDIZED HOUSING*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 306-341



M^a. Dolores
MAS
BADIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de septiembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: Uno de los instrumentos jurídicos tradicionalmente utilizados por los Estados europeos –entre ellos, España–, en su política de vivienda, para facilitar el acceso a la misma de los ciudadanos, es la regulación de la que, de modo genérico, se puede calificar como vivienda social o protegida. El presente análisis se centra en un aspecto que, como la práctica demuestra, constituye campo abonado para el fraude cuando no existe una adecuada labor de inspección por parte de las Administraciones públicas: las limitaciones a la facultad de goce que afectan al propietario (y también al arrendatario o titular de tales facultades en virtud de otro derecho, como puede ser el de superficie) de vivienda protegida.

PALABRAS CLAVE: Viviendas de protección oficial, facultad de goce, derecho a la vivienda.

ABSTRACT: One of the legal instruments traditionally used by European States, including Spain, in its housing policy to facilitate the access of the citizens, is the regulation that, in generic mode, can be described as social or protected housing. This analysis focuses on an aspect which, as practice shows, is field paid for fraud when there is a proper work of inspection by public administrations: limitations to the faculty of enjoyment that affect the owner (and also the tenant or owner of such powers under other law, such as that of surface) of housing.

KEY WORDS: subsidized housing, faculty of enjoyment, right to housing.

SUMARIO.- I. Presupuestos preliminares.- I. La política de vivienda protegida en España. Evolución histórica.- 2. Marco normativo actual.- A) Constitución española y Declaraciones de Derechos Humanos.- B) Rasgos básicos del sistema normativo regulador de las viviendas de protección oficial en la actualidad.- II. Acotación del objeto de estudio.- III. El contenido de la posición jurídica del titular de viviendas protegidas: limitaciones a la facultad de goce.- I. Destino y ocupación de la vivienda.- A) Contenido de la obligación e incumplimiento de la misma.- B) Carga de la prueba y medios de prueba.- C) En especial, el plazo para iniciar la ocupación y su incumplimiento.

I. PRESUPUESTOS PRELIMINARES.

I. La política de vivienda protegida en España. Evolución histórica.

Según datos facilitados por la Unión Europea, en diciembre de 2012, un tercio de la población europea o bien carecía de vivienda, o la que habitaba no reunía las condiciones adecuadas o el coste que suponía su adquisición o tenencia superaba con creces el límite que los especialistas sugieren como razonable (el treinta por ciento de los ingresos familiares)¹.

Uno de los instrumentos jurídicos tradicionalmente utilizados por los Estados europeos, incluida España, en su política de vivienda, para facilitar el acceso a la

¹ En el DICTAMEN núm. 2013/C 44/09, aprobado el 13 de diciembre de 2012 por el Comité Económico y Social Europeo, sobre "El reto de definir las viviendas sociales como servicios de interés económico general" (DOCE C 44/53 de 15 de febrero de 2013) se subrayaba que "el acceso a una vivienda digna ya no está al alcance de muchos ciudadanos de la Unión. En 2010, el 5,7 % de la población europea carecía de hogar (fuente: Europe Information Service S.A.), pese a que la Carta Social revisada del Consejo de Europa tiene por objeto paliar la situación de carencia de hogar con vistas a su supresión progresiva, el 17,86 % vivía hacinada o en viviendas poco dignas y el 10,10 % de las familias afrontaba un coste adicional de vivienda superior al 40 % de sus ingresos disponibles".

• M^a. Dolores Mas Badia

M^a Dolores Mas Badía, licenciada y doctora en Derecho por la Universidad de Valencia, es Profesora Titular de Derecho civil en la citada Universidad. Ha participado en diversos Proyectos de Investigación de I+D+I, financiados por la Generalitat Valenciana y por el Ministerio de Ciencia y Tecnología del Gobierno de España y ha sido responsable de varios Proyectos de Innovación Educativa de la Universidad de Valencia. Desempeña labores de coordinación en el Grado de Derecho y en el Máster de la Abogacía (Universitat de València. ICAV). Forma parte de la Comisión Académica del Máster en Arbitraje y Mediación de la Facultad de Derecho de Valencia. Ha sido galardonada con el Premio "Savis en Dret", d'estudis i divulgació sobre el dret civil i foral valencià, en su modalidad de estudios de Derecho positivo, 1^a Edición (2012), por la obra "El régimen económico matrimonial de la Comunidad Valenciana", Tecnos, Madrid, 2010 de la que es coordinadora y coautora. Dentro de su especialización en Derecho civil ha centrado su investigación en varias líneas, entre las que cabe destacar el Derecho agrario (Derecho de aguas y contratos agrarios); el régimen económico del matrimonio en el ámbito tanto del Derecho común como del Derecho valenciano; y el Derecho de obligaciones y contratos. Es autora de numerosas publicaciones, entre las que se incluyen cuatro monografías (Problemas de valoración y precio en las viviendas de protección oficial, Valencia (en prensa); Tirant Lo Blanch; La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales, Valencia (1999); Tirant Lo Blanch; La revisión judicial de las cláusulas penales, Valencia (1995); Tirant Lo Blanch; y El nuevo régimen jurídico de las aguas, Valencia (1993); Tirant Lo Blanch; 19 artículos en revistas especializadas de prestigio y más de 60 colaboraciones en obras colectivas de algunas de las cuales es coordinadora. Es colaboradora habitual de la prestigiosa revista jurídica "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil".

misma de los ciudadanos, es la regulación de la que, de modo genérico, se puede calificar como vivienda social o protegida. La oferta espontánea de vivienda libre en el mercado se complementa con esta oferta controlada de viviendas, que deben reunir determinadas características, facilitándose el acceso a las mismas (a su propiedad, alquiler o a otra forma estable de tenencia) por los ciudadanos o las familias que no podrían conseguirlo o tendrían más dificultades para hacerlo de acuerdo con las reglas del libre mercado.

De acuerdo con el Dictamen antes mencionado, todos los Estados miembros excepto Grecia disponen de un parque de viviendas sociales. En conjunto, veinticinco millones de familias europeas ocupan una vivienda social cuyas condiciones de programación territorial, acceso y precio son establecidas directamente por las autoridades públicas de los Estados miembros².

En sus inicios, el fenómeno jurídico de las viviendas protegidas no se halla vinculado al derecho a la vivienda en sentido genérico, sino más bien a la garantía de unas condiciones de vida dignas para la clase obrera. Esto se explica por el contexto social, económico y político del siglo XIX, en que aquél ve la luz³. La revolución demográfica, industrial y social gestada en aquel siglo, dota de caracteres nuevos al problema del alojamiento. Es esta época la que marca el origen de las políticas de urbanismo y de vivienda contemporáneas, y la que define el contexto en que hay que situar los antecedentes remotos del sistema español de viviendas protegidas.

El primer hito significativo lo constituye la “Ley de Habitaciones Higiénicas y Baratas”, de 12 de junio de 1911 –conocida vulgarmente como primera “Ley de Casas baratas”–. A esta seguirían, en un goteo constante, la “Ley de Casas Baratas”, de 10 de diciembre de 1921; el Decreto Ley de 10 de octubre de 1924 de “Casas Baratas”, las Normas sobre “Casas Económicas” y “Casas para funcionarios”, aprobadas por Decreto Ley de 29 de julio de 1925 y Decreto Ley de 15 de agosto de 1927, con

-
- 2 Se destaca en el dictamen que “esta oferta paralela de viviendas contribuye, en particular, a limitar la magnitud de los ciclos del mercado inmobiliario y de las burbujas inmobiliarias, habida cuenta de su estabilidad y a limitación de sus precios. Así pues, los Estados miembros que disponen de un parque sustancial de viviendas sociales no se han visto afectados por las burbujas inmobiliarias y sus consecuencias macroeconómicas”.
 - 3 La literatura del período es buen reflejo de este entorno. En “Tiempos difíciles”, Charles Dickens describe una ciudad industrial de la época:“(…) era una ciudad de ladrillos rojos, o más bien de ladrillos que habrían sido rojos, si el humo y las cenizas lo hubiesen permitido; (...) Era una ciudad de máquinas y de altas chimeneas, de donde salían sin descanso interminables serpientes de humareda, que se deslizaban por la atmósfera sin desentrosarse nunca del todo. Tenían un canal obscuro y un arroyo que llevaba un agua enturbada por un jugo fétido, y existían vastas construcciones, agujereadas por ventanas, que resonaban y retemblaban todo el santo día, mientras el pistón de las máquinas de vapor subía y bajaba monótonamente, como la cabeza de un elefante enfermo de melancolía. Contaba la ciudad de varias calles grandes, que se parecían entre sí, y de infinitas callejuelas aún más parecidas unas a otras, habitadas por gentes que se parecían igualmente, que entraban y salían a las mismas horas, que pisaban de igual modo, que iban a hacer el mismo trabajo, y para quienes cada día era idéntico al anterior y al de después, y cada año el vivo reflejo del que le había precedido y del que iba a seguirle”. La novela se publicó, por primera vez, en 1854. Ambientada en un pueblo ficticio de la Inglaterra de la primera industrialización, refleja las pésimas condiciones de vida y la mentalidad de la clase obrera frente a la clase alta, que controla las fábricas.

reglamento de 20 de diciembre del mismo año, respectivamente⁴; la “Ley Salmón” promulgada el 25 de junio de 1935, bajo la II República⁵; así como diferentes leyes y decretos vigentes entre 1939 y 1954, en el periodo de postguerra⁶.

Coincidiendo con el proceso de apertura y de recuperación económica producido en España tras el Plan de Estabilización de 1959, discurre una nueva etapa en materia de política de vivienda, en la que se fijan las bases del sistema actual de vivienda de protección pública.

Puede decirse que la normativa moderna sobre viviendas protegidas se inicia en nuestro país con los Decretos 2131/1963, de 24 de julio y 3964/1964, de 3 de diciembre, que aprueban la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, desarrollados por el Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento

- 4 La política española de Casas Baratas se inscribe en un movimiento más amplio, localizado en Europa a finales del siglo XIX. Fruto de él son también la ley belga de 1889, la ley inglesa de 1890 o la Ley francesa de 1894 – *Loi Siegfred* –, entre otras [más información en HIDALGO DATTWYLER, R.: “La política de casas baratas a principios del siglo XX. El caso chileno”, *Scripta Nova. Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona (2000), n° 55-78]. El foco de atención no era tanto el derecho a la vivienda en sí mismo, sino las condiciones de vida de la clase obrera y, dentro de éstas, las referidas a su alojamiento. El problema, que no se acomete desde la propia clase trabajadora, sino desde la élite burguesa progresista del viejo mundo, sería puesto de relieve en diversos foros de debate: primero, en la Exposición Universal de París de 1867, y más tarde en diferentes Congresos Internacionales de Casas Baratas (al primero, celebrado en 1889 en París, seguirían los de Bruselas, Düsseldorf, Lieja, Amberes y Burdeos). Resultado de este movimiento fue la ley española de Habitaciones Higiénicas y Baratas de 1911, dictada a partir de un Proyecto del Instituto de Reformas Sociales de 1908. En su art. 3.a) señalaba como objetivo el de “estimular y favorecer la construcción de habitaciones higiénicas y baratas destinadas a ser alquiladas o vendidas, al contado o a plazos, a personas que vivan de un salario o sueldo modesto o eventual”. La Ley de Casas Baratas de 1921, por su parte, se redactó de acuerdo con las recomendaciones del Primer Congreso Internacional de la Vivienda, celebrado en 1920. Fue objeto de desarrollo reglamentario en 1922, dictándose otras disposiciones complementarias. Tanto esta Ley como la de 1911, ambas con una eficacia práctica muy limitada, regulaban, básicamente, ayudas financieras.
- 5 El 26 de junio de 1935 se aprobó la conocida como “Ley Salmón”. En ella, la construcción de viviendas se configura como mecanismo en la lucha contra los elevados índices de desempleo. De hecho, su nombre real era el de “Ley de la Previsión contra el Paro” y el apodo con el que se la bautizó se debe al nombre del Ministro de Trabajo que la propulsó, J. Salmón. Ya en aquellas fechas, la construcción de vivienda en general y de vivienda protegida en particular, se veía como un instrumento generador de empleo y, por tanto, con repercusión en la economía general del país.
- 6 Bajo el régimen franquista se regula una variada tipología de viviendas protegidas. Algunas de las modalidades se suceden y otras coexisten en el tiempo. Así, en distintas normas se regulan “viviendas protegidas”, “viviendas de clase media”, “viviendas bonificables”, “viviendas de tipo social”, “viviendas de renta mínima y de renta reducida”, “viviendas de renta limitada” o “viviendas de protección oficial”. Un breve análisis de las mismas puede encontrarse en GUILLEN NAVARRO, N.A.: *El beneficiario de las viviendas sometidas a un régimen de protección pública*. Madrid (2012): Marcial Pons, pp. 51 y ss.
Se alumbra una primera serie de normas que arrancan con la Ley de Viviendas Protegidas de 19 de abril de 1939 – y su Reglamento, de 8 de septiembre del mismo año –. Siguió la Ley de 25 de noviembre de 1944 y su reglamento de 14 de abril de 1948, que regulan las “Viviendas para la Clase Media”, luego denominadas “bonificables” (Decreto-Ley de 19 de noviembre de 1948, cuya vigencia fue restablecida por el de 27 de noviembre de 1953; Reglamento de 10 de julio de 1954). Este bloque normativo se encuadra en la etapa de autarquía y aislamiento del exterior que vive el país tras la Guerra Civil, caracterizado, además, por la escasez de viviendas, que el conflicto bélico había acentuado. La Ley de 1939 creó el Instituto Nacional de la Vivienda, cuya misión era fomentar la construcción de viviendas protegidas – de entonces data el término – y asegurar su mejor funcionamiento. Desde 1943 se inicia la práctica de establecer planes anuales de vivienda, fijándose objetivos de construcción de las mismas con esta periodicidad [RODRÍGUEZ LÓPEZ, J.: *Políticas de vivienda en un contexto de exceso de oferta* (2010): Fundación Alternativas, p. 42]. En los años 50 se dictan los DDLL de 14 de mayo de 1954 y 3 de abril de 1956, sobre “Viviendas de tipo social”; la Ley de 15 de julio de 1954 – Reglamento aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955 –, sobre “Viviendas de renta limitada”; y la Ley de 13 de noviembre de 1954, el Decreto de 22 de noviembre de 1957 y la Orden de 1 de febrero de 1958, todos ellos sobre “Viviendas subvencionadas” [analiza estas últimas normas, LÓPEZ ALARCÓN, M.: “El arrendamiento de las viviendas de renta limitada y subvencionadas”, *Anales de la Universidad de Murcia*, Vol. XX, núm. 2, pp. 163 a 208].

correspondiente⁷. Se regulan en ellos las denominadas viviendas de protección oficial (VPO). El origen de estas normas se encuentra en el Plan Nacional de la Vivienda para el periodo 1961-1976 (que finalmente se extendería no cinco años, sino dieciséis), aprobado por la Ley 84/1961, de 23 de diciembre. En su Disposición Final se preveía la elaboración de un texto refundido y revisado sobre viviendas de protección estatal, que abarcara tanto la regulación de su construcción como su régimen de utilización. Los Decretos del 63 y 64 quedarían integrados en el Texto Refundido sobre Viviendas de Protección Oficial, aprobado por RD 2960/1976, de 12 de noviembre, manteniéndose en vigor el Reglamento de 1968⁸.

El Texto refundido de 1976 y el Reglamento de 1968, constituyen el precedente inmediato del RD-Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial, desarrollado por RD 3148/1978, de 10 de noviembre, normas que diseñan, a nivel estatal, el sistema actual de VPO. En relación con estas dos últimas normas cabe realizar, de entrada, tres observaciones: No suponen la derogación absoluta del TR de 1976 y el Reglamento de 1968, que siguen vigentes en cuanto resulten compatibles con las nuevas Normas. En segundo lugar, las viviendas calificadas con arreglo a cualquiera de los regímenes anteriores quedarán sometidas en cuanto al uso, conservación, aprovechamiento y régimen sancionador; a la nueva normativa, sin otra excepción que la relativa al plazo de duración de dichos regímenes, que será el establecido en las respectivas calificaciones (DT 5ª RD-Ley 31/1978). Finalmente, el RD-Ley 31/1978 y el RD 3148/1978 resultan de aplicación supletoria en relación con las disposiciones autonómicas dictadas sobre la materia. Además, sus normas pueden quedar matizadas por otras estatales más específicas, para las que, por otra parte, ha servido de modelo. Estas últimas se contienen, básicamente, en los planes plurianuales de vivienda⁹.

- 7 RODRIGUEZ LÓPEZ, J.: *Políticas de vivienda*, cit., pp. 43 y 44, resume las características básicas de la Ley de 24 de julio de 1963: estableció las figuras de las viviendas de renta limitada Grupo I, Grupo II y las viviendas subvencionadas, contempló la posibilidad de un conjunto de ayudas fiscales, crediticias y subvenciones, e introdujo el concepto de “módulo” a efectos de fijación del precio máximo de venta de las VPO. El mismo autor destaca que la VPO llegó a suponer en la década de los años sesenta del pasado siglo – caracterizada por un importante crecimiento del PIB – más de la mitad de las viviendas iniciadas cada año, constituyendo la base de la política de vivienda en España hasta la transición política. Ahora bien, durante los años 60 la concesión de calificaciones pasaría por frecuentes interrupciones. Por otra parte, los hogares favorecidos fueron los que contaban con rentas medias o medias-altas; los más necesitados, dependían estrechamente de la construcción de viviendas de promoción pública.
- 8 Así lo pone de relieve FERNÁNDEZ CARVAJAL, A.: “Veinticinco años de política de vivienda en España (1976-2001): Una visión panorámica”, *Tribuna de Economía* (2004), núm. 816, p. 149. Merece destacarse que es en esta etapa cuando empieza a tomarse en consideración las condiciones socioeconómicas de los beneficiarios de las ayudas para perfilar los requisitos e acceso a las mismas. En concreto, en el RD 2960/1976 se integró la regulación de las “viviendas sociales” surgidas con el Decreto-ley 12/1976, de 30 de julio, sobre inversión en vivienda, destinado a proteger a las familias con rentas más bajas.
- 9 Hasta la fecha, se han dictado los siguientes planes estatales: Plan Trienal de Vivienda 1981-1983 (RD 2455/1980, de 7 de noviembre); Plan cuatrienal 1984-1987 (RRDD 2329/1983, de 14 de diciembre y 3280/1983, de 14 de diciembre); RRDD 1494/1987, de 4 de diciembre y 224/1989, de 3 de marzo; Plan 1992-1995 (RD 1668/1991, de 15 de noviembre y RD 1932/1991, de 20 de diciembre); Plan 1996-1999 (RD 2190/1995, de 28 de diciembre); Plan 1998-2001 (RD 1186/1998, de 12 de junio); Plan 2002-2005 (RD 1/2002, de 11 de enero); Plan de Vivienda 2005-2008 (RD 801/2005, de 1 de julio); Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 (RD 2066/2008, de 17 de diciembre y, el último, el Plan 2013-2016 (RD 233/2013, de 5 de abril).

2. Marco normativo actual.

A) Constitución española y Declaraciones de Derechos Humanos.

En España, el derecho a disfrutar de una vivienda digna se mueve, en la actualidad, dentro de un marco normativo cimentado en la Constitución y en los Tratados internacionales suscritos.

El art. 47 CE, alojado dentro de los “Principios rectores de la política social y económica” (Capítulo III del Título I – “De los derechos y deberes fundamentales”), proclama que “(t)odos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”. Añade que “(l)os poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”. Por último, señala que “(l)a comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”. La norma es perfectamente compatible con la atención prioritaria a personas y colectivos especialmente vulnerables por razones estrictamente económicas o sociales: ancianos, jóvenes, mujeres que han sufrido violencia de género, familias monoparentales o numerosas, personas con discapacidad o dependientes, personas en situación de paro laboral o con escasos recursos económicos, inmigrantes, víctimas del terrorismo, y, en general, sujetos o colectivos con riesgo de marginación o exclusión social. No solo es compatible, sino que la consecución de la igualdad material tutelada por el art. 9.2 CE así lo requiere¹⁰. Como reflejan los planes estatales y autonómicos de vivienda más recientes, la política de vivienda protegida, en los últimos tiempos parte, entre otros datos, de la determinación de grupos que presentan necesidades que se considera merecen una atención prioritaria. Para valorarlo no sólo se atiende a factores económicos, sino también sociales: piénsese, p.ej., en la víctima de violencia de género o de terrorismo.

Pero aunque el art. 47 CE constituya su fundamento constitucional más directo, no hay que olvidar que el derecho a una vivienda digna conecta con otros derechos y libertades consagrados en la Constitución, entre los que cabe destacar la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE), el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), la libertad de residencia (art. 19 CE), el principio de igualdad (art. 14 y art. 9.2), el derecho a la educación (art. 27 CE), el derecho a la propiedad privada, cuyo contenido debe delimitar el legislador de acuerdo con su función social (art. 33), la libertad de empresa (art. 38, en relación con los arts. 128 y

¹⁰ Hay que tener en cuenta que estas personas o grupos sociales cuentan con menos posibilidades de acceder por sí mismas a una vivienda digna.

131 CE), o el derecho a la salud (art. 45), entre otros. No puede ser de otro modo, al tratarse de un derecho íntimamente unido a la dignidad del ser humano¹¹.

Se ha dicho en más de una ocasión que el art. 47 de la Constitución es una norma programática (cfr. art. 53.3 CE). Necesita del adecuado desarrollo legislativo y de políticas activas para resultar eficaz¹². A la luz de esta idea, la lectura de alguno de sus incisos suscitará sin duda actitudes escépticas. La Constitución conmina a los poderes públicos a regular la utilización del suelo con el fin de evitar nada más y nada menos que la especulación. Sin embargo la especulación en el sector de la construcción y en el mercado de la vivienda ha sido y es una realidad característica de la economía española. De esta realidad se ha nutrido la llamada burbuja inmobiliaria, el auge de la construcción, la recalificación de terrenos fuera, muchas veces, de toda consideración medioambiental, los precios disparados de las viviendas en los años, quizá décadas, previos a la crisis económica y financiera actual o la corrupción vinculada a la actividad urbanística, de la que se hacen eco, casi a diario, los medios de comunicación y que ha provocado diversas llamadas de atención por parte de la Unión Europea¹³. Ahí quedan, como prueba, un sinnúmero de viviendas vacías que fueron adquiridas en épocas de bonanza económica con fines puramente especulativos. Junto a ello, el denominado gráficamente “estallido de la burbuja inmobiliaria” ha dejado sobre el camino miles de lanzamientos de deudores hipotecarios, en unos momentos en que las cifras de paro y la merma de la capacidad económica para hacer frente a las responsabilidades derivadas del crédito, concedido en su momento con un cuestionable e interesado balance de los riesgos y amparado en no pocas ocasiones por una sobretasación, igualmente interesada, de los inmuebles, ponen a muchos ciudadanos entre la espada y la pared¹⁴.

11 Esto tiene consecuencias prácticas importantes. Entre otras, ha permitido que el TEDH se pronuncie en relación con este derecho, pese a que no viene contemplado expresamente en el CEDH, gracias a su vinculación con otros derechos consagrados en el Convenio.

12 Sin embargo, también se ha defendido, con lógica, que se puede apelar directamente al precepto constitucional en apoyo, p. ej., de determinadas medidas procesales cuando el juzgador deba resolver “la aplicación discriminatoria o la falta de información adecuada en ayudas o programas habitacionales, la realización de desalojos arbitrarios o la existencia de abusos de propietarios cometidos contra arrendatarios en situación de vulnerabilidad”, como así se ha hecho en algunas ocasiones [PISARELLO, G.: “El derecho a la vivienda como derecho social. Implicaciones constitucionales”, *Revista catalana de derecho público* (2009), núm. 38, p. 7].

13 Como muestra, el Informe del Parlamento Europeo, de 20 de febrero de 2009, sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas [2008/2248(INI)], Comisión de Peticiones, Ponente: Margrete Auken.

14 En el Informe “Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del pueblo” (pp. 15 y ss.), que puede consultarse en la página oficial de la institución, se explican de una manera sencilla los mecanismos y las razones que subyacen en esta actuación interesada de las entidades bancarias y las normas en que se ampara. No es este el lugar oportuno para entrar en la cuestión con detalle, pero sí merece la pena hacer alguna reflexión. La hipoteca, además de ser el medio principal para la adquisición de la vivienda, es un activo objeto de un mercado. El mercado hipotecario comprende tanto las operaciones activas de concesión de préstamos hipotecarios como las pasivas de refinanciación de éstos a través de la emisión de valores hipotecarios. En relación con estas últimas ha jugado un papel fundamental la movilización de los créditos hipotecarios a través de vehículos que empaquetan y “venden” los valores hipotecarios, permitiendo, así, la refinanciación de la propia entidad bancaria. Es el sistema de la titulización hipotecaria que ha constituido durante mucho tiempo uno de los principales sistemas de financiación de la Banca española. Se concedían préstamos garantizados con hipoteca para crear títulos (a través de cédulas, bonos y participaciones hipotecarias), que podían ser vendidos

No es extraño, pues, que vivienda y construcción aparezcan vinculadas con frecuencia, en la conciencia popular; más al negocio que a la satisfacción ordenada de una necesidad básica inescindible de la dignidad del ser humano, más a su valor en cambio que a su valor en uso. Sin embargo, todas las declaraciones de derechos humanos y las constituciones modernas¹⁵ subrayan este último aspecto y su proyección social.

El art. 25.I de la Declaración de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 reconoce el de toda persona a un nivel de vida que le asegure, entre otras cosas, la vivienda¹⁶. En igual sentido se manifiesta el art. 11.I del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966¹⁷.

en el mercado o ser utilizados, a su vez, como garantía para obtener anticipos en el mercado interbancario. La facilidad con que el ordenamiento jurídico español permitía esta titulación [un análisis del sistema, puede verse en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE ÁZMAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, E. (coords.): *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid (2009): Edisofer], ha fomentado durante los años de la “bonanza económica” la concesión irresponsable de los créditos y la titulación de hipotecas de baja calidad (*subprime*).

La titulación tenía, para las entidades bancarias, una importante ventaja. Para entenderlo, hay que tener en cuenta que la ley obliga a las entidades de crédito a disponer de unos fondos para garantizar los créditos concedidos. Pues bien, el mecanismo de la titulación hipotecaria permitía ampliar el número de créditos concedidos sin incrementar esos fondos. Esto era así porque los créditos ya concedidos se “revendían” en los mercados, sustrayéndolos así del balance de la entidad.

Al salir a la luz la existencia de innumerables hipotecas basura o hipotecas *subprime* “empaquetadas” los mercados financieros han perdido confianza y el crédito se ha retraído. Los incumplimientos de reembolso de créditos en Estados Unidos de las denominadas “hipotecas basura” sirvieron como detonante del desplome de los precios inmobiliarios y de los títulos crediticios que sobre éstos se habían comercializado. Como escribe NASARRE ÁZMAR, S. [“Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2011), núm. 727, pp. 2665 a 2737], en la actualidad, “la banca no da créditos hipotecarios porque no puede empaquetarlos y venderlos. La falta de concesión de crédito agrava la crisis inmobiliaria y presiona a la baja el precio de la vivienda, lo cual repercute en las ejecuciones hipotecarias, cuyas subastas quedan desiertas o las viviendas se adjudican a muy bajo precio, quedando el ejecutado endeudado con el banco después de la pérdida del bien. De tal modo que resulta imprescindible una mejora técnica del sistema de titulación hipotecaria como mecanismo de financiación, para proteger a todos los participantes en el mercado hipotecario, incluidos los demandantes de hipotecas”.

15 Para un recorrido breve por el reconocimiento del derecho a la vivienda en las Constituciones europeas desde que la Constitución de Weimar de 1919, le dedicara un artículo específico, el 155, puede verse: PISARELLO, G.: “El derecho a la vivienda”, cit., p. 2.

16 Art. 25: “I. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar; y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.” (consultado en la página oficial de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/rights/>).

17 Art. 11: “I. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento (...)”.

Consulta realizada en la página oficial del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>.

El Comité DESC, que tiene como función supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha emitido diversas “Observaciones Generales” (Observaciones Generales n° 4 y n° 7) relativas al derecho a una vivienda adecuada, en las cuales lo considera como un derecho de importancia esencial para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales. En la Observación General n° 4, el Comité se preocupa de precisar lo que debe entenderse por una vivienda adecuada. En concreto debería incluir: un régimen legal seguro de tenencia (“Tenure takes a variety of forms, including rental (public and private) accommodation, cooperative housing, lease, owner-occupation, emergency housing and informal settlements, including occupation of land or property (...)”); disposición de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras (“An adequate house must contain certain facilities essential for health, security, comfort and nutrition. All beneficiaries of the right to adequate housing should have sustainable access to natural and common resources, safe drinking water, energy for cooking, heating and lighting, sanitation and washing facilities,

Otro tanto puede decirse de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, en cuya evolución se percibe una creciente importancia del derecho a la vivienda¹⁸. En su origen, éste no se reconocía de modo autónomo, sino en conexión con el derecho de la familia a su adecuada protección social, jurídica y económica (art. 16). La Carta se revisó el 3 de mayo de 1996. Fue entonces cuando se incorporó a la misma la garantía expresa del “derecho a la vivienda” a favor de toda persona. Este derecho se desarrolla en el nuevo art. 31, según el cual, para garantizar su ejercicio efectivo, los Estados firmantes “se comprometen a adoptar medidas destinadas a favorecer el acceso a una vivienda de un nivel suficiente; a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar; con vistas a eliminar progresivamente dicha situación”; y “a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes”¹⁹.

En esta norma se ha inspirado el art. 34.3 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. En él, “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza”, se reconoce y respeta el derecho a una “ayuda de vivienda a todos aquéllos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”. El art. 34 se inscribe dentro del Capítulo IV, rubricado “Solidaridad”, criterio en cuyo marco se impulsan los derechos sociales, y se dedica, de modo genérico, a la “Seguridad social y ayuda social”. La ayuda de vivienda es una de las modalidades de esta última. Ahora bien, al menos tres datos dejan patente que se trata, tan sólo, de garantizar unos mínimos vitales:

1º En primer lugar, el objetivo, expresamente formulado, de evitar la exclusión social.

means of food storage, refuse disposal, site drainage and emergency services”); gastos asumibles (“Personal or household financial costs associated with housing should be at such a level that the attainment and satisfaction of other basic needs are not threatened or compromised. Steps should be taken by States parties to ensure that the percentage of housing-related costs is, in general, commensurate with income levels. States parties should establish housing subsidies for those unable to obtain affordable housing, as well as forms and levels of housing finance which adequately reflect housing needs. In accordance with the principle of affordability, tenants should be protected by appropriate means against unreasonable rent levels or rent increases”); condiciones adecuadas de habitabilidad (“Adequate housing must be habitable, in terms of providing the inhabitants with adequate space and protecting them from cold, damp, heat, rain, wind or other threats to health, structural hazards, and disease vectors. The physical safety of occupants must be guaranteed as well”) y accesibilidad física, teniendo en cuenta las necesidades especiales de determinados grupos de población, como ancianos, niños, enfermos o personas con discapacidad física o mental; ubicación razonable (“Adequate housing must be in a location which allows access to employment options, health-care services, schools, child-care centres and other social facilities. This is true both in large cities and in rural areas where the temporal and financial costs of getting to and from the place of work can place excessive demands upon the budgets of poor households”); e incluso el respeto de la identidad cultural de sus habitantes.

Consulta realizada en la página oficial del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>.

18 España la firmó el 27 de abril de 1978. Su instrumento de ratificación fue publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 153, de 26 de junio, y en el 192, de 11 de agosto, ambos de 1980.

19 Art. 31, <http://www.coe.int/t/dGH/monitoring/Socialcharter/Presentation/ESCRBooklet/Spanish.pdf>.

2º En segundo lugar, el requisito exigido para definir el ámbito subjetivo de protección, que no es otro que carecer de recursos suficientes.

3º En el mismo sentido juega la ubicación sistemática de la figura, a la que antes se ha hecho referencia²⁰.

No contempla, en cambio, de modo expreso el derecho a una vivienda digna, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), de cuya interpretación y aplicación se encarga el TEDH. Ahora bien, el Tribunal de Estrasburgo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho de referencia en relación con otros que sí cuentan con garantía expresa en el Convenio, en concreto, los arts. 3 (derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes), 8 (derecho a la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia), y art. 1 del Protocolo 1 (derecho a la propiedad privada)²¹.

Sea como sea, las competencias tanto en materia de protección social como de vivienda corresponden a los Estados miembros. Por tanto, la eficacia práctica del derecho reconocido en las Cartas Europeas dependerá de las políticas que estos desarrollen y las leyes que les den cauce jurídico²². Y lo cierto es que pese al alto rango de las normas citadas, el acceso a una vivienda digna sigue siendo una asignatura pendiente del Estado Social de Derecho. Aunque afecta de un modo

20 El desarrollo de este derecho en la normativa europea no puede llevarse a cabo a través de una competencia directa en materia de vivienda, que corresponde a los Estados miembros y no a la Unión, pero sí en cuanto el derecho a una vivienda digna conecta con otras competencias comunitarias: cohesión social y territorial, renovación urbana, eficiencia energética de los edificios, protección de los consumidores y del medio ambiente, o lucha contra la discriminación. En este sentido, PISARELLO, G: "El derecho a la vivienda", cit., p. 4, que destaca la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas, con independencia de su origen étnico o racial, "una directiva que ha contribuido a aplicar al sector de la vivienda, entre otros, las diferentes técnicas de lucha contra la discriminación directa o indirecta", discriminación que puede observarse en algunas prácticas como el acoso o *mobbing* inmobiliario, "esto es, el ejercicio de coacciones o molestias a los arrendatarios o propietarios de un inmueble con el objeto de forzarlos a abandonarlo".

En cualquier caso, lo que está claro es que la Unión Europea no puede realizar directamente inversiones destinadas a la financiación del acceso a la vivienda. Pero indirectamente sí puede ofrecer apoyo financiero: p.ej., a través de actuaciones que incidan en la mejora de la calidad del entorno urbano por medio de sus Fondos Estructurales (cfr. Carta de Leipzig sobre Ciudades Europeas Sostenibles, en *Ciudad y territorio: Estudios territoriales*, núm. 152-153, 2007).

21 PISARELLO, G: "El derecho a la vivienda", cit., p. 3, cita las siguientes sentencias: En el caso *Moldovan y otros c. Rumanía*, de 12 de julio de 2005, el TEDH consideró que las condiciones de vida de los demandantes, incluidas las habitacionales, y la discriminación racial de la que habían sido objeto por parte de las autoridades públicas constituían un quebranto de su dignidad humana por la humillación y degradación que les habían provocado. En el caso *Connors c. Reino Unido*, de 27 mayo de 2004, el TEDH sostuvo que el desalojo del demandante no había respetado las garantías del debido proceso, ya que no había ofrecido una justificación adecuada de la injerencia pública en el hogar y la vida familiar. En el caso *López Ostra c. España*, de 9 diciembre de 1994, el TEDH protegió de manera indirecta el derecho a la vivienda a través del derecho a la vida privada y familiar; en un caso de contaminación, humo y malos olores producidos por una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos. En el caso *Stretch c. Reino Unido*, de 3 de diciembre de 2003, el TEDH sostuvo que la protección de los propios bienes incluía tutelar la expectativa de un arrendatario de suelo, de continuar el alquiler.

22 Resulta interesante el matiz que apunta RODRIGUEZ LÓPEZ, J.: *Políticas de vivienda*, cit., p. 22. Aunque la competencia sobre política de vivienda corresponde a los EEMM, no a la UE, la actuación del Banco Central Europeo sobre los tipos de interés de los mercados mayoristas de dinero incide sobre las condiciones de financiación del acceso a la vivienda por parte de las entidades de crédito y, en tal medida, influye sobre las posibilidades de adquirir aquélla.

especial a Estados poco desarrollados, la garantía efectiva de este derecho presenta importantes lagunas y deficiencias incluso en los países del llamado “primer mundo”²³.

La necesidad de desarrollar políticas de vivienda adecuadas es perentoria en épocas de crisis económica como la que vivimos en la actualidad, en la que se combina un doble factor negativo: el menor poder adquisitivo de los ciudadanos, junto con la dificultad de obtener financiación para la adquisición de la vivienda. Con ellos convive una tercera circunstancia, de marcado carácter coyuntural: la existencia de una notable bolsa de viviendas acabadas o en construcción y no vendidas, que el mercado actual es incapaz de absorber (en torno a 680.000 viviendas, según el RD 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016). Es la secuela del estallido de la denominada “burbuja inmobiliaria” a partir de 2007-2008²⁴. Hay que tener en cuenta, además, una circunstancia de carácter socioeconómico que define el mercado de la vivienda en España y lo singulariza respecto del que es propio de los países de nuestro entorno: la debilidad del mercado de alquiler; porcentualmente hablando, respecto al de la vivienda en propiedad. Como señala el Preámbulo del RD 233/2013, según los datos del último censo disponible, el alquiler significa en España el 17 %, frente al 83% del mercado de la vivienda principal en propiedad. Por el contrario, en Europa, en porcentajes medios, el alquiler supone el 38%, frente al 62% de vivienda en propiedad²⁵.

- 23 El Comité DESC (Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que, como ya hemos dicho, supervisa el cumplimiento del PIDESC, en su Observación General nº 4, relativa al derecho a una vivienda adecuada, emitida en 1991, señalaba: “Despite the fact that the international community has frequently reaffirmed the importance of full respect for the right to adequate housing, there remains a disturbingly large gap between the standards set in article 11 (1) of the Covenant and the situation prevailing in many parts of the world. While the problems are often particularly acute in some developing countries which confront major resource and other constraints, the Committee observes that significant problems of homelessness and inadequate housing also exist in some of the most economically developed societies. The United Nations estimates that there are over 100 million persons homeless worldwide and over 1 billion inadequately housed 4/. There is no indication that this number is decreasing. It seems clear that no State party is free of significant problems of one kind or another in relation to the right to housing”. No parece que se haya avanzado mucho desde entonces. Estas palabras podrían suscribirse sin matiz alguno en la actualidad.
- 24 En la exposición de motivos del RD 1066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regulaba el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, podía leerse: “La política de viviendas en España a finales de 2008 está marcada por dos grandes frentes de atención; por un lado, por las todavía graves dificultades de acceso a la vivienda de una parte muy importante de la población, como resultado del largo período de alzas de precios de la vivienda (1996-2007) muy por encima de la inflación y, en consecuencia, por encima de la evolución de los salarios y, por otro lado, por un severo escenario económico y financiero, una de cuyas manifestaciones más evidentes está siendo la retroacción tanto de la demanda como de la oferta de viviendas.” Como razones del incremento sostenido de los precios, que se produjo, al menos, durante la década anterior a la crisis, se han apuntado, entre otras, la escasez de suelo edificable, los beneficios fiscales para la adquisición de vivienda, la sobreconcesión de crédito al margen del riesgo real, los bajos tipos de interés, la especulación, la recalificación de suelo, el aumento de la demanda impulsado, entre otros factores, por la inmigración o las facilidades crediticias. El mismo decreto señalaba: “Por el lado de la oferta el Plan se hace eco, tras un largo período en el que los volúmenes de producción de viviendas han estado muy por encima de las estrictas necesidades de alojamiento de la población, que hoy se produce un doble fenómeno: de acumulación de viviendas ya acabadas o en curso de construcción con dificultades de comercialización por retraimiento de la demanda, y el freno drástico de la nueva producción de viviendas”.
- 25 La activación del mercado del alquiler se ha convertido en una prioridad del legislador en los últimos años, de modo paralelo al incremento de las dificultades para acceder a una vivienda en propiedad, que se ha concretado en diversas medidas legislativas [más información en MAS BADA, M^a D.: “Arrendamiento de vivienda, tutela del

B) Rasgos básicos del sistema normativo regulador de las viviendas de protección oficial en la actualidad.

El régimen de las viviendas de protección oficial o protección pública (utilizo ambos términos, en sentido amplio) se diseña en España, en la actualidad, a partir de un complejo sistema normativo caracterizado por las siguientes notas²⁶.

1. *Coexistencia de normas de ámbito estatal con otras autonómicas.*- Entre ambos tipos de normas debe establecerse la necesaria coordinación, al servicio de la efectividad del derecho a la vivienda. El desarrollo de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de “ordenación del territorio, urbanismo y vivienda” (art. 148.1.3ª CE y las correspondientes normas estatutarias en que se asume esta competencia) permite un mejor ajuste de la normativa a la coyuntura propia de cada territorio, y esta flexibilidad debe valorarse positivamente. Por contra, puede originar desequilibrios entre regiones o desigualdad en cuanto a las oportunidades de los ciudadanos para acceder a la vivienda. Además, contribuye a generar una normativa dispersa, difícil de aprehender.

En cuanto a la regulación estatal del mercado de vivienda protegida y de su financiación con fondos estatales, se encauza, desde hace décadas, a través de Planes nacionales plurianuales. Se encuentra amparada en diversos títulos competenciales: el relativo al establecimiento de las bases de la coordinación económica (art. 149.1.13ª CE)²⁷; bases de la ordenación del crédito (art. 149.1.11ª CE); bases de las obligaciones contractuales (149.1.8ª CE) y regulación de las condiciones básicas de garantía de la igualdad (art. 149.1.1ª CE), fundamentalmente. Esta competencia ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional en S. 152/1988, de 20 de julio²⁸. Su

inquilino y seguridad del tráfico: en especial, la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito tras la Ley 4/2013, de 4 de junio” (en prensa), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*]. Entre ellas, puede citarse la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios; la Ley 37/2011, de agilización procesal y su incidencia en el proceso de desahucio; el RD-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que prevé la constitución de un Fondo Social de Viviendas destinadas al alquiler; para paliar los efectos indeseables de los lanzamientos como consecuencia de ejecuciones hipotecarias cuando los afectados sean personas en especial situación de vulnerabilidad; la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas; o la Norma que es objeto de este epígrafe: el RD 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas.

- 26 Sigo ideas expuestas en MAS BADIA, Mª D.: *Problemas de valoración y precio en las viviendas de protección oficial*, Valencia (en prensa): Tirant Lo Blanch.
- 27 El Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016, establece en su DF Primera, bajo la rúbrica “Títulos competenciales”: “Este Real Decreto se aprueba al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.13ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, excepto el apartado 2.b del artículo 19 que se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.8ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva de ordenación de los registros e instrumentos públicos”.
- 28 STC 152/1988, de 20 de julio (RTC 1988, 152): “Tanto el art. 149 de la Constitución como los Estatutos de Autonomía dejan a salvo las facultades de dirección general de la economía y, por tanto, de cada uno de los sectores productivos, que han de quedar en poder de los órganos centrales del Estado. En consecuencia, dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales

ejercicio debe estar dirigido a garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos constitucionales (cfr. art. 149.1.1º CE)²⁹.

En cualquier caso, la competencia sobre la ejecución de la política estatal de fomento de vivienda corresponde a las Comunidades Autónomas. En concreto son éstas las que califican las viviendas como protegidas, reconocen el derecho a las ayudas económicas financiadas con fondos estatales y gestionan dichas ayudas (vid. art. 3 y concordantes RD 233/2013 y otras normas similares en los RRDD que regulan los Planes estatales anteriores). Además, pueden complementar con sus propios recursos las actuaciones de protección, en ejercicio de la competencia exclusiva en materia de "ordenación del territorio, urbanismo y vivienda", que les reconoce el art. 148.1.3ª CE y que todas las Comunidades Autónomas han incluido en sus Estatutos de Autonomía. También la política autonómica sobre vivienda protegida se encauza a través de Planes plurianuales que suelen respetar el marco básico diseñado por los Planes nacionales dictados para operar en el mismo período cronológico. En general, con el paso de los años se ha acentuado la descentralización de la política de viviendas, cobrando cada vez más protagonismo los centros de poder autonómicos (la competencia sobre vivienda, como he dicho, corresponde en exclusiva, a salvo la fijación de un marco básico, a las CCAA) y locales (la legislación sobre régimen local atribuye competencias sobre gestión y ejecución en el ámbito de la ordenación urbana, a los Ayuntamientos)³⁰.

En relación con la normativa estatal, con el fin de completar la referencia a las normas estatales básicas que afectan a la regulación de las viviendas con protección pública, es necesario aludir a diversas leyes de alcance más general. En primer lugar,

que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector.

Este razonamiento es también aplicable al sector de la vivienda, y en particular, dentro del mismo, a la actividad promocional, dada su muy estrecha relación con la política económica general, en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor del desarrollo económico y, en especial, como elemento generador de empleo. De otro lado, en cuanto que esta actividad de fomento de la construcción de viviendas queda vinculada a la movilización de recursos financieros no sólo públicos, sino también privados, no puede hacer abstracción de las competencias estatales sobre las bases de la ordenación del crédito" (FJ 2).

Recientemente, la STC 129/2010, de 29 de noviembre (RTC 2010, 129), ha recordado: "Relacionado con ello no es impertinente recordar que nuestra doctrina (SSTC 152/1988, de 20 de julio –RTC 1988, 152-, y 59/1995, de 17 de marzo –RTC 1995, 59-) ha admitido la facultad estatal de intervenir en materia de vivienda, y en concreto en la actividad promocional en la materia, amparándose en lo previsto en las competencias básicas del Estado derivadas del artículo 149.1.13ª CE, posibilidad de intervención estatal en materia de ayudas en el ámbito de la vivienda que, por lo demás, también es expresamente admitida en la demanda" (FJ 3).

- 29 Ello no obsta a que se trate de un marco competencial complejo, que ha venido dando lugar a numerosos conflictos de competencia. Puede verse en este sentido, la STC 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997, 61).
- 30 La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), dentro de las competencias que corresponde al Municipio, incluye, entre otras relacionadas con la vivienda, la siguiente: "Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de las vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales" (art. 25.2.d)). Y en el art. 28 señala: "Los Municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad, y la protección del medio ambiente". Véase, también la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. Con base en estas competencias, la Administración Local también puede promover y gestionar políticas de vivienda protegida.

la LAU/1994 que, desde su entrada en vigor, resulta aplicable a los arrendamientos de viviendas, incluidas las protegidas (sin perjuicio de la vigencia de otras normas arrendaticias de acuerdo con su régimen transitorio). Ha sido sometida a una drástica modificación por Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. El sentido de la reforma es claramente liberalizador y tiene por objeto activar el mercado libre del alquiler de viviendas, aunque es más que dudoso que vayan a lograrse los objetivos marcados. Debe atenderse también al RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo³¹; a la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en especial, el Capítulo IV – “Rehabilitación y vivienda” – del Título III)³²; y a la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas³³.

2. Importante papel de las normas con rango inferior al de ley, de carácter administrativo. Nos enfrentamos a materias que exigen una regulación pormenorizada para la que las leyes no resultan apropiadas. Por otra parte, la política de vivienda es sumamente permeable a la situación económica y social por la que atraviesa el país en cada momento. Es fácil entender que no se diseñarán igual las acciones en materia de vivienda en tiempos de bonanza económica o en otros de crisis o depresión. Esta necesidad de adaptación dota de un destacado carácter coyuntural a las normas

- 31 Sustituye a la Ley del Suelo 6/1998, reformada por Ley 10/2003. En el Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 2/2008 se recoge la Ley del Suelo 8/2007, de 28 de mayo. Aluden al derecho a una vivienda digna los arts. 2.3 y 4 a). El art. 9 regula el contenido del derecho de propiedad del suelo, de las construcciones y edificaciones conforme al criterio de la función social. De acuerdo con el art. 10.b, debe destinarse “suelo adecuado para usos productivos y para uso residencial”; y debe reservarse “una superficie de suelo que permita realizar un mínimo del 30% de la edificabilidad residencial prevista en viviendas protegidas o equivalentes” en el suelo a incluir en actuaciones de urbanización (art. 10.b). Se entregará a la Administración, con destino a patrimonio público de suelo, un porcentaje situado entre el 5% y el 15% de la edificabilidad media ponderada de la actuación, libre de cargas de urbanización, sustituible por otras “formas de cumplimiento del deber” (art. 16.1.b). Los bienes y recursos que integran tales patrimonios públicos deberán destinarse a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social (art. 34.1). La DA 9ª incluye varias modificaciones de la LBRL, tendentes a frenar la corrupción urbanística.
- 32 Intenta evitar los desequilibrios provocados en los años anteriores en relación con la actividad económica vinculada a la vivienda residencial.
- 33 Esta Ley intenta marcar un punto de inflexión en la tradición urbanística española, que hasta ahora se ha volcado en la producción de nueva ciudad. Tanto a corto, como a medio plazo, será muy difícil que los sectores inmobiliario y de la construcción puedan contribuir al crecimiento de la economía española y a la generación de empleo si continúan basándose en la transformación urbanística de suelos vírgenes y en la construcción de vivienda nueva. Por otra parte, la legislación vigente ya da cumplida respuesta a estos procesos, mientras que no existe un desarrollo en igual medida que permita sustentar las operaciones de rehabilitación y las de regeneración y renovación urbanas, en las que, además, todavía persisten obstáculos legales que impiden su puesta en práctica o, incluso, su propia viabilidad técnica y económica. La presente Ley tiene como objeto generar un marco normativo adecuado para ordenar las necesarias intervenciones de rehabilitación y de regeneración y renovación urbanas. El Preámbulo de la Ley destaca cómo aproximadamente el 55 % (13.759.266) del parque edificado, que asciende a 25.208.622 viviendas, es anterior al año 1980 y casi el 21 % (5.226.133) cuentan con más de 50 años. A ello hay que unir la gran distancia que separa nuestro parque edificado de las exigencias europeas relativas a la eficiencia energética de los edificios y, a través de ellos, de las ciudades. Además, el porcentaje que representa la rehabilitación en España en relación con el total de la construcción es, asimismo, uno de los más bajos de la zona euro, situándose trece puntos por debajo de la media europea, que alcanza un entorno del 41,7 % del sector de la construcción, y ello aún con el desplome de dicho sector en España, a consecuencia de la crisis. Se subraya así mismo que, este tipo de actuaciones pueden influir, de modo positivo, en la reconversión de otros sectores, entre ellos, fundamentalmente el turístico, que supone en la economía española más de un 10,2 % del PIB, aportando un 11,39 % del empleo.

que desarrollan la materia. Factor que juega, de nuevo, en pro de normas con rango inferior al de ley. En este sentido, destacan los Planes – nacionales y autonómicos – plurianuales en cuyo marco se desarrolla la política española de viviendas de protección pública. En ellos se diseñan las líneas de actuación para un periodo de cuatro años. En la actualidad se haya vigente el RD 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016.

3. *Irretroactividad de las normas.*- En general, las normas que regulan las distintas modalidades o programas de actuación de viviendas protegidas no tienen efectos retroactivos, lo que genera una pluralidad de regímenes coexistentes, atendiendo a la fecha en que se califica (provisional o definitivamente) la vivienda. El panorama resulta en ocasiones, confuso.

4. *Doble sistema de convenios del Gobierno Central con las Comunidades Autónomas y con las entidades financieras.*- Tienen como fin encauzar la política estatal sobre vivienda protegida y su financiación. El Estado celebra periódicamente convenios con las Comunidades Autónomas (excepto Navarra y País Vasco) para ordenar la transferencia de los fondos estatales destinados a ejecutar las actuaciones sobre viviendas protegidas³⁴. Y convenios con las entidades financieras en los que se regula las condiciones de los préstamos dirigidos a la promoción o a la adquisición de este tipo de viviendas. Puede decirse que estas dos modalidades de conciertos constituyen el eje bipolar a través del que se desarrolla actualmente la política estatal de VPO. En relación con la financiación, basculaba inicialmente sobre la concedida a promotor con posterior subrogación del comprador. A partir de 2003 se introdujo, de modo paralelo, el crédito directo al comprador. Los préstamos cualificados se combinan, además, con ayudas directas, bajo determinadas circunstancias. El RD 233/2013 se centra en el fomento del alquiler de vivienda, sin perjuicio de mantener las ayudas para la adquisición en propiedad articuladas por los planes anteriores. Esto significa que, de momento, no se subsidiarán nuevos préstamos para el acceso en propiedad.

5. *Carácter residual de la vivienda de protección oficial.*- No puede ser de otro modo en un mercado, el de la vivienda, dominado por la libertad de empresa. Además las ayudas públicas, así como la correcta gestión de las mismas y la articulación de un sistema de inspección eficiente, que en la mayoría de las CCAA es hoy por hoy una utopía, requieren una disponibilidad presupuestaria importante, lo que merma muchas veces la eficacia de la política de viviendas de protección oficial.

34 Fue el Plan 1992-1995 (RD 1668/1991, de 15 de noviembre y RD 1932/1991, de 20 de diciembre), fruto del concierto entre el Estado y las CCAA, el que consolidó los convenios entre ambos, que funcionaban parcialmente desde 1988 (hasta entonces, la política de vivienda se encontraba fuertemente centralizada). Vid., en relación con el último Plan Estatal de Vivienda, los arts. 3 y concordantes del RD 233/2013.

6. *Mayor peso tradicional de la vivienda en propiedad frente a la vivienda en alquiler.*- Aunque los últimos Planes de vivienda, en especial el Plan estatal vigente para el periodo 2013-2016, le dan mayor relevancia, tradicionalmente se ha descuido en nuestro país la promoción del alquiler social, con precios inferiores a los de mercado y por tanto asequibles para las personas con economías más modestas. Esto contrasta con la realidad generalizada en otros países europeos. En la tensión entre tenencia en propiedad y tenencia en alquiler, la primera ha sido favorecida en España, a través de diversos mecanismos: incentivos fiscales, facilidades para la obtención de crédito, etc.³⁵, y probablemente no pueda desligarse, en nuestro país, de una mentalidad social que valora de un modo especial la propiedad inmobiliaria.

A la preferencia generalizada por la compra han contribuido diversos factores. En primer lugar, las propias características del mercado de vivienda en alquiler: Las rentas altas han hecho pensar a los ciudadanos que con un desembolso equivalente dedicado a satisfacer las cuotas de un préstamo hipotecario que, hasta hace unos años, no era difícil obtener, podían acabar convertidos en propietarios de la vivienda. Por otra parte, en sí mismas pueden ser disuasorias o inaccesibles. Junto a ello destacan: Los incentivos ofrecidos por los poderes públicos (p. ej., en su momento, incentivos de tipo fiscal), para la compra de la vivienda. Unas condiciones financieras favorables al endeudamiento. Facilidad para obtener un préstamo hipotecario, largo plazo para devolverlo y tipos de interés bajos. Y, por último, la tradición o la cultura imperante en nuestro país que valora más la propiedad que un mero derecho personal y temporalmente limitado como es el que deriva de la relación arrendaticia. Frente a esto, como ventajas del alquiler, se apuntan las siguientes: facilita la elección de vivienda de los ciudadanos, adecuándola a las diferentes necesidades del ciclo vital; propicia el aumento de la movilidad geográfica de los trabajadores; permite disminuir el endeudamiento de los hogares; ofrece mayor flexibilidad ante cambios en los ingresos de la unidad familiar; y, con los estímulos y, en su caso, las ayudas adecuadas, favorece la emancipación de los jóvenes.

El RD 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016, supone un cambio al respecto: a diferencia de los planes

35 En 2006, el Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Adición MISIÓN A ESPAÑA (20 de noviembre a 1o de diciembre de 2006), Sr. Miloon Kothari, A/HRC/7/16/Add.2 7 de febrero de 2008 constataba: "Sin embargo, como lo reconocen las autoridades, la insuficiente oferta de vivienda de alquiler y subvencionada constituye un grave problema en España. Las viviendas subvencionadas de alquiler son escasas y no satisfacen las necesidades inmediatas ni futuras de la población. A principios del decenio del 2000, representaban apenas el 6,3% de todas las residencias, en comparación con la media europea del 13,7%, en tanto que el número de viviendas económicas de alquiler representaba apenas el 35,4% de los hogares pobres, frente al 72,8%, que es la media europea. Prácticamente la totalidad de la oferta de viviendas económicas se encuentra en el sector privado, y solamente el 2% de las viviendas se clasifican en la categoría de vivienda pública. Además, los precios de la vivienda pública, a pesar de ser más bajos que en el mercado privado, tienden a ser demasiado altos para los segmentos de ingresos más bajos de la población. La liberalización de los contratos de alquiler y la falta de un parque de vivienda pública asequible han contribuido a un aumento considerable de los precios de los alquileres en el sector privado".

anteriores apuesta, como forma de acceso a la tenencia de la vivienda especialmente protegida, por el alquiler: Uno de sus objetivos prioritarios es ampliar el mercado de viviendas cedidas en arrendamiento. Aunque advierte, desde el principio, que los recursos económicos disponibles, en el actual contexto de crisis, son escasos, lo que obliga a pasar los incentivos regulados por el estricto filtro de la austeridad. Habrá que esperar para ver qué resultados prácticos arroja el nuevo Plan. Pero es más que dudoso que el “alquiler protegido” diseñado por esta norma vaya a acabar con el problema. Por otra parte, la ley de modificación de los arrendamientos urbanos (Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas) recientemente aprobada, se caracteriza por una filosofía claramente liberal y de mínima intervención. La desregulación del mercado privado del alquiler; unido a la falta de un parque suficiente de vivienda pública en arrendamiento que resulte asequible, ha de afectar sin duda a los colectivos más desprotegidos.

II.ACOTACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.

Uno de los mecanismos típicos utilizados tradicionalmente al servicio del acceso a la vivienda por los sectores económicamente más desfavorecidos, ha sido la política de vivienda protegida o de protección pública o de protección oficial, en sentido amplio. Su objetivo fundamental, en lo que al acceso a la vivienda se refiere, no es otro que hacer asequible el precio de la compraventa o la renta del arrendamiento a las personas con rentas más bajas. Para ello, el Estado social, influye en el mercado y templa las consecuencias que tendría un liberalismo radical: limita los precios y rentas, regula préstamos cualificados en condiciones ventajosas, o contempla subvenciones o ayudas directas. En concreto, el intervencionismo público se dirige a frenar la especulación y la escalada de precios consecuente.

Mediante la reserva de una parte del suelo para viviendas protegidas y la fijación de unos precios y rentas máximos de venta y alquiler; el legislador pretende facilitar un abastecimiento equitativo: aproximar el precio de mercado a la capacidad económica del ciudadano o de las familias (se considera que una inversión razonable en vivienda no debería superar el treinta por ciento de los ingresos familiares). La medida se complementa con otras herramientas al servicio del mismo fin, que constituyen un entramado de derechos, obligaciones y limitaciones para los inquilinos y propietarios de viviendas protegidas, que lleva aparejado el necesario control por parte de las Administraciones públicas³⁶. Entre estas herramientas pueden destacarse, de modo genérico las siguientes:

36 La SAP Barcelona 17 enero 2007 señala que el objetivo de las normas que regulan las viviendas protegidas “es facilitar el acceso a la propiedad (*deberíamos añadir, o a su alquiler, que, además, se potencia en el último Plan estatal*) de una vivienda a aquellas familias cuyos ingresos no le permitan obtenerla a través de los mecanismos normales del mercado inmobiliario, y es esta la razón por la cual, la ulterior transmisión de la vivienda obtenida al

- 1) Financiación en condiciones preferentes o ayudas o beneficios económicos de distinto tipo. Legitiman la posterior fiscalización de la actuación de los beneficiarios por parte de la Administración.
- 2) Limitaciones relativas al uso y destino de las viviendas, orientadas a constituir la residencia habitual de la familia.
- 3) Prohibiciones temporales de disponer, que soportan los adquirentes de vivienda protegida, que se han visto favorecidos por un trato preferente en relación con el régimen de la vivienda libre, para asegurar un interés real en acceder a un vivienda habitual, al margen de maniobras especulativas. O, de un modo más genérico, control de las segundas y ulteriores transmisiones de viviendas protegidas.
- 4) Derechos de adquisición preferente a favor de la Administración cuando se enajene o pretenda enajenarse una vivienda protegida. El objetivo es que aquélla conserve el bien bajo su círculo de control y pueda así destinarlo al cumplimiento de la función social descrita y evitar, de nuevo, prácticas especulativas.
- 5) Publicidad de la calificación como protegida de la vivienda y, previamente a ésta, del suelo, en el Registro de la Propiedad.
- 6) Regulación de un régimen de infracciones y sanciones de carácter administrativo.
- 7) Posibilidad, en algunos casos, de expropiación forzosa.

La necesidad de control administrativo está fuera de toda duda. Pero la realidad muestra que los mecanismos utilizados por las Administraciones públicas son muy deficientes y susceptibles de ser mejorados. En el “Estudio sobre viviendas protegidas vacías”, de marzo de 2013, del Defensor del Pueblo³⁷, que analiza la situación en diez núcleos urbanos de más de 350.000 habitantes, en relación con viviendas total o parcialmente financiadas por las Comunidades Autónomas, a partir de datos proporcionados por las consejerías y organismos responsables de vivienda de las CCAA y municipios objeto del estudio, se denuncia esta realidad. De los datos aportados y de las conclusiones del informe se deduce que la mayoría de las CCAA deben aumentar el control sobre las viviendas protegidas. En concreto, es necesario

amparo de esta legislación especial, está también controlada, tratando de evitar de este modo que las viviendas protegidas puedan ser objeto de algún tipo de especulación comercial”.

Por su parte, la STS (Sala de lo contencioso-administrativo) 18 febrero 2002 (RAJ 2002, 4826), al enjuiciar determinadas potestades de desahucio atribuidas a la Administración sobre viviendas de protección oficial, señala: “Tales viviendas están directa e inmediatamente preordenadas a satisfacer un interés público y a paliar un problema social, estando por ello sujetas a un régimen de intervención administrativa, demandado desde las mismas previsiones del párrafo primero del artículo 47 de la Constitución. Este consagra un derecho social o de prestación que exige, consiguientemente, una intervención del Estado en la esfera social y económica y un hacer positivo de los poderes públicos para la consecución de la igualdad material que propugna el art. 9.2 de la Constitución”.

37 Puede consultarse en la página oficial de la institución (www.defensordelpueblo.es).

constituir donde falten y mejorar donde existan, registros administrativos en que se recoja el estado de las mismas, así como los registros de solicitantes de este tipo de viviendas; y deben implantarse planes de inspección, medios técnicos y personales contra el fraude que se da con frecuencia en las viviendas con protección pública y que escapa muchas veces al control público debido a las notables carencias del sistema de inspección.

Se trata de una importante disfunción. La realidad pone de manifiesto que con frecuencia, el sujeto que se ha aprovechado de las ventajas de la adquisición o arrendamiento de viviendas protegidas, opera después en el tráfico haciendo caso omiso de los límites legales: por ej., vende o alquila a cambio de un precio o renta superior al máximo legal, o no destina la VPO a su residencia habitual y permanente. La autonomía privada entra en tensión con los límites impuestos para la satisfacción de un interés general, amparados no sólo en el art. 47 CE, sino también en el 33.3 CE, en cuanto configura la función social del derecho de propiedad. Junto a las sanciones administrativas, hay que determinar qué efectos pueden tener estas conductas en el plano civil.

En otros trabajos me he ocupado de analizar los problemas vinculados a la valoración y precio de las viviendas de protección oficial³⁸. En esta ocasión quiero centrar el análisis en otro aspecto que, como la práctica demuestra, constituye campo abonado para el fraude cuando no existe una adecuada labor de inspección por parte de las Administraciones públicas: me refiero a las limitaciones a las facultades de uso que afectan al propietario (y también al arrendatario o titular de tales facultades en virtud de otro derecho, como puede ser el de superficie) de vivienda protegida.

III. EL CONTENIDO DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL TITULAR DE VIVIENDAS PROTEGIDAS: LIMITACIONES A LA FACULTAD DE GOCE.

I. Destino y ocupación de la vivienda.

Entre las limitaciones que afectan al contenido de la posición jurídica del titular de viviendas protegidas, bien sea arrendatario, propietario o superficiario, se sitúa la obligación de destinar la vivienda a residencia habitual y permanente (propia y, en su caso, de los familiares que con él convivan) y ocuparla de un modo efectivo, dentro de los plazos marcados por el ordenamiento jurídico³⁹.

38 Con especial profundidad en: MAS BADIA, M^a. D.: *Problemas de valoración*, cit. También en "Especialidades de la compraventa de vivienda protegida", en AA.VV.: *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz* (dir. por Á. CARRASCO PERERA), T. II. Cizur Menor (2014): Thomson-Aranzadi, pp. 1056-1064; y en "La compraventa de viviendas de protección oficial", en AA.VV.: *La protección del consumidor de inmuebles* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE y O. MONJE BALMASEDA). Madrid (2013): Dykinson, pp. 127 y ss.

39 La STS (Sala de lo contencioso-administrativo) 15 julio 1987 (RAJ 1987, 7155) señala: "Es característica común de las viviendas de protección oficial la de que sus beneficiarios y arrendatarios (terminología diferenciada en la normativa aplicable y por tanto no limitada a los segundos) están sometidos, en calidad de tales, a las especiales prescripciones de dicha normativa, justificadas porque, tratándose de un ordenamiento especial, la

Esta doble obligación deriva, en primer lugar, del RD-ley 31/1978, por el que se desarrolla el RD-ley 31/1978, de 31 de Octubre, sobre Política de Vivienda (el art. 1 exige que la vivienda se destine a “domicilio habitual y permanente”), del RD 2960/1976, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial⁴⁰ y del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, de 24 de julio, y 3964/1964, de 3 de diciembre (art. 138.6). De acuerdo con este último, los propietarios de las viviendas de protección oficial podrán promover el desahucio de los beneficiarios, arrendatarios u ocupantes de estas viviendas, además de por las causas que contempla la legislación común, por determinadas causas especiales, entre las que incluye “no destinar la vivienda a domicilio habitual y permanente del beneficiario o arrendatario”. A las normas anteriores hay que añadir el desarrollo que de las mismas realizan los sucesivos Planes estatales de vivienda protegida que, a partir de 1978, se han dictado⁴¹. Del mismo modo, es una obligación constante en la normativa autonómica sobre la materia, aunque pueden variar los plazos concedidos al adjudicatario para proceder a la ocupación del inmueble.

Es fácil entender el fundamento de este deber y, a la luz del mismo, las excepciones que se contemplan. Las ventajas que supone para el beneficiario el régimen de las viviendas protegidas, se le otorgan para satisfacer su necesidad de vivienda habitual (art. 47 CE) y no cualquier otra, ni mucho menos para favorecer

pertenencia al mismo, en cuanto supone singulares ventajas (entre ellas, la básica del beneficio económico que lleva consigo la adquisición u ocupación de una vivienda financiada en gran medida con cargo a subvenciones del Estado) impone también específicas y exigentes obligaciones, algunas directamente relacionadas con el propio beneficio obtenido. Una de éstas es, notoriamente, la limitación legal de que la vivienda deba constituir domicilio permanente del beneficiario o arrendatario y cuando así no ocurra, sea ello causa de resolución del contrato y de desahucio del ocupante y precisamente atribuyendo a la Administración las facultades necesarias para llevarlo a cabo -artículos 26 y 30 del Texto Refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial, Decreto de 12 de noviembre de 1976, antes Ley de 24 de julio de 1963 y Reglamento de 24 de julio de 1968, artículos 105, 138 y 139.”

- 40 Art. 30 RD 2960/1976: “Los propietarios de las viviendas del grupo I a que se refiere esta Ley podrán promover el desahucio de los beneficiarios arrendatarios y ocupantes de estas viviendas por las mismas causas y con arreglo a los procedimientos establecidos en la legislación común.

También podrán promover dicho desahucio por las causas especiales siguientes:

(...)

Sexta. Cuando las viviendas no constituyan domicilio permanente del beneficiario u arrendatario.

(...)

El procedimiento para el ejercicio del desahucio, fundado en alguna de las causas anteriores, se ajustará a lo establecido en los artículos mil quinientos setenta a mil seiscientos ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Instituto Nacional de la Vivienda podrá acordar, por el correspondiente expediente administrativo, el desahucio y llevar a efecto el lanzamiento de los arrendatarios o beneficiarios de la vivienda, locales de negocio o servicios complementarios de su propiedad y de las de los promotores de los apartados c), d), e), f), g), h), y l) del artículo séptimo por cualquiera de las causas comprendidas en este artículo.

También será aplicable este procedimiento y por las mismas causas, a las viviendas propiedad de Entidades oficiales de crédito y Cajas Generales de Ahorro que les hayan sido adjudicadas en ejecución de créditos a su favor por préstamos hipotecarios concedidos al amparo de esta Ley, así como a los nuevos promotores oficiales que se agreguen en el futuro a la relación del artículo séptimo, siempre que en el Decreto respectivo así se determine.

Cuando la causa que de lugar al expediente administrativo no exija, por su trascendencia, el desahucio del infractor, podrá ser éste sancionador mediante resolución con multa que no exceda de cinco mil pesetas”.

- 41 Véase la nota 9, donde se enumeran los planes estatales dictados hasta la fecha.

maniobras especulativas de ningún tipo. Ello justifica la imposición de limitaciones al poder del propietario, del arrendatario o del superficiario (o de quien tenga derecho a usar la vivienda por cualquier título admitido por la ley) –cfr. art. 33.2 CE–. Este sujeto no es libre para elegir el destino del inmueble y está obligado a su uso efectivo acorde con aquél destino.

El deber de dedicar la vivienda a residencia habitual del inquilino, propietario o superficiario y de ocuparla efectivamente, excluye que pueda destinarse a segunda residencia, vivienda de temporada u otro uso, o quedar deshabitada. Sin embargo, la realidad pone de manifiesto con bastante frecuencia, supuestos de fraude. Y deja al descubierto un déficit importante en la labor de control del cumplimiento de este tipo de obligaciones por parte de la Administración pública.

En efecto, la imposición de una serie de obligaciones legales a los titulares de viviendas protegidas lleva aparejado el necesario control administrativo que evite los fraudes y garantice el correcto uso de los inmuebles y el cumplimiento de la función social que se persigue. Dicho control debería utilizar como principales instrumentos, por una parte, la organización de registros administrativos, no ya de solicitantes, sino de titulares de estas viviendas en los que figuraran los datos referentes a su estado, en concreto a la ocupación de las mismas y a su destino efectivo; y, por otro, una labor de inspección por parte de las Administraciones públicas. Sin embargo, tales herramientas son en la práctica y en la mayoría de las CCAA muy deficientes. Así lo ha puesto de relieve el “Estudio sobre viviendas protegidas vacías”, de marzo de 2013, del Defensor del Pueblo, antes citado.

Planteada de esta forma la cuestión, conviene detenerse en una serie de aspectos.

A) Contenido de la obligación e incumplimiento de la misma.

En primer lugar hay que delimitar el contenido de la obligación para poder determinar en qué casos se entiende incumplida.

En realidad se trata de dos obligaciones íntimamente relacionadas: una la de respetar el destino del inmueble a vivienda habitual, morada o residencia; otra, la de habitarla efectivamente de modo permanente. En este último sentido hay que interpretar la necesidad de ocuparla: no bastará, p. ej., con almacenar allí muebles o enseres del titular; sino que deberá habitar en ella⁴². La ocupación debe ser permanente, con los matices y excepciones que luego se verá.

El concepto de vivienda habitual.– El art. 3 del RD 3148/1978 señala que se entenderá por domicilio permanente el que constituya la residencia del titular, bien

42 En este sentido, CLEMENTE MEORO, M.: “Art. 27 LAU”, en AA.VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por M^a. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ). Valencia (1994): Tirant Lo Blanch, p. 268.

sea propietario o arrendatario, y sin que pierda tal carácter por el hecho de que éste, su cónyuge o los parientes, de uno u otro, hasta el tercer grado, que convivan con el titular; ejerzan en la vivienda una profesión o pequeña industria doméstica, aunque sea objeto de tributación⁴³. El último inciso de la norma se ha inspirado en el art. 4. I LAU/1964, vigente cuando se promulga el RD 3148/1978, según el cual: "El contrato de inquilinato no perderá su carácter por la circunstancia de que el inquilino, su cónyuge o pariente de uno u otro hasta el tercer grado, que con cualquiera de ellos conviva, ejerza en la vivienda o en sus dependencias una profesión, función pública o pequeña industria doméstica, aunque sea objeto de tributación".

La dedicación a vivienda habitual debe ser, pues, la principal o prioritaria, sin perjuicio de que el inmueble se utilice, de un modo accesorio para usos distintos ("ejercicio de una profesión o pequeña industria doméstica", que podrá interpretarse incluyendo otros supuestos, siempre que no se desvirtúe la finalidad perseguida por el legislador). Queda por determinar a qué criterio se atiende para fijar qué destino, de los varios que se esté dando al inmueble, se considera en la práctica como el primordial. Habrá que atender para ello a la funcionalidad de la vivienda y a sus características. Aunque no pueda excluirse de modo absoluto, será difícil sostener la accesoriedad del destino ajeno al residencial cuando se dedique a aquél la mayor parte de la vivienda⁴⁴.

Para interpretar el concepto de vivienda habitual puede resultar útil la elaboración doctrinal en torno a otros preceptos del Código civil, en especial, el art. 40 CC, que identifica el domicilio de las personas naturales con el de su "residencia habitual"; y el art. 1320 CC, que regula el régimen de actos dispositivos sobre la "vivienda habitual" de la familia. Fuera del Código civil puede acudir al art. 2. I LAU/1994, que considera arrendamiento de vivienda el que recae sobre una edificación habitable "cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario". En cambio, no coincide el concepto con el que de vivienda habitual ofrece la legislación tributaria⁴⁵.

En cuanto a posibilidad de contar con más de una vivienda, hay que tener en cuenta que la legislación de viviendas protegidas exige de modo recurrente que el adquirente (de la propiedad o del uso) no cuente con otro lugar que pueda satisfacer sus necesidades de vivienda.

43 En esta línea, el art. 2. I LAU/1994 señala: "Se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario".

44 CLEMENTE MEORO, M.: "Art. 27 LAU", cit., p. 268, considera, a efectos del art. 27 LAU/1994, que no hará falta que la mayor parte del inmueble se dedique a vivienda.

45 El art. 54 del RD 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por RD 304/2004, de 20 de febrero, intitulado "Concepto de vivienda habitual" dispone: "1. Con carácter general se considera

La necesidad de ocupación permanente.- El art. 3.III RD 3148/1978 dispone: "Asimismo se entenderá que existe habitualidad en la ocupación de la vivienda cuando no permanezca desocupada más de tres meses seguidos al año, salvo que medie justa causa".

Ahora bien, la obligación de ocupar efectivamente la vivienda no tiene carácter absoluto, sino que admite excepciones, por causa justificada, siempre que la desocupación sea temporal y persista el *animus* de mantener la vivienda como domicilio habitual. En este sentido, el RD 3148/1978 excluye de modo expreso el supuesto de la emigración (art. 3.IV⁴⁶) y corrobora lo dispuesto en el Decreto 1027/1970, de 21 de marzo, según el cual, la suspensión de la obligación de ocupar la vivienda que asiste al emigrante, se extenderá por todo el tiempo que el mismo permanezca en el extranjero por razón de trabajo. Y el propio art. 3 del 3148/1978, como acabamos de ver, permite de un modo más general que la vivienda permanezca desocupada más de tres meses al año si media justa causa para ello, aunque no explica qué se entiende por justa causa. Nos hallamos pues ante un concepto indeterminado. En consecuencia, resulta de sumo interés atender a la concreción que del mismo ha realizado la praxis judicial.

En cualquier caso, debe tratarse de una desocupación provisional, aunque no tenga plazo definido y las ausencias sean prolongadas (pueden durar incluso años) y no una desocupación total y definitiva de la vivienda decidida voluntariamente por el adjudicatario⁴⁷. En este sentido, concurriendo justa causa, bastará con que se tenga la

vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años.

No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas.

2. Para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente debe ser habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras.

No obstante, se entenderá que la vivienda no pierde el carácter de habitual cuando se produzcan las siguientes circunstancias:

Cuando se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente impidan la ocupación de la vivienda, en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.

Cuando éste disfrute de vivienda habitual por razón de cargo o empleo y la vivienda adquirida no sea objeto de utilización, en cuyo caso el plazo antes indicado comenzará a contarse a partir de la fecha del cese. (...)"

46 Art. 3.IV RD 3148/1978: "La suspensión de la obligación de ocupar la vivienda que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1027/1970, de 21 de marzo, asiste al emigrante, se extenderá por todo el tiempo que el mismo permanezca en el extranjero por razón de trabajo".

47 STS (Sala de lo contencioso-administrativo) 29 diciembre 1999 (RAJ 1999, 9741). El caso de autos versaba sobre una vivienda de protección oficial, propiedad del IVIMA, sita en el barrio de Carabanchel, que en su día fue adjudicada a la parte recurrente y apelante. De las actuaciones se desprende que la citada vivienda había permanecido desocupada desde 1981, año en que la recurrente decidió trasladar su domicilio habitual y permanente a otro punto de la capital solicitando incluso, y obteniendo, una rectificación del padrón municipal en tal sentido. La desocupación de la vivienda, entre los años 1983 a 1985, resulta asimismo demostrada por la prueba documental obrante en autos, de la que se deduce que los consumos de energía eléctrica y servicio telefónico, durante dicho período, fueron mínimos, prácticamente nulos (47 kWh en 8 meses y 30 pasos de contador en 2 años); y corroborada por la testifical de los vecinos. El TS concluye que "no se trata de unas ausencias prolongadas, que podrían justificarse por razones tan respetables como las que se invocan por la parte actora. Sino que se trata de un abandono total y definitivo de la vivienda, decidido consciente y voluntariamente

voluntad de mantener esta vivienda habitual (*animus*) de la que solo temporalmente y por razones justificadas se encuentra el titular ausente (*corpus*). En la STS (Sala de lo contencioso-administrativo) 14 junio 2001⁴⁸, el Tribunal desestimó el recurso de casación interpuesto contra una STSJ, Sala de lo contencioso-administrativo, de Andalucía, que había anulado las resoluciones administrativas en cuya virtud el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo dejó sin efecto la adjudicación de una vivienda de protección oficial sita en Melilla por no constituir el domicilio habitual y permanente de la persona a quien, en su día, le había sido adjudicada. La Sala de instancia consideró que la vivienda había sido durante veintinueve años y seguía siendo el domicilio habitual de su beneficiaria quien, por razones médicas, se hallaba accidentalmente en Málaga, de modo que su ausencia temporal de Melilla estaba suficientemente justificada. Entendió que la titular de la VPO seguía manteniendo allí su domicilio habitual y permanente, que define en los siguientes términos: “es aquel en el que se vive y se mora, y que aunque se falte de él por cualquier circunstancia, se piensa volver al mismo cuando cesen las causas que motivan la ausencia”. Por su parte, en la S. 8 julio 1981⁴⁹, el TS declara que la habitualidad “supone, más que

por su adjudicataria, cualesquiera que hayan sido los motivos que determinaron su decisión”. En consecuencia declara procedente el desahucio de la adjudicataria.

48 STS 14 junio 2001 (RAJ 2001, 6953).

49 STS 8 julio 1981 (RAJ 1981, 3239). La Dirección del Instituto Nacional de la Vivienda acordó en 13 febrero 1975 la rescisión del contrato suscrito por doña Francisca, con el Instituto Municipal de la Vivienda del Ayuntamiento de Zaragoza respecto de cierta vivienda, que ostentaba la calificación definitiva de protegida sometida a las prescripciones de la L. de 19 abril 1939 – en su modalidad de vivienda de acceso diferido a la propiedad, distinto de la compraventa con precio aplazado –, y concedió un plazo de 30 días para el desalojo de la misma. La resolución, recurrida en alzada, fue confirmada por el Ministro de la Vivienda.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo por doña Francisca, la Sala de Zaragoza dictó sentencia, en 15 febrero 1978, estimando el recurso y anulando las resoluciones impugnadas. Promovido recurso de apelación por el Abogado del Estado, el TS, aceptando los considerandos de la sentencia apelada, lo desestimó, confirmando la sentencia apelada.

En el recurso se cuestionaba la posibilidad del desahucio administrativo para esta clase de viviendas, y si la recurrente venía destinando la vivienda litigiosa a domicilio habitual y permanente, dado que la causa de desahucio que se aduce es la falta de este destino.

El TS considera aplicable, a este tipo de viviendas de acceso diferido a la propiedad, la causa de desahucio del art. 63 del Texto Refundido de 24 julio 1963 (es decir, si la vivienda no constituye domicilio habitual y permanente del beneficiario), texto legal éste de 1963 que resulta de aplicación al caso en virtud de su disp. transit. 4.a (y 3.a del Regl. de 24 julio 1968). En la fecha en que se inicia el expediente litigioso, no se había amortizado el precio marcado para el acceso a la propiedad y, en consecuencia, el usuario seguía ostentando únicamente la cualidad de mero poseedor.

A la vista de la prueba practicada, el TS no consideró demostrado que D^a Francisca no ocupara habitual y permanentemente la vivienda. Esta ocupación es compatible con el hecho de que D^a Francisca, viuda, jubilada de su profesión y con un hijo y una hija casados que vivían, respectivamente, en Barcelona y en Zaragoza, pasase algún tiempo en casa de sus hijos. “No por ello –afirma la sentencia– deja de habitar de manera habitual y en su lógico sentido permanente, en la vivienda de la que es beneficiaria, puesto que tampoco cabe la exigencia de continuidad en la habitación para estimar cumplido ese deber de ocupación, todo lo cual no puede entenderse desvirtuado porque la Policía Municipal en determinados momentos durante un año encontrara ausente de su vivienda a doña Francisca, o dejara ésta de empadronarse en Zaragoza el 31 diciembre 1970, ya que esta falta de empadronamiento sólo acredita que en esa fecha no se encontraba allí; sin que pueda olvidarse que esos días finales de año es tradicional el reunirse familiarmente, todo lo cual conduce a la conclusión de que por no estar suficientemente acreditada que la recurrente no vive habitual y permanentemente en la vivienda de que se trata, no concurre la mentada causa de desahucio”. El TS añade que la habitualidad “supone, más que estancia, la voluntad de establecerse efectivamente en un lugar” e insiste en que la misma no se destruye “por ausencias limitadas en casas de sus hijas –aparte de que tampoco podría admitirse la habitualidad en varias poblaciones– ni la permanencia implica continuidad ininterrumpida, al ser racionalmente compatible, so pena de negarla en todos los casos, con ausencias temporales, siempre que dichas ausencias no supongan la voluntad expresa o presunta de cambio de domicilio habitual”.

estancia, la voluntad de establecerse efectivamente en un lugar” e insiste en que la misma no se destruye “por ausencias limitadas en casas de sus hijas –aparte de que tampoco podría admitirse la habitualidad en varias poblaciones– ni la permanencia implica continuidad ininterrumpida, al ser racionalmente compatible, so pena de negarla en todos los casos, con ausencias temporales, siempre que dichas ausencias no supongan la voluntad expresa o presunta de cambio de domicilio habitual”. Vemos pues como, ante la falta de ocupación temporal, el *animus* o voluntad de considerar la vivienda como el domicilio habitual, debidamente exteriorizado, es determinante, junto con la justa causa que justifique la ausencia.

Al ser una cuestión litigiosa, que ha llegado no pocas veces a los Tribunales, existe abundante jurisprudencia sobre la materia. En general, se trata de casos en que el adjudicatario de la VPO se defiende frente a la resolución del contrato por incumplimiento del mismo y al consiguiente desahucio administrativo. De las sentencias que integran esta jurisprudencia, se desprenden las conclusiones siguientes:

1) El TS considera que no habrá incumplimiento de la obligación de destinar la vivienda a residencia habitual y ocuparla efectivamente cuando concurra justa causa para la desocupación.

2) La justa causa debe valorarse a la luz de la finalidad perseguida por la limitación legal, sin que la jurisprudencia ofrezca otros criterios que, con carácter general permitan concretarla. Antes bien, procede de un modo casuístico. Los motivos acogidos como justa causa tienen que ver con razones laborales o de estudios, motivos de salud, razones vinculadas a la necesidad de atender, fuera de la vivienda, a familiares allegados dependientes del titular, falta de condiciones de habitabilidad de la vivienda o ejecución de obras de reparación en la misma, y, en general, cualquier causa de fuerza mayor:

3) La desocupación, aun concurriendo justa causa, debe ser temporal o provisional además de compatible con la voluntad de seguir manteniendo el domicilio habitual en la vivienda de referencia.

Así resulta, entre otras, de las SSTS (Sala de lo contencioso-administrativo) 30 junio 1982⁵⁰, 28 diciembre 1983⁵¹, 7 febrero 1985⁵², 15 julio 1987⁵³, 8 octubre 1988⁵⁴, 17 julio 1990⁵⁵, 16 julio

- 50 STS 30 junio 1982 (RAJ 1982, 5242). Esta sentencia considera cumplido el requisito, además de por razones laborales, dado que el trabajo de hostelería del adjudicatario le impedía pernoctar habitualmente en la vivienda, por estar ocupada la vivienda por sus familiares más allegados (su mujer y una hija mayor de edad sin hogar propio).
- 51 STS 28 diciembre 1983 (RAJ 1984, 475). Con fecha 1 diciembre 1978, la Delegación del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de Oviedo dictó resolución por la que se comunicaba a don Antonio, adjudicatario de una vivienda de Protección Oficial, la resolución del contrato y desahucio administrativo de la misma por no dedicar la vivienda a residencia habitual y permanente. La Dir. Gral. del Instituto Nacional de la Vivienda, desestimó el recurso administrativo. Igual suerte corrió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Antonio ante la Audiencia Territorial de Oviedo. Promovido recurso de apelación por el interesado, el TS lo estima, revocando la sentencia apelada y declarando nulas las resoluciones impugnadas. Considera, a la vista de la prueba practicada, "que el recurrente tiene establecida su residencia familiar y permanente en la vivienda adjudicada, que en ningún momento ha permanecido deshabitada, y siempre ocupada por miembros de su familia más directa; y su personal ausencia prolongada del hogar familiar se debe exclusivamente a razones laborales, documentalmente acreditadas en autos, ajenas a su voluntad y con un indiscutible carácter de provisionalidad".
- 52 STS 7 febrero 1985 (RAJ 1985, 2595). Como en muchas otras, en esta sentencia, el caso litigioso versa sobre la procedencia de un desahucio administrativo de una VPO adjudicada en régimen de acceso diferido a la propiedad, por aplicación de la regla 6.ª del art. 138 del Reglamento —no destinar la vivienda a domicilio habitual y permanente del beneficiario—. La sentencia recuerda la jurisprudencia según la cual, "no se opone a dicha finalidad normativa las interrupciones meramente temporales por razones de trabajo con idea de retorno y dejando el núcleo familiar en dicha vivienda, que se acredita en supuestos como el presente en que se dan circunstancias particulares derivadas de la actividad agrícola desarrollada por el beneficiario que le obliga a permanecer una muy larga temporada cada año en el campo para la atención constante que requieren los cultivos de la zona como resulta conocido y deriva de los documentos aportados en período probatorio". A las citadas razones laborales se unen otras consistentes en la débil salud de los padres, que llevan al titular de la vivienda a pasar temporadas en el domicilio de éstos. Ello explica el bajo consumo eléctrico de la vivienda en determinadas épocas.
- 53 STS 15 julio 1987 (RAJ 1987, 7155). En el caso de autos la enfermedad del titular se consideró como causa justificativa del abandono temporal de la vivienda y obstativa, por tanto, al lanzamiento.
- 54 STS 8 octubre 1988 (R) 1988, 7450). En el caso litigioso se había declarado la resolución del contrato y el desahucio administrativo por no destinarse el inmueble a vivienda habitual y permanente. La resolución inicial fue confirmada en vía administrativa y también por la Audiencia Territorial de Valencia al resolver el recurso contencioso-administrativo. Planteado recurso de alzada ante el TS, éste lo estima, revoca la sentencia impugnada y anula los citados acuerdos administrativos. La vivienda en cuestión había sido promovida por el Ayuntamiento de Valencia al amparo de la Ley de 19 de abril de 1939. La madre del recurrente la ocupó tan sólo a título arrendaticio. El 20 de mayo de 1977 se perfeccionó un contrato de acceso diferido a la propiedad a favor del recurrente que podía entonces, cumpliendo los condicionamientos del contrato, acceder a la propiedad del piso cuestionado, del cual, entre tanto, seguía siendo titular la mencionada Corporación (cfr. art. 132 del Reglamento de 24 de julio de 1968). El TS considera probado que "tanto el recurrente como su esposa han venido al piso todas las semanas, quedándose incluso a dormir muchas noches, que las ausencias se hallan justificadas por las enfermedades de los padres políticos del recurrente, de los cuales el padre llegó a fallecer, siendo la esposa de aquél hija única del indicado matrimonio y que últimamente, el piso está desocupado por la realización de reparaciones en el mismo para la definitiva ocupación del mismo por el recurrente y su familia"; por ello, no concurre la causa sexta de desahucio del artículo 138 del Reglamento de 1968.
- 55 STS 17 julio 1990 (RAJ 1990, 6634). De nuevo, en este caso, se declara improcedente la resolución del contrato y el desahucio consiguiente por falta de destino de la vivienda a domicilio habitual y permanente, por concurrir justa causa para la desocupación temporal de la vivienda. En este caso, la justa causa obedecía a motivos de salud: el titular de la vivienda acreditó una grave dolencia cardíaca de la que se encontraba en tratamiento, la cual le impedía acceder por sus propios medios físicos a una vivienda que carece de ascensor, enfermedad que, de hecho, llevó al fallecimiento del titular dos años después, abriendo la puerta a la posibilidad de subrogación por parte de sus causahabientes en la posesión jurídica del inmueble por parte de su causante.

1992⁵⁶, 7 junio 1999⁵⁷, 20 octubre 1999⁵⁸, 15 diciembre 1999⁵⁹, 17 diciembre 1999⁶⁰, 20 diciembre 1999⁶¹; o 14 junio 2001⁶².

Resulta ilustrativa la STS (Sala de lo contencioso-administrativo) 16 julio 1992⁶³, que, además, contiene alguna especialidad interesante. Esta sentencia, en su FD Primero, comienza recordando que el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, dictado en desarrollo del Real Decreto Ley de 31 octubre del mismo año, dispone en su párrafo primero de forma terminante que las viviendas de protección oficial habrán de dedicarse a domicilio habitual y permanente sin que, bajo ningún concepto, puedan destinarse a segunda residencia o a cualquier otro uso. Sin embargo, a continuación, realiza una interpretación matizada de dicha exigencia: “No obstante, la jurisprudencia de este Tribunal, a partir de lo dispuesto en el párrafo cuarto del mencionado art. 3º, ha elaborado una doctrina según la cual se entiende que la obligación de destinar la vivienda a domicilio habitual y permanente no es absoluta. Pues toda vez que se dispone por el mismo Real Decreto que en caso de emigración queda en suspenso la obligación de habitar la vivienda, la jurisprudencia

56 STS 16 julio 1992 (RAJ 1992, 6470).

57 STS 7 junio 1999 (RAJ 1999, 6953).

58 STS 20 octubre 1999 (RAJ 1999, 7447).

59 STS 15 diciembre 1999 (RAJ 1999, 9736). La sentencia versa sobre un desahucio administrativo de vivienda de protección oficial acordado por la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía por falta de ocupación de la vivienda por su inquilino adjudicatario, parte actora en el recurso de instancia. El Tribunal a quo, cuya sentencia confirma el Supremo, estimó el recurso de instancia por resultar de la prueba practicada que el recurrente residía de forma habitual y permanente en el domicilio objeto de desahucio, sin que la Administración haya demostrado que la vivienda permaneciese desocupada más de tres meses seguidos en un año ni que su destino hubiese sido otro que el indicado. No obsta a lo anterior la circunstancia de que, en determinadas fechas, el titular se encontrase en otra ciudad, lugar de su anterior residencia y domicilio, por razones laborales y familiares plenamente justificadas.

60 STS 17 diciembre 1999 (RAJ 1999, 8780). El caso litigioso parte de una resolución administrativa en que se declaró la resolución de un contrato de arrendamiento de vivienda protegida y consiguiente desahucio, por no destinarse la vivienda a residencia habitual y permanente del arrendatario, al amparo de los arts. 3 y 56.3 del RD 3148/1978, de 10 de noviembre. El Tribunal consideró que la Generalitat de Catalunya no había probado el incumplimiento de la obligación referida por parte del arrendatario de la vivienda. Antes bien, quedó demostrado que éste y su cónyuge “habitaban efectivamente la vivienda si bien, por circunstancias ligadas a su trabajo de conductor y al de su esposa como regente de un restaurante, no siempre se encontraban en ella durante el horario ‘normal’. Las diligencias llevadas a cabo por los servicios de la Administración en las fechas de 14 de junio, 21 de septiembre, 2 y 17 de octubre de 1989 (la primera de las cuales encontró en la vivienda a una hermana del recurrente que se encontraba de vacaciones en Barcelona) se efectúan en horas en las que razonablemente -según el tipo de trabajo antes descrito- uno y otro cónyuges podían estar ausentes del domicilio. Está acreditado, por el contrario, el consumo permanente de electricidad, agua y gas en la vivienda mediante los correspondientes recibos mensuales a cargo de aquél”.

61 STS 20 diciembre 1999 (RAJ 1999, 9216). Un caso más sobre desahucio de vivienda de protección oficial sujeta al régimen de acceso diferido a la propiedad por falta de ocupación permanente y habitual, en que se anulan las resoluciones administrativas que lo habían decretado. Se aprecia justa causa para la desocupación temporal, por motivos de salud, en concreto, por la conveniencia de desplazarse de aquella vivienda a otros lugares de climas más propicios donde afrontar en mejores condiciones los problemas que la dolencia originaba, especialmente durante las temporadas de invierno y verano, sin que se produjera una desocupación permanente de la vivienda.

62 STS 14 junio 2001 (RAJ 2001, 6953). Se anulan las resoluciones administrativas que dieron lugar al desahucio administrativo del titular de la vivienda por no concurrir la causa especial de desahucio administrativo consistente en no constituir dicha vivienda domicilio permanente y habitual del beneficiario en la que se habían basado dichas resoluciones. El Tribunal considera que la vivienda seguía siendo el domicilio habitual de su beneficiaria quien, por razones médicas, se hallaba accidentalmente en Málaga, de modo que su ausencia temporal de Melilla estaba suficientemente justificada.

63 STS 16 julio 1992 (RAJ 1992, 6470).

ha entendido que pueden existir asimismo otras justas causas para no habitarlas. Así la S. 15-7-1987 (RJ 1987, 7155), recogiendo la doctrina de la anterior S. 10-11-1982 (RJ 1982, 7250), declara que la jurisprudencia ha venido otorgando a esta causa de resolución del contrato (el hecho de no destinar la vivienda a domicilio habitual y permanente) una interpretación razonable de adaptación a ciertas situaciones excepcionales, admitiendo la existencia de causas justas que eliminan los efectos de la infracción de la obligación de habitar la vivienda". Dicha justa causa deberá valorarse caso por caso, sin que quepa formular reglas generales, y atendiendo a la *ratio legis* de la norma que formula el requisito.

En los FD Segundo y Tercero se razona la falta de concurrencia, en el caso de autos, de una justa causa para no habitar en la VPO. Se había alegado como tal la incompatibilidad con la atención a un familiar próximo (la madre del titular de la vivienda) enfermo: "En el caso de autos se encuentra plenamente probado en el expediente administrativo que el titular del contrato de acceso diferido a la propiedad de una vivienda de protección oficial no destinaba ésta a domicilio habitual y permanente, si bien tenía en ella su estudio profesional y estaba presente en el local en diversas ocasiones. Como causa de no habitar la vivienda se alegó en su momento la necesidad ineludible de pernoctar en la casa de la madre anciana y enferma del titular, que necesitaba de sus atenciones". Sin embargo, el Tribunal niega que, en el caso de autos, las circunstancias alegadas constituyeran justa causa para no destinar la vivienda a residencia habitual. La conclusión podría sorprender a primera vista pues, en otras sentencias, la atención a familiares enfermos en la vivienda de éstos se ha considerado como justa causa para la desocupación temporal de la vivienda protegida. ¿Por qué aquí no? Aparte de que pudieran concurrir otros matices en las circunstancias fácticas, el caso resuelto presentaba ciertos rasgos que, a juicio del Alto Tribunal, hacían incompatible la estimación de esta justa causa con la finalidad básica perseguida por la normativa sobre viviendas protegidas, que no es otra que atender la necesidad de una vivienda digna por parte del beneficiario. Como señala el TS: "En el caso que ahora se juzga debe llevarse a cabo una interpretación que, a partir de los hechos, tenga en cuenta la finalidad principal perseguida por la legislación sobre viviendas de protección oficial, que no es otra sino la de facilitar una habitación digna a quien no dispone de sobrados medios económicos.

Pues bien, la causa de no ocupación alegada no puede ser tenida en cuenta por la Sala como motivo que exime de la obligación de ocupar la vivienda. Aun admitiendo que el titular deba atender a su madre anciana y enferma, nada obsta a que ésta pudiera instalarse en la vivienda de protección oficial, acompañada en su caso por una persona que la atendiera mientras el titular se encuentre en su trabajo. Pero sobre todo se deduce claramente de las circunstancias del caso de autos que, de confirmarse la sentencia apelada con lo que se mantendría la titularidad de la vivienda que se discute, el referido titular tendría derecho, quizás a títulos diferentes,

a la ocupación de dos viviendas. Pues en efecto se deducen para él algunos derechos de la circunstancia fáctica de vivir con su madre en la vivienda de ésta, derechos que mantendría al mismo tiempo que la tan repetida titularidad de la vivienda de protección oficial". Aunque no se especifica a qué derechos se refiere, si la madre fuese arrendataria de su vivienda y el hijo hubiese convivido con ella al menos durante los dos años anteriores a su fallecimiento podría subrogarse en su posición arrendaticia y satisfacer con ello su necesidad de vivienda (arts. 58 y 59 LAU/1964, aplicable en la fecha del caso; en el mismo sentido, el art. 16.1.c) LAU/1994).

Con ello, la sentencia llega a la conclusión de que se estaría vulnerando la finalidad principal de la legislación sobre viviendas protegidas al mantener la titularidad de una de ellas a favor de quien ya dispone, o puede disponer de acuerdo con la legislación vigente, de otra vivienda. Por tanto la apreciación de existencia de justa causa para la no ocupación del bien inmueble resultaría contraria al espíritu del ordenamiento jurídico regulador de este sector de la actuación estatal.

Ahora bien, quizá lo más apropiado hubiera sido apreciar, de momento, la justa causa sin perjuicio de que, de acceder en el futuro el sujeto al arrendamiento sobre la vivienda ocupada por su madre, por subrogación, tras el fallecimiento de aquélla, pudiese perder derecho a continuar en la VPO. Por otra parte, no puede equipararse el acceso a la propiedad de una vivienda con la tenencia en arrendamiento de otra.

Algún comentario ulterior merece también la STS (Sala de lo contencioso-administrativo) 14 junio 2001⁶⁴, a la que antes he hecho referencia. Desestima el recurso de casación interpuesto contra STSJ de Andalucía, que había anulado las resoluciones administrativas en cuya virtud el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo dejó sin efecto la adjudicación de una vivienda de protección oficial sita en Melilla por no constituir el domicilio habitual y permanente de la persona a quien, en su día, le había sido adjudicada.

La Sala de instancia consideró que la ausencia temporal de la vivienda, ubicada en Melilla, estaba suficientemente justificada. Entendió que la titular de la VPO seguía manteniendo allí su domicilio habitual y permanente.

Distingue la sentencia recurrida y confirmada entre destinar la vivienda a residencia habitual y permanente y no ocuparla de modo efectivo (falta de ocupación que define por remisión a la LAU), admitiendo que puede existir causa que justifique tanto lo primero como lo segundo: "Ello trae a colación la cuestión de si sería aplicable al caso lo establecido en el art. 62.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que dice cuando la vivienda no está ocupada durante más de seis meses en el curso de un año, a menos que la desocupación obedezca a justa causa, pues según

64 STS 14 junio 2001 (RAJ 2001, 6953).

el art. 138 del citado Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, las causas de desalojo de la LAU son aplicables a las viviendas de protección oficial. Este precepto lo primero que pone de manifiesto es que el art. 138 distingue entre desocupación de la vivienda por más de seis meses y el no destinar la vivienda a domicilio permanente, causa que ya ha sido desestimada, y en segundo lugar, que distinga si la desocupación por causa justificada e injustificada, dando lugar al desahucio sólo esta última; pero cuando la circunstancia de estar justificada la falta de ocupación, es claro que no procede el desahucio dictado, y ni por la causa alegada, la del art. 138 del Reglamento, por no haber dejado de ser el domicilio, ni por la del art. 62.3 de la LAU por estar justificada la desocupación”.

La sentencia se refiere a la LAU/1964, vigente en aquélla fecha y en el momento en que se dictaron el RD-ley 31/1978, el RD 3148/1978, el RD 2969/1976 y el D 2114/1968. El art. 62 LAU/1964 regulaba los casos en que el arrendatario no tenía derecho a la prórroga forzosa que, previamente, había establecido la Ley. Entre ellos incluía el siguiente: “I. No tendrá derecho el inquilino o arrendatario a la prórroga legal en los siguientes casos: (...) 3.º Cuando la vivienda no esté ocupada durante más de seis meses en el curso de un año, (...) a menos que la desocupación (...) obedezca a justa causa”. Al igual que en la normativa sobre VPO, el fundamento de este precepto era que en tales casos no se consideraba que el inmueble sirviera a la satisfacción de las necesidades de vivienda del titular. Por su parte, el vigente art. 27 LAU/1994, establece en su apartado 2.f), como causa de resolución del contrato de arrendamiento de vivienda, la siguiente: “Cuando la vivienda deje de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario o de quien efectivamente la viniera ocupando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7”. Debe tenerse en cuenta, también, el art. 7 LAU/1994, que dispone: “El arrendamiento de vivienda no perderá esta condición aunque el arrendatario no tenga en la finca arrendada su vivienda permanente, siempre que en ella habiten su cónyuge no separado legalmente o de hecho, o sus hijos dependientes”.

B) Carga de la prueba y medios de prueba.

En cualquier caso, es carga de la Administración probar la falta de destino o la desocupación. Se trata de una cuestión de hecho, que queda sometida a la libre apreciación del Tribunal. Para su acreditación puede utilizarse cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho. En la práctica es habitual acudir a los consumos de gas, electricidad o agua con base en la prueba de presunciones. Aunque constituyen un indicio importante, el TS ha declarado que no bastan por sí solos y ha recordado el alcance que tiene la citada prueba de presunciones. Lo mismo podría decirse de la recepción de correo en la vivienda. En muchas ocasiones se utiliza también la prueba testifical. Y, dentro de la documental, la inscripción en el padrón, en el censo electoral, el domicilio que consta en el DNI o el que se hizo constar

en algún documento público –p.ej., al otorgar unos poderes, en la escritura pública correspondiente–. Ahora bien, los Tribunales no consideran determinantes por sí solos los datos que derivan de estos documentos, que pueden verse desvirtuados por otros medios de prueba. Probada la desocupación por la Administración, es el titular de la vivienda protegida el que tiene la carga de demostrar que concurre justa causa para ello.

Resulta paradigmática la STSJ Madrid (Sala de lo contencioso-administrativo), 12 marzo 1996⁶⁵. El Director-Gerente del Instituto de la Vivienda de Madrid dictó resolución, el día 14 de febrero de 1992, en expediente de desahucio administrativo, confirmada por resolución posterior del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 22 de octubre de 1992. El TSJ estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto y anuló la resolución impugnada por ser contraria a Derecho, declarando el derecho del actor a ocupar la vivienda.

Los hechos fueron los siguientes: El actor suscribió, el 26 de octubre de 1988, contrato de alojamiento en el modular núm. 20 de la Plaza de Castilla, con el Instituto de la Vivienda, debido a la expropiación forzosa de la vivienda que tenía en la calle Pinos Baja, núm. 18, de Madrid. Según consta en el expediente administrativo, los servicios de inspección de la Comunidad Autónoma de Madrid manifestaron haber comprobado que el actor no ocupaba la vivienda modular indicada ni la utilizaba como domicilio habitual y permanente. En consecuencia, la CA resolvió el contrato de alojamiento y decretó el lanzamiento del recurrente.

Las pruebas que tuvo en cuenta la Administración demandada para estimar acreditada la no ocupación de dicha vivienda, consisten en recibos de la compañía eléctrica de 1990 y los meses de enero y febrero de 1991, así como desde mayo de 1991 a 29 de febrero de 1992, de los que se concluye que hasta marzo de 1991 las cantidades facturadas eran los mínimos establecidos por la compañía eléctrica y que en un total de 10 meses no se había abonado ningún recibo (desde mayo de 1990 a marzo de 1991).

El actor negó haber dejado de ocupar habitualmente la vivienda, y alegó que por causas exclusivamente laborales, pues trabaja como peón, permanecía fuera de la casa desde las ocho de la mañana hasta la hora de cenar. Aportó diversos recibos correspondientes al pago del consumo eléctrico: de 17 de diciembre de 1990 a 13 de febrero de 1991 por 16.024 ptas.; 14 de febrero de 1990 a 19 de abril de 1990 por 1.877 pesetas; etcétera.

En la sentencia se plantea el problema de la prueba necesaria para acreditar la desocupación de la vivienda o el no ser destinada a residencia habitual y, más

65 STSJ Madrid 12 marzo 1996 (RJCA 1996, 251).

en concreto, el alcance de la prueba de presunciones. Aquellos extremos intentan demostrarse a partir del consumo eléctrico de la vivienda. Sin embargo, el TSJ de Justicia de Madrid concluye que los índices de consumo eléctrico no pueden considerarse como signo cierto inequívoco de la falta de ocupación del inmueble. Se trata tan solo de un indicio a tener en cuenta, pero que puede ser desmentido por otras circunstancias del caso concreto. En el de autos, se trataba de una vivienda modular, caracterizada por la provisionalidad, a lo que se unía el hecho de no convivir el recurrente con otros familiares y de tener un trabajo como peón que le obligaba a estar ausente de la vivienda la mayor parte del día.

“Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional respecto de la prueba de presunciones (STC núm. 169/1986, de 22 diciembre), el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia debe hacerse de un modo lógico, coherente y racional, entendida la racionalidad no como mero automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes.

La Administración demandada ha tenido en cuenta la prueba de presunciones. Presumió que la falta de cierto consumo eléctrico durante algunos períodos de tiempo (hecho base) supone falta de ocupación habitual del módulo-vivienda.

Sin embargo, como se ha expuesto, dadas las circunstancias concurrentes (una persona sola que trabaja fuera durante el día y una vivienda modular provisional) de aquel hecho base no se extrae necesariamente el hecho consecuencia de la falta de ocupación de la vivienda.

Por ello, no habiéndose probado la existencia de causa de rescisión (sic.) del contrato y desahucio del actor según la normativa reguladora de la vivienda de protección oficial -Real Decreto 2960/1976 y Reglamento de viviendas de protección oficial, en su art. 138.6- es lo procedente estimar el recurso interpuesto y anular el Acuerdo 22 octubre 1992, declarando el derecho del recurrente a ocupar la vivienda del modular 20 de la Plaza de Castilla, a todos los efectos legales”.

C) En especial, el plazo para iniciar la ocupación y su incumplimiento.

En el caso resuelto por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 10 noviembre 1982⁶⁶, la adjudicataria de una VPO, que de acuerdo con la ley tenía un plazo de seis meses, contados desde la adjudicación, para ocuparla (arts. 105 y 107 Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 24 julio 1968), incumplió dicho plazo. Seguido expediente sancionador por la Administración competente, se dictó resolución, que fue confirmada en alzada, en que se calificaba el incumplimiento

66 STS 10 noviembre 1982 (RAJ 1982, 7250).

como grave (cfr. art. 153, ap. B), núm. 6 del citado Reglamento), imponiendo una sanción pecuniaria y decretando la expropiación del inmueble. El TS consideró que la resolución administrativa era correcta. Afirma que sólo por causa de fuerza mayor puede incumplirse el mencionado plazo. La adjudicataria había alegado, en este sentido, que no disponía de dinero suficiente para adquirir los muebles y los accesorios de cocina y que, además, cuando por fin dispuso de dicha cantidad, el piso se hallaba ocupado ilegalmente por terceras personas. El TS no consideró probado el primer extremo, aunque admitió que había algún indicio que apuntaba tal vez a su favor. En cuanto al segundo, señaló que no se había hecho prueba alguna "de que la ocupación de la vivienda por tercero se efectuase sin el consentimiento y material concurso de la adjudicataria".

En el pleito se planteaba la aplicabilidad de la Ley 24/1977, de 1 de abril, de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad de viviendas de protección oficial construidas por el Ministerio de la Vivienda y los Organismos dependientes del mismo, que permitía la expropiación por esta causa⁶⁷, al caso de autos. La Audiencia provincial la había rechazado, porque el plazo de los seis meses venció antes de la promulgación de la misma. En consecuencia, sustituyó la sanción de expropiación por la de descalificación de la vivienda, manteniendo la multa impuesta por la Administración. En cambio, el TS entendió aplicable la citada ley al considerar que, dado que estaba vigente cuando se dictó la resolución expropiatoria y que en dicho momento persistía todavía la desocupación de la vivienda, quedaba a salvo el principio de irretroactividad.

67 El artículo primero de esta Ley declara que existirá causa de interés social, a los efectos de la expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad respecto de las viviendas de protección oficial, entre otros casos: 1º cuando se mantenga habitualmente deshabitada la vivienda, a no ser que la desocupación obedezca a justa causa; y en el artículo segundo, y en relación con los casos tipificados en el artículo anterior, declara que los mismos tendrán la consideración de infracciones muy graves en los términos previstos en la legislación de viviendas de protección oficial, sin que sea preceptiva la descalificación de la vivienda.

BIBLIOGRAFÍA

CLEMENTE MEORO, M.: "Art. 27 LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por M^a. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Valencia (1994): Tirant Lo Blanch.

FERNÁNDEZ CARVAJAL, A.: "Veinticinco años de política de vivienda en España (1976-2001): Una visión panorámica", *Tribuna de Economía* (2004), núm. 816, pp. 145-161.

GUILLÉN NAVARRO, N. A.: *El beneficiario de las viviendas sometidas a un régimen de protección pública*. Madrid (2012): Marcial Pons.

HIDALGO DATTWYLER, R.: "La política de casas baratas a principios del siglo XX. El caso chileno", *Scripta Nova. Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona (2000), n° 4, 55-78.

LÓPEZ ALARCÓN, M.: "El arrendamiento de las viviendas de renta limitada y subvencionadas", *Anales de la Universidad de Murcia*, Vol. XX, núm. 2, pp. 163-208.

MAS BADIA, M^a. D.: "Especialidades de la compraventa de vivienda protegida", en AA.VV.: *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz* (dir. por Á. CARRASCO PERERA), T. II. Cizur Menor (2014): Thomson-Aranzadi

MAS BADIA, M^a. D.: "La compraventa de viviendas de protección oficial", en AA.VV.: *La protección del consumidor de inmuebles* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE y O. MONJE BALMASEDA). Madrid (2013): Dykinson.

MAS BADIA, M^a. D.: "Arrendamiento de vivienda, tutela del inquilino y seguridad del tráfico: en especial, la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito tras la Ley 4/2013, de 4 de junio" (en prensa), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

MAS BADIA, M^a. D.: *Problemas de valoración y precio en las viviendas de protección oficial*, Valencia (en prensa): Tirant Lo Blanch.

MUÑOZ ESPADA, E., NASARRE ÁZÑAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, E. (coords.): *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid (2009): Edisofer.

NASARRE AZÑAR, S.: "Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2011), núm. 727, pp. 2665-2737.

PISARELLO, G.: "El derecho a la vivienda como derecho social. Implicaciones constitucionales", *Revista catalana de derecho público* (2009), núm. 38, pp. 1-13.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, J.: *Políticas de vivienda en un contexto de exceso de oferta* (2010):
Fundación Alternativas.

MENORES, DROGADICCIÓN Y ALCOHOLISMO

MINORS, DRUG ADDICTION AND ALCOHOLISM

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 342-359



M^a. Pilar
MONTES
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de septiembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: En la actualidad, el consumo de alcohol y drogas por los menores de edad es un problema grave en España. Por ello, resulta necesario examinar el régimen jurídico de la venta y consumo de drogas y bebidas alcohólicas a menores en el Derecho español, enfocado el estudio tanto desde la perspectiva del Derecho público como del privado y con análisis de su regulación estatal y autonómica.

PALABRAS CLAVE: Venta y consumo de bebidas alcohólicas y drogas. Contratación con menores. Alcoholismo y drogodependencias.

ABSTRACT: Today, in Spain, there is a serious problem with alcohol and drugs consumption among minors. It is therefore necessary to examine the legal framework for the sale and consumption of drugs and alcohol to minors in Spanish law, focused study from the perspective of public law and private law and analysis of their national and regional regulation.

KEY WORDS: Sale and consumption of drugs and alcoholic drinks. Contracts with minors. Alcoholism and drug addiction.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. La protección de los menores frente a las drogas y el alcohol en el Derecho estatal.- 1. La venta y consumo de bebidas alcohólicas por menores en el Derecho estatal.- 2. La protección del Derecho estatal frente a la venta de drogas a menores.- III. La protección de los menores frente a las drogas y el alcohol en el Derecho autonómico. Especial referencia a la Comunidad valenciana.- 1. La venta y el consumo de bebidas alcohólicas a menores en el Derecho autonómico.- 2. La protección de las Comunidades Autónomas frente al consumo de drogas.- 3. Especial referencia a la Comunidad Valenciana.- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

Cada vez resulta más habitual leer en la prensa noticias sobre el fenómeno denominado *botellón* o sobre macrofiestas en las que intervienen menores, que adquieren y consumen bebidas alcohólicas o drogas. De hecho la última Encuesta Estatal sobre Uso de Drogas en Enseñanzas Secundarias 2012/2013, organizada por el Plan Nacional sobre Drogas, dependiente del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad pone de relieve un incremento muy importante (11 puntos) del consumo de alcohol entre menores de 14 a 18, desde la encuesta de 2010¹.

Tal ingesta les genera no sólo serios problemas de salud (en el peor de los casos, sobredosis o coma etílico, que puedan llevarlos a muerte) y el riesgo de caer en el alcoholismo o la toxicomanía sino también problemas de seguridad o de orden social, pues este consumo les puede llevar a la comisión de delitos o convertirlos en víctimas.

Por todo ello resulta imprescindible conocer cuál es la regulación de la venta y el consumo de bebidas alcohólicas y drogas por menores en nuestro Ordenamiento jurídico. Y si sobre las drogas la prohibición de venta es general, tanto en menores como en adultos, no ocurre lo mismo con el alcohol. Probablemente todos hemos

1 ENCUESTA ESTATAL SOBRE USO DE DROGAS EN ENSEÑANZAS SECUNDARIAS (ESTUDES) 2012/13, ESPAÑA, ESTUDES 2012/13, Observatorio Español sobre Drogas, DGPNSD, MSSSI. En relación con la misma cabe citar el artículo de DE BENITO, E: "El consumo frecuente de alcohol en menores sube 11 puntos desde 2010", *EL PAÍS*. Sociedad, 5 de marzo de 2014, en donde se entrevista al responsable del Plan Nacional sobre Drogas, Francisco de Asís Babín, quien no ocultó su preocupación por estos datos al recordar que se trata de unas edades en las que en principio tiene prohibido comprar alcohol. Es de destacar que en la mencionada encuesta se incluye por vez primera la práctica del botellón y en ella se pone de relieve que el 61,3% de los chicos y el 62,7% de las chicas habían hecho botellón el último año.

• **M^a. Pilar Montes Rodríguez**

Profesora Titular de Escuela Universitaria de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, en la que se licenció y doctoró. Ha escrito múltiples artículos y participado en Tratados y monografías. Sus líneas de investigación fundamentales han sido la protección de los consumidores en la esfera contractual y el derecho civil valenciano. En 2012 recibió el Premio Savis en Dret otorgado por la cátedra de Derecho foral valenciano por su participación en el libro colectivo "El régimen económico matrimonial de la comunidad Valenciana".

visto carteles que indicaban la prohibición de la venta de bebidas alcohólicas a menores pero, en el actual Estado español plurilegislativo, no es siempre clara la procedencia de la normativa que la justifica. Y, sobre todo, es preciso concretar las soluciones que, frente al incumplimiento de la misma, ofrece el Derecho español.

La Constitución española, suprema norma de nuestro Ordenamiento jurídico, incluye en el Capítulo 3º de su Título 1º, dedicado a los principios rectores de la política social y económica, el art. 39 que impone a los poderes públicos que aseguren la protección social, económica y jurídica de la familia y que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos². Para desarrollar una parte de tal protección se dictó la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en lo sucesivo LOPJM)³. Además el art. 43 CE reconoce el derecho a la protección de la salud, imponiendo a los poderes públicos, la tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y el fomento de la educación sanitaria.

La protección de los menores frente a las drogas o el alcohol puede contemplarse desde diversos enfoques.

Por un lado desde la perspectiva del Derecho público (estatal o autonómico) se imponen reglas que persiguen proteger la salud del menor y prevenir drogodependencias, sustancialmente a través de la prohibición de conductas y su tipificación como delitos y faltas en el Derecho Penal. Pero existen sustanciales diferencias de régimen respecto del alcohol y las drogas.

En efecto, cualquier actividad de venta o distribución de droga está sancionada por el Código Penal sea a menores o a mayores aunque se agrava si se dirige a aquéllos. Además se trata de una conducta no aceptada socialmente con carácter general.

Por el contrario la venta de bebidas alcohólicas a mayores está plenamente permitida y socialmente admitida y sólo la venta o el suministro a menores está restringido. En esta línea se prohíben determinadas conductas que consistirían, no sólo en la realización de actos jurídicos como la compra de bebidas alcohólicas, sino también su mero consumo o la dispensación, aunque sea a título gratuito.

2 SÁNCHEZ BURSON, J. M^º: "El menor y la legislación en España." *Pediatría Integral* (2001), 6 (1), pp. 77 y ss., hace un interesante análisis del marco de protección constitucional a los menores. Y de forma mucho más extensa vide RETUERTO BUADES, M: "La protección de la infancia y de la juventud en la Constitución de 1978", en AA.VV, *El menor en la legislación actual*. Madrid (1998): Universidad Antonio Nebrija, Unicef, pp. 45 y ss.

3 Como apunta VERDERA SERVER, R: *Lecciones de Derecho civil. Derecho civil I*. Valencia (2011): Tirant lo Blanch, p. 248, la mencionada Ley ha sido muy criticada por redundante y reiterativa. En opinión del autor citado, su grado de innovación es escaso y plantea problemas de coordinación con el resto del ordenamiento jurídico. Por el contrario, LASARTE ÁLVAREZ, C: *Principios de Derecho civil I. Parte General y Derecho de la persona*. Madrid (2010): Marcial Pons, 16ª ed., p. 190, entiende que la mencionada Ley pretende, fundamentalmente, resaltar la adquisición gradual de la capacidad de obrar de los menores.

Además se prohíbe la publicidad que incite al consumo de las mismas y que esté dirigida a menores y frente al incumplimiento de tales reglas se imponen sanciones administrativas (multas, suspensión de actividades, cese de la actividad publicitaria, etc.).

Desde otro punto de vista, el Derecho privado, en concreto el Derecho civil, incluye normas que protegen al menor como sujeto de derecho y que regulan su intervención en la contratación, en el intercambio de bienes o servicios. El Ordenamiento jurídico civil español está integrado por dos bloques normativos formados, de un lado por el Derecho foral existente en algunas regiones -Vizcaya y Álava, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra- y que ha sido conservado, modificado o desarrollado con posterioridad a la Constitución, y por otro lado, el Derecho común, compuesto por el Código civil y las leyes civiles especiales, que eran de aplicación general en los territorios españoles en que no existía derecho foral y derecho supletorio en los que sí existía.

El art. 149.1 8º CE atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de Derecho civil, con excepción de aquellas CCAA en la que existía derecho civil y a las que se permite su conservación, modificación y desarrollo. En todo caso corresponden al Estado, la regulación de las bases de las obligaciones contractuales, entre las que cabe incluir la capacidad de los menores para contratar. Desde el Derecho civil tanto estatal como autonómico se valora que capacidad se reconoce al menor y la posible ineficacia de los actos por él efectuados.

Por el contrario, el art. 148 CE atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia sobre asistencia social y la mayoría de los Estatutos se reservan competencia en materia de protección de infancia y juventud. Como veremos, muchas Comunidad autónomas, con o sin Derecho civil propio, han dictado leyes de protección de la infancia y de la adolescencia en ejercicio de tales competencias.

Por todo ello, debemos examinar las normas que, desde la perspectiva del Derecho estatal, intentan prevenir la drogadicción de menores e imponen restricciones o prohíben ciertas compraventas a menores⁴ que, por el objeto, pueden ser perjudiciales para su salud. Por último analizaremos la normativa autonómica, tanto dirigida a la protección de la infancia como a la protección de la salud del menor y a la prevención de las drogodependencias.

4 En relación con esta cuestión ya realizamos un análisis exhaustivo de la regulación estatal y autonómica en MONTES RODRIGUEZ, M^a. P.: "La venta de bebidas alcohólicas a menores en el Derecho español", *Revista Española de Drogodependencias* (2012), vol. 37, pp. 205-217.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES FRENTE A LAS DROGAS Y EL ALCOHOL EN EL DERECHO ESTATAL.

I. La venta y consumo de bebidas alcohólicas por menores en el Derecho estatal.

Si examinamos el Ordenamiento jurídico estatal en busca de normas que contemplen el supuesto de hecho aquí analizado, nos encontramos con escasos preceptos de diverso rango legal, que aparecen justificados en títulos competenciales distintos y además, son limitados en cuanto su ámbito objetivo (porque reducen su aplicación a determinadas actividades).

En primer lugar cabe señalar que la LOPJM no contempla ni el derecho a la salud de los menores ni menciona medidas para prevenir la drogodependencia y el alcoholismo. Ello resulta, cuanto menos, discutible por cuanto -como veremos- algunas de las leyes autonómicas que persiguen el mismo objetivo sí lo recogen.

Y si continuamos nuestra búsqueda encontramos una antigua norma reglamentaria de orden público, el art. 60.2 del RD 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas. En el mencionado precepto se prohíbe la venta de todo tipo de bebidas alcohólicas a los menores de 16 años en los establecimientos, espectáculos y actividades recreativas considerados en el mismo⁵. Por tanto se trata de una disposición de rango no legal que tiene un ámbito objetivo limitado pues sólo es aplicable a determinados espectáculos y actividades y, además, sólo restringe la venta a los menores de 16 y no a todos los menores de de edad.

Diez años después se dictó la LO 1/1992, de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, en la que no se reiteraba la prohibición, pero se le daba cierta cobertura formal al considerar, en su art. 26 d), como infracción leve, la admisión de menores en establecimientos públicos o en locales de espectáculos, cuando esté prohibida y la venta o servicio de bebidas alcohólicas a los mismos.

Evidentemente, tal solución resultaba insuficiente⁶ no sólo porque no incluía a todos los menores de edad, sino sobre todo porque no se aplicaba a todos aquellos supuestos en que se podía producir una venta de bebidas alcohólicas, es más, ni siquiera incluía los supuestos más comunes, las ventas en tiendas de comestibles, grandes superficies comerciales o bares, mucho más próximos y accesibles para el adolescente. La consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en el art. 26 d),

5 En el art. 60.2 se incluyen entre otros, salas de fiesta, discotecas, salas de baile y otros lugares en que "pueda padecer su salud o moralidad".

6 Un análisis crítico de la situación legislativa española cabe encontrarlo en ROBLEDO DE DIOS, T., "Políticas institucionales de prevención de los problemas de salud generados por el consumo de bebidas alcohólicas en España y en Europa". *Adicciones* (2002), Vol. 14, 1, pp. 34 y ss.

LO 1/1992 es la imposición de una sanción administrativa, consistente en multa, o clausura del local.

Además, en el ámbito internacional también estaba presente la preocupación por esta problemática, puesta de relieve por un lado en el Segundo Plan Europeo de Actuación sobre alcohol 2000-2005 de la OMS (en relación con la Carta europea sobre el alcohol y la Declaración de Estocolmo sobre jóvenes y alcohol), y por otro en la Recomendación del Consejo de Ministros de Sanidad de la UE, de 5 de junio de 2001, sobre el consumo de alcohol por parte de los jóvenes y, en particular, de niños y adolescentes.

Todo ello motivó que el Gobierno español preparara el Anteproyecto de Ley de medidas sanitarias para la protección de la salud y la prevención del consumo de bebidas alcohólicas por menores (en adelante Anteproyecto), de 20 de febrero de 2007. En su art. 1 se delimitaba su objeto: por un lado, promover acciones formativas y educativas para prevenir los daños asociados al consumo de bebidas alcohólicas⁷, así como la formación de profesionales para la detección y prevención de patologías y adicciones derivadas del consumo de bebidas alcohólicas por menores de edad; por otro, establecer, con carácter básico, limitaciones en la venta, dispensación y consumo de bebidas alcohólicas así como la publicidad y la promoción de las mismas, con el objetivo de proteger la salud física y mental de los menores de 18 años.

El Capítulo III del Anteproyecto se dedicaba a las limitaciones a la venta, dispensación y consumo de bebidas alcohólicas a menores. Su art. 11 prohibía cualquier forma de venta y de dispensación, gratuita o no, de bebidas alcohólicas a los menores de 18 años. Además se prohibía el consumo de tales bebidas por los menores, tanto en establecimientos o lugares autorizados para la venta al por menor, -a los que se exigía la colocación de carteles informativo-, como en cualquier otro establecimiento público y vías y zonas públicos. También el art. 14 vetaba las bebidas alcohólicas en los centros de educación no universitaria u otros lugares destinados a menores. Y en cualquier caso, se consideraba irrelevante el consentimiento o autorización de los representantes legales de los menores. El art. 12 limitaba la venta y dispensación de bebidas alcohólicas en máquinas automáticas, el art. 13 prohibía durante el horario nocturno, y en general, la venta al por menor y la dispensación de bebidas alcohólicas en que no se permitiera el consumo inmediato.

Por su parte, el Capítulo IV prohibía la publicidad de bebidas alcohólicas que inciten al consumo a menores o en general en publicaciones, o espacios radiofónicos o soportes audiovisuales dirigidos a menores. Por último el Capítulo V describía infracciones e imponía duras sanciones al incumplimiento de las reglas anteriores.

⁷ El art. 2 a) del Anteproyecto nos aportaba la definición de bebida alcohólica a los efectos del mismo: toda bebida cuyo contenido o graduación alcohólica, natural o adquirida, sea igual o superior al 1,2 por ciento de su volumen.

El Anteproyecto de 2007 no llegó a convertirse en Proyecto de Ley y ser debatido por las Cortes Generales⁸.

Muy recientemente hemos tenido noticia⁹ acerca de la elaboración por el MSSSI de un borrador de Anteproyecto de ley del alcohol, en la que se establecerá una prohibición absoluta de consumo y venta de bebidas alcohólicas a menores en todo el Estado, aunque haya consentimiento de padres y tutores.

Creo que es una nueva oportunidad de establecer una imprescindible legislación básica encaminada a acabar con este problema, sobre todo teniendo en cuenta el aumento del consumo reflejado en la encuesta anteriormente citada.

2. La protección del Derecho estatal frente a la venta de drogas a menores

La venta de sustancias estupefacientes está prohibida y tipificada como delito en el derecho español. En efecto el Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) regula los delitos contra la salud pública y el art.368 sanciona la venta y posesión para la misma de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y agrava las penas en el apartado 4º del art. 369 si las sustancias se facilitaran a menores o disminuidos psíquicos.

Si la actividad de venta o la posesión es realizada por un menor entre 14 y 18 años se les aplicará la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Desde un punto de vista preventivo se ha aprobado la Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2014 probado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de enero de 2009. En ese marco se realizó la ya citada Encuesta Estatal sobre Uso de Drogas en Enseñanzas Secundarias 2012/13.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES FRENTE A LAS DROGAS Y EL ALCOHOL EN EL DERECHO AUTONÓMICO. ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD VALENCIANA.

El art. 148 CE permite a las CCAA asumir competencia en materia de asistencia social. Además, el art. 149 CE no atribuye competencia exclusiva al Estado en la

8 La retirada del Anteproyecto se produjo, según HIDALGO MOYA, J. R., "Legalidad de las bebidas alcohólicas", *Revista Eroski Consumer* (2007), 26 de febrero de 2007, tras la fuerte polémica desatada entre productores de vino, cerveza y otras bebidas alcohólicas denominadas tradicionales.

9 RAMÍREZ DE CASTRO, M: "La nueva Ley del alcohol prevé multas a los padres de los menores que beban", www.abc.es/sociedad, 10 de junio de 2014. Entre las medidas que se incluirían en el mencionado borrador cabe destacar las multas para padres o tutores si se encuentra a un menor de 18 años bebiendo, la no distinción ni benevolencia con bebidas de menor graduación y la obligación de los médicos que atiendan a un menor por ingesta de alcohol de comunicarlo a padres, a al servicio de protección de menores de la CCAA y al Ministerio Fiscal.

protección de la infancia y de la juventud aunque sí le asigne la exclusividad para regular la legislación civil (con las excepciones ya contempladas), en donde se incluiría la protección básica del menor desde el punto de vista civil, y las bases de las obligaciones contractuales asumibles por el mismo. La mayoría de las CCAA han asumido competencia para legislar sobre protección de menores o protección del consumidor o usuario y también el desarrollo legislativo sobre sanidad e higiene, enseñanza o prevención de drogodependencias.

I. La venta y consumo de bebidas alcohólicas a menores en el Derecho autonómico.

En ejercicio de tales competencias muchas Comunidades Autónomas han dictado leyes de protección del menor¹⁰, pero en la mayoría de ellas¹¹ no se incluyen (a semejanza de la LO 1/1996 en el ámbito estatal) normas que prohíban la compra y el consumo de bebidas alcohólicas.

Otras -Madrid, Canarias, Aragón y la CCAA Valenciana- sí se ocupan de ello, aunque a esta última le dedicaremos una atención especial con posterioridad. En primer lugar se dictó la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid. En el capítulo I de su título III encontramos el art. 31.1, que incluye entre las actividades prohibidas: “d) la venta de bebidas alcohólicas y tabaco a menores.” Su apartado 2 señala que la Administración autonómica velará porque las prohibiciones reseñadas se hagan efectivas. Hay que destacar que la ley madrileña sólo prohíbe la venta pero no la puesta a disposición gratuita de las bebidas alcohólicas a menores. En el Capítulo siguiente, el art. 38 prohíbe la publicidad de las mismas en publicaciones infantiles, medios audiovisuales, cine, televisión, radio y vídeo, en franjas horarias de especial protección para la infancia, cuando se distribuya o emita en la CCAA de Madrid. Por último, el art. 99.10º considera infracción grave¹², tanto la venta de los mencionados productos -atribuyendo la responsabilidad a los titulares de los establecimientos en que se expendan-, como la emisión o difusión publicitaria que conculque lo establecido en el art. 38, siendo responsabilidad de los medios que lo emitan o difundan.

En segundo lugar hay que citar a la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los menores de la Comunidad Autónoma de Canarias. Su art. 32.1 dispone que “*queda prohibida la venta, suministro y dispensación por cualquier medio, gratuita o*

10 Vide al respecto un interesante análisis en HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: *La situación jurídica del menor en el marco de las leyes de las Comunidades Autónomas*. Madrid (1998): CRC, Dykinson.

11 En este sentido la Ley 4/1994, de 10 de noviembre de Protección y Atención a Menores de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor, de la Comunidad Autónoma de Asturias; Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia, de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

12 La sanción impuesta a la infracción grave sería, de acuerdo con el art. 101, multa de 500.001 ptas (3000 euros) hasta 5.000.000 ptas (30.000 euros), a la que podría acumularse cuando sean responsables centros o servicios de atención a menores, la proscripción de financiación pública y el cierre temporal, total o parcial, hasta un año, y si lo es algún medio de comunicación social, la difusión pública por el mismo de la sanción.

no, de todo tipo de bebidas alcohólicas y tabaco a los menores de 18 años, aún cuando conste el consentimiento de los padres, tutores o guardadores”. Además el apartado 2º señala que se prohíbe la venta, suministro o dispensación de bebidas alcohólicas en los lugares siguientes: “a) centros de enseñanza a los que asistan menores. b) Establecimientos, recintos, locales o espacios dedicados específicamente a un público menor de dieciocho años”.

También prohíbe en el art. 38 la emisión de publicidad de bebidas alcohólicas en publicaciones destinadas a menores o en medios de comunicación en franjas horarias de especial protección. El incumplimiento de tales prohibiciones constituye, a tenor de lo dispuesto en su art. 106, apartados 20, 21 y 27, infracciones graves.

Por último el art. 39.2 d) de la Ley 3/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Autónoma de Aragón prohíbe a los menores, aun con el consentimiento de los padres o tutores, la adquisición de tabaco, bebidas alcohólicas y otras drogas.

Entre las Comunidades con una legislación general que abarque todas las drogodependencias y que prohíba, con carácter general, la venta o distribución de alcohol a menores encontramos en primer lugar a Andalucía que dedica a ello el apartado 1 del art. 26 de su Ley 4/1997, de 9 de julio, de prevención y asistencia en drogodependencias, modificado por Ley 12/2003, de 24 de noviembre; a Cantabria con el art. 23 de la Ley 5/1997, de 6 de octubre, sobre prevención, asistencia e incorporación en materia de drogodependientes; a Castilla–León con el art. 23. 3 y 4 de la Ley 3/1994, de 29 de marzo, de prevención, asistencia e integración social de drogodependencias o a La Rioja, con el art. 36 de la Ley 5/2001, de 17 de octubre, de Drogodependencias y otras adicciones. En todas ellas se prohíbe además, la publicidad que incite al consumo de bebidas alcohólicas a menores o que se incluyan en publicaciones o programas de radio o televisión dirigidos a menores.

Entre las Comunidades con leyes específicas dirigidas a prevención del consumo de alcohol por menores, encontramos la Comunidad Autónoma de Navarra en donde se dictó la Ley foral 10/1991, de 16 de marzo, sobre prevención y limitación del consumo de bebidas alcohólicas por menores de edad. Su art. 1 prohíbe, en todo el territorio de la Comunidad, tanto la venta como el suministro y dispensación, gratuita o no, por cualquier medio de todo tipo de bebidas alcohólicas a personas menores de 18 años. Para facilitar el cumplimiento de este mandato queda prohibida la venta o suministro de bebidas alcohólicas en máquinas expendedoras y también en locales dedicados a público menor de edad o centros de educación no universitaria (art. 2). A estos efectos, resultará irrelevante para la compra o consumición de bebidas alcohólicas, el consentimiento otorgado por los padres, tutores o guardadores de los menores. La Ley Navarra también prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas en instalaciones deportivas o lugares frecuentados por menores o en publicaciones o

programas de radio o televisión destinados al mismo público. El incumplimiento de tales normas constituye infracción muy grave (art. 10), que puede ser castigada con multa, prohibición de la actividad de hasta 5 años, clausura del local e inhabilitación para obtener licencia.

También se encuentra en este grupo la Comunidad Autónoma de Castilla-la Mancha, que dictó la Ley 2/1995, de 2 de marzo, contra la venta y publicidad de bebidas alcohólicas a menores, en cuyo art. 1 se prohíbe la venta, dispensación y suministro, gratuitos o no, por cualquier medio de bebidas alcohólicas a menores de 18 años. Su art. 2 veta las mismas actividades en centros de educación infantil, primaria, secundaria y en otros locales y centros destinados a menores de 18 años. Tales prohibiciones no se pueden levantar por la decisión de padres, tutores o guardadores (art. 3) y deberá colocarse, en todo establecimiento que venda bebidas alcohólicas, cartel indicativo de la prohibición de su venta a menores. Así mismo la Ley Castellano-Manchega prohíbe la publicidad dirigida a menores que incite al consumo de bebidas alcohólicas (art. 5) y en publicaciones dirigidas a menores, instalaciones deportivas o programas de radio o televisión. El incumplimiento de tales prohibiciones puede constituir infracción muy grave o grave según los casos, sancionada con multas o en su caso, la clausura del local.

También Extremadura dispone de normativa específica dirigida a evitar las ventas de bebidas alcohólicas a menores. En esta Comunidad se dictó en primer lugar la Ley 4/1997, de 10 de abril, de medidas de prevención y control de la venta y publicidad de bebidas alcohólicas para menores de edad¹³, que en su art. 2 prohibía la venta de bebidas alcohólicas a menores, señalando el art. 3 que sería irrelevante para la compra o el consumo de bebidas alcohólicas, el consentimiento otorgado por los padres, tutores o guardadores de los menores y prohibiendo, en el art. 6, la publicidad dirigida a menores de 10 años que indujera directa o indirectamente al consumo de bebidas alcohólicas. Todas estas actividades se consideraban infracciones graves. El primero de los preceptos enumerados ha sido parcialmente derogado tras la entrada en vigor de la Ley 2/2003, de 13 de marzo, de la Convivencia y el Ocio en Extremadura, que en su art. 8 señala que no se permitirá en el territorio de la CCAA de Extremadura ninguna forma de venta, suministro o disposición, gratuita o no, de bebidas alcohólicas a menores de 18 años, impidiendo además su apartado 2 la venta o dispensación de las mismas en centros docentes no universitarios, en centros de menores o cualesquiera otros destinados a su uso por menores de edad. El art. 9 es rotundo al afirmar que no está permitido el consumo de bebidas alcohólicas a los menores de 18 años, el art. 10 limita el acceso de menores a determinados establecimientos y, por último, en el art. 11 se exige la colocación de carteles expresivos de las medidas anteriormente expuestas.

13 Sobre la misma , y en general sobre la legislación en materia de alcohol, COBAS COBIELLA, M^o. E: " La legislación más relevante en materia de adicciones", *Revista Española de Drogodependencias* (2005), vol. 30, (3-4), p. 394.

La Ley del Ocio extremeña resulta novedosa en cuanto no sólo prohíbe, de forma tajante, tanto la venta como el consumo sino también incluye medidas tendentes a la modificación de actitudes sociales respecto al consumo de alcohol, regulando su venta para mayores y el consumo en vías y zonas públicas, con la finalidad de integrar el ocio en la convivencia de toda la sociedad. El incumplimiento de la regla del art. 8 supone una infracción muy grave y las de los arts. 9 y 11, graves¹⁴. Si la infracción la cometen menores de 18 y mayores de 16, será sancionada con la realización de trabajos a favor de la comunidad, o en su defecto, con multas coercitivas.

La normativa específica más reciente la ofrece la Comunidad Autónoma de Galicia al aprobar la Ley 11/2010, de 17 de diciembre, de prevención del consumo de bebidas alcohólicas en menores de edad. Se trata de una normativa dirigida a prevenir el consumo de alcohol en diversos ámbitos, escolar, familiar, comunitario y sanitario. En esta línea, el art. 12 prohíbe el consumo, la venta y el suministro de bebidas alcohólicas a menores, en general, y en determinados lugares como centros docentes o locales destinados a menores. El art. 14 exige la fijación de carteles en los que se indiquen tales prohibiciones y el art. 15 prohíbe o limita la publicidad que incite al consumo de bebidas alcohólicas a menores.

Por último, un tercer grupo de Comunidades Autónomas han legislado en ambos ámbitos, en el de la protección del menor y el de la protección de la salud y la prevención de las drogodependencias. Así ocurre en Cataluña, en donde por un lado se dictó la Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los niños y los adolescentes de Cataluña, en cuyos arts. 37.5 (publicidad de bebidas alcohólicas) y 42 (acceso a bebidas alcohólicas) remitía a la legislación especial sobre la materia. Esta Ley fue recientemente derogada por la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y en la adolescencia, en cuyo art. 67.1 se afirma que los niños y los adolescentes tienen el acceso limitado a las bebidas alcohólicas y al tabaco, en los términos establecidos por la legislación vigente.

La normativa a la que se remiten es la Ley 20/1985, de 25 de julio, de prevención y asistencia en materia de sustancias que pueden generar dependencia, modificada con posterioridad por Ley 10/1991, de 10 de mayo, Ley 18/1998, Ley 1/2002, de 11 de marzo y por la Ley 18/2009, de salud pública. Su art. 16.1 señala que no se podrá enviar ni distribuir a menores de edad, prospectos, carteles, invitaciones y ninguna clase de objeto en que se mencionen bebidas alcohólicas, sus marcas o sus empresas productoras o los establecimientos en que se realice su consumo. Su apartado 2 dispone que en las visitas a los centros de producción, elaboración y distribución de bebidas alcohólicas, no podrá ofrecerse ni hacer probar los productos a los menores de edad. Además el art. 17.1 afirma que, ni en los establecimientos de venta y de

14 La infracción muy grave está sancionada de acuerdo con el art. 22 con multa entre 30.000 y 600.000 euros y la grave, de acuerdo con el art. 23 con multa entre 300 y 30.000 euros.

consumo de bebidas alcohólicas, ni en otros lugares públicos, está permitido vender ni suministrar ningún tipo de bebida alcohólica a los menores de dieciocho años. Su apartado 2 obliga a los establecimientos de venta y de consumo de bebidas alcohólicas, a fijar carteles que hagan visible la prohibición de vender o suministrar bebidas alcohólicas a los menores de dieciocho años. El art. 18.2 prohíbe la venta y el consumo de bebidas alcohólicas en centros educativos, públicos o privados y en locales o centros para niños y jóvenes. Por último, el art. 19 prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas en publicaciones dirigidas a menores. El incumplimiento de tales reglas se considera infracción grave en el art. 45.2 a¹⁵.

Otro ejemplo de doble normativa lo ofrece el País Vasco, en donde la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, incluye un precepto, el art. 33.1 c) que señala: *“de conformidad con lo establecido en los arts 20 y 21 de la Ley 18/1998, de 25 de junio, sobre Prevención, Asistencia e Inserción en materia de Drogodependencias, no se permitirá la venta ni el suministro de bebidas alcohólicas, de tabaco o de sus productos a personas menores de edad”*. Además, y en relación con la publicidad de bebidas alcohólicas, señala en su art. 32, apartado 1 c), que los niños, niñas y adolescentes están protegidos respecto de la publicidad de bebidas alcohólicas, en los términos establecidos en la misma Ley de Prevención, Asistencia e Inserción en materia de Drogodependencias. Y en efecto, los arts. 13 a 19 de la citada Ley 18/1998 (modificados en su texto por Ley 1/2011, de 3 de febrero), limitan la publicidad de bebidas alcohólicas en los locales destinados a un público menor y en las publicaciones o emisiones de medios de comunicación destinadas a menores. Así mismo sus arts. 20 a 22 prohíben la venta y el suministro de bebidas alcohólicas a menores de 18 años, prohibiendo también la venta en centros de enseñanza no universitaria y otros lugares frecuentados por menores. El art. 47 considera el incumplimiento de tales prohibiciones como infracciones graves o muy graves dependiendo de si el perjuicio a la salud sea grave o muy grave.

2. La protección de las Comunidades Autónomas frente al consumo de drogas.

En cuanto a la prevención del consumo de drogas en menores encontramos parecida disparidad de regulaciones y técnicas legislativas utilizadas.

Algunas Comunidades han incluido referencia a las drogodependencias en sus leyes de protección a la infancia, en concreto en la protección a la salud. Así cabe citar el art. 9, apartados 6 a 8, de la Ley 3/1995, de la Infancia de la Región de Murcia, el art. 11 y el 31 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos

15 La infracción grave es castigada, de acuerdo con el art. 46 con una sanción de multa de 500.001ptas (3000 euros) a 2.500.000 pesetas (15.000 euros). El apartado 3 del propio precepto señala que en los casos de especial gravedad, de reiteración continuada o de trascendencia sanitaria de la infracción, el consejo ejecutivo podrá acordar como sanción complementaria la suspensión de la actividad de la empresa, el servicio o el establecimiento infractores hasta un plazo máximo de cinco años, el cierre de la empresa o la clausura del servicio o establecimiento.

de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid, el art. 12. de la Ley 3/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Autónoma de Aragón, el art. 23.3 y 4 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de la Comunidad autónoma de Castilla y León de promoción, atención y protección a la infancia, el 23.6 de la Ley 15/2005, de 5 de diciembre de Promoción, atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia de la Comunidad Foral de Navarra en el que se afirma que se protegerá a los menores frente al uso y tráfico de drogas o los arts. 23 y siguientes de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de los menores de la Rioja.

De igual manera que ocurría con la protección frente a la ingesta de bebidas alcohólicas, en algunas de estas Comunidades y en otras como Andalucía o Cantabria se ha dictado una normativa general dirigida a la prevención de las drogodependencias y otras adicciones, en la que se incluyen reglas dirigidas a la prevención de la drogodependencia de los menores con lo que nos encontraríamos con una doble protección. Así cabe citar la Ley 4/1997, de 9 de julio, de prevención y asistencia en drogodependencias en Andalucía, modificado por Ley 12/2003, de 24 de noviembre, Aragón la Ley 3/2001, de 4 de abril de drogodependencias, Cantabria la Ley 5/1997, de 6 de octubre, sobre prevención, asistencia e incorporación en materia de drogodependientes, Castilla-León de la Ley 3/1994, de 29 de marzo, de prevención, asistencia e integración social de drogodependencias, Cataluña Ley 18/1998, de 25 de junio, sobre Prevención, Asistencia e inserción en materia de Drogodependencias, la Comunidad de Madrid, la Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre drogodependencias y otros hábitos adictivos, el País Vasco, con la Ley 18/1998, de 25 de junio sobre prevención y asistencia e inserción en materia de drogas o la Rioja, con el art. 36 de la Ley 5/2001, de 17 de octubre, de Drogodependencias y otras adicciones.

3. Especial referencia a la Comunidad Valenciana.

Un caso especial lo constituye la CCAA Valenciana, en donde se dictó, en primer lugar, la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia, de la CCAA Valenciana en la que no se regulaba los problemas que aquí nos ocupan. Será recientemente cuando tal normativa se derogue por una nueva ley dedicada a la protección de la infancia y de la adolescencia, la que sí ha incluido tal protección. En efecto, el art. 40, dentro del capítulo dedicado a la protección a la salud, se dirige a la protección frente al consumo de alcohol, tabaco, drogas y otras conductas adictivas:

- I. Los menores tiene derecho a ser protegidos frente a conductas que puedan generar adicción, como las que se derivan del juego, del mal uso de las nuevas tecnologías de la información y del consumo de bebidas alcohólicas, tabaco, drogas, sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

2. Las administraciones públicas promoverán la adopción de medidas de promoción de la salud, prevención diagnóstico precoz y tratamiento integral en relación al consumo de alcohol, tabaco, drogas y otras conductas adictivas, por menores.
3. La Consellería competente en materia de salud y drogodependencias promoverá la creación de unidades y centros residenciales de deshabitación y desintoxicación necesarios para el tratamiento, rehabilitación e integración de los menores que presenten problemas de alcohol y drogas, así como apoyo a sus familias.

Además el art. 69 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y de la adolescencia de la Comunidad Autónoma Valenciana prohíbe, en su apartado b), la venta y suministro a menores de cualquier tipo de bebida alcohólica y en el d) la venta y suministro de sustancias que puedan perjudicar la salud del menor; a las que tengan limitado el acceso de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente sobre drogas, productos farmacéuticos, productos tóxicos o productos explosivos. Así mismo el art. 75 b) prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas en publicaciones destinadas a menores o en medios audiovisuales, en franjas horarias de especial protección a la infancia. Ambas prohibiciones, a tenor de lo dispuesto en el art. 68 de la propia Ley Valenciana, resultarán de aplicación aún cuando medie el consentimiento expreso del menor o de sus representantes legales, exceptuándose los casos expresamente previstos por la ley. Sin embargo no establece sanciones específicas frente al incumplimiento de tales prohibiciones sino que, en el art. 68.3 señala de forma genérica, que la Generalitat adoptará las medidas necesarias o instará a los organismos competentes para supervisar y controlar lo establecido en este capítulo.

IV. CONCLUSIONES.

A la vista de lo expuesto, las conclusiones deben ser necesariamente críticas, más en el ámbito de la venta y consumo de alcohol, socialmente más tolerado, que el de las drogas. Por un lado el Estado español carece, esperemos que no por mucho tiempo, de una normativa básica que prohíba con carácter general la venta, dispensación, gratuita o no y el consumo de bebidas alcohólicas por menores, cualquiera que sea el lugar o circunstancias en que se encuentren, o que prohíba, también con carácter general, la publicidad que incite al consumo de bebidas alcohólicas a menores. Y por tanto que sancione severamente a quienes incumplan tales mandatos. La normativa estatal vigente sobre la materia es fragmentaria y caduca. Se perdieron dos ocasiones preciosas para dictar una normativa seria y valiente, con la aprobación de la LOPJM primero y con el fracaso del Anteproyecto de 2007 después. Esperemos pues que el MSSSI aproveche de una vez por todas la oportunidad que se le presenta con la anunciada Ley del alcohol.

En cuanto a la legislación de las Comunidades autónomas, debido a la ausencia de normativa estatal básica sobre la materia, se han seguido caminos diversos, pero en cualquier caso más valientes que el Estado, para abordar el problema. En ocasiones han aprovechado la normativa sobre protección a la infancia o la adolescencia para prohibir y sancionar tales conductas, y en otras, ha sido directamente la prevención de las drogodependencias y la protección de la salud de los menores el objetivo principal. E incluso hay Comunidades autónomas que limitan tal conducta, tanto en la normativa general sobre drogodependencias, como en la específica sobre menores. En casi todos los casos, la normativa incluye (con excepciones) duras sanciones frente al incumplimiento de estas reglas.

Si observamos la legislación autonómica con la perspectiva del tiempo, percibimos que cada vez establecen normas de protección a la salud del menor en las que incluyen la prevención de las drogodependencias así como amplían las limitaciones en la venta, consumo o dispensación a todo menor y en cualquier lugar, y aumentan las sanciones, lo que no deja de ser positivo, pero no suficiente, por cuanto siguen existiendo territorios con un vacío legal sobre la materia y ello resulta, en la actualidad, muy peligroso.

BIBLIOGRAFÍA

COBAS COBIELLA, M^a. E.: "La legislación más relevante en materia de adicciones", *Revista Española de Drogodependencias* (2005), vol. 30 (3-4), pp. 382-399.

DE BENITO, E: "El consumo frecuente de alcohol en menores sube 11 puntos desde 2010", *EL PAÍS*. Sociedad, 5 de marzo de 2014.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: *La situación jurídica del menor en el marco de las leyes de las Comunidades Autónomas*. Madrid (1998): CRC, Dykinson.

HIDALGO MOYA, JR, "Legalidad de las bebidas alcohólicas", *Revista Eroski Consumer* (2007), 26 de febrero de 2007.

LASARTE ÁLVAREZ, C: *Principios de Derecho civil I. Parte General y Derecho de la persona*. Madrid, (2010): Marcial Pons, 16^a ed.

MONTES RODRÍGUEZ, M^a. P: "La venta de bebidas alcohólicas a menores en el Derecho español", *Revista Española de Drogodependencias* (2012), vol. 37, pp. 205-217.

RAMÍREZ DE CASTRO, M.: "La nueva Ley del alcohol prevé multas a los padres de los menores que beban", www.abc.es/sociedad, 10 de junio de 2014.

RETUERTO BUADES, M.: "La protección de la infancia y de la juventud en la Constitución de 1978", en AA.VV, *el menor en la legislación actual*. Madrid (1998): Universidad Antonio Nebrija, Unicef, pp. 45 y ss.

ROBLEDO DE DIOS, T., "Políticas institucionales de prevención de los problemas de salud generados por el consumo de bebidas alcohólicas en España y en Europa". *Adicciones* (2002), Vol. 14, 1, pp. 34 y ss.

SÁNCHEZ BURSÓN, J. M^a.: "El menor y la legislación en España." *Pediatría Integral* (2001), 6 (1), pp.75 a 80.

VERDERA SERVER, R: *Lecciones de Derecho civil. Derecho civil I*. Valencia (2011): Tirant lo Blanch.



LOS PRINCIPIOS DE GENERALIDAD E IGUALDAD EN LA
NORMATIVA TRIBUTARIA MUNICIPAL Y SU INFRACCIÓN POR
LAS ORDENANZAS FISCALES

*THE PRINCIPLES OF GENERALITY AND EQUALITY IN MUNICIPAL TAX
LEGISLATION AND ITS INFRINGEMENT BY THE TAX ORDINANCE*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 360-377



Fernando
HERNÁNDEZ
GUIJARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de septiembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: Los principios constitucionales del Derecho Financiero y Tributario dan el marco y la atmósfera jurídica en donde deben convivir las diversas normas tributarias. Los principios de generalidad e igualdad son un claro ejemplo de los principios que establece el art. 31.1 CE y sobre los que se debe edificar un sistema tributario justo. Las Ordenanzas Fiscales que dictan los municipios deberán respetar estos principios y no generar ningún tipo de desigualdad de trato que pueda derivar en su declaración de no conformidad a derecho por parte de los Tribunales de los Contencioso-Administrativo.

PALABRAS CLAVE: Generalidad, igualdad, municipio, ordenanza fiscal.

ABSTRACT: The constitutional principles of the Financial and Tax Law provide the legal framework and legal atmosphere where they should live the various tax rules. The principles of generality and equality are a clear example of the principles laid down in Article 31.1 EC and those who must build a fair tax system. The Tax Ordinances that dictate the municipalities must respect these principles and not create any inequality of treatment that may lead to its declaration of non-compliance with the law by the Court of Administrative Litigation.

KEY WORDS: Generality, equality, municipality, tax ordinances.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Los principios de justicia tributaria.- III.- El principio de generalidad.- IV. La exención o bonificación como quiebra del principio de generalidad.- V. El principio de igualdad.- 1. Infracción de la igualdad de trato en la Ordenanza Fiscal.- A) Tratamiento desigual a los iguales.- B) Tratamiento igual a los desiguales.- 2. Infracción de la igualdad por omisión en la Ordenanza Fiscal.- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

Comenzaremos esta introducción con la acertada frase de SAINZ DE BUJANDA en la que, haciendo referencia a la idea de justicia y racionalidad del Derecho Financiero, afirmaba que “un sistema tributario, en efecto, sólo es racional si es justo, y sólo puede ser justo si se adecúa a las normas fundamentales y primarias del Ordenamiento positivo, contenidas en el texto constitucional, y a los principios generales del Derecho”¹. Y es precisamente ahí, en la manifestación coherente y coordinada del conjunto de los principios generales del derecho tributario contenidos en la Constitución, donde podemos hallar la vigencia del principio superior de justicia tributaria. Nos estamos refiriendo, evidentemente, a los principios de generalidad, capacidad económica, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad, todos ellos establecidos en el art. 31.1 CE que dispone: “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

Estos principios, como afirma MARTÍN QUERALT, “son elementos básicos del Ordenamiento financiero y ejes sobre los que se asientan los distintos institutos financieros”², además, “el Tribunal Constitucional ha recordado, en numerosas sentencias, que los principios constitucionales no son compartimentos estancos, sino que cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y, en tanto sirva

1 SAINZ DE BUJANDA, F.: *La contribución territorial urbana. Trayectoria histórica y problemas actuales*. Valencia (1987): Consejo General de Cámaras de la Propiedad Urbana de la Comunidad Valenciana, p. 6.

2 MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid (2000): Tecnos, p. 105.

• Fernando Hernández Guijarro

Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia y Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Licenciado en Administración y Dirección de Empresas por la Escuela Superior de Estudios Empresariales, del ISE, y Diplomado en Ciencias Empresariales por la Universidad de Valencia. Máster en Derecho Financiero y Tributario por la Universidad Antonio de Nebrija. Ha trabajado en varios despachos profesionales (Garrigues Abogados y Asesores Tributarios y Francisco Franch y Asociados). Colabora desde hace años con la Editorial Francis y Taylor. Correo electrónico: fdo_hernandez@yahoo.es.

para los valores superiores de art. 1 CE (entre otras, la STC 104/2000)³. Por ello hay que tener presente que al igual que la infracción del principio sobre producción de leyes tributarias (reserva de ley), la inobservancia de estos principios por leyes o disposiciones normativas con fuerza de Ley, permitirá la interposición del correspondiente recurso o cuestión de inconstitucionalidad ante el TC (arts. 161.1.a y 163 CE).

Ciertamente el precepto constitucional se refiere al principio de justicia como "un sistema tributario justo", y sin perjuicio de que la justicia sea también un valor superior del Ordenamiento jurídico, la justicia tributaria deberá atender al sistema sobre el que se articulan los tributos. Es más, el principio de justicia tributaria no es independiente ni exclusivo de un tributo o varios, es un mandato al legislador para que respete su función cada vez que articule una institución de Derecho Tributario⁴. Sea ésta impositiva o de cualquier otra naturaleza.

En efecto, la justicia tributaria es constitucionalizada como garantía del sistema; de un sistema justo⁵. Configurándose como principio omnipresente en cada regulación de obligaciones tributarias, ya sean económicas o no. Es decir, ilumina toda acción normativa de los Poderes Públicos entre los que se encuentran las Haciendas Locales. Utilizando los términos del art. 3 LGT, estará presente en la ordenación y aplicación del sistema tributario. Y esta aspiración en la ordenación del sistema tributario hacia un sistema justo es la que vamos a estudiar a continuación, centrándonos en la aplicación concreta por los Municipios de los principios de generalidad e igualdad tributaria en la configuración de sus Ordenanza Fiscales.

II. LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA TRIBUTARIA.

Los principios de justicia tributaria que fija la Constitución son, tal como hemos visto: generalidad, capacidad económica, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad⁶. Sin embargo, el principio de justicia tributaria en sí mismo no ha sido definido ni aplicado unilateralmente por el TC. Más bien al contrario, podemos encontrar sentencias donde se acuda a la justicia tributaria por elevación o relación con una

3 MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *Curso de Derecho Financiero*, cit., p. 106.

4 La STC 15 de febrero 2012 (RTC 2012, 19) precisa que "la Constitución de 1978 no diseña un concreto modelo de sistema tributario que sea aplicable en un momento dado, habiendo dejado al legislador estatal su determinación".

5 Dicho sistema deberá estar conforme con la realidad, ser proporcionado y razonable. Así lo entienden las SSTC 12 mayo 1994 (RTC 1994, 146) y 22 diciembre 2004 (RTC 2004, 255).

6 La LGT, en su art. 3.1, relacionará estos principios e incluirá también la equitativa distribución de la carga tributaria, así como el propio principio de justicia. Con esta última referencia, podemos concluir que el ámbito tributario es el que más referencias tiene en cuanto a la justicia como valor y principio: pues desde el art. 1.1 CE que lo configura como valor superior del Ordenamiento jurídico, y el Derecho tributario es parte de ese Ordenamiento; pasando por la previsión del art. 31.1 CE que establece un sistema tributario justo; hasta el principio de justicia en la ordenación de los tributos del art. 3.1 LGT, nuestras normas superiores en rango reiteran la necesidad de justicia en nuestra rama del Derecho.

infracción legislativa grave de algún principio de los citados. Pero no directamente por la violación de la justicia tributaria en sí misma.

En efecto, la STC 13 diciembre 2012⁷, analizó la posible infracción del principio de igualdad y, por ende, la justicia tributaria ante la coexistencia de dos regímenes civiles distintos de protección patrimonial de las personas con discapacidad (uno estatal y uno autonómico). La STC 30 junio 2004⁸, cita la capacidad económica como principio de justicia material y lo relaciona con el conjunto del sistema tributario. La STC 19 julio 2000⁹ declaró nula la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos y su reproducción en el art. 14.7 del Texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, porque gravaba una riqueza inexistente y, en consecuencia, no atendía a la capacidad económica¹⁰. La STC 13 noviembre 1995¹¹, analizaba la posible inconstitucionalidad del art. 61.2 LGT de 1963, que establecía un interés de demora para ingresos fuera de plazo no inferior al 10%, sobre el planteamiento de la infracción del principio de igualdad y el de justicia distributiva. Por último, la STC 22 enero 1998¹², hacía referencia a la vinculación entre el principio de no confiscatoriedad, entre otros, con la justicia tributaria.

En definitiva, la justicia tributaria del art. 31.I CE hace referencia al sistema, es decir, al “conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí”¹³, y por lo tanto, su potencial infracción deberá observarse en la aplicación cabal o no del resto de los principios constitucionalizados que, por elevación, y en última instancia, terminarán afectando al principio superior de justicia en el ámbito tributario.

Un ejemplo de impuesto donde se articulan los principios generales del derecho (PGD) tributario de forma global, proporcionada y armónica, lo representa el IRPF. En este sentido lo definió la STC 15 febrero 2012¹⁴, cuando refiriéndose a este

7 STC 13 diciembre 2012 (RTC 2012, 236).

8 STC 30 junio 2004 (RTC 2004, 108).

9 STC 19 julio 2000 (RTC 2000, 194).

10 El TC afirma en la Sentencia que “lejos de someter a gravamen la verdadera riqueza de los sujetos intervinientes en el negocio jurídico hace tributar a éstos por una riqueza inexistente, consecuencia ésta que, a la par que desconoce las exigencias de justicia tributaria que dimanarían del art. 31.I CE, resulta también claramente contradictoria con el principio de capacidad económica reconocido en el mismo precepto”. Sin embargo, debe entenderse que la exigencia de tributación de una riqueza inexistente lo que infringe directamente es el principio de capacidad económica y, por consiguiente, a la justicia tributaria. No siendo acertada, a nuestro entender, la proposición inversa.

11 STC 13 noviembre 1995 (RTC 1995, 164).

12 STC 22 enero 1998 (RTC 1998, 14).

13 Primera acepción del término “sistema” del *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*. Madrid (2001): Espasa.

14 STC 15 febrero 2012 (RTC 2012, 19).

tributo dijo que a través de él: “se realiza la personalización del reparto de la carga fiscal en el sistema tributario según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad, lo que lo convierte en una figura impositiva primordial para conseguir que nuestro sistema tributario cumpla los principios de justicia tributaria que impone el art. 31.1 CE (SSTC 134/1996, de 22 de julio, FJ 6; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 9; 46/2000, de 14 de febrero, FJ 6; y 137/2003, de 3 de julio, FJ 7) y “los objetivos de redistribución de la renta (art. 131.1 CE) y de solidaridad (art. 138.1 CE) (SSTC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4; 134/1996, de 22 de julio, FJ 6; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 9; 46/2000, de 14 de febrero, FJ 6; 47/2001, de 15 de febrero, FJ 9; 137/2003, de 3 de julio, FJ 7; 189/2005, de 7 de julio, FJ 7; y 7/2010, de 27 de abril, FJ 7)”.

Dando a entender el TC que el IRPF es una figura impositiva que acoge la aplicación integral y plena de todos los principios del sistema tributario justo, a saber: se realiza la personalización del reparto de la carga fiscal (generalidad); según unos criterios (principios de capacidad económica, igualdad y progresividad); y, a mayor abundamiento, cumple con el objetivo de redistribución de la renta y solidaridad.

Por ello concluiremos que el principio de justicia tributaria tiene carácter transversal¹⁵, despliega su eficacia y efectos tanto en la ordenación de los tributos como en su aplicación, mas con todo ello “no es un principio constitucional del que deriven derechos u obligaciones para los ciudadanos, sino un fin del sistema tributario, que sólo se conseguirá en la medida en que se respeten los restantes principios constitucionales (seguridad jurídica, igualdad, capacidad económica, progresividad y no confiscatoriedad)”¹⁶.

Dicho lo anterior, pasamos a analizar los principios materiales de justicia tributaria recogidos en la Constitución Española que hacen referencia *a quién y de qué forma* se deben exigir los tributos y, concretamente, los correspondientes a las Haciendas Locales.

III. EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD.

El art. 31.1 CE comienza diciendo que “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos”. Por lo que el “todos” refiere a la generalidad de los contribuyentes; persona física o jurídica; residente o no residente, nacional o extranjero.

Este principio de generalidad es un mandato constitucional al legislador para que tipifique como hecho imponible el presupuesto configurador del tributo sobre la manifestación de capacidad económica para que, de entrada, todos sean llamados

15 CALVO ORTEGA, R.: *¿Hay un Principio de Justicia Tributaria?* Pamplona (2012): Aranzadi, p. 123.

16 AATC 10 mayo 2005 (RTC 2005, 207 AUTO), FJ 6; y 24 mayo 2005 (2005, 222 AUTO), FJ 7.

a contribuir. Ello no significa que en dicha configuración el legislador no pueda introducir beneficios fiscales en forma de exenciones, reducciones o bonificaciones¹⁷; tampoco significa que la generalidad se deba establecer sin ninguna consideración ni valoración de otros principios tributarios, pues como se ha dicho anteriormente, el sistema tributario justo nos lo dará la aplicación ponderada y armoniosa del conjunto de principios que afectan a la institución tributaria en cuestión¹⁸; y mucho menos implicará que todos los ciudadanos deban pagar la misma cuota tributaria, tratando igual a los desiguales¹⁹.

En palabras de nuestro Alto Tribunal²⁰: “la generalidad, como principio de la ordenación de los tributos... no significa que cada figura impositiva haya de afectar a todos los ciudadanos. Tal generalidad, característica también del concepto de Ley, es compatible con la regulación de un sector o de grupos compuestos de personas en idéntica situación. Sus notas son la abstracción y la impersonalidad: su opuesto, la alusión *intuitu personae*, la acepción de personas. La generalidad, pues, se encuentra más cerca del principio de igualdad y rechaza en consecuencia cualquier discriminación”.

Junto con la previsión constitucional, también la LGT llama a este principio en su art. 3.I cuando afirma que: “la ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad”. Este precepto reordena la aparición de los principios jurídicos en juego en el Ordenamiento tributario pero respeta, como no podía ser de otra manera, el espíritu del sistema tributario establecido en la Carta Magna. Por ello no han surgido comentarios ni críticas doctrinales a destacar sobre la preferencia o prelación dada por la LGT a estos principios configuradores tributarios.

Dicho esto, compartimos con CALVO ORTEGA que “el sistema tributario justo se inspira siempre en los principios de generalidad tributaria y capacidad económica y puede hacerlos en los de igualdad y progresividad”²¹, y ello es así porque, continúa el

17 El TC ha reconocido en varias ocasiones que los tributos, además de ser un medio para recaudar ingresos públicos, sirven como instrumentos de política económica general y para asegurar una mejor distribución de la renta nacional [SSTC 16 noviembre 2000 (RTC 2000, 276), 30 noviembre 2000 (RTC 2000, 289), 16 enero 2003 (RTC 2003, 3) y 20 enero 2005 (RTC 2005, 10)]. Lo que sí quedará vedado al legislador es establecer privilegios fiscales.

18 La STC 17 febrero 2000 (RTC 2000, 46), afirmó que “la generalidad de la norma, aun con una finalidad legítima, no puede prevalecer frente a las concretas disfunciones que genera en este caso, al vulnerar éstas las exigencias derivadas del principio de capacidad económica”.

19 La STS 2 junio 1986 (núm. resolución 2968/1986), afirmó que “la generalidad, pues, se encuentra más cerca del principio de igualdad y rechaza en consecuencia cualquier discriminación”, por lo que el principio de generalidad no admitirá la discriminación de tratar igual a los desiguales, o desigual a los iguales.

20 STS 2 junio 1986 (núm. resolución 10524/1986).

21 CALVO ORTEGA, R.: *¿Hay un Principio?*, cit., p. 23.

autor "generalidad y capacidad se exigen y se exigirán siempre en cualquier sistema porque son consustanciales a cualquier tributo. No así la igualdad y la progresividad, que pueden jugar o no en una figura tributaria concreta"²².

En definitiva, el principio de generalidad tributaria es capital en el establecimiento de los tributos. Junto con la capacidad económica, que soporta el fondo económico y patrimonial sujeto a gravamen, ambos dan cobertura a todos los tributos del sistema impositivo²³. Quedando prohibidas las excepciones carentes de razón, caprichosas o arbitrarias. En palabras de MARTÍN QUERALT "el principio constitucional de generalidad constituye un requerimiento directamente dirigido al legislador para que cumpla con una exigencia: tipificar como hecho imponible todo acto, hecho o negocio jurídico que sea indicativo de capacidad económica... vedando la concesión de exenciones y bonificaciones tributarias que puedan reputarse como discriminatorias"²⁴.

Todo lo expuesto anteriormente está dirigido al conjunto de los Poderes Públicos con capacidad normativa tributaria. Por ello, el mandato constitucional de llamar a **todos** al sostenimiento de los gastos públicos, va también dirigido a potestad tributaria de los Municipios. En nuestro caso, cuando estas entidades dicten sus correspondientes Ordenanzas Fiscales.

A modo de conclusión, la norma municipal deberá señalar a los obligados al pago del tributo de forma abstracta e impersonal, deberá evitar también el establecimiento de beneficios fiscales que puedan reputarse como privilegios y, finalmente, deberá garantizar que no haya un trato discriminado a los sujetos pasivos del tributo que carezca de justificación. Circunstancias estas que figurarán en el expediente por el que se elabore y apruebe la correspondiente Ordenanza, y que tendrá capital importancia dado que, la justificación de la cuota tributaria y los criterios de reparto de la misma, son requisitos esenciales de la motivación de la norma local que deberán constar especificados en los acuerdos de imposición a los que, en el caso concreto de las tasa municipales, ayudará la correspondiente memoria o informe técnico-económico²⁵ que, como acertadamente sostiene MARTÍN FERNÁNDEZ es "el documento preceptivo, emitido antes del establecimiento o modificación de las tasas, en cuya virtud se procede a calcular la relación que guardan los costes del servicio o actividad con los ingresos esperados, para justificar el grado de cobertura financiera

22 CALVO ORTEGA, R.: *¿Hay un Principio?*, cit., p. 23.

23 La relación del principio de generalidad y el de capacidad económica nos la expone de forma ejemplar la STC 25 abril 2002 (RTC 2002, 96), "la expresión "todos" absorbe el deber de cualesquiera personas, físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, residentes o no residentes, que por sus relaciones económicas con o desde nuestro territorio (principio de territorialidad) exteriorizan manifestaciones de capacidad económica, lo que les convierte también, en principio, en titulares de la obligación de contribuir conforme al sistema tributario".

24 MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *Curso de Derecho Financiero*, cit., p. 108.

25 Este documento está previsto expresamente en el art. 25 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

del servicio o actividad de que se trate, evitando la arbitrariedad y sirviendo de instrumento de control de las actuaciones de los Poderes Públicos”²⁶.

IV. LA EXENCIÓN O BONIFICACIÓN COMO QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE GENERALIDAD.

Hemos comprobado como la generalidad implica que todos son llamados al sostenimiento de las cargas públicas. Ello representa un mandato a los poderes normativos para que contemplen como hecho imponible todo presupuesto que ponga de manifiesto una determinada capacidad económica y que, una vez determinado el mismo, sujeten a la obligación tributaria principal con carácter general a todos los contribuyentes que realicen dicho hecho imponible.

Este llamamiento general a la contribución tendrá, no obstante, alguna excepción. En efecto, hay situaciones jurídicas donde pueden confluir varios principios generales y es labor del legislador determinar cuál es el que debe primar en dicha situación concreta. Siguiendo la fórmula de ALEXY²⁷, a través del juicio de proporcionalidad y valorando la idoneidad, necesidad y ponderación, se podrán establecer excepciones o quiebras de principios por aplicación, en dicho caso concreto, de otro principio que otorga mejor acomodo al valor superior y principio de justicia.

Un claro ejemplo de esta situación nos lo proporciona la STC 25 abril 2002²⁸, que afirmó que “la exención o la bonificación -privilegio de su titular- como quiebra del principio de generalidad que rige la materia tributaria (art. 31.1 CE), en cuanto que neutraliza la obligación tributaria derivada de la realización de un hecho generador de capacidad económica, sólo será constitucionalmente válida cuando responda a fines de interés general que la justifiquen (por ejemplo, por motivos de política económica o social, para atender al mínimo de subsistencia, por razones de técnica tributaria, etc.), quedando, en caso contrario, proscrita, pues no hay que olvidar que los principios de igualdad y generalidad se lesionan cuando «se utiliza un criterio de reparto de las cargas públicas carente de cualquier justificación razonable y, por tanto, incompatible con un sistema tributario justo como el que nuestra Constitución consagra en el art. 31» (STC 134/1996, de 22 de julio (RTC 1996, 134), FJ 8)”²⁹.

Es decir, el intérprete supremo de la Constitución reconoce que, en determinados supuesto tributarios, puede ocurrir que un principio jurídico deje paso a otro que

26 MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: *Tasas y precios en la Hacienda Local. La experiencia española*. Madrid (2013): Marial Pons, pp. 132 y 133.

27 ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid (2012): Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 91 y ss.

28 STC 25 abril 2002 (RTC 2002, 96).

29 Este fundamento ha sido utilizado en varias sentencias de los tribunales de la jurisdicción ordinaria. A tal efecto, SSAN 21 febrero 2007 (recurso núm. 591/2005) y 30 marzo 2006. Igualmente, SSTSJ Madrid 19 diciembre 2007 (recurso núm. 1368/2004), y 23 enero 2008 (recurso núm. 1395/2004).

contempla en mejor medida la justicia fiscal. Pudiendo el legislador establecer supuestos de exenciones y bonificaciones que excepcionen la aplicación mecánica del principio de generalidad³⁰. Si bien, recalca el TC, debe responder “a fines de interés general que la justifiquen” pues, de lo contrario, resultaría del todo contrario al citado principio y, por consiguiente, inconstitucional.

Pues bien, esta posible quiebra del principio de generalidad fue, precisamente, la que se dio en la citada Sentencia donde el Tribunal concluyó declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Disposición Adicional Octava de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, entre otros motivos porque: “la relación de beneficios expuestos patentiza que la ayuda estatal concedida a los no residentes que operan en el País Vasco y Navarra coloca a un colectivo de contribuyentes -el de determinados no residentes en España- ante una situación de absoluto privilegio fiscal por llegar incluso, en ocasiones, a neutralizar totalmente el deber constitucional -de todos- de contribuir a los gastos del Estado de acuerdo con su capacidad, no sólo sin una justificación plausible que la legitime desde el punto de vista de los principios constitucionales del art. 31.1 CE (generalidad, capacidad e igualdad), sino de una forma tan desproporcionada que la convierte en lesiva y contraria a ese deber de todos de contribuir mediante un sistema tributario justo.”

Por último resta señalar que el principio de generalidad guarda relación con el principio de igualdad, en tal sentido se pronuncian CORDÓN EZQUERRO y GUTIÉRREZ FRANCO, cuando afirman que “el principio de generalidad está estrechamente vinculado al de igualdad, puesto que, para que un sistema tributario sea equitativo, resulta indispensable que alcance a todas las manifestaciones de capacidad económica”³¹, a la vez que, además de “un deber para cada ciudadano en orden a sostener los gastos públicos; asimismo, comporta una obligación para la Administración Tributaria de lograr que el sistema tributario sea lo más general posible”³², para lo que dispondrá de sus órganos de Gestión e Inspección Tributaria.

Por la intensa relación entre generalidad e igualdad, y porque su aplicación como principio general en la configuración del hecho imponible y obligados al pago es determinada por Ley, no deja apenas maniobra a la Ordenanza Fiscal para su modulación. En este sentido, cuando la Ordenanza improvise elementos no previstos por Ley y que pudieran lesionar este PGD, tendremos supuestos de infracción de la reserva de Ley prevista en el art. 31.3 CE y, cuando introduzca tratos no generales, será

30 Ciertamente la excepción o quiebra del principio de generalidad en el caso de beneficios fiscales es de carácter parcial y para un reducido ámbito o población. En este sentido, el principio de generalidad, seguirá siendo esencial a la configuración de cualquier tributo pero, como admite el TC, el legislador podrá establecer parcelas donde no se aplique sin que ello afecte a su eficacia general y validez constitucional.

31 CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ FRANCO, Y.: “Los principios constitucionales de generalidad y capacidad económica en nuestra realidad tributaria”, *Gaceta Fiscal* (1996), núm. 141, p. 183.

32 CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ FRANCO, Y.: “Los principios constitucionales”, cit., p. 185.

más procedente la alegación de la infracción de la igualdad de trato tributaria como se estudiará en el siguiente apartado. Quedando la eficacia de este principio más en la órbita del control constitucional que en la jurisdicción contencioso-administrativa. Todo ello sin perjuicio de que, cualquier órgano jurisdiccional, pueda apreciar y citar este principio de generalidad cuando se pronuncie sobre la conformidad o no a Derecho de una Ordenanza Fiscal, cuando ésta no haya respetado la configuración legal del tributo en cuanto a su generalidad (reserva de Ley) o cuando aprecie trato desigual en la norma municipal (igualdad tributaria), dada la conexión de los principios citados.

V. PRINCIPIO DE IGUALDAD.

El principio general de igual tributaria es uno de los principios constitutivos y esenciales en el sistema tributario español. Esta importancia le viene dada, entre otras razones, porque la igualdad forma parte de los valores superiores del Ordenamiento jurídico español (art. 1.1 CE). Además, en el art. 9.2 CE se impone el deber a los Poderes Públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Y por otra parte, el art. 14 CE reconoce la igualdad de los españoles ante la Ley. Por todo ello no es extraño que, en mayor o menor medida, a la hora de configurar los tributos, el legislador deba considerar este principio dado su amplia presencia y referencia en el texto constitucional³³.

Este papel fundamental del citado PGD queda asimismo patente en la propia redacción del art. 31.1 CE cuando establece la obligación de contribuir "mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio".

Para considerar y estudiar el contenido del principio de igualdad se hace necesario partir de las dos vertientes del mismo; por un lado la igualdad ante la Ley, y por otro la igualdad en la aplicación de la Ley. Dicho en palabras del TC: "la regla general de la igualdad ante la Ley contenida en el art. 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la Ley o igualdad en la Ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del Poder Legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que

33 Esta necesidad de considerar el principio de igualdad "impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación" [SSTC 22 julio 1996 (RTC 1996, 134) y 19 octubre 2001 (RTC 2001, 212), entre otras].

debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”³⁴

Por ello, la igualdad ante la Ley garantiza que el legislador dé un trato igual a los iguales, y el principio de igualdad en aplicación de la Ley buscará la aplicación de la Ley sin discriminaciones. Esta prohibición de discriminación implica que, como afirma CHECA GONZÁLEZ, “ni la Administración ni los Tribunales pueden introducir, en la interpretación y aplicación de las Leyes tributarias, injustificadas discriminaciones que no se encuentren en los propios textos legales”³⁵.

Otra presentación de la igualdad estrictamente tributaria nos la proporciona RODRÍGUEZ BEREJO³⁶ cuando expone sus tres sentidos o acepciones:

a) Por un lado está la igualdad ante los impuestos, que es la manifestación de que todos deben soportar por igual las cargas impositivas para el sostenimiento de los gastos públicos, sin acepción de personas ni privilegios de clase³⁷.

b) Por otra parte figura la igualdad en los impuestos, esta igualdad parte del gravamen común como obligación tributaria, pero además es necesario que dicha igualdad atienda o se fije en función de la capacidad económica de cada uno, de suerte que contribuyan igual los que igual renta o patrimonio dispongan.

c) Por último, este autor nos presenta la igualdad tributaria por medio de los impuestos, siendo esta igualdad la destinada a corregir las desigualdades sociales por la vía de una mayor tributación a quienes tienen mayor riqueza³⁸. Es el denominado Derecho desigual para realizar la igualdad.

Para concluir este punto conviene poner de manifiesto, sin embargo, que no toda desigualdad será sancionable desde el punto de vista constitucional pues, “lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida,

34 STC 14 julio 1982 (RTC 1982, 49).

35 CHECA GONZÁLEZ, C.: *Reclamaciones y Recursos Tributarios*. Pamplona (1997): Aranzadi, p. 959.

36 RODRÍGUEZ BEREJO, A.: *Igualdad tributaria y tutela constitucional. Un estudio de jurisprudencia*. Madrid (2011): Marcial Pons, p. 46.

37 Esta igualdad tiene caracteres parecidos al principio de generalidad anteriormente expuesto. Este solapamiento entre principios generales del derecho tributario no es más que una manifestación de su interrelación y conexión que a veces, como sucede entre el principio de generalidad e igualdad, deje un espacio reducido para su diferenciación.

38 Esta aplicación del principio de igualdad guarda relación con el art. 40.1 CE que establece que “los Poderes Públicos promoverán... una distribución de la renta regional y personal más equitativa” y, además, también se puede relacionar fácilmente con el principio de progresividad.

de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida³⁹, y cuando no se respeten dichas premisas “se vulnera el principio de igualdad tributaria y se utiliza un criterio de reparto de las cargas públicas carente de cualquier justificación razonable y, por tanto, incompatible con un sistema tributario justo como el que nuestra Constitución consagra en el art. 31”⁴⁰.

I. Infracción de la igualdad de trato en la Ordenanza Fiscal.

Hemos podido comprobar anteriormente como, en la medida que expandimos la función de un principio jurídico, topamos con otros PGD aplicables en materia fiscal, llegando en ocasiones a confluir varios en la misma situación y pudiendo incluso confundir su llamada al caso concreto. Esto no deja de ser una constante en ciertos principios generales que dan el marco a materias concretas del Derecho y que, como el caso de la igualdad tributaria, el propio TC reconoce como indisoluble respecto de otros principios⁴¹.

También debemos poner de manifiesto que el principio de igualdad tributaria del art. 31.I CE es una especificación del mismo principio citado en el art. 14 CE⁴². Y que, de conformidad con lo expuesto, “el principio de igualdad ante la Ley tributaria supone que el reparto de la carga tributaria se haga por igual entre los contribuyentes, teniendo presente su capacidad económica, utilizando la técnica de la progresividad”⁴³. O como sucinta y certeramente lo propone el Tribunal Constitucional, la igualdad exige de por sí un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales⁴⁴. A continuación vamos a analizar sendas Sentencias que abordan lo expuesto.

A) Tratamiento desigual a los iguales.

La resolución judicial que vamos a contemplar aborda la aplicación de este PGD desde la vertiente de igualdad en los impuestos, tal y como la propone RODRÍGUEZ

39 STC 14 febrero 2002 (RTC 2002, 39).

40 STC 22 julio 1996 (RTC 1996, 134).

41 Un claro ejemplo de esta conexión entre el principio de igualdad y otros PGD nos la presenta la STC 10 noviembre 1988 (RTC 1988, 209), en la que se afirma que “la igualdad ante la Ley -ante la Ley tributaria, en ese caso- resulta, pues, indisoluble de los principios (generalidad, capacidad, justicia y progresividad, en lo que ahora importa) que se enuncian en el último precepto constitucional citado”.

42 CHICO DE LA CÁMARA, P.: “Aplicaciones prácticas de los principios constitucionales tributarios”, *Tribuna Fiscal* (1994), núm. 40, p. 58.

43 BONELL COLMENERO, R.: “Principio de igualdad y deber de contribuir”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* (2005), XXXVIII, p. 203.

44 STC 26 abril 1990 (RTC 1990, 76).

BEREJO, o igualdad de trato en la Ley como también se la conoce. La STSJ Cataluña 21 marzo 1997⁴⁵, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís, afirmó sobre este trato desigual: "carece de toda justificación la diferencia de trato entre unas poblaciones y otras, ya que para los restantes pueblos del municipio se establece una cuota diferenciada según hayan sido satisfechas o no contribuciones especiales, en tanto que para Renedo, los hechos imponibles en él localizados darán lugar a la exacción de una cuota única que prescinde de la anterior distinción, con lo que quienes hubieran sufragado previamente el coste de establecimiento del servicio mediante contribuciones especiales, al no ver reconocida esta circunstancia, habrá de soportar una cuota cuantitativamente superior a los radicados en las restantes poblaciones". Ello venía como consecuencia de la exigencia del tributo municipal que, en aplicación de la Ordenanza Fiscal, establecía una diferencia de trato que "no responde, en absoluto, a criterios de capacidad contributiva suficientemente explicados en la memoria económico-financiera o en la Ordenanza Fiscal y, además, constituye una discriminación contraria al art. 14 de la Constitución, en relación con el art. 31.1 de la Carta Magna, reconecedor del principio de igualdad tributaria".

Tal y como vemos el Tribunal sanciona la desigualdad de trato que dispensaba la norma local entre unas poblaciones y otras. Esta situación tenía como resultado que los habitantes de Renedo tributaban de forma desigual (una cuota cuantitativamente superior afirma la sentencia) a la de sus vecinos y, por lo tanto, la norma conculcaba de forma manifiesta el principio de igualdad, es su vertiente de igualdad de trato.

También la STSJ Valencia 19 enero 1991⁴⁶ entendió que vulneraba el principio de igualdad la discriminación de los usuarios del servicio de agua según la ubicación física dentro del municipio "porque lo equitativo es la distribución de los costes entre todos los usuarios sin distinción de su ubicación geográfica".

B) Tratamiento igual a los desiguales.

Igual suerte correrá la Ordenanza que dé igual trato a los desiguales, pues este principio tiene esta doble vertiente activa. Este fue el caso de la Ordenanza Fiscal número 120 del Ayuntamiento de Oviedo, reguladora de las tasas por la ocupación privativa o el aprovechamiento especial del suelo, vuelo o subsuelo del dominio público local. La STS 19 junio 2008⁴⁷, y siendo ponente el Excmo. Sr. D. Emilio Frías Ponce, se pronunció sobre la tarifa que establecía un único precio medio de mercado para toda la Ciudad de Oviedo, a pesar de que el estudio económico-financiero contempló distintos valores y rentabilidad de la ocupación en función de la categoría de la calle en que tiene lugar; y por ello afirmó que: "el tema discutido no

45 STSJ Cataluña 21 marzo 1997 (recurso núm. 780/1996).

46 STSJ Valencia 19 enero 1991, *Revista General del Derecho* (1991), núm. 558, p. 1948.

47 STS 19 junio 2008 (recurso núm. 1841/2006).

versa sobre el valor del que parte el Ayuntamiento para calcular la utilidad derivada del aprovechamiento sino sobre la exigencia de un único precio para toda la Ciudad, a pesar de reconocer la existencia de distintos valores y rentabilidad de la ocupación en función de la categoría de la calle en la que tiene lugar; y sobre la aplicación de coeficientes extraños al cálculo del valor de la utilidad”.

Por ello el fallo de la citada sentencia terminó casando la resolución recurrida y anulando la norma del citado Ayuntamiento, en la medida que el propio municipio reconocía que habían distintos valores y rentabilidades de la ocupación en función de la categoría de la calle en la que tiene lugar y, sin embargo, estableció un precio igual para toda la ciudad.

2. Infracción de la igualdad por omisión en la Ordenanza Fiscal.

Tras comprobar las dos formas activas de infringir el principio de igualdad por parte de la norma local, resta ahora verificar si la Ordenanza Fiscal puede conculcar este PGD por omisión. A este respecto, y salvando las diferencias, resulta habitual encontrar la figura de “infracción por omisión” en el *ius puniendi* del Estado, no en vano, en el derecho sancionador tributario tenemos esta previsión en el art. 183.1 LGT. Resultando pacífico que la naturaleza de esta infracción es por la existencia previa de un deber u obligación que ha sido desatendida por el sujeto infractor y por ello merece el reproche social que le asigna la ley sancionadora⁴⁸.

En nuestro caso, el principio de igualdad, lejos de trasladar una obligación o deber a la persona, otorga un derecho -que además es de los calificados como fundamentales por nuestra Constitución- y por lo tanto, lo que surge es una garantía de una situación jurídica en el sujeto. El cual, de ver frustrado este derecho, aunque sea por una norma de carácter general, podrá impetrar el auxilio judicial para restablecer o hacer efectivo este principio. Por ello entendemos que la previsión en una Ordenanza Fiscal de una relación tributaria que no considere alguna o varias circunstancias que atienda a la aplicación cabal del principio de igualdad, podrá ser alegada en una eventual impugnación de la norma local con el fundamento de su infracción por omisión.

Un ejemplo de lo antedicho nos lo muestra la STSJ Cataluña 15 enero 1997⁴⁹, que entendió que atentaba contra el principio de igualdad establecer unas tarifas por el servicio de agua que discriminaban el exceso de consumo normal sin prever ninguna norma de corrección para las familias numerosas. Doctrina que coincide

48 Este incumplimiento de la obligación tributaria requiere, asimismo, que la conducta haya sido dolosa o culposa con cualquier grado de negligencia, pues este tipo de normas no admiten la responsabilidad objetiva como muestra el art. 179 LGT y tiene reiterado el Tribunal Constitucional -STC 26 abril 1990 (RTC 1990, 79), por todas-.

49 Sentencia citada en: PEDREGAL MATEOS, B.: *Población y Panificación Hidrológica*. Sevilla (2005): Universidad de Sevilla-Junta de Andalucía, p. 114.

con la sostenida por la STS 28 diciembre 2007⁵⁰, siendo ponente el Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado, en la que estimaba el recurso interpuesto por la Asociación de Familias Numerosas de Zaragoza contra la Ordenanza Fiscal de dicho municipio que regulaba la tarifa del servicio público de abastecimiento de agua. En la sentencia del Alto Tribunal se reconoce la infracción de este principio, por omisión. El fallo se fundamenta con el siguiente razonamiento: “centrándonos sin embargo en la posible conculcación del principio de igualdad ante la Ley, es evidente que la tarifa cuestionada, al contener una parte fija y una variable, se convierte en una exacción dotada, de un lado de una finalidad recaudatoria evidente, y además de una finalidad no fiscal, dirigida a reducir el consumo del agua, al tratarse de un bien escaso, por lo que en principio estaría justificada esa parte variable de la misma que eleva el precio del agua en la medida en que comienza a ser excesivo en relación con el considerado como normal. Pero este distinto tratamiento fiscal, al que nada hay que reprochar, sí vulnera el principio de igualdad, por omisión, cuando grava en mayor medida a quienes no incurrir en el exceso de consumo. Es evidente que dentro del sistema tributario existen gravámenes objetivos, que no tienen en cuenta las circunstancias personales de quienes realizan el hecho imponible, sino tan solo su realización, lo que puede provocar situaciones de desigualdad material, pues supondrá un mayor esfuerzo fiscal para unos en relación con otros y que sin embargo no necesariamente han de ser calificados como inconstitucionales pues puede estar justificada esta opción por diversos motivos. Sin embargo, no estamos ante esta situación, sino ante una tarifa que en parte tiene una finalidad no fiscal, dirigida a desincentivar mediante el aumento del precio del agua, a quien se excede del consumo ordinario previsto; y es precisamente en este punto, donde la Administración, al no tener en cuenta para su cálculo, en la parte variable, el número de personas que habitan en cada domicilio, (para cuya aplicación bastaría tener en cuenta el padrón municipal), trata de forma distinta a quienes conviven en un mismo domicilio, teniendo derecho al consumo de agua, en los mismos términos que cualquier ciudadano que habite solo en un domicilio, cobrando a aquéllos más por un supuesto exceso de consumo”.

Es de destacar que este proceso se ventiló por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en el Capítulo I, del Título V, de la LJCA, y concluyó con el reconocimiento de que “se ha vulnerado el principio de igualdad, en tanto se separa del trato tributario que se da a los ciudadanos del municipio de Zaragoza que viven solos, declarando contraria a derecho por omisión la Ordenanza Fiscal 24-25”. Por lo que la aplicación de la vertiente omisiva de este derecho tributario quedó avalada por el TS sin matiz alguno.

50 STS 28 diciembre 2007 (recurso núm. 3332/2005).

VI. CONCLUSIONES.

La igualdad es uno de los valores superiores de nuestra Constitución tal y como establece su art. 1 y, en este sentido, aparece en su texto recogida en sus distintas manifestaciones. Así, el art. 9.2 CE establece el siguiente mandato “corresponde a los Poderes Públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” y, en el art. 14, reconoce un verdadero derecho subjetivo cuando afirma que “los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Por ello, el TC dirá de este PGD que es también “un valor preeminente en el Ordenamiento jurídico español, al que debe colocarse en un rango central”⁵¹.

Partiendo de la previsión constitucional de generalidad e igualdad tributaria del art. 31.1 CE, la doctrina estudiada y las sentencias analizadas, podemos concluir que estos principios en las Ordenanzas Fiscales se dan en una vertiente activa de carácter positivo: todos los ciudadanos iguales deben pagar lo mismo; y carácter negativo, los ciudadanos desiguales no deben pagar igual. Por otra parte, la vertiente omisiva de este principio será de sutil y delicada apreciación por cuanto tendrá como causa una tasa o contribución especial municipal que, de entrada, cumple los parámetros de su establecimiento formal y material, y sin embargo, adolecerá de alguna o varias consideraciones por virtud de las cuales, resulte una cuota injusta normalmente por excesiva. Y será esa omisión, precisamente, la que determine la infracción del principio de igualdad.

En resumen, podemos afirmar que el principio de generalidad impone a la norma local la obligación de llamar a *todos* al sostenimiento de los gastos públicos municipales y no establecer exenciones o bonificaciones carentes de justificación. Asimismo, el principio de igualdad implicará también que todos los ciudadanos son iguales *ante* y *en* los tributos locales, además de ser éstos un instrumento por medio de los cuales el Estado fomenta asimismo la igualdad (art. 40.1 CE). Y la conjunción de ambos principios en el ámbito de la Administración Local podemos sintetizarla de la siguiente manera: todos deben contribuir al sostenimiento de los gastos municipales y no deberá existir en la Ordenanza Fiscal desigualdades de trato injustificadas ni privilegios.

51 STC 21 enero 1986 (RTC 1986,8). En idéntico sentido, las anteriores SSTC 22 noviembre 1983 (RTC 1983, 103) y 23 noviembre 1983 (RTC 1983, 104).

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid (2012): Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BONELL COLMENERO, R.: *Principio de igualdad y deber de contribuir*, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* (2005), XXXVIII, pp. 177-208.

CALVO ORTEGA, R.: *¿Hay un Principio de Justicia Tributaria?* Pamplona (2012): Aranzadi.

CHECA GONZÁLEZ, C.: *Reclamaciones y Recursos Tributarios*. Pamplona (1997): Aranzadi.

CHICO DE LA CÁMARA, P.: "Aplicaciones prácticas de los principios constitucionales tributarios", *Tribuna Fiscal* (1994), núm. 40, pp. 51-62.

CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ FRANCO, Y.: "Los principios constitucionales de generalidad y capacidad económica en nuestra realidad tributaria", *Gaceta Fiscal* (1996), núm. 141, pp. 182-183.

MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid (2000): Tecnos.

RODRÍGUEZ BEREJO, A.: *Igualdad tributaria y tutela constitucional. Un estudio de jurisprudencia*. Madrid (2011): Marcial Pons.

SAINZ DE BUJANDA, F.: *La contribución territorial urbana. Trayectoria histórica y problemas actuales*. Valencia (1987): Consejo General de Cámaras de la Propiedad Urbana de la Comunidad Valenciana.

LA IMPORTANCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN
EUROPEA Y LA RELEVANCIA DE SU JURISPRUDENCIA EN
MATERIA TRIBUTARIA SOBRE LOS ESTADOS MIEMBROS*

*THE ROLE PLAYED BY EUROPEAN COURT OF JUSTICE AND THE
RELEVANCE OF ITS CASE LAW IN TAX MATTERS OVER MEMBER STATES*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 378-403

* PIND. Personal Investigador No Doctor en Derecho Financiero y Tributario. Esta investigación se realiza en el marco del Proyecto Centro de Excelencia Jean Monnet de la Universidad de Valencia, "EU Economic Governance: Institutional, Economic and Tax Implications".



José Carlos
PEDROSA
LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de septiembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: Este artículo ofrece una completa visión de la evolución histórica de la Unión Europea y de la primacía del Derecho de la UE sobre las legislaciones internas de los Estados miembros. Se centra en el papel desarrollado por su Tribunal de Justicia y, en concreto, en la importancia de su jurisprudencia en materia tributaria como fuente de Derecho y parte de su ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: TJUE, Jurisprudencia, libertades fundamentales, primacía, Unión Europea, Tribunal de Justicia.

ABSTRACT: This article provides a comprehensive overview of the historical evolution of the European Union and of the primacy of EU Law over domestic laws of the Member States. It focuses on the role played by the European Court of Justice and, in particular, on the importance of its case law on taxation as a source of law and part of its legal system.

KEY WORDS: ECJ, case law, fundamental freedoms, primacy, European Union, Court of Justice.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Breve referencia a la evolución histórica de la Unión Europea.- III. Ordenamiento jurídico de la Unión Europea.- I. La primacía del Derecho de la Unión Europea.- 2. El principio de la eficacia directa.- IV. El sistema de fuentes del derecho de la Unión Europea.- 1. El derecho originario.- 2. El derecho derivado.- V. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea.- 1. Reseña histórica.- 2. Composición y organización jurisdiccional.- 3. Competencias principales.- VI. La relevancia de la jurisprudencia en materia tributaria del TJUE y las Libertades Fundamentales.- I. Las cuatro Libertades Fundamentales.- A) Libre circulación de personas.- B) Libre circulación de mercancías.- C) Libre circulación de capitales.- D) Libre prestación de servicios.- 2. El Derecho a la libertad de establecimiento.- VII. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN.

Este artículo, estructurado en cuatro apartados, ofrece una visión desde la creación y evolución histórica de la Unión Europea hasta la importancia otorgada a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia tributaria.

En primer lugar, explica brevemente la creación de la Unión Europea desde su inicio con los Tratados constitutivos y sus posteriores modificaciones hasta la incorporación de Croacia como último Estado miembro en 2013. Expone cuáles son la finalidad y objetivos de esta gran unión de países.

En segundo lugar, hace referencia al ordenamiento jurídico del Derecho de la Unión Europea, haciendo un especial hincapié en los principios de la primacía del Derecho de la UE y al principio de su eficacia directa sobre los Estados miembros. Con ello, nos aclara en qué medida y por qué el Derecho de la Unión influye sobre todas las legislaciones internas de los Estados miembros, o incluso en las relaciones que estos mantienen con los denominados «terceros Estados».

Acto seguido, refiriéndose al sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea analiza la fuerza y el valor jurídico de cada uno de los actos normativos, diferenciando principalmente entre el Derecho originario compuesto por los Tratados constitutivos y el Derecho derivado.

• José Carlos Pedrosa López

Es doctorando en Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de Valencia, especializado en Derecho Fiscal Internacional. Es licenciado en Derecho y licenciado en Administración y Dirección de Empresas y tiene un máster en Asesoría Fiscal y Tributación. Ha obtenido por concurso de méritos diferentes becas para realizar cursos de postgrado y estancias de investigación tanto en países europeos como en América y Australia. Es autor de numerosas publicaciones en revistas científicas de notable prestigio en español y en inglés. Actualmente, es miembro del Centro de Excelencia Jean Monnet de la Universidad de Valencia y delegado de la sección de Derecho Financiero del Instituto de Derecho Iberoamericano.

Posteriormente, el trabajo se centra en analizar la figura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde su composición y organización hasta sus competencias y la importancia de su jurisprudencia en materia tributaria sobre los Estados miembros.

Por último, al hilo de dicha institución europea, el artículo analiza la influencia de su jurisprudencia sobre los ordenamientos jurídicos de los países de la Unión Europea. Este estudio se centra en las denominadas cuatro libertades fundamentales: libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicios y, en la importancia del derecho a la libertad de establecimiento en otro Estado miembro.

II. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA UNIÓN EUROPEA.

La integración europea no ha sido, pues, una idea original o espontánea propia del siglo XX, sino una constante utopía del pensamiento europeo¹. Hay que remontarse a las épocas del imperio romano o al posterior imperio austro-húngaro o a la época medieval para comprender que la intención de crear una Europa única y unida no es un capricho de los gobernantes que han liderado los Estados europeos durante los últimos 100 años. El continente europeo ha sido siempre el escenario donde se ha mezclado y han interactuado un cúmulo de lenguas, innumerables tradiciones de los pueblos, movimientos artísticos y literarios que han influido de país en país, e incluso por desgracia, guerras que por unas razones u otras, han provocado ingentes movimientos migratorios continuando con la miscelánea de las razas y la complementación de las existentes costumbres con las nuevas.

Desde una perspectiva más próxima en el tiempo, hay que observar la creación del BENELUX en 1943, como la primera iniciativa con éxito a la hora de empezar a constituir una Europa unificada². Esta supuso la unión de los Gobiernos de Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo.

Aunque hay que remitirse a 1952 para hablar del que fue el primer resultado del esfuerzo de integración europea, la constitución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (en adelante, CECA), estableció la libertad de circulación del carbón y del acero, y el libre acceso a las fuentes de producción.

El Tratado CECA fue asumido por los países del BENELUX, Alemania, Francia e Italia, aunque más tarde, en 1954, Reino Unido accedió a la firma del mismo.

1 MANGAS MARTÍN A., LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid (2013): Tecnos, p.27.

2 Aunque anteriormente hubieron otras iniciativas que por diversas razones no tuvieron demasiado éxito, esta fue el caso de la propuesta hecha por el ministro francés, Aristides Briand, en la Sociedad de Naciones, en 1929, para crear una federación denominada "Unión Europea".

Pocos años después, en 1957, se constituyeron los dos Tratados restantes, aunque cada uno de ellos con objetivos absolutamente diferentes. El 25 de marzo de 1957 fue el día que los mismos países que inicialmente firmaron el Tratado CECA (Alemania, Italia, Francia, Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo) crearon en Roma la Comunidad Económica Europea (en adelante, CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (en adelante, EURATOM).

Por un lado, el Tratado EURATOM fue creado con el fin de coordinar los programas de investigación de los Estados miembros en favor de una utilización pacífica nuclear, tratando de garantizar la seguridad del abastecimiento de energía atómica mediante un control centralizado.

Respecto al Tratado CEE, también conocido como el Tratado de Roma, centraba gran parte de su articulado en la creación de un mercado interior, de modo que luchaba por conseguir la libre circulación de mercancías eliminando los aranceles entre países y proponiendo la aceptación de un arancel aduanero común³.

No obstante, estos tres Tratados no han permanecido estáticos en el tiempo, sino que los conflictos entre Estados, las crisis económicas, la anexión de otros países o los problemas derivados de la constitución de un Mercado Común, han provocado desde modificaciones en sus preceptos y rúbrica, hasta su expiración⁴.

Respecto a las modificaciones sufridas por alguno de ellos las más relevantes por su contenido son las siguientes:

El Tratado de Bruselas tuvo lugar en 1965, el cual dio una solución que estaba pendiente en las tres Comunidades consistente en la creación de una Comisión y un Consejo único. No obstante el mismo fue derogado años después (1975) por el llamado Tratado de Amsterdam⁵.

El período de años de 1973 a 1986 estuvo caracterizado por ampliaciones de las Comunidades Europeas tras la presentación de la solicitud de adhesión y la entrada a la Unión Europea (en adelante, UE) por diversos países. La primera ampliación, en 1973, permitió la incorporación de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. En segunda instancia, en 1981 se completó con la unión Grecia. La tercera ampliación se produjo en 1986 con la anexión de los territorios de Portugal y España. De modo que, tras estas incorporaciones a las Comunidades, la Unión Europea contaba con un total de 12 países.

3 Estos objetivos se plasmaban desde el art. 9 al 29 del TCEE, aunque actualmente existe el Reglamento 2008/450/CE sobre el Código Aduanero Modernizado.

4 Actualmente el Tratado CECA no está en vigor, expiró en julio de 2002, puesto que tal y como se había planeado su plazo de vigencia era de 50 años.

5 http://europa.eu/about-eu/basic-information/decision-making/treaties/index_es.htm.

Posteriormente, en 1986 se aprobó el texto del Acta Única Europea. Su finalidad se ceñía al reforzamiento de las instituciones para agilizar la toma de decisiones, facilitar la armonización de las distintas legislaciones y preparar la llegada al mercado interior sobre la base de los tratados existentes, el cual se redefinía como «espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estaba garantizada⁶».

Poco tiempo después, el Consejo Europeo reunido en la ciudad Maastricht, Holanda, redactó y consensuó el texto que se denominaría Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), también conocido como el Tratado de Maastricht, entrando en vigor el 7 de febrero de 1992. El cual supuso el primer paso para dotar de una dimensión política a la Unión Europea.

El Tratado de Maastricht creó la Unión Europea fundada sobre las Comunidades Europeas (pilar comunitario) y las formas intergubernamentales de cooperación en la Política exterior y seguridad común (PESC) y de Cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos del interior⁷. Además, preparó la entrada de la Unión Monetaria Europea, el compromiso de establecer una moneda única, el Euro y modificó el nombre del anterior Tratado CEE por el de Tratado Comunidad Europea (en adelante, TCE).

La Unión Europea cada vez tenía más y más forma, era más fuerte a todos los niveles y completa en todos sus ámbitos, los países se iban adhiriendo a la misma continuamente, y así lo hicieron en 1995, Austria, Finlandia y Suecia. De modo que, llegado este momento, la Unión Europea ya estaba constituida por 15 países.

Ante el escenario que tenía presente, la Unión Europea tuvo la necesidad de hacer algunas reformas en las instituciones europeas para preparar la llegada de futuros miembros. Para ello, modificó, reenumeró y consolidó lo Tratados CEE y UE, además de recurrir al denominado «procedimiento de codecisión», bajo la competencia del Tribunal de Justicia en materia de violación de derechos fundamentales, se sancionaba al Estado miembro que violase o infringiese alguno de los derechos humanos.

El penúltimo de los Tratados firmados fue el de Niza en 2001, en el mismo se modificó la ponderación de votos de los Estados en el Consejo y de la reforma de las instituciones para que la unión pueda funcionar eficazmente tras las ampliaciones que ya por aquél momento estaban previstas.

6 MANGAS MARTÍN A., LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones*, cit., p. 38.

7 MANGAS MARTÍN A., LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones*, cit., p. 39.

Siguiendo lo estructurado, y una vez cumplían los requisitos y condiciones⁸ de entrada a la Unión Europea se incorporaron un cúmulo de países en dos tiempos. En 2004, se adhirieron: Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Lituania, Letonia, Malta, Polonia y República Checa, y unos años después, en 2007, lo hicieron Bulgaria y Rumanía.

Por último, se celebró en 2007 el denominado Tratado de Lisboa, el cual modificaba el anterior TUE y el TCE por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). Este fue debido a la necesidad de aclarar las competencias exclusivas de la UE, las competencias de los Estados miembros y las que son de carácter compartido.

Respecto la composición de la UE formada actualmente por 28 Estados miembros se completó con la adhesión de Croacia en 2013. Todavía, a día de hoy existen otros países candidatos como: Albania, Islandia, Macedonia, Montenegro, Serbia y Turquía.

III. ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA.

I. La primacía del Derecho de la Unión Europea.

El concepto de ordenamiento jurídico comunitario no es un concepto que resulte fácil de identificar en comparación al sistema de fuentes del Derecho en un ámbito nacional ni a los tratados de carácter internacional ordinarios⁹.

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea parece los protagonistas son los Tratados que han sido objeto de ratificación por los Estados miembros y la jurisprudencia derivada del actualmente denominado Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). La cual, especialmente en materia tributaria, ha jugado un papel influyente sobre los Estados miembros.

La firma del Tratado supuso la cesión del ejercicio de determinadas competencias estatales a favor de los órganos e instituciones comunitarias cuya actuación determina una limitación añadida del ejercicio del poder tributario –en particular- y financiero –en general- por parte de los Estados y de sus órganos institucionales, como consecuencia de la quiebra de la concepción indivisible de la soberanía¹⁰.

8 Las principales condiciones para que un Estado sea miembro de la UE se establecieron en 1993 en «criterios de Copenhague»: -Tener instituciones estables que garanticen la democracia, el estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto a las minorías; -Economía de mercado que funcione; - Asumir el acervo comunitario y apoyar los objetivos de la Unión.

9 Se distingue la posición de los países monistas y dualistas. Los Estados dualistas, entienden que el Derecho internacional solo vinculan a las relaciones entre Estados y para alcanzar al individuo la norma ha de ser incorporada al ordenamiento jurídico interno. Los Estados monistas, entienden que el Derecho es una unidad.

10 GARCÍA PRATS, F.A.: "Incidencia del Derecho Comunitario en la configuración jurídica del Derecho Financiero (I): La acción del Tribunal de Justicia de Luxemburgo", *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* (2001),

El carácter supranacional del Derecho de la Unión Europea quedó consagrado en primera ocasión en el asunto *Costa/E.N.E.L* el 15 de julio de 1964¹¹, en este supuesto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (nombre que recibía anteriormente) tuvo que pronunciarse ante el supuesto de un ley italiana posterior a la que se había aprobado y ordenado la ejecución de los Tratados comunitarios en Italia. Ante este escenario, el Tribunal asentó el principio de primacía del derecho comunitario sobre la norma nacional, sobre la base de la naturaleza y caracteres específicos de las Comunidades Europeas, a partir de una interpretación sistemática y teleológica de los Tratados constitutivos. De modo, que el Tribunal entendió una limitación definitiva, en determinados ámbitos, de los derechos soberanos de los Estados en beneficio del ordenamiento jurídico comunitario, por lo que no puede prevalecer una norma nacional posterior sobre esos derechos definitivamente transferidos¹².

Al poco tiempo después, otra sentencia volvió a confirmar el carácter que cabe otorgar al derecho de la UE, en este supuesto fue la sentencia *Simmenthal* de 1980¹³. Se trataba de una sociedad que compraba materia prima en otro Estado y alegando a modo de excusa una norma nacional, se le sometía en la frontera al pago de una cuantía en concepto de control de sanidad. Derivada de la controversia entre estos Estados se elevó una cuestión prejudicial al juez del TJCE. Pues, otra vez más puso de manifiesto el carácter que recae sobre el derecho de la UE explicando la incompatibilidad de la norma interna con el derecho comunitario, y por la tanto, la correspondiente inaplicación de pleno derecho de la misma ante situaciones intracomunitarias.

Por consiguiente, se pone de manifiesto la autonomía del Derecho de la Unión Europea, independiente de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, y la primacía del mismo como su máxima expresión.

2. El principio de eficacia directa.

El ordenamiento comunitario se trata pues, de normas que tienen efecto directo (cuando se dan determinadas circunstancias), primacía sobre las normas de los Estados miembros y el incumplimiento del Derecho comunitario o su falta de aplicación genera responsabilidad de los Estados por incumplimiento¹⁴. De este modo, se pone de manifiesto la obligación que recae sobre los Estados miembros de

núm. 259°, p. 258.

11 STJCE 15 julio 1964 *Costa/ ENEL*.Asunto 6/64, Rec. 1964.

12 GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R., CARPI BADÍA, J. M.: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea", *Revista jurídica de Castilla y León* (2004), núm. 3°, p. 27.

13 STJCE 9 marzo 1978 *Simmenthal*.Asunto 106/77. Rec. 1978

14 MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: "Introducción: Imposición Directa y Derecho de la Unión Europea", en AA.VV. *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE* (coord. por N. CARMONA FERNÁNDEZ). Madrid (2013): CISS, p. 784.

regular el Derecho interno de cada uno de ellos en consonancia con las exigencias, los principios y los objetivos comunitarios.

Se puede afirmar que el Derecho de la Unión Europea tiene una eficacia que se puede analizar desde dos perspectivas. Por un lado, el efecto directo es una realidad al tener los Estados que adecuar su normativa interna y la interpretación y aplicación de la misma a las exigencias legales del ámbito comunitario.

De modo que, el Derecho comunitario no pueda estar condicionado, por lo que no puede ni existir el hipotético caso de que este a expensas de su incorporación en el ámbito doméstico.

La eficacia directa del Derecho comunitario se plasmó por el TJUE de manera muy temprana en el asunto *Van Gend en Loos*¹⁵. El supuesto versaba en que una empresa de un Estado se desplazaba a otro Estado a comprar mercancías y cuando volvía a entrar en el Estado del cual era residente, el mismo intentó aplicarle unos aranceles superiores, puesto que entendían que el Tratado sólo obligaba y vinculaba a los Estados.

A consecuencia de la cuestión prejudicial elevada al Tribunal, se desprende una característica del ordenamiento comunitario frente al Derecho internacional clásico, la supresión de la intermediación estatal, lo que supone que determinadas normas comunitarias son fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a que afecten, incluidos los particulares, que pueden alegarlos ante los órganos de cada Estado¹⁶.

Por consiguiente, este Derecho crea por lo tanto, obligaciones y derechos para todo su ámbito de aplicación, lo cual, también significa que hasta los particulares pueden invocarlos ante los jueces y tribunales.

A colación y a fin de evitar la confusión de ciertos términos es adecuado hacer una acotación sobre la diferencia del significado e intención del concepto primacía y efecto directo. Si la primacía es una noción absoluta que se predica de toda norma comunitaria, la aplicación directa es una noción restringida que hay que determinar caso por caso, mediante una construcción pretoriana. El Tribunal de Justicia ha identificado varios requisitos que debe reunir una norma comunitaria para producir efectos jurídicos inmediatos: en primer lugar, la norma comunitaria ha de ser clara y precisa, en el sentido en que debe fundar una obligación concreta y desprovista de ambigüedades, y, en segundo lugar, su mandato ha de ser incondicional,

15 STJCE 5 febrero 1963 *Van Gend en Loos*. Asunto 26/62. Rec. 1963.

16 FALCÓN Y TELLA, R., PULIDO GUERRA, E.: *Derecho Fiscal Internacional*. Madrid (2013): Marcial Pons, p.31.

en el sentido de que no deje un margen de apreciación discrecional a las autoridades públicas o a las instituciones comunitarias¹⁷.

Del mismo modo, siguiendo con las acotaciones aclaratorias, como el profesor GARCÍA PRATS indica es necesario distinguir entre el denominado efecto directo y el concepto más estricto de aplicabilidad directa.

Con la aplicabilidad directa se hace mención a la incorporación del derecho comunitario al ordenamiento interno de cada uno de los Estados miembros sin necesidad de ratificación, publicación, conversión previa o acto de recepción en el derecho interno, superando los tradicionales esquemas de relación entre el derecho internacional y el derecho interno.

Por el contrario, el efecto directo alude a la posibilidad que tiene un individuo de invocar los preceptos del Derecho comunitario con la finalidad de proteger sus intereses¹⁸.

Por otro lado, es conveniente completar las notas anteriores comentando la posibilidad del efecto indirecto de la norma comunitaria, bajo el cual la norma nacional está obligada a ser interpretada de un modo que se eviten conflictos con el Derecho de la UE.

Este concepto se puso principalmente de manifiesto, entre otros¹⁹, en el Asunto *ICI*²⁰. En dicho asunto, como respuesta a una cuestión prejudicial, el Tribunal de Luxemburgo aprovechó para aclarar que no existe la obligación de interpretar la norma interna en consonancia con el Derecho de la UE en situaciones no cubiertas por el mismo, es decir, ante terceros Estados no miembros de la UE. No obstante, sí que resaltó la precaución de no crear una inseguridad jurídica derivada de la existencia de una doble interpretación y aplicación de la norma al diferenciar entre situaciones intracomunitarias o extracomunitarias.

Como inciso final y en consonancia a las anotaciones anteriores, se puede afirmar que el Derecho comunitario es un derecho de creación jurisprudencial, que elabora sus conceptos e institutos sobre la base de dos grandes ideas fundamentales: la aplicación uniforme del derecho comunitario en todo su ámbito territorial de actuación y la garantía de la operatividad y eficacia del mismo en dicho seno; ideas que entroncan con el marco limitado de las funciones asignadas al diseñador del

17 GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R., CARPI BADÍA.: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea", cit., p. 32.

18 GARCÍA PRATS, F.A.: "Incidencia del Derecho Comunitario", cit., p. 268.

19 Dicho concepto también fue una cuestión en el asunto *Von Colson* 14/83(1983) como resultado se obligaba al juez nacional a interpretar la norma interna en consonancia con la norma comunitaria.

20 STJCE 16 julio 1998 ICI. Asunto C- 264/96. Rec. 1998.

esquema –el TJCE- otorgadas por los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas²¹.

IV. EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

El sistema de fuentes del ordenamiento jurídico de la UE se diferencia en cierta medida del típico sistema de fuentes de cualquier ordenamiento jurídico nacional. Se trata más bien, de un cúmulo de normas comunitarias encabezadas por los Tratados constitutivos de la UE cuyo valor jurídico y carácter vinculante sobre los Estados miembros varía dependiendo de la norma o acto en cuestión.

Existen diversas doctrinas a la hora de catalogar y clasificar las fuentes del Derecho comunitario, no obstante, siguiendo una de las doctrinas más extendidas se diferencia entre: fuentes obligatorias, fuentes no obligatorias, fuentes sui generis y fuentes supletorias. De modo que dentro de la fuente obligatoria se encuentran los tratados, el Derecho Derivado, los actos convencionales y los principios generales del Derecho²².

No obstante, debido a que no es objeto de estudio no es necesario detenerse en las mismas, nada más que para conocer la composición del Derecho originario y del Derecho derivado y sus principales diferencias. Conceptos que posteriormente nos ayudarán a seguir los argumentos del presente trabajo.

I. El Derecho originario.

El Derecho originario es aquel conjunto de normas de carácter vinculante para todos los Estados miembros. Está integrado por los Tratados constitutivos y sus posteriores modificaciones, los cuales, son las fuentes de mayor rango y las normas comunitarias que permiten la creación del Derecho derivado.

Respecto a los Tratados convencionales, como anteriormente hemos comentado, hacen referencia a los tres primeros tratados que fueron la base y constitución de la UE. Por lo tanto, se han de mencionar el Tratado CECA, EURATOM y el Tratado CEE y sus posteriores modificaciones.

La ratificación de los tratados exige ley orgánica en el caso español, de manera que prevalecen sobre el Derecho derivado, el cual se interpreta de acuerdo a los mismos. Respecto a la primacía del Derecho comunitario, las normas nacionales no pueden ser contrarias a los mismos, puesto que de así serlo se considerarán incompatibles y de nula aplicación.

21 GARCÍA PRATS, F.A.: "Incidencia del Derecho Comunitario", cit., p. 262.

22 CEREXHE, E., VAN BOXSTAEL, J. L.: *Introduction à l'étude de droit: les institutions et les sources du droit* (1992): Bruylan.

Actualmente, en relación a las normas convencionales del Derecho Originario hay que centrarse en TFUE²³ y TUE²⁴ como su máxima expresión. Dentro del TFUE se destaca por su relevancia a nivel jurisprudencial del TJUE principalmente las libertades fundamentales: libre circulación de mercancías (arts. 34-ss TFUE), personas (arts. 45-ss TFUE), servicios (arts. 56-ss TFUE), capitales y pagos (arts. 63-ss TFUE).

2. El Derecho derivado.

Siguiendo los preceptos legales del TFUE en su art. 288 TFUE se tipifican tres categorías como actos vinculantes: reglamentos, decisiones y directivas.

Los Reglamentos son normas jurídicas emanadas de las instituciones europeas que poseen efectos directos sobre los Estados miembros y que prevalecen sobre el Derecho nacional.

Las Decisiones son de carácter vinculante pero a diferencia de los anteriores estos van dirigidos exclusivamente a unos destinatarios en concreto.

Las Directivas se conocen como la fuente del derecho derivado más habitual. Estas necesitan que se transpongan en el ordenamiento jurídico de cada Estado, ya que sólo obligan en lo que a su resultado respecta.

En el ámbito comunitario los Tratados no contemplan expresamente la armonización de los impuestos, por lo que, teniendo en cuenta lo conveniente que es la armonización fiscal las Directivas juegan un gran rol en este aspecto como instrumento que trata de armonizar los impuestos tanto directos²⁵ como indirectos²⁶ entre los Estados miembros.

V. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

Es interesante conocer los orígenes de este Tribunal de Justicia, el cual, ha ido variando tanto en su forma, composición, nombre y en el nivel de competencias asumidas a lo largo de los años. Su conocimiento nos permite posteriormente compararlo con otros Tribunales que, en cierta medida, asumen un rol similar al ser también considerado un Tribunal de Justicia de una comunidad de países en concreto. Al hilo por lo tanto, pensamos en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

23 <http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>.

24 <http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>.

25 Hace referencia a los siguientes impuestos: Impuesto sobre la Renta de las personas físicas, Impuesto sobre sociedades, Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

26 Hace referencia a los siguientes impuestos: Impuestos sobre el Valor Añadido, Impuestos especiales, Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

I. Reseña histórica.

Hasta la entrada en vigor del tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 se le denominaba Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a partir de ese momento se le llama Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Fue creado por los Tratados constitutivos de la CECA, CEE y EURATOM, encarna el máximo poder judicial a nivel europeo, aunque también es compartido con los tribunales nacionales, puesto que, en primera instancia son los encargados de aplicar las normas comunitarias, y desde 1989, como consecuencia de la entrada en vigor del Acta Única Europea, con el tribunal de Primera Instancia (en adelante, TPI). Ambas dos jurisdicciones con su sede en Luxemburgo, constituyen una doble instancia comunitaria, encargados de conocer y resolver, como máximos intérpretes del Derecho Comunitario y garantizadores del respeto al derecho en la interpretación y aplicación de los tratados constitutivos²⁷. Aunque también conviven con los denominados Tribunales especializados, los cuales no conocen más allá de materias concretas.

Como expresa el art. 19 TUE: “I...Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. Los Estados miembros las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión...”.

2. Composición y Organización jurisdiccional.

Sin explayarse demasiado es relevante comentar los arts. 251 a 281 TFUE en relación a la composición de este Tribunal y a su organización.

Actualmente, el Tribunal de Justicia está compuesto por 28 jueces, uno de cada Estado miembro, los cuales son designados cada seis años y cuyo mandato es renovable ilimitadamente. Además también forman parte nueve abogados generales²⁸, un secretario y varios asistentes.

La presencia de un juez de cada país de la UE, se estimaba beneficiosa, toda vez que la justicia emana así de todos los ciudadanos de la Unión encarnados en sus respectivos jueces; de otro para el desarrollo armonioso de la jurisprudencia que reflejaría de este modo las distintas concepciones jurídicas imperantes en los Estados miembros y, por tanto, los fallos del TJUE serían bien acogidos en aquellos²⁹.

27 MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*. Valencia (2005): Tirant lo Blanch, p.57.

28 Decisión del Consejo (2013/336/UE) por la que se aumenta el número de abogados generales. <http://www.boe.es/doue/2013/179/L00092-00092.pdf>.

29 DÍAZ ROMERO, L.: *La Integración política en la Unión Europea. Los elementos de su Constitucionalización*. Universidad de Murcia. (Tesis Doctoral), pp. 363-364.

Por otro lado, la principal función del Abogado General consiste en “presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que, de conformidad con el Estatuto del TJUE, requieran su intervención”. Actúan al final de la fase oral, con el objetivo de facilitar la labor de los jueces a la hora de elaborar la sentencia³⁰.

De manera auxiliar, a pesar de no ser miembro del Tribunal, se encuentra la figura del secretario. El art. 253 TFUE permite a los miembros del Tribunal nombrar a esta persona cuyo periodo es de seis años con posibilidad de renovación con el fin de desarrollar jurídicas, procesales y administrativas.

La organización jurisdiccional del Tribunal se basa por un lado en Salas de tres o cinco jueces o en la Gran Sala y por el otro, en el Pleno que cuenta con la presencia de todos. La formación de una u otro dependerá de la importancia del asunto que se esté tratando. Ahora bien, para la formación de cada una de ellas se han de cumplir una serie de requisitos los cuales pueden variar, siendo los más exigentes en la composición de la Gran Sala y en el Pleno.

Los asuntos pendientes y los recién incorporados son cada vez mayores, de modo que raramente se celebra un Pleno y son los jueces los que se reparten el conocimiento de cada uno de esos asuntos, sin que sea necesaria, aunque tampoco conveniente, que todos conozcan todos los asuntos. Así, gracias a su reparto se consigue un proceso más dinámico y ágil.

3. Competencias principales.

Al Tribunal de Justicia se le atribuyen una serie de competencias para conocer y pronunciarse sobre una serie de diversos recursos que pueden ser planteados. Siguiendo los preceptos legales del TFUE observamos cuáles son todos ellos.

El art. 258 TFUE hace referencia al Recurso por incumplimiento, el cual surge cuando la Comisión Europea estima que un Estado miembro ha incumplido alguna de las obligaciones establecidas en los tratados. De modo que si el Estado considera que la argumentación de la Comisión no es correcta presentará este recurso al TJUE para que se pronuncie al respecto.

El Recurso por anulación regulado en el art. 263 TFUE puede interponerse por los Estados miembros cuando entienden que alguna de las medidas adoptadas por una de las Instituciones europeas viola sus derechos.

30 DÍAZ ROMERO, L.: *La Integración política*, cit., p. 365.

El art. 265 nos remite al Recurso por omisión para aquellos supuestos en los que exista una violación de los Tratados por parte de alguna del Consejo Europeo, el Parlamento Europeo u otras de las Instituciones de la UE.

El argumento de mayor peso para interponer este recurso es la omisión de un acto de obligado cumplimiento.

Siguiendo el art. 268 TFUE, el TJUE también tendrá competencia para pronunciarse ante un litigio relativo a la indemnización por daños a los que se refiere el art. 340 TFUE.

A consecuencia de un litigio que haya surgido entre la Unión y alguno de sus agentes se puede interponer un recurso de los funcionarios si se estima que sus derechos han sido vulnerados.

Por último, probablemente el más común de todos ellos, es la cuestión prejudicial sobre las que el TJUE tiene competencia para conocer y pronunciarse. Éste se encuentra regulado en el art. 267 TFUE.

El Tribunal por lo tanto tiene capacidad para pronunciarse sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la UE.

De modo que un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros tiene la capacidad para pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la cuestión que se ha elevado sobre alguno de los anteriores asuntos, y si es necesario puede hasta emitir un fallo.

VI. LA RELEVANCIA DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA TRIBUTARIA DEL TJUE Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.

Junto al Derecho Originario y al Derecho Derivado hay que añadir el valor jurídico de la jurisprudencia del TJUE como uno de los pilares del ordenamiento jurídico comunitario.

La jurisprudencia es un considerada una fuente formal del Derecho de la UE, la cual, en ocasiones mejor que las propias leyes, consigue cubrir las lagunas existentes entre ordenamientos jurídicos o ente la normativa doméstica de un Estado y el Derecho de la UE. De hecho, se puede considerar como la principal fuente armonizadora entre las legislaciones de los Estados miembros.

A nivel nacional los tribunales de todos los Estados van creando cierta jurisprudencia con la aplicación del Derecho de la UE, pero es indudable que

los mismos se encuentran sujetos a los pronunciamientos y fallos del TJUE como máximo tribunal al que se le pueden elevar los asuntos. De ahí, la función de la cuestión prejudicial, la cual, es la que posibilita a los órganos jurisdiccionales de los países comunitarios pedir al Tribunal de Luxemburgo que se pronuncie sobre ciertos asuntos y materias.

Desde el comienzo de sus pronunciamientos, con la sentencia *Van Gend & Loos* en 1963 (anteriormente comentada), este Tribunal ha influido sobre los Estados miembros con la fuerza y el valor jurídico que caracteriza a su jurisprudencia. A lo largo de todos estos años se ha pronunciado sobre multitud de materias y asuntos. Respecto al ámbito tributario ha hecho referencia entre otros conceptos a, las cláusulas anti-abuso, a la tributación de los no residentes, a las operaciones vinculadas, a los aranceles y tasa impuestos en las aduanas, a los establecimientos permanentes y filiales de las entidades y a las cuestiones sobre discriminación por diverso trato a situaciones iguales.

No obstante, son las sentencias del TJUE en materia de libertades comunitarias e imposición directa las que han tenido un mayor impacto sobre los ordenamientos nacionales, por cuanto implican que, en muchos campos, los principios internacionalmente aceptados, representados por los Modelos de Convenios para evitar la Doble Imposición Fiscal³¹, sean cuestionados por esta jurisprudencia³².

De este modo, la jurisprudencia también ha ayudado a cumplir con lo establecido en el TUE y en el TFUE para conseguir un Mercado Interior Común, definido como un «espacio sin fronteras en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estuviese garantizada³³».

Por consiguiente, al considerar las libertades fundamentales como el pilar principal para la consecución de un verdadero Mercado Interior Común, especialmente desde la perspectiva de la materia tributaria, entendemos que es conveniente analizar desde la base de la jurisprudencia el contenido de las mismas.

La violación de alguna de las libertades fundamentales por alguno de los países miembros se encuentra íntimamente ligada a la cuestión prejudicial, la cual, es elevada por los mismos al Tribunal de Luxemburgo a fin de que se pronuncie el por qué de la violación y cuál ha sido vulnerada por la normativa interna. Con el paso del tiempo,

31 Modelo de Convenio OCDE es el más común en Estados Europeos a diferencia de por ejemplo otros Estados como son los miembros de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), los cuales, siguen su propio modelo de Convenio para evitar la doble imposición fiscal. La principal diferencia es MCOEDE las reglas de distribución de la tributación se enfocan en el Estado de residencia mientras que el Modelo de Convenio de la CAN las reglas de distribución del poder tributario establece una tributación en su mayoría en el país de la fuente.

32 MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: "Introducción: Imposición Directa", cit., p. 810.

33 Ficha Técnica sobre la Unión Europea (2014), p. 1.

las consecuencias prácticas de este deslinde son muy reducidas pues, el Tribunal de Justicia ha ido construyendo una doctrina para admitir o no las restricciones a estas libertades que es común en todas ellas³⁴.

I. Las cuatro libertades fundamentales.

A) Libre circulación de personas.

El art. 45 TFUE explica que la libre circulación de personas supone «la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros».

La primacía del Derecho de la UE en este ámbito pretende conseguir que no existan diferencias entre los nacionales y los no residentes de ese país, por lo menos, si las mismas no están justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública³⁵.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia son muchas las sentencias que hay que destacar para observar una evolución en el cambio de criterios respecto a esta libertad fundamental. A continuación exponemos alguna de las más significativas, en cuanto a su repercusión sobre los Estados.

El caso Biehl³⁶ de 1988 fue el primer enjuiciamiento sobre la compatibilidad de las normas fiscales nacionales en relación a esta libertad fundamental y lo hizo sancionando a la legislación luxemburguesa en concreto. Acto seguido, el caso Bachman³⁷, en el cual alegaba que la coherencia en el sistema fiscal y la falta de armonización fiscal no era causa suficiente, como norma general, para aceptar restringir el derecho a ejercer la libre circulación de trabajadores. No obstante, parece que la excepción de la regla se pone de manifiesto en otros asuntos como Schumacker³⁸, Wielockx³⁹ o Asscher⁴⁰, en los que la coherencia fiscal sí que puede entenderse, aunque con extrema precaución, como una justificación para establecer un trato fiscal diferente entre el residente y el no residente.

34 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, L. M.: "Las libertades comunitarias como límites a la capacidad normativa de los Estados miembros en materia de impuestos directos: la doctrina del Tribunal de Justicia", *Instituto de Estudios Fiscales* (2010), vol. 10°, p. 206.

35 Art. 45. 3 TFUE.

36 STJCE 8 mayo 1990 Biehl. Asunto 175/88. Rec. 1990.

37 STJCE 28 enero 1992 Bachman. Asunto C- 204/90. Rec. 1992.

38 STJCE 27 septiembre 1993 Schumacker. Asunto C- 279/93, Rec. 1995.

39 STJCE 11 agosto 1995 Wielockx. Asunto C- 80ccc794, Rec. 1995.

40 STJUE 27 junio 1996 Asscher. Asunto C- 107/94, Rec. 1996.

En concreto, *Schumacker* constituyó un hito que a día de hoy sigue presente en muchos de sus postulados, así como un referente estableció una serie de presupuestos a los que los Estados miembros deben ajustarse.

El TJUE abordó la cuestión de compatibilidad del ordenamiento comunitario de las diferencias de trato fiscal por razón de residencia fiscal, siendo aceptadas en este supuesto al comprender que en atención a la materia tributaria no siempre resulta comparable la situación del residente y del no residente, por lo que, con carácter general, no es siempre es comparable su tratamiento desde la óptica de las libertades fundamentales. Se refugia en la lógica de que el Estado de residencia tiene una mayor facilidad y adecuación para tomar en cuenta la capacidad económica del contribuyente determinada por su *renta agregada*, así como por sus situaciones familiares y personales⁴¹.

Otro de los pronunciamientos posteriores se dio en el asunto *Gilly*⁴², donde en relación al Derecho Comunitario y al Derecho tributario con los principios aceptados por el MCOODE, por lo que el Tribunal afirmó que las disparidades en el sistema tributario no significa discriminación si está justificada teniendo en cuenta la pérdida de recaudación económica que supondría a los Estados aplicar otro sistema.

En el año 2000, el Tribunal se pronunció en el caso *De Groot*⁴³ manteniendo una vez más una cierta conexión con el anterior caso *Schumacker*. Así pues, entendió que la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros y que aunque hay que ejercerla conforme al Derecho de la UE y a la libre circulación de trabajadores, recordó que el trato fiscal discriminatorio no puede justificarse en la existencia de otras ventajas fiscales.

Poco más tarde se dio el caso *Ritter-Coulais*⁴⁴, cuyo fallo final se confirmó a posteriori en *Lakebrink*⁴⁵ y se reiteró también en *Renneberg*⁴⁶. Estos no son supuestos exactamente iguales al caso *Schumacker*, por lo que, en los mismos, la coherencia fiscal no es una razón suficiente para comprender un trato diferente entre el residente y el no residente fiscal.

B) Libre circulación de mercancías.

La prohibición a las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros se encuentra regulada entre los arts. 34 y ss. TFUE. En relación a la libre circulación de

41 GARCÍA PRATS, F.A.: "La residencia fiscal y Derecho Comunitario", *Crónica Tributaria* (2013), núm. 146º, p. 159.

42 STJCE 12 mayo 1998 Gilly- Asunto C- 336/96. Rec. 1998.

43 STJCE 12 diciembre 2002 FWL. De Groot. Asunto C- 385/00, Rec. 2002.

44 STJCE 21 febrero 2006 Ritter- Coulais. Asunto C-152/03, Rec. I-1711.

45 STJCE 18 julio 2007 Lakebrink. Asunto C- 182/06.

46 STJCE 16 octubre 2008 Renneberg. Asunto C- 527/06.

mercancías quedan prohibidas todas las restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación, así como todas las medidas que tenga un efecto equivalente.

Así se confirmaba en la sentencia *Dassonville*⁴⁷, la cual enjuiciaba negativamente la posibilidad de que existiese cualquier medida u obstáculo que fuese una traba al comercio intracomunitario.

No obstante, del mismo modo que las restricciones al resto de las libertades fundamentales, este Tribunal acepta ciertas excepciones. El asunto *Cassis de Dijon*⁴⁸, es un verdadero ejemplo sobre la aceptación de medidas restrictivas con el fin de no perjudicar la efectividad de los controles fiscales.

A lo largo de los años, también ha habido otras sentencias que por su contenido han supuesto cierta repercusión para el resto de las políticas fiscales de los países miembros. Entre estas se destacan por ejemplo: *Krantz*⁴⁹ y *Keck*⁵⁰, las cuales, aunque a primera vista puedan ser constituidas como una violación a esta libertad, parece que el tribunal consideró que en ambos casos estaban justificadas.

C) Libre circulación de capitales.

Remitiéndonos al art. 63 del TFUE observamos como se censuran en el ámbito comunitario todas las restricciones a los movimientos de capitales y pagos entre los Estados miembros y entre los Estados miembros y terceros países.

Esta libertad es un tanto característica al observar que a diferencia del resto hace referencia a los países propios de la UE y a los extracomunitarios o también llamados Estados terceros.

El concepto de libre circulación de capitales es más amplio que los conceptos de la libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios. Normalmente, siempre que tengamos un supuesto amparable por la libertad de establecimiento o por la libre prestación de servicios, será también un supuesto amparable por la libre circulación de capitales que lleva como complemento, especialmente en el ámbito tributario donde el tema de fondo va a ser el gravamen de una renta en un contexto interterritorial⁵¹.

47 STJCE 11 julio 1974 *Dassonville*. Asunto 8/74. Rec. 1974.

48 STJCE 20 febrero 1979 *Cassis de Dijon*. Asunto 120/78. Rec. 1979.

49 STJCE 7 marzo 1990 *Krantz* Asunto. C- 69/88, Rec. 1990.

50 STJCE 24 noviembre 1993 *Keck y Mothouard*. Asuntos acumulados C- 267/91 y 268/91. Rec. 1993.

51 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, L. M.: "Las libertades comunitarias", cit., p. 210.

Por lo que, jurisprudencialmente hablando, existen multitud de supuestos en los que debido a la vulneración de la libre circulación de capitales otras libertades de manera indirecta también se ven afectadas.

Durante este largo período de tiempo se ha ido construyendo una jurisprudencia respecto a la libre circulación de capitales y los diferentes tipos de impuestos. Destacando alguno de los más asuntos más representativos en los diversos ámbitos resaltamos:

La sentencia *Van Eycke/Aspa*⁵², 1986, como la primera en materia de imposición directa y libre circulación de capitales data de un periodo en el cual no existía aún una liberalización completa de los movimientos de capitales⁵³.

También resaltamos el asunto posterior *Barbier*⁵⁴, *Van Hilten*⁵⁵ y *Block*⁵⁶, los cuales hacían referencia al ámbito de la libre circulación de capitales y la imposición en materia de sucesiones y donaciones.

La jurisprudencia de esta libertad fundamental también está en íntima conexión con la materia de imposición directa. Bien desde la perspectiva del Estado de residencia del contribuyente o desde el Estado de la fuente del mismo, se resalta, entre otros, los siguientes asuntos:

El asunto *Verkooijen*⁵⁷, entendido como un punto de partida de una jurisprudencia que ahora tiene continuidad en otros casos y que ha ejercido una influencia decisiva sobre los sistemas de integración entre el IRPF y el IS en los Estados miembros⁵⁸. En concreto, el TJUE analizó el reparto de dividendos transfronterizos a la luz de la Directiva 88/361, entendiendo que cualquier regulación interna por parte de un Estado puede constituir una limitación al Derecho comunitario y en concreto, a esta libertad.

Otros de los asuntos en relación a esta materia de imposición directa y, en concreto, en relación al tratamiento de los dividendos procedentes de otro Estado miembro han sido los asuntos: *Schimid*⁵⁹ y *Meilicke II*.

52 STJCE 21 septiembre 1988 *Van Eycke/Aspa*. Asunto C- 267/86. Rec. 1988.

53 MARTÍN JIMENEZ, A. J., CALDERÓN CARRERO, J. M.: "La jurisprudencia del TJUE: Los efectos del principio de no discriminación y las libertades básicas comunitarias sobre la legislación nacional en materia de imposición directa", en AA.VV. Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE (coord. por N. CARMONA FERNÁNDEZ). Madrid (2013): CISS, p. 1044.

54 STJCE 11 diciembre 2003 *Herederos del Sr. Barbier*. Asunto C- 364/01, Rec. 2004.

55 STJCE 23 febrero 2006 *Van Hilten*. Asunto C- 513/03. Rec- I- 1957.

56 STJCE *Block* Asunto. C- 67/08.

57 STJCE *Verkooijen*. Asunto C- 35/98. Rec. 2000 I- 4071.

58 MARTÍN JIMENEZ, A. J., CALDERÓN CARRERO, J. M.: "La jurisprudencia del TJUE", cit., p. 1043.

59 STJCE *Schimid* Asunto. C- 516/99. Rec. I- 4573.

A su vez, la jurisprudencia compuesta por los asuntos comentados anteriormente y por otros tantos, está en cierto modo, conectada íntimamente con el concepto de la doble imposición económica y jurídica y los métodos utilizados por los Estados miembros para evitarla.

Al hilo con la jurisprudencia del TJUE en este ámbito resaltamos el asunto *Manninem*⁶⁰, donde el Tribunal se planteó la compatibilidad de estos sistemas de eliminación con el Derecho de la UE.

No obstante, la jurisprudencia no se ciñe exclusivamente a los litigios surgidos entre Estados miembros, sino que va más allá. Comprende también supuestos en los que intervienen terceros Estados y Estados no miembros del Espacio Económico Europeo.⁶¹

D) Libre prestación de servicios.

Por último, la libre prestación de servicios, la cual se encuentra regulada en los arts. 56 y ss. TFUE. Este tratado prohíbe en su art. 56 las restricciones a la libre circulación de servicios dentro de la UE para los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la percepción.

La concepción de la prestación de servicios nos remite al artículo siguiente para entender qué comprende exactamente, siendo importante distinguir en todo supuesto en que intervengan distintos Estados miembros si hay o no establecimiento en el sentido del Tratado. De manera que si se entiende que no existe tal establecimiento estaremos dentro del concepto de libre prestación de servicios⁶².

Al igual que sucedía en especial con la libre circulación de capitales, a nivel jurisprudencial en relación a libre prestación de servicios también se distinguen el tratamiento sobre diferentes materias. No obstante, la gran mayoría de ellas tienen como punto de partida la absoluta negación por parte del TJUE sobre la posibilidad de que la normativa interna de un Estado pueda restringir la libre prestación de servicios en el contexto de los países comunitarios.

60 STJCE 7 octubre 2004 *Manninem*. Asunto. C- 319/02. Rec. 2004 I-7477.

61 Los Estados del "Espacio Económico Europeo" (EEE) son los 28 Estados miembros de la UE más Islandia, Liechtenstein y Noruega.

62 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, L. M.: "Las libertades comunitarias", cit., p. 209.

Esta idea básica del Derecho de la UE se pone de manifiesto en multitud de las siguientes sentencias: caso *Safir*⁶³, *Vestergaard*⁶⁴, *Eurowings*⁶⁵, *Danner*⁶⁶, etc... aunque cada una de ellas es un supuesto específico y distinto.

2. El derecho a la libertad de establecimiento.

No sería completo el análisis jurisprudencial del TJUE respecto a las libertades fundamentales si no se hiciese al menos una breve referencia a la libertad de establecimiento en otro Estado miembro.

Este Derecho se encuentra regulado en los artículos 49 y ss. del TFUE, manifestando que «I... quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro de otro Estado miembro...».

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y a su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas, y especialmente sociedades tal y como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento permanente para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales...».

El concepto de libertad de establecimiento es verdaderamente amplio, por ello en ocasiones le ha resultado complicado al Tribunal de Luxemburgo establecer la diferenciación entre esta libertad y las otras cuatro comentadas anteriormente.

El Tratado comprende la libertad de establecimiento para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad, el derecho a ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de una filial, sucursal o agencia.

A este respecto señala el Tribunal que el domicilio de las sociedades sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado, y analiza si la diferencia de trato entre sociedades nacionales y establecimientos permanentes radicados en dicho Estado está justificada⁶⁷.

63 STJCE 28 abril 1998 *Safir*. Asunto C-118/96. Rec. 1998.

64 STJCE 28 octubre 1999 *Vestergaard*. Asunto C- 55/98, Rec. 1999 I- 7641.

65 STJCE 26 octubre 1999 *Eurowings*. Asunto, C- 294/97. Rec. 1999.

66 STJCE 3 octubre 2002 *Danner*. Asunto C- 136/00.

67 DE VICENTE-TUTOR RODRIGUEZ, M.: "Convenios de doble imposición y Derecho Comunitario", *Instituto de Estudios Fiscales* (2007), vol. 4º, p. 349.

La jurisprudencia que se ha ido creando en materia de fiscalidad directa cada vez es mayor gracias al trabajo desarrollado por el Tribunal de Justicia. Algunas de las más características y conocidas son las siguientes:

Empezando por la primera sentencia *Avoir Fiscal*⁶⁸ el TJUE consideró que las diferencias de trato fiscal entre las sociedades residentes y los establecimientos permanentes no podían permitirse en el ámbito comunitario, y por tanto la aplicación de los métodos para evitar la doble imposición económica debían ser permitidos para ambos tipos de sociedades.

En otras sentencias como el caso *Futura*⁶⁹ y el caso *Royal Bank of Scotland*⁷⁰, el Tribunal censuraba la posibilidad de que una legislación doméstica exigiese a entidades no residentes una serie de condiciones que supusiesen unas restricciones a dicha libertad.

La sentencia *Saint Gobain*⁷¹ fue un punto de inflexión. Desde el análisis de una operación triangular continuaba con la tendencia empezada de la sentencia *Avoir Fiscal*, pero yendo un poco más allá, el Tribunal afirmó que la fuerza vinculante del Derecho comunitario no sólo sobre la legislación tributaria interna de los Estados miembros sino también sobre los CDIs firmados por estos, incluso, con Estados no comunitarios⁷².

Otro de los asuntos de necesario nombramiento fue el caso *Lankhorst-Hohorst*⁷³, el cual se pronunciaba sobre las incompatibilidades de las normas internas y el Derecho de la UE. En este caso se trataba de la aplicación de la norma anti-abuso sobre la anti-subcapitalización, consistente en la prestación de una cantidad de dinero por parte de una sociedad matriz a su filial con el fin de querer convertir lo que alegaban que eran intereses derivados del préstamo en “dividendos encubiertos”.

Éste era un claro ejemplo en el que el Tribunal rechazaba considerar como suficiente para aceptar la norma doméstica anti-abuso la simple alegación por parte del estado de la necesidad de prevenir el riesgo a la evasión fiscal, la eficacia, supervisión y la coherencia de los sistemas fiscales.

Por último, no podemos cerrar el apartado sin comentar otra norma anti-abuso muy propia de los ordenamientos domésticos pero que tienen una aplicación muy restringida en el ámbito comunitario.

68 STJCE 28 enero 1996 *Avoir Fiscal*. Asunto 270/83. Rec. 1996.

69 STJCE 15 mayo 1997 *Futura*. Asunto C- 250/95. Rec. 1997.

70 STJCE 24 abril 1999 *Royal Bank of Scotland*. Asunto C- 311/97. Rec. 1999.

71 STJCE 21 septiembre 1999 *Saint Gobain*. Asunto C- 307/97. Rec. 1999.

72 MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: “Introducción: Imposición Directa”, cit., p. 856.

73 STJCE 12 diciembre 2002 *Lankhorst- Hohorst* Asunto. C- 324/00. Rec. 2002.

En relación al asunto *Cadbury-Schweppes*⁷⁴ se pone de manifiesto el ámbito de aplicación de la norma sobre la transparencia fiscal, la cual el Tribunal la entiende como una norma que puede disuadir a la sociedad matriz para crear, adquirir o mantener una filial en un Estado miembro en el que su nivel de tributación sea inferior al del Estado miembro de residencia de la matriz, por lo que constituye una restricción a la libertad de establecimiento en el sentido del Tratado.

VII. CONSIDERACIONES FINALES.

La Unión Europea representa claramente el esfuerzo político, administrativo, jurídico... de los Estados miembros por evolucionar en la creación de una unificación cada día más fuerte, competitiva, armonizada y con la primordial intención de crear un territorio donde las fronteras no sean una traba y donde no exista la más mínima laguna legal y fiscal entre los países que la forman.

No obstante, no es un proceso sencillo, puesto que todavía a día de hoy existen grandes discordancias entre las ideas, objetivos, intereses y políticas interiores o exteriores de sus países.

Por todo ello, es necesario que existan ciertos instrumentos, como es el caso de la jurisprudencia del TJUE, que consigan minimizar las divergencias normativas entre estos Estados, a fin de eliminar las lagunas existentes.

Como el estudio expone, cabe otorgarle la máxima consideración al papel desarrollado por este Tribunal que gracias a su supremacía sobre las legislaciones internas consigue poco a poco que los objetivos y finalidades de la Unión Europea sean un hecho verídico y que la misma cada vez en mayor medida sea una Unión más homogénea y uniforme en todos sus aspectos.

La jurisprudencia en materia tributaria, ha sido y es un instrumento legal de gran eficacia que marca las pautas de actuación y regulación entre los Estados miembros e incluso entre Estados de la Unión Europea y terceros Estados. De modo que, gracias a la misma hace que la idea de la existencia de un Mercado Interior Común sea un hecho corroborado.

Además, podemos afirmar que tanto el modelo de las competencias asumidas por el TJUE como la jurisprudencia emanada del mismo, han sido objeto de estudio y referencia por otros muchos tribunales de notable importancia, como es el caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

74 STJUE 12 septiembre 2006 *Cadbury- Schweppes*. Asunto C- 196/04.

Por último, haciendo referencia al futuro de la UE, todo indica que el número de países miembros aumentará, puesto que hay varios que ya han comenzado desde hace años sus negociaciones para incorporarse a la Unión.

BIBLIOGRAFÍA

CARMONA FERNÁNDEZ, N.: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*. Madrid (2013): CISS.

CEREXHE, E., VAN BOXSTAE, J. L.: *Introduction a l'étude de droit: les institutions et les sources du droit* (1992): Bruylan.

DE VICENTE-TUTOR RODRÍGUEZ, M.: "Convenios de doble imposición y Derecho Comunitario", *Instituto de Estudios Fiscales* (2007), vol. 4º, p. 349.

DÍAZ ROMERO, L.: *La Integración política en la Unión Europea. Los elementos de su Constitucionalización*, Tesis Doctoral, Universidad de Murcia.

FALCÓN Y TELLA, R., PULIDO GUERRA, E.: *Derecho Fiscal Internacional*. Madrid (2013): Marcial Pons.

GARCÍA PRATS, F. A.: "Incidencia del Derecho Comunitario en la configuración jurídica del Derecho Financiero (I): La acción del Tribunal de Justicia de Luxemburgo", *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* (2001), Núm. 259.

GARCÍA PRATS, F.A.: "La residencia fiscal y Derecho Comunitario", *Crónica Tributaria* (2013), Núm. 146.

GARCÍA-VALDECASAS y FERNÁNDEZ, R., y CARPI BADÍA, J. M.: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea", *Revista jurídica de Castilla y León* (2004), Núm. 3.

MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid (2013): Tecnos.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*. Valencia (2005): Tirant lo Blanch.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, L. M.: "Las libertades comunitarias como límites a la capacidad normativa de los Estados miembros en materia de impuestos directos: la doctrina del Tribunal de Justicia", *Instituto de Estudios Fiscales* (2010), Vol. 10.

EL ACTA NOTARIAL PERFECTA DE COMUNICACIONES POR
WHATSAPP

THE PERFECT AFFIDAVIT OF COMMUNICATIONS BY WHATSAPP

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 404-425



Antonio
RIPOLL
SOLER

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de septiembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: En el presente trabajo se propone una forma distinta de acreditar notarialmente el contenido de mensajes Whatsapp a fin de garantizar la prueba perfecta en el proceso. Las actas notariales que se vienen realizando no aseguran ni la autoría ni la integridad de las mismas.

PALABRAS CLAVE:Whatsapp, contratos por whatsapp, prueba y nuevas tecnologías.

ABSTRACT: In this work a different way to prove the content of a notary Whatsapp messages to ensure the perfect test in the process is proposed. The affidavits being made do not warrant or authorship or integrity of them.

KEY WORDS:Whatsapp, performance contracts by whatsapp, process and new technologies.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. El supuesto de hecho.- III. Posibilidad legal de las actas sobre Whatsapp.- IV. Contratos formalizados por Whatsapp.- V. Descartando actas endeblés.- VI. Hacia la pericia perfecta.- VII. La reiteración de la prueba.- VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

Esta mañana comentaba con una amiga el viaje que este verano he realizado. Junto con mis hijos, aún pequeños, y mi esposa, he visitado Alemania. Desde Alicante, ciudad en que resido, he volado hasta Memmingen. Allí hemos alquilado un coche y hemos visitado distintas ciudades y puntos que nos han parecido de interés para los distintos miembros de la familia. La vuelta a Alicante la hemos realizado desde otro aeropuerto, Baden-Baden. Al final del periplo han sido unos mil doscientos kilómetros los que hemos recorrido. La distancia, para un europeo, no ha sido poca. El haber intercalado noches en distintos lugares de nuestra ruta ha hecho que el viaje haya sido placentero para todos y muy llevadero para los niños.

Mi amiga, algo más mayor y cuyos hijos ya han dejado la infancia, me ha comentado que el plan era similar al que ella, en su día, realizaba con su familia. Ha hecho hincapié en la realidad de que ahora las cosas van más planificadas. En su época, todo era menos previsible, se funcionaba con el *boca a boca* y nunca sabías ciertamente el tiempo que ibas a emplear en tal o cual cosa.

Cuando hablaba con ella, era consciente de la realidad de lo que trataba de transmitirme. Lo cierto es que no sólo la irrupción, en abstracto, de internet y lo que la red conlleva en nuestras vidas ha desencadenado el cambio en el *modus operandi* de las personas. Descendiendo al terreno de lo concreto, las nuevas tecnologías han posibilitado desde planificar cada escala del viaje al detalle, tomando en consideración lo que interesa en cada lugar; adaptando el recorrido a los gustos personales de una forma certera; hasta minimizar los riesgos e imprevistos que acaecen en el desarrollo del mismo.

Así, internet, el GPS, los teléfonos móviles... han supuesto un giro radical en el modo de, por ejemplo, desarrollar nuestras vacaciones y aficiones. Ya no se consultan

• Antonio Ripoll Soler

Antonio Ripoll Soler es Notario de Alicante por oposición entre notarios. Es miembro de la Comisión de Derecho Civil Valenciano, profesor de la Escuela de Práctica Jurídica de Alicante y ha colaborado en distintas publicaciones jurídicas, así como con la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante. Además es autor y editor de "El Blog del Notario" www.pildoraslegales.com. Correo electrónico: antonioripoll@notariaripoll.com.

guías de viaje, se toma tal o cual dato de éste o aquel *website*. Incluso, el negocio de las agencias de viaje ha cambiado, desde la propia virtualización de las mismas, surgiendo distintos operadores en la red, hasta la desaparición de muchas de ellas. Sólo el operador que ha sabido adaptarse a los tiempos y dar un valor añadido ha sido capaz de subsistir.

El cambio que suponen las nuevas tecnologías en el día a día de las personas ha operado también en las respuestas que el Derecho y los operadores jurídicos damos a los problemas que el uso de las mismas conllevan.

Las nuevas tecnologías, a mi ver, lo que han supuesto, antes que nada, es un incremento inimaginable de los medios de comunicación. Las personas entran en relación, unas con otras, de muy distintas maneras, todas, sin duda, enriquecedoras.

Hoy en día chateamos en *Facebook*, *Twitter* o cualquier otra red social, como si lo viniésemos haciendo toda la vida. El *Messenger* casi ya ha pasado a la historia, yo empecé a utilizarlo en el año 2005, aproximadamente, y hoy en día aparece desbordado por otros servicios de mensajería implementados en las propias redes sociales. Si hablamos con un niño en relación a un teléfono móvil, la posibilidad de utilizarlo para comunicarse con él mediante la voz resulta, casi, algo accesorio. En efecto, el concepto de teléfono ha sido desplazado por el de *smartphone*. Una de las grandes víctimas de los cambios tecnológicos ha sido el mensaje SMS. Dichos mensajes, en su día, tuvieron su éxito, como consecuencia del ahorro de costes que suponían frente una llamada al móvil. Sin embargo, en la actualidad, las tarifas planas de datos han desplazado dicho sistema en favor del *Whatsapp*, *Line* y otros sistemas de mensajería, bastante más baratos y, al mismo tiempo, mucho más dinámicos.

La irrupción de esos medios de comunicación en la vida de las personas hace que el uso indebido de los mismos genere problemas a los que los operadores jurídicos tengamos que dar respuesta. La solución no siempre es fácil, la norma jurídica suele llegar con retraso y, como es tópico, la realidad siempre va por delante del problema que se presenta al técnico en Derecho y, en todo caso, de la regulación llamada a solventarlo.

En los últimos tiempos, a los Notarios, en España, se nos ha planteado el reto de dar solución en la fase prejudicial a los problemas que el uso de las nuevas tecnologías, como medio de comunicación y contratación entre personas han generado.

En efecto, la variabilidad de lo que en un determinado momento aparece en determinada página *web* o, por otro lado, la necesidad de conservación de las comunicaciones recibidas por una persona es algo que preocupa a las personas.

Probar la existencia de un determinado contenido *web* que está siendo utilizado indebidamente en un momento concreto puede ser la pieza angular sobre la que exigir responsabilidad al que ha hecho uso espúreo del mismo. Igualmente, acreditar la existencia de una determinada comunicación ante la pérdida de un terminal, un borrado de datos o cualquier otro accidente que pudiera acaecer; puede dejar vacía de contenido la pretensión de la persona que se ve perjudicada en sus legítimos intereses que pretende hacer valer posteriormente en un proceso.

II. EL SUPUESTO DE HECHO.

En este trabajo me voy a centrar en las actuaciones notariales relacionadas con el uso del whatsapp por las personas.

El whatsapp aparece como medio de comunicación entre las personas en época relativamente reciente. Su éxito descansa en el abaratamiento de costes que representa frente a cualesquiera otros medios de comunicación, así como en la fluidez del mismo para establecer vínculos de comunicación entre las personas. La posibilidad de remitir fácilmente, no sólo mensajes de texto sino también archivos de audio, vídeo e imagen hacen que se generen unas oportunidades infinitas que lo hacen sumamente atractivo al ser humano. Compartir es lo que imponen las nuevas tecnologías y el uso de redes sociales y el whatsapp hace de ese propósito una tarea muy fácil.

Las personas, cuando en su día a día lo utilizan, se despreocupan de los problemas de seguridad que conlleva el uso de tal aplicación como medio de comunicación, la posibilidad de una suplantación de identidad, en una fase de “comunicación inocente” no preocupa. Obramos de buena fe, pensamos que no va a existir ningún problema; sin embargo, en función de la naturaleza de las relaciones y el contenido de las comunicaciones, la cotidianeidad de las personas unida al uso de dicha app puede conllevar la necesidad de fijar con certeza jurídica determinado intercambio de comunicación que ha tenido lugar con dicho medio.

Al margen de los gustos de cada cual, lo que está fuera de toda duda es que el que entabla comunicación utilizando una de estas app ha expresado una declaración de voluntad, unos sentimientos, unas ideas o instrucciones a través de la misma. Probar que lo que refleja el terminal es imputable o no a determinada persona será otra cuestión; sin embargo, emitida la comunicación ésta debe tener determinados efectos.

Actualmente, es frecuente que acudan personas a la Notaría solicitando que el notario deje constancia de la existencia de determinadas comunicaciones o chateo utilizando este medio. A tal fin acude con un teléfono móvil en el que aparece una determinada comunicación. Se pretende que el Notario de testimonio y traslade

a papel con el propósito de no verse perjudicado el requirente ante una eventual pérdida de la prueba física que representa el aparato.

¿Cuáles son los ámbitos en los que suele presentarse? En mi opinión, la actuación notarial se reclama para tres usos netamente diferenciados:

El más frecuente es el relativo a los procesos de familia. Es habitual en España, que los cónyuges que se separan o divorcian, o los padres de un menor que tienen que compatibilizar la crisis de la pareja con sus hijos menores utilicen este medio de comunicación. La comunicación escrita por este medio se presenta como más aséptica que la utilización del propio teléfono o las relaciones verbales. En determinados casos, uno de los progenitores pretende hacer valer su pretensión judicial, en caso de conflicto, aportando determinadas comunicaciones vertidas por este medio. El cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de cada uno de los progenitores se pretende refrendar con lo que se ha dicho o dejado de decir a través de este medio. En tales supuestos, el letrado dirige a su cliente al Notario a fin de que levante acta de lo que consta en el terminal.

Un segundo ámbito se presenta en aquellos supuestos relacionados con los procesos de violencia de género. En tales casos se pretende, como en el anterior, dejar constancia de las amenazas proferidas por una determinada persona a otra utilizando este medio de comunicación. Se podrá decir que el supuesto es idéntico al anterior; salvo que el contenido de las comunicaciones es diverso. Siendo cierto lo anterior, notarialmente, como se verá, desde un punto de vista competencial, presenta matices propios que lo diferencian del primer ámbito referido.

En tercer y último lugar, puede que lo dicho a través del whatsapp exceda del ámbito de las relaciones personales y familiares y entre, de lleno, en lo relativo a la contratación. ¿Es posible celebrar un contrato utilizando el whatsapp? ¿Qué valor se da a la declaración de voluntad emitida a través de este medio?

Centrado así el supuesto de hecho y sus distintas modalidades, seguidamente, trataré de analizar lo que añade la actuación notarial, la posibilidad y límites, en su caso, de llevar a cabo la misma, así como ofreceré la propuesta de lo que debería ser una buena praxis del notario en esta materia.

Anticipo que, en mi opinión, queda aún mucho camino por recorrer.

III. POSIBILIDAD LEGAL DE LAS ACTAS SOBRE WHATSAPP.

Al atender los requerimientos que constituyen el objeto de este trabajo, en España, muchos Notarios se plantean la posibilidad legal de aceptarlos.

Lo que está claro, es que la actuación entra dentro, conceptualmente, del ámbito de las actas notariales, a las que el art. 17 de la Ley del Notariado reserva el siguiente contenido: “[...] Las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones”.

En desarrollo del citado precepto, en el Reglamento Notarial encontramos:

El art. 1, al decir, en relación a los notarios, dice: “[...] Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos [...]”.

El art. 144 RN reitera el contenido del art. 1 LN, al decir: “[...] Las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones.[...]”.

El art. 198 RN, abriendo la sección 4ª destinada a regular las actas notariales, establece: “1. Los notarios, previa instancia de parte en todo caso, extenderán y autorizarán actas en que se consignen los hechos y circunstancias que presencien o les consten, y que por su naturaleza no sean materia de contrato. [...]”.

El art. 199 RN, regulando las actas de presencia, de cuya naturaleza participan las que son objeto de examen en este trabajo, establece: “Las actas notariales de presencia acreditan la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización. El notario redactará el concepto general en uno o varios actos, según lo que presencie o perciba por sus propios sentidos, en los detalles que interesen al requirente, *si bien no podrá extenderse a hechos cuya constancia requieran conocimientos periciales* [...]”.

Se llama la atención deliberadamente sobre el último inciso del texto citado porque afecta especialmente a la materia que nos ocupa y a la solución propuesta.

El art. 200 RN añade: “Serán también materia de las actas de presencia: [...] 3.º La exhibición al notario de documentos o de cosas con el fin de que, examinados, los describa en el acta tal y como resulten de su percepción.[...]”.

Lo que normalmente se solicita al Notario, es que constante el contenido de la comunicación que aparece en el soporte que se le presenta; usualmente, un teléfono móvil.

Existe, sin embargo, la creencia de que la intervención notarial sobre la comunicación añade algo más a lo que realmente se presenta. Lo cual, a diferencia de

lo que sucede en las escrituras públicas, donde es el Notario el que se hace autor de las mismas, trascendiendo su intervención de la propia voluntad de los otorgantes, nunca puede suceder en las actas notariales, donde el notario, simplemente, que no es poco, constata lo que ve, oye o percibe por los sentidos. El Notario, en estos casos da certeza y fija de forma indubitada lo que ha presenciado.

¿Qué es lo que el notario ha presenciado cuando se le exhibe el celular? Simplemente, la existencia de un terminal en el que aparecen unos mensajes que se transcriben en el acta. Si el acta se hace razonablemente bien, se hará referencia, además, a datos tales como el número del terminal; quién aparece como emisor de los mensajes, quién como receptor; la fecha... sin embargo, es importante tener en cuenta que más allá de la existencia del mensaje, del concreto texto transcrito, el acta así configurada no aporta nada. *No prueba que de forma indubitada ese mensaje se puede imputar a una concreta persona. Tampoco prueba que no ha sido alterado.*

Pese a lo inconsistente del acta, se solicitan de forma reiterada entiendo que por tres motivos:

1) para el interesado vale más tener de forma indeleble el texto sobre el que funda su pretensión que no tenerlo;

2) procesalmente, si la otra parte no sabe contraargumentar sobre la base de lo referido anteriormente, puede ser suficiente para asegurar la conservación de la supuesta prueba;

3) al hecho de que haya intervenido sobre la prueba un notario hay quien le atribuye una suerte de valor moral que en este caso, ciertamente, no existe.

Las actas, tal cual ha quedado expuesto, se autorizan, cada día son más frecuentes en nuestros despachos, sin embargo, no faltan los que consideran que no somos, los Notarios competentes, los argumentos son distintos en función del supuesto ante el que nos encontremos. Normalmente, los más usuales, de los tres citados anteriormente, son los dos primeros: los relativos a los procesos de familia y los concernientes a delitos de violencia de género o asimilados a los mismos.

Los argumentos para negar la intervención notarial descansan en el derecho a la intimidad de las comunicaciones, como derecho fundamental de las personas, recogido en la Constitución Española. A este, en relación al segundo de los supuestos -violencia de género y asimilados- se le añade, la incompetencia notarial en materia penal, a la que se refiere el Reglamento notarial.

Así, en el art. 18.1 de la Constitución Española (CE), se dice: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

Parece que el hecho de que una conversación privada entre dos personas sea trasladada a un acta sin el consentimiento de una de ellas puede vulnerar el derecho a la intimidad. Tal consideración, que podría resultar cierta si se aplicase literalmente la doctrina respecto a grabaciones no consentidas de conversaciones telefónicas, es inaplicable al caso que nos ocupa. En efecto, pretender aplicar dicha doctrina a las comunicaciones mediante whatsapp implica desconocer absolutamente la naturaleza de ambos medios de comunicación. Así, el que se expresa verbalmente es lógico que tenga derecho a ser advertido de que sus declaraciones están siendo grabadas. La falta de consentimiento podría dar lugar a considerar que se han obtenido indebidamente. Sin embargo, el que emite un mensaje de whatsapp sabe que su voluntad está siendo plasmada y es susceptible de ser reproducida, sin su intervención, tal cual él mismo la emitió. Por tal motivo, *no puede apelarse al derecho a la intimidad del emisor de la declaración como límite para la actuación notarial.*

En el caso de las comunicaciones que pudieran incidir en violencia de género y supuestos asimilados la actuación notarial tiene unos perfiles propios que la diferencian de la anterior. Indudablemente, lo dicho respecto a la no vulneración del derecho a la intimidad es también predicable en este caso. Sin embargo, el artículo 2 establece un límite competencial previo, al decir: "Al Notariado corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública, en cuantas relaciones de Derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial". Es necesario resolver si es posible que el Notario intervenga en cuestiones que caen dentro del Derecho Penal, como Derecho Público excluido de la competencia natural de este funcionario, para dilucidar si es posible la actuación requerida en este tipo de supuestos.

Prima facie la literalidad del precepto es difícil de saltar, no obstante, pese a ello, es importante tener en cuenta el art. 24 CE, el cual, al regular el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva establece: "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

En mi opinión, la necesidad de conservar la prueba, evitar que se pierda o se produzca un borrado de datos es causa suficiente para enervar el límite competencial establecido en el art. 2 RN y, buscando el amparo del art. 24 CE, autorizar el acta que pretende que se constate el contenido de determinados mensajes emitidos a través

del whatsapp. Sobre la base de esta argumentación autorizo, con referencia expresa a tal precepto, el acta que analizo en este trabajo.

IV. CONTRATOS FORMALIZADOS POR WHATSAPP.

Hasta ahora he comentados dos de los tres supuestos en los que se puede requerir a un Notario para que constate la existencia de un determinado contenido en un teléfono móvil. El tercer supuesto, como se dijo, presentaba unos matices diferenciales. Me estoy refiriendo a los casos en los que el contenido de las comunicaciones realizadas mediante whatsapp hace referencia a materia contractual.

Los problemas relativos a la viabilidad del acta notarial para acreditar la existencia de una declaración de voluntad emitida mediante whatsapp son los mismos que se han comentado respecto de los anteriores supuestos; si bien, en este caso, no se plantean dudas sobre la competencia notarial al tratarse de relaciones de Derecho privado y poder ser prejudiciales. Nótese que, en muchas ocasiones, sin haber existido contienda judicial o sin ni siquiera preverse la misma, puede que al contratante cauteloso le interesen dejar constancia de la existencia de una declaración de voluntad emitida utilizando este medio de comunicación.

En este contexto, me ha parecido interesante, hacer un breve excursus sobre la viabilidad, a la vista del ordenamiento jurídico vigente, de celebrar contratos por whatsapp. He tomado en consideración para ello algunos trabajos que publiqué en mi blog, www.pildoraslegales.com y que se reseñan en el apartado de bibliografía.

La realidad es que los tiempos cambian, nuestras costumbres y modo de proceder en el día a día mutan de forma vertiginosa. *¿Podemos celebrar un contrato mediante whatsapp?*

El punto de partida de la respuesta se encuentra, inexorablemente, en los arts. 1278 a 1280 del Código civil español. En concreto el art. 1278 CC, recogiendo el principio espiritualista tradicional en nuestro Derecho establece la libertad de forma, al decir: "Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez".

Pese a lo cotidiano, actualmente, en nuestro día a día, la utilización de las nuevas tecnologías y de las nuevas formas de comunicación que nos brinda la sociedad de la información, no hace tanto tiempo que nuestra Ley ha tenido en consideración la contratación electrónica.

En el año 2002 se unifica la redacción de nuestros Códigos civil -aplicable a las relaciones entre particulares no comerciantes- y de Comercio -que toma en

consideración al empresario-, para llegar a una solución coincidente y más acorde con ¿aquellos? tiempos -digo aquellos porque el año 2002, con todo lo que han cambiado las comunicaciones en estos doce últimos años- parecen ya la prehistoria de las redes sociales. Hasta aquel momento, lo que aquí trato venía a abordarse bajo la idea de lo que en los códigos aparecía como contratación entre ausentes. Actualmente, con una redacción coincidente, los dos textos legales dicen:

“En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico introduce tales modificaciones. Al mismo tiempo, traza las líneas maestras de lo que debe entenderse por contratación electrónica. Para ello toma en consideración y traspone las directivas europeas sobre la materia. Partiendo del principio de neutralidad tecnológica, en el fondo, la contratación electrónica no es más que una forma de exteriorizar la voluntad.

Nuestra voluntad es la que nos vincula. Los contratos surgen al prestar el consentimiento, queriendo obligarse una parte con la otra. La manera cómo se exteriorice es intrascendente y queda reducida a una cuestión de prueba. Sin perjuicio de aquellos supuestos en los que la Ley, exige, una determinada forma para hacer nacer el contrato, como sucede, por ejemplo, en una sociedad limitada, que requiere escritura pública, como requisito constitutivo.

A la vista de todo lo anterior, queda fuera de toda duda que es posible celebrar un contrato a través del whatsapp. Cuestión distinta será la de probar que realmente se prestó el consentimiento y quién era el que daba el sí al negocio; que es de lo que tratamos en este trabajo.

El uso de esta plataforma cabría dentro de lo que la norma citada llama “dispositivos automáticos” -la verdad es que chirría el solo hecho de llamar así a la App-.

¿Cuándo quedo obligado? Desde el momento en el que envío la aceptación, aunque no aparezcan las marcas de validación, pues la recepción, en estos casos es intrascendente, la sola remisión a la plataforma justificará la existencia del contrato.

Siendo cierto lo anterior, en mi opinión, a la vista del estado actual de las telecomunicaciones, debería ser matizado el tema. No sólo se trata de darle al botón, sino de que el mensaje entre en la red. Es cuando la comunicación fluye cuando se ha producido la emisión del consentimiento. Es como diferenciar entre pensar y exteriorizar el pensamiento hablando. El hecho de que la otra parte no oiga no impide decir que el consentimiento se ha exteriorizado.

Así, por ejemplo, la falta de conexión a la red, determinará que el consentimiento no se haya manifestado, como dice la Ley, por no haber podido transcender de la persona del emisor:

V. DESCARTANDO ACTAS ENDEBLES.

Hoy en día, la mayoría de las actas, hasta donde llego a conocer, se realizan de la forma reseñada anteriormente. El acta *razonable* presenta el siguiente *iter*:

1) Comparecencia ante notario con el terminal.

2) Manifestación de interés legítimo que justifique la actuación notarial. En tales supuestos el portador del aparato lo identificará como propio, reseñará el número de teléfono, manifestará para qué está requiriendo la actuación notarial...

3) El Notario advertirá de los siguientes particulares: a) Que autoriza el acta para garantizar la tutela judicial efectiva del art. 24 CE; b) Que la fe pública notarial no se extiende a los extremos que no se pueden constatar por el notario tales como los relativos a la autoría del mensaje y la inalterabilidad del contenido. Esto último, en el estado actual de las cosas, resulta evidente. El notario no es perito informático y, en principio, desconoce si el mensaje ha sido realmente emitido por el remitente que aparece en el terminal así como si el contenido del mensaje ha sido o no alterado. Incluso, aunque se pudiese acreditar que el mensaje ha sido realmente emitido desde un concreto terminal, faltaría acreditar que realmente lo emitió la persona a la que se pretende imputar; la persona contra la que, normalmente se dirigirá la acción en el correspondiente proceso de familia o proceso penal.

4) En este proceso a mi me gusta comprobar que el teléfono realmente es el que aparece reseñado en el acta, por lo que suelo efectuar una llamada al número, desde mi Notaría; todo lo cual reseño en el acta correspondiente. Sin embargo, en ocasiones, el interesado manifiesta que carece de línea, que el contrato ha sido dado de baja... Si el acta se realiza de la forma que finalmente se propondrá en este trabajo, todo esto tiene escasa transcendencia. Podríamos diferenciar dos niveles de usuarios. Por un lado, el de aquel usuario estándar que actúa de buena fe y que carece de conocimientos que le permitan hacer algo más que emitir o recibir el mensaje. Junto a éste, existen otros usuarios más aventajados que conocerán que el whatsapp opera sobre un número virtual, que el cambio de línea o número de teléfono no afectará a la cuenta de whatsapp creada anteriormente... incluso existirán los que sepan tanto simular la apariencia de un mensaje -lo que suele ser bastante burdo si el Notario actúa diligentemente-. Hasta los que sepan suplantar la identidad del emisor del mensaje, algo más difícil de comprobar. Sin embargo, a los fines del usuario *estándar*, la comprobación de la existencia de la línea en los términos referidos podría ser suficiente.

5) A la hora de realizar la transcripción de los mensajes, que deberá ser literal, será importante evitar que bajo el pretexto de realizar una transcripción parcial se sesgue la verdad. Se trata de evitar que el requirente, amparándose en la forma notarial, presente su verdad, su versión de los hechos, en el proceso correspondiente.

El acta así realizada merece una doble calificación.

A favor de la bondad de la misma se podrá decir que, procesalmente, presenta el medio de prueba al juzgador de forma ordenada. Al mismo tiempo, ha pasado por el tamiz notarial, lo cual da un halo de solemnidad. Indudablemente deja constancia de un determinado contenido en un tiempo y terminal.

Sin embargo, siendo cierto todo lo anterior; a poco que la parte contraria esté bien asesorada, no resultará muy difícil desarticular el material probatorio que descansa en un acta realizada de tal manera. La pátina que la actuación notarial deja sobre el contenido de los mensajes cruzados por whatsapp desaparece rápidamente si no se da valor añadido. Si, realmente, la actuación notarial no va refrendada por la existencia de una prueba que soporte cualquier embate posterior de la parte contra la que se esgrime.

¿Cuáles son los defectos que presenta la prueba presentada bajo la forma de un acta notarial celebrada bajo el iter anterior?

El primero de los problemas que presenta es que el relativo a la autoría del remitente de los mensajes. Debemos, como se apuntó anteriormente, diferenciar dos planos. El autor real de los mensajes difícilmente puede ser garantizado de forma pericial. Cualquier persona puede sustraer un teléfono móvil y remitir una serie de mensajes desde el mismo. Aparentemente, los habrá remitido su titular; pero eso no siempre tiene que ser así. Pero, en el caso que nos ocupa, lo que sucede, es que la sola existencia de unos mensajes de texto en el terminal presentado al Notario, no prueba que éstos hayan sido remitidos desde el terminal al que se pretenden imputar.

Si el Notario ha sido diligente en su actuación, aunque el acta se haya realizado de la forma expuesta anteriormente, se habrá encargado de dejar la correspondiente advertencia en el texto de la misma, a fin de evitar que el requirente se aproveche indebidamente de la fe pública notarial.

El otro problema que resulta es el relativo al contenido de los mensajes. La existencia de un mensaje concreto en el terminal; el hecho de que se testimonie en el acta, no garantiza que no haya sido manipulado indebidamente por el rogante de la actuación notarial.

Al igual que decía anteriormente, el notario, en todo caso, si autoriza un acta en los términos reseñados, pese a la debilidad de la misma, deberá advertir sobre los límites de la actuación notarial. Debe dejarse claro lo que ampara ésta y lo que excede de la misma. De lo contrario, se corre el riesgo de que las carpetas de la notaría tengan más valor que lo realmente acaecido.

Por todo lo anterior, si el acta no prueba la autenticidad e inalterabilidad del contenido, difícilmente servirá para poco más que lo anunciado anteriormente. Se puede decir que el buen abogado contrario se encargará de mostrar la inutilidad de la misma como medio de prueba.

En tales casos, al requirente, lo único que valdrá realmente será presentar al juzgador el terminal, a fin de que sea objeto de la pericia correspondiente.

Sin embargo, esto nos habrá llevado al primero de los problemas: el requirente afrontará el riesgo de que la pérdida o avería del terminal antes del proceso judicial correspondiente le deje sin medios de defensa o ataque. A ello habrá que añadirle el hecho de que la prueba así presentada, habida cuenta del colapso de la Justicia española y la precariedad de los medios no será muy *friendly* o amigable para el juzgador.

VI. HACIA LA PERICIA PERFECTA.

A la vista de lo comentado hasta ahora, será cuestión de tiempo que la forma de realizarse las actas notariales para la constatación de mensajes de whatsapp quede en entredicho. Los propios operadores jurídicos prescindirán de un trámite que poco aporta a su pretensión. Quedar a merced del oponente como consecuencia de basar la argumentación procesal en una prueba inconsistente es el último recurso del letrado.

Por tal motivo, se hace imprescindible reformular la forma de elaborar dichas actas a fin de que realmente cumplan la finalidad que se pretende. Visto en abstracto, si adoptamos la posición del *deber ser* las actas que nos ocupan no están destinadas a engañar al juzgador. La finalidad real es doble: 1) garantizar la conservación de la prueba -que es, en realidad, lo que en la práctica busca el requirente de buena fe, al cual aterroriza perder el dispositivo antes del juicio-; 2) por otro lado, una buena praxis del letrado buscaría presentar la prueba de forma ordenada, haciéndola fácilmente comprensible al juzgador y desterrando toda sombra de duda que pudiera recaer sobre la misma.

La primera finalidad expuesta debería cumplirse de forma que la prueba pudiera reiterarse indefinidamente en el Juzgado y ofrecer la posibilidad a la otra parte de, llegado el caso cuestionarla. Si la prueba no es susceptible de ser reiterada, el

oponente siempre podrá alegar indefensión; siempre podrá cuestionar lo presentado y siempre podrá decir que no puede presentar su versión. Está claro que el traslado de los mensajes realizado en la forma referida anteriormente, no cumple tal finalidad. En el momento en el que dichos mensajes se testimonian y trasladan a papel se desvinculan de la propia prueba en su integridad. La prueba en el caso que nos ocupa es algo más que el contenido de unos mensajes. Los mensajes no son nada sin los elementos que permiten determinar el terminal o dispositivo del que proceden y los que permiten acreditar la no alteración de los mismos.

En este contexto, debemos volver a traer a colación el art. 199 RN, en el que subrayábamos el inciso, relativo a las actas de presencia que señalaba, respecto de la redacción de lo que el notario perciba en las actas de presencia, *en lo que interese al requirente*, pero sin que pueda extenderse “a hechos cuya constancia requieran conocimientos periciales. [...]”.

En mi opinión, en este precepto, no se está excluyendo que el Notario levante acta de presencia en aquellos supuestos en los que lo que trata de acreditarse haga referencia a realidades técnicas o que pueden hacer falta conocimientos periciales. De lo que se trata, al fin, es de que el Notario extreme las cautelas, sea prudente y en los supuestos de falta de conocimientos adecuados enturbie lo presenciado, lo plasmado en el acta como consecuencia de la falta de conocimientos adecuados para plasmar la realidad de lo que ve. Así, el Notario, en todo caso, en las actas de presencia, deberá plasmar documentalmente lo que ve, oye o percibe, siendo fiel en la realidad; en aquellos casos en los que carezca de los conocimientos adecuados, deberá auxiliarse de un perito a fin de que le ayude a percibir lo que por falta de conocimientos no es capaz de percibir por sí solo.

Consiguientemente, los conocimientos periciales que sirven para excluir la actuación notarial son aquellos que el Notario necesita, con arreglo a su diligencia profesional, para ser capaz de trasladar a la redacción del documento.

Por otro lado, existe una segunda cuestión, en relación a los *conocimientos periciales* de lo que se trata es de que el Notario presente los hechos, no de que realice un informe pericial, en tales casos, la actuación notarial dejaría de ser acta de presencia para convertirse en un informe, por muy notarialmente que hubiese podido realizarse. Es más, en aquellos casos en que el Notario se extralimite y se adentre en la materia pericial correrá el riesgo de generar responsabilidad que, normalmente, el seguro de responsabilidad civil que tiene contratado no cubrirá.

Consiguientemente, para cumplir la primera de las finalidades expuestas, la de *conservar la prueba y permitir su reiteración* el Notario deberá trasladar lo que percibe al examinar el terminal de forma que, posteriormente, sea susceptible de ser reiterado íntegramente.

En este punto se ofrecen dos soluciones complementarias; sin embargo, ambas pasan, ante la falta por parte del Notario de los conocimientos periciales y/o para evitar los riesgos de responsabilidad referidos anteriormente, por la presencia de un perito informático que complete los hechos objetivos trasladados con el valor de los mismos. Con esto, se conseguiría la segunda de las finalidades, se presentaría una prueba objetiva y de calidad, de forma ordenada; falta sin embargo, aquí, lo relativo a la repetibilidad que se apuntaba anteriormente como uno de los requisitos para que el acta esté perfectamente realizada.

Así, en esta primera fase, el *iter procedimental* será el siguiente:

1) El requirente presentará el terminal, como en el supuesto sobre el que partíamos, comparece ante notario a tal fin.

2) Igualmente, es necesario manifestar el interés legítimo que justifique la actuación notarial, y como en el primer caso el portador del aparato lo identificará como propio, reseñará el número de teléfono, manifestará para qué está requiriendo la actuación notarial...

3) El Notario debe seguir advirtiendo: a) Que autoriza el acta para garantizar la tutela judicial efectiva del art. 24 CE; b) Que la fe pública notarial no se extiende a los extremos que no se pueden constatar por el notario.

4) Sin embargo, en este caso, a diferencia del anterior, hará constar el protocolo de comprobaciones que a efectuado a fin de excluir usos indebidos del acta notarial. La especialidad de esta acta es que, en el propio requerimiento o en sus diligencias comparecerá un perito informático a fin de dejar constancia de los extremos que sea conveniente reseñar. En función de los conocimientos del Notario, se podrá reseñar, sin más extremos relativos a comprobaciones efectuadas con programas auxiliares o se podrán constatar las manifestaciones que el perito haga, en presencia del Notario al respecto. Consiguientemente, se exige del Notario, la comprobación de algo más que el propio contenido del mensaje, en función del grado de *expertise* del mismo se podrá hacer directamente por el propio fedatario o auxiliarse del perito informático correspondiente. A la postre se trata de establecer un protocolo de comprobaciones, a fin de que la contraparte no pueda aducir que se ha obviado tal o cual garantía en favor de aquel contra el cual el acta se utiliza.

5) Todo lo relativo a los aspectos técnicos del teléfono sobre el que se opera y que en el acta criticada se apuntaban quedará embebido en el protocolo que se reseña *supra* 4).

6) Habiendo efectuado las comprobaciones anteriores, se transcribirán los mensajes. Se trata, en fin, de dar valor añadido al contenido de los mensajes. Las

comprobaciones que se pretenden están destinadas a disipar cualquier duda respecto al número virtual o no, desde el que se han remitido, así como a la inalterabilidad de los mismos.

El acta así realizada tiene un valor añadido respecto a lo que en la práctica se viene realizando en la actualidad, así, no sólo se transcriben unos mensajes sino también se da transcendencia a determinados aspectos técnicos que pueden incidir tanto en la autoría como en la integridad de los mensajes.

Dijimos inicialmente que no sólo se trata de dar certidumbre a lo emitido sino también de dar la posibilidad a la otra parte de cuestionar lo realizado. A fin de cuentas, de lo que se trata es de presentar una prueba ordenada, por un lado. Esto se habría conseguido con lo referenciado hasta aquí. Sin embargo, también es conveniente, a fin de cerrar el círculo, dar a la otra parte la posibilidad de cuestionar lo realizado.

VII. LA REITERACIÓN DE LA PRUEBA.

Con las actuaciones anteriores se habrá conseguido garantizar la conservación de la prueba a favor del requirente de la actuación notarial. Sin embargo, lo que se pretende es que la otra parte, pueda cuestionar lo realizado por el requirente. Si las cosas se han realizado correctamente, el requirente nada debe temer:

El acta de presencia realizada en la forma realizada anteriormente, deberá ir acompañada por el proceso que se relata a continuación.

Así, acreditados los extremos relativos al requirente, interés legítimo y valor de lo que presenta, efectuando las comprobaciones pertinentes por Notario auxiliado en mayor o menor medida por un perito, debe facilitarse la repetición de las comprobaciones por un perito de la otra parte. Debe ser posible que el análisis probatorio presentado por el requirente sea refutado utilizando un material indubitado.

En este punto, es imprescindible que el Notario proceda a realizar un proceso de duplicado del contenido del terminal, a fin de posibilitar que, caso de ser cuestionado el informe pericial que acompaña el acta, el perito de la otra parte pueda trabajar sobre el mismo material probatorio.

¿Cómo se realiza esto? El Notario, con o sin ayuda del perito, deberá proceder a realizar un *back up* del terminal que se le presenta. Deberán obtenerse tres copias, una de ellas, si fuere necesario, para entregar al perito que asiste en el acta, a fin de que pueda elaborar el informe que proceda.

Otra copia será entregada, una vez realizada la actuación notarial, al requirente. Deberá procederse a entregar de forma que sea posible aportarla en el proceso sin que haya dudas respecto a la inalterabilidad de la misma. A tal fin, el Notario deberá proceder a depositarla en sobre cerrado, sellado con sellos de seguridad del Consejo General del Notariado, imposibilitando la apertura del sobre sin destruir los elementos de seguridad que se hayan reseñado en el acta. En este sentido, bien puede servir la praxis que se opera en relación a los testamentos cerrados, a fin de precintar los sobre que contienen el *back up*.

El tercer *back up* deberá quedar depositado en la Notaría. De esta manera se posibilita recuperar el soporte que ha sido objeto de la actuación notarial y pericial en cualquier momento y, aunque se haya extraviado, aportarlo nuevamente al proceso.

¿En qué soporte se debe conservar el *back up*? La realidad es que es intrascendente, desde el punto de vista de la legislación vigente que se citará, son múltiples las posibilidades. A mí, personalmente, me parece una buena práctica que el Notario, bajo su responsabilidad, proceda a efectuar una copia en un CD o en un *pen drive*, esto último más utilizado en la práctica, por la tangibilidad del soporte. Si bien, también será conveniente, como medida de seguridad, que el Notario proceda a efectuar una copia para conservar en su servidor.

Posteriormente se podrá entregar tanto el propio soporte físico que contiene el *back up* como una copia del mismo realizada por el propio notario. De esta manera, el material probatorio se habrá conservado y el perito de la otra parte podrá contradecir lo que aparezca en el acta notarial. Si bien, qué duda cabe, lo verificado de esta manera, difícilmente podrá ser refutado.

El fundamento normativo de la parte final del acta de whatsapp propuesta se encuentra en el art. 216 RN, que establece:

“Los notarios pueden recibir en depósito los objetos, valores, documentos y cantidades que se les confíen, bien como prenda de contratos, bien para su custodia.

La admisión de depósitos es voluntaria por parte del notario, quien podrá imponer condiciones al depositante, salvo que el depósito notarial se halle establecido en alguna ley, en cuyo caso se estará a lo que en ella se disponga.

El depósito notarial de documentos que estén extendidos en soporte informático se registrará además por las siguientes normas:

1.º El soporte digital que contenga un documento electrónico se entregará en depósito al notario, por el plazo y condiciones que convenga éste con el requirente o requirentes; en el acta de depósito, o en el documento en que deba quedar

unido, bastará con hacer referencia depósito con reseña de las características del documento electrónico y de su soporte, tales como su fecha, formato y su extensión, si las tiene, la unidad de medida, en su caso, así como las demás características técnicas que permitan identificarlos.

2.º La Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en el artículo 113.3 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, podrá acordar, cuando innovaciones técnicas lo hagan aconsejable, el traslado sistemático del contenido de documentos informáticos depositados a un nuevo soporte, más adecuado para su conservación, lectura o reproducción, dictando las normas que garanticen la fiabilidad de las copias. En todo caso, deberá citarse a los interesados, quienes podrán oponerse retirando el documento.

También podrá realizarse, con la misma finalidad, el traslado a un nuevo soporte a instancia de la persona que depositó el documento o sus causahabientes. El traslado del contenido del documento deberá hacerse por medios técnicos adecuados que aseguren la fiabilidad de la copia.

Cuando proceda la devolución de un depósito se extenderá en la misma acta nota expresiva de haberlo efectuado, firmada por la persona que haya impuesto el depósito o por quien traiga de ella su derecho u ostente su representación legal o voluntaria.

Cuando el depósito estuviese constituido bajo alguna condición convenida con un tercero, el notario no efectuará la devolución mientras no se le acredite suficientemente el cumplimiento de la condición estipulada.

Para la devolución del depósito el solicitante tendrá que acreditar al notario el derecho que le asiste.

El notario rechazará todo depósito que pretenda constituirse en garantía de un acto o contrato contrario a las leyes o al orden público.

Si el objeto depositado fuera un programa informático cuyo contenido no pueda ser razonablemente conocido por el notario, éste sólo admitirá el depósito si el requirente depositante manifiesta que el contenido de aquel programa no es contrario a la ley o al orden público".

VIII. CONCLUSIONES.

1) Es perfectamente posible realizar por el notario actas destinadas a la constatación y comprobación del contenido de comunicaciones efectuadas a través de whatsapp o procedimiento equivalente.

2) Las actas relativas a dichas comunicaciones tienen poco valor si sólo se limitan a transcribir mensajes.

3) Es conveniente que la actuación notarial se complete con la concurrencia de un perito que aporte al acta la propia materia pericial.

4) El acta notarial deberá efectuar una serie de comprobaciones tendentes a garantizar la procedencia de los mensajes y la inalterabilidad de los mismos.

5) La prueba así presentada debe ser susceptible de repetición.

6) A tal fin, se presenta imprescindible que el acta sea, no sólo de presencia, también de depósito. El soporte sobre el que trabajó notario y perito deberán poder ser reutilizados por la otra parte, a fin de que las reglas del juego sean las mismas para las dos partes del proceso.

7) Con el sistema propuesto se garantiza la cadena de custodia del medio de prueba, con lo que, queda fuera de toda duda la inalterabilidad del material probatorio.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Nueva Legislación Notarial Comentada*. Madrid, 2007. Ed. Colegio Notarial de Madrid.

RIPOLL SOLER, A.: "Contratos por whatsapp", www.pildoraslegales.com 15/07/2014. El Blog del Notario.

RIPOLL SOLER, A.: "El whatsapp como prueba judicial", www.pildoraslegales.com 8/07/2013. El Blog del Notario.

RIPOLL JAÉN, A.: "Actas notariales prohibidas: Relaciones familiares", www.notariosyregistradores.com 17/02/2011.



INDUSTRIAS GRAFICAS

SIRENA®

Calle Manuel I. Salvatierra # 240, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia
Telf. **3366030** - Fax. **3347774**
imprentasirena@cotas.com.bo

CUESTIONES JURÍDICAS



ASPECTOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL ANTE LA
NUEVA CONSTITUCION POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL
DE BOLIVIA

ASPECTS OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION IN THE NEW
POLITICAL CONSTITUTION OF THE PLURINATIONAL STATE OF
BOLIVIA

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 428-445



Edgar
PEÑA
VENEGAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de agosto de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: El principio de constitucionalidad obliga a plantear un nuevo modelo de interpretación en toda la teoría constitucional, es decir, la interpretación constitucional. Partiendo de que – además de su significación política- la Constitución es realmente una norma jurídica y como tal puede generar conflictos con las leyes ordinarias, los cuales deben resolverse mediante un órgano de carácter jurisdiccional.

PALABRAS CLAVE: Constitución, interpretación, jurisprudencia, Tribunal Constitucional.

ABSTRACT: The principle of constitutionality forces to propose a new model of interpretation in all constitutional theory, it means, the constitutional interpretation. Given that -in addition to its political significance- the Constitution is really a standard and as such it can generate conflicts with the ordinary laws, which must be settled by an organ of a jurisdictional nature.

KEY WORDS: Constitution, interpretation, jurisprudence, Constitutional Court.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Presupuestos del estudio.- I. Los agentes u órganos de la interpretación constitucional.- 2. Criterios de interpretación de la legalidad ordinaria y constitucional en el derecho boliviano.- III. Peculiaridades de la interpretación constitucional en Bolivia.- 1. La realidad normativa en cuanto a los agentes de la interpretación constitucional en el ordenamiento boliviano.- 2. La confusa titularidad de la interpretación constitucional en el sistema boliviano.- 3. El control constitucional de la interpretación de la legalidad ordinaria.

I. INTRODUCCIÓN.

Partiendo del supuesto de que las diferencias entre interpretación constitucional y la interpretación de la legalidad ordinaria no radican en el propio proceso interpretativo en sí, sino en la existencia de determinadas particularidades o peculiaridades que gravitan en función a quienes y como se realiza la actividad interpretativa,¹ en este trabajo de investigación abordamos el análisis de dos peculiaridades fundamentales que distinguen la interpretación constitucional boliviana de la interpretación normativa común. Estas peculiaridades son los sujetos que ejercen la labor de interpretación constitucional de acuerdo con la Nueva Constitución Política del Estado [CPE] promulgada el 9 de enero de 2009 y los criterios de interpretación constitucional utilizados por la jurisprudencia del extinto Tribunal Constitucional [TC] y aquellos reconocidos por la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional [LTCP] y su Código Procesal Constitucional (ley No. 254) [CPC].

Para efectos de este análisis se empleó la técnica de investigación consistente en la recopilación y descripción de *jurisprudencia data*² de fallos jurisprudenciales emitidos por el extinto TC, así como fallos constitucionales emitidos por los Tribunales Constitucionales de otras legislaciones como la alemana y española. Asimismo se utilizó la recopilación y análisis documental de material doctrinal sobre la interpretación normativa de la Constitución, en lo que respecta a los nuevos métodos y concepciones neo constitucionalistas que examinan el paradigma

1 GUASTINI, R.: *Estudios de Teoría Constitucional*. México DF (2001): UNAM, *Doctrina Jurídica Contemporánea*, p. 255, sostiene que las peculiaridades de la interpretación constitucional se refieren a una o más de las cosas siguientes: 1°) Los agentes de la interpretación; 2°) Las técnicas interpretativas; y 3°) Los problemas de la interpretación.

2 LA TORRE V.: "El enfoque teórico dogmático en la investigación jurídica", en *Bases metodológicas para la investigación del derecho en contextos interculturales*, 2ª ed. Sucre (2010): PIEB, p. 318.

• Edgar Peña Venegas

Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (España). Director de la Unidad de Postgrado de la Universidad Gabriel René Moreno de Santa Cruz (Bolivia). Máster en Derecho Mercantil y Comercio Internacional por la Universidad Autónoma de Madrid (España) y en Ciencias Políticas por la Universidad de Valencia (España). Profesor de Derecho Civil y de Ciencia Política en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UAGRM (Santa Cruz).

de interpretación constitucional como algo diferente a la clásica interpretación normativa.

Con estas herramientas y una vez recolectados los insumos conceptuales, jurisprudenciales y normativos pertinentes, se procedió a analizar el material recolectado, sistematizando en forma lógica cada uno de los elementos que contempla la normativa de la CPE, la LTCP y el CPC para la identificación de los Órganos del Poder Público que pueden ejercer tal labor interpretativa desde y en la CPE. Así como también para la descripción de los criterios interpretativos reconocidos por el Tribunal Constitucional Plurinacional [TCP] para la realización de la interpretación constitucional. Todo esto aplicando el método deductivo y dialectico, así como el de Derecho Comparado.

La utilización de estas herramientas y métodos de investigación propios de la investigación jurídica, se configuraron para responder al siguiente planteamiento problemático que guía el curso de este trabajo: ¿Cuáles son las peculiaridades de interpretación constitucional relacionadas con los agentes que ejercen este tipo de interpretación y sus criterios interpretativos previstos por la legislación y jurisprudencia boliviana?

Una vez identificadas y explicadas estas peculiaridades, se aborda un examen crítico y reflexivo sobre la temática propuesta en las conclusiones de este artículo.

II. PRESUPUESTOS DEL ESTUDIO.

I. Los agentes u órganos de la interpretación constitucional.

Como presupuesto de toda interpretación que deba o pueda hacerse de la CEP de Bolivia, debemos reiterar que la interpretación constitucional es el procedimiento cuyo objetivo es descubrir y explicar el significado atribuido al lenguaje usado en el texto de la Constitución, a objeto de establecer el sentido claro, preciso y concreto de una norma constitucional, para aplicarla o hacerla aplicable a un determinado caso³.

Asimismo, en la doctrina del Derecho Constitucional ha quedado claramente establecida la diferencia entre la interpretación jurídica en general, y la interpretación constitucional en particular, considerando que las normas constitucionales difieren en su esencia, de todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico, y, en consecuencia, la interpretación constitucional tiene su propia particularidad y características, dado que requiere de la aplicación de ciertos principios y criterios

3 RIVERA SANTIVÁNEZ, J.: *Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia*, 2ª ed. Cochabamba (2006): Kipus, p. 70.

específicos que no son aplicables a la interpretación de las normas jurídicas provenientes de la legislación ordinaria⁴.

Por otro lado se debe dejar establecido también que la interpretación constitucional tiene por objeto lograr que la Constitución formal refleje la Constitución material, es decir, darle contenido y vida a la Constitución escrita, adecuando sus normas a los cambios sociales, económicos y políticos sin llegar a la desnaturalización y/o quebrantamiento de sus normas; integrar el sistema constitucional y otorgar seguridad jurídica garantizando su estabilidad y permanencia en el tiempo, de manera que se evite esa lógica reformista que cambia las reglas de juego de manera constante generando una inestabilidad institucional, que provoca a su vez la inseguridad jurídica.

Por lo expuesto, se puede concluir claramente que la interpretación de las normas constitucionales no puede equipararse en forma alguna, a la interpretación de las demás normas jurídicas ordinarias⁵.

Cuestión obligatoria para identificar cuáles son los órganos o agentes de la interpretación constitucional, radica fundamentalmente en definir quiénes son los destinatarios de las normas constitucionales, así como el determinar cuáles son las concepciones de la Constitución que se manejen. Para este trabajo, nos centraremos en esta última variable.

Así, en la doctrina constitucional, se manejan dos concepciones de la Constitución. Una de ellas consiste en que la Constitución se concibe como una función política que responde al objetivo de limitar el ejercicio del poder público. La otra concepción consiste en comprender a la Constitución como una función de modulación de las relaciones sociales⁶.

En general, si tomamos en cuenta la primera concepción, esta nos induce a pensar que las normas constitucionales se dirigen a los órganos constitucionales supremos (las cámaras, el gobierno, el jefe de Estado, la Corte Constitucional, etcétera) y que éstos son los únicos intérpretes "autorizados" de la Constitución.

4 La diferencia entre la interpretación jurídica ordinaria y la constitucional deriva de la naturaleza específica de las disposiciones fundamentales, que con independencia de los diversos significados que se han otorgado a la Constitución como ordenamiento jurídico supremo, podemos caracterizarlas como las disposiciones que establecen las reglas de conducta de carácter supremo y que sirven de fundamento y de base a todas las otras disposiciones del orden jurídico, aun cuando existen excepcionalmente ordenamientos como el británico, e Israel en los cuales, al menos desde el punto de vista formal, no existe una división precisa entre las disposiciones ordinarias y las fundamentales, tomando en cuenta que emanan de los mismos órganos de creación jurídica y a través del mismo procedimiento" [FIX-ZAMUDIO, H.: "Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*. México D.F. (1971)].

5 ARANGO RIVADENEIRA, R.: *El valor de los principios constitucionales en la interpretación constitucional*. Buenos Aires (2008): Lex, p. 87.

6 GUASTINI, R.: *Estudios de Teoría Constitucional*, cit., p. 329.

En otras palabras, desde este punto de vista, el texto constitucional —a diferencia de las leyes ordinarias— no es susceptible de interpretación y aplicación jurisdiccional directa por parte de los jueces comunes.

La segunda concepción, por el contrario, sugiere que la Constitución es —como cualquier otra ley— susceptible de interpretación y aplicación directa por parte de los jueces comunes para la solución de las controversias a ellos sometidas. En general, esta concepción se dirige a favorecer:

a) Por un lado, la interpretación conforme de la legislación ordinaria: las leyes son interpretadas de modo que su contenido normativo se haga coherente con la Constitución (previamente interpretada).

b) Por otro lado, la sobre interpretación del texto constitucional de forma que se puedan recabar (implícitamente) reglas y principios idóneos para disciplinar directamente las relaciones sociales y resolver las controversias relativas. Naturalmente, cabe hacer notar que no todos los textos constitucionales se prestan en igual medida a este tipo de tratamiento.

A modo de máxima, se prestan a ser sobre interpretados y a condicionar la interpretación de las leyes ordinarias a los textos constitucionales que incluyen disposiciones programáticas y/o solemnes declaraciones de principio; se prestan poco o nada los textos que se limitan a dictar las reglas de organización y funcionamiento de los órganos constitucionales.

2. Criterios de interpretación de la legalidad ordinaria y constitucional en el derecho boliviano.

Si bien para su observancia no resulta imprescindible la positivación de los criterios de la interpretación, pues se trata de conceptos jurídicos universalmente acuñados y aceptados por el derecho, algunos países, con la finalidad de encausar de mejor manera la hermenéutica interpretativa, han recogido las reglas o criterios de la interpretación en sus textos legales. Así, el CC español en su art. 3.1 establece que “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

Como se puede apreciar, en el texto legal transcrito, se han recogido los criterios de interpretación aceptados por el derecho; entre estos, el gramatical, sistemático, histórico y el teleológico.

A su vez, el CC italiano de 1942, señala que “Al interpretar las leyes no debe atribuírsele ningún otro significado que el que claramente tienen a través del significado real de las palabras según su relación entre ellas y según la intención del legislador”. Como se aprecia, en Italia se prevé en la legislación positiva que la interpretación no sea una actividad desconectada de las reglas o criterios de interpretación admitidos en derecho; pues, releva la necesidad de que ésta se realice conforme a una interpretación gramatical, sistemática, y teleológica.

En nuestro país, los criterios de interpretación no habían sido recogidos en la legislación positiva. El Código de procedimiento civil alude de manera muy marginal al tema que nos ocupa⁷, sin embargo, esto no significa que el intérprete pueda desconocerlo en la actividad interpretativa. Sobre el particular, la jurisprudencia del TC contenida en la SC 1846/2004-R, ha establecido que: “[...] los órganos de la jurisdicción ordinaria deben sujetar su labor interpretativa a las reglas admitidas por el derecho, con plena vigencia en el derecho positivo, que exige que tal labor se la realice partiendo de una “interpretación al tenor de la norma (interpretación gramatical), con base en el contexto (interpretación sistemática), con base en su finalidad (interpretación teleológica) y los estudios preparatorios de la ley y la historia de formación de la ley (interpretación histórica) [...] En este orden, conviene precisar que la interpretación sistemática o contextualizada puede extenderse, según los casos, al artículo del cual forma parte el párrafo o inciso analizado; al capítulo o título al que pertenece; al sector del ordenamiento con el que se vincula o pertenece; o al ordenamiento en su conjunto; y finalmente, de manera inexcusable, con las normas, principios y valores de la Constitución, dado que de todas las interpretaciones posibles que admita una norma, debe prevalecer siempre aquella que mejor concuerde con la Constitución”.

III. PECULIARIDADES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA.

I. La realidad normativa en cuanto a los agentes de la interpretación constitucional en el ordenamiento boliviano.

En la doctrina del Derecho Constitucional ha quedado claramente establecida la diferencia entre la interpretación jurídica en general, y la interpretación constitucional en particular, considerando que las normas constitucionales difieren en su esencia, de todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico, y, en consecuencia, la interpretación constitucional tiene sus propias particularidades y características, dado que requiere de la aplicación de ciertos principios y criterios específicos que

7 Así, el art. 91 del Código referido, bajo el *nomen juris* de Interpretación de las normas procesales, señala que “Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procesos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva. En caso de duda deberá atender a los principios constitucionales así como a los principios generales del derechos procesal”.

no son aplicables a la interpretación de las normas jurídicas provenientes de la legislación ordinaria.

Por otro lado se debe dejar establecido también que la interpretación constitucional tiene por objeto lograr que la Constitución formal refleje la Constitución material, es decir, darle contenido y vida a la Constitución escrita, adecuando sus normas a los cambios sociales, económicos y políticos sin llegar a la desnaturalización y/o quebrantamiento de sus normas; integrar el sistema constitucional y otorgar seguridad jurídica garantizando su estabilidad y permanencia en el tiempo, de manera que se evite esa lógica reformista que cambia las reglas de juego de manera constante generando una inestabilidad institucional, que provoca a su vez la inseguridad jurídica.

Por lo expuesto, se puede concluir claramente que la interpretación de las normas constitucionales no puede equipararse en forma alguna, a la interpretación de las demás normas jurídicas ordinarias.

2. La confusa titularidad de la interpretación constitucional en el sistema boliviano.

El art. 4 LTCP está referido a la titularidad de la interpretación constitucional. Por este motivo, el párrafo III del mencionado artículo, prevé: "El Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor de guardián de la Constitución Política del Estado es el intérprete supremo de la Ley Fundamental [...]".

Hasta ahí se comprende que el órgano encargado de proteger la integridad y supremacía de la Constitución, tiene la facultad suficiente y legítima para interpretarla. Sin embargo, en el siguiente párrafo se advierte un profundo contrasentido, al reconocerse de manera simultánea: "[...] sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular [...]"

Provocándose con esta disposición una peligrosa confusión conceptual, que en la práctica puede derivar como consecuencia en una contradictoria dualidad incorrectamente establecida respecto al órgano que debe ostentar la facultad interpretativa de la Ley Fundamental.

Así pues, en lo referido concretamente a la titularidad de la interpretación, se debe considerar que la Constitución es una norma jurídica suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, siendo por lo mismo de aplicación directa, por lo cual se entiende que todas las autoridades que aplican la Constitución pueden en determinado momento desarrollar la interpretación constitucional de manera que en términos generales se puede afirmar que no existe un monopolio en la potestad interpretativa constitucional.

Empero, en un sistema constitucional que cuenta con un mecanismo de defensa de la Constitución a través del control de constitucionalidad, existe un intérprete máximo de la Ley Fundamental cuya interpretación tiene el carácter vinculante para los órganos del poder público, las autoridades públicas y los ciudadanos; y precisamente en el sistema constitucional boliviano, la misma CPE ha instituido al TCP como supremo guardián y máximo intérprete de la Constitución, al tener la potestad exclusiva de ejercer el control de constitucionalidad en Bolivia.

En otras palabras, ciertamente existen diversos intérpretes de la Constitución, por cuya razón la interpretación constitucional puede ser desarrollada por los diferentes órganos de poder al ejercer sus facultades o potestades asignadas por el constituyente, dando lugar así a la interpretación legislativa, la ejecutiva o la judicial. Sin embargo, en esta última modalidad se presenta la variante denominada, por la doctrina, como la interpretación judicial constitucional, y es la que desarrollan los jueces y tribunales en materia constitucional, es decir aquellos órganos jurisdiccionales especializados (Tribunales Constitucionales), que tienen la potestad de ejercer el control de constitucionalidad. Por lo tanto, de todas las modalidades referidas, la interpretación judicial constitucional es la de mayor trascendencia, en virtud a que se constituye en la interpretación última y definitiva de la Constitución, situándose por encima de aquella que puedan realizar el resto de los órganos del Estado, los académicos, e inclusive los particulares⁸.

En consecuencia, en nuestro Estado "Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario", el sistema constitucional cuenta con un mecanismo de control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad (modelo europeo-kelnesiano), instituido a través del TCP, que se halla encargado de realizar el control de la constitucionalidad de las leyes, constituyéndose en el máximo intérprete de la Constitución, es decir que se trata del único órgano autorizado por la Ley Fundamental para desarrollar la interpretación constitucional última, con efecto vinculante respecto a todos.

Al respecto también cabe recordar que al haberse creado en Bolivia el TCP, éste ha sido instituido como el defensor de la Constitución y de todo el régimen democrático, habiéndosele encargado la protección efectiva e idónea de los derechos fundamentales de las personas; por ello es el máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, y ambos aspectos se infieren del contenido de las normas previstas por la Ley Fundamental.

8 En este sentido manifiesta RIVERA SANTIVAÑEZ, J.: *Jurisdicción Constitucional*, cit., p. 84, que considerando que la jurisdicción constitucional concretiza y otorga un contenido normativo a las cláusulas generales y abstractas de la Constitución, al dar sentido y alcance del texto constitucional que fija en sus sentencias, el Constituyente le reconoce, a esa interpretación, un rango normativo de efecto vinculante para la toma de decisiones para el resto de los órganos jurisdiccionales y, generalmente, esa interpretación se utiliza como un criterio orientador respecto de las autoridades legislativas y administrativas.

“Es el máximo guardián de la Constitución, porque el constituyente le ha encomendado la labor de resguardar la supremacía de la Constitución frente al ordenamiento jurídico ordinario, desarrollando el control especializado y concentrado de la constitucionalidad de las disposiciones legales, emitiendo sentencias con efecto general o erga omnes, anulando la disposición legal incompatible con la Constitución y expulsándola del ordenamiento jurídico del Estado. Dada la naturaleza jurídica de la función que desempeña, es el supremo intérprete de la Constitución, lo cual no significa que el resto de los órganos del poder público en general, los jueces y tribunales en particular, estén impedidos de realizar la interpretación de la Constitución para resolver el caso concreto sometido a su conocimiento; lo que sucede es que, si bien todas las autoridades y funcionarios públicos interpretan la Constitución, quien cierra el proceso realizando una interpretación que vincula a todos los órganos del poder público, autoridades y particulares es el Tribunal Constitucional, por ello se convierte en el último intérprete de la Constitución [...]”⁹.

Por lo tanto, no es aconsejable incurrir nuevamente en aquel grave error cometido injustificadamente en la reforma constitucional efectuada el año 1994, al habersele negado la posibilidad de realizar la interpretación constitucional en forma exclusiva, al órgano encargado precisamente de velar por la integridad y supremacía de la Ley Fundamental.

Cabe hacer notar que aquel desacierto fue razonablemente criticado por varios constitucionalistas extranjeros especialistas en el tema; así por ejemplo Fernández Segado, al tiempo de analizar la función interpretativa del TC creado en 1994, señalaba que: “Varias reflexiones se imponen en relación con ésta cuestión. Ante todo, conviene decir que una cosa es dictar una ley interpretativa de la Constitución y otra bien distinta interpretar los preceptos de la Norma Suprema, al hilo del ejercicio de la función del control de la constitucionalidad de las normas. Todo ello, al margen ya de significar la improcedencia de una norma como la contenida por el artículo 234 (de la Constitución reformada en 1994), que choca de modo frontal con la atribución a un Tribunal Constitucional de la función de controlar la constitucionalidad (artículo 116.IV, CPE de 1994). No en vano esta función presupone, como ha reconocido el Tribunal Constitucional español, custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, correspondiendo al Tribunal el monopolio de la determinación con carácter vinculante de lo que ha querido decir el constituyente. Ello, a su vez, debe traducirse en la expresa prohibición para todos los operadores

9 RIVERA SANTIVÁNEZ, J.: *Jurisdicción Constitucional*, cit., pp. 58.

jurídicos, incluido el legislador estatal, de dictar normas puramente interpretativas de la Constitución”¹⁰.

Por su parte, el autor alemán Norbert Losing, a tiempo de realizar su análisis comparativo sobre la jurisdicciones constitucionales en Latinoamérica, puso de relieve lo siguiente: “De igual modo a como ocurre en otros países latinoamericanos, en Bolivia muchos juristas todavía son de la opinión de que la interpretación de la Constitución debería reservarse al legislador. Esa competencia sería ejercida mediante la expedición de leyes interpretativas. El Tribunal Constitucional por consiguiente, no debería ocuparse de la interpretación de la Constitución. Aunque desde hace mucho esa opinión ya ha sido superada en la actual doctrina constitucional (por absurda) al menos en el papel, se impuso en la reforma. Todas las referencias y alusiones a una interpretación de la Constitución a través del Tribunal Constitucional finalmente fueron suprimidas del artículo 120 de la Constitución de 1994 [...]”¹¹.

En virtud de lo expuesto anteriormente, la interpretación auténtica que se pretendió establecer en el Proyecto de Ley TCP del mes de junio del 2010, resultaba inoperante, desactualizada y fuera de contexto en ésta materia, y sin embargo, la facultad interpretativa ahora reconocida a la Asamblea Legislativa Plurinacional en la nueva LTCP, no condice con el sistema constitucional boliviano, dado que en rigor constitucional, el Órgano Legislativo actualmente se encuentra impedido de elaborar Leyes interpretativas, considerando que cualquiera de ellas podrían ser sometidas al control de constitucionalidad por parte del intérprete supremo, a cuyo resultado siempre deberá prevalecer el pronunciamiento jurídicamente fundamentado que emita el Tribunal Constitucional, con el respaldo de la cosa juzgada constitucional que produce la Sentencia Constitucional, según lo dispuesto por la misma Constitución.

De lo expresado resulta congruente afirmar que es atribución del Tribunal Constitucional interpretar la Constitución, y de la jurisdicción común, interpretar el resto del ordenamiento jurídico; o lo que es lo mismo, la legalidad infraconstitucional u ordinaria.

Ahora bien, ¿lo expresado implica llegar a la conclusión de que la labor interpretativa de la legalidad ordinaria no está sujeta al control constitucional? De ninguna manera, pues, dada la fuerza expansiva de la Constitución, a la jurisdicción constitucional le compete vía amparo, en los casos en que la interpretación ha sido impugnada, el examen de los motivos y los argumentos en que la jurisdicción ordinaria funda su decisión, destinada a comprobar si los mismos no resultan insuficientes, irrazonables o arbitrarios o en disconformidad con una interpretación

10 FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia. La Ley número 1836 de 1° de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*. México D.F. (2002): UNAM, p. 49.

11 LOSING, N.: *La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica* (traducción al español de M. ANZOLA Gil). Madrid (2002): Konrad Adenauer Stiftung y Dykinson, p. 246.

conforme a la Constitución; anulando en su caso la decisión, cuando se constate que la misma no llena el canon de constitucionalidad de la interpretación.

De ahí que, en razón a lo explicado, a la jurisdicción constitucional le compete ejercer el control de constitucionalidad de la interpretación de la legalidad ordinaria, en los supuestos en que tal labor interpretativa haya sido impugnada por motivación insuficiente, arbitraria o carente de razonabilidad, vulnerando con ello derechos fundamentales o garantías constitucionales.

Interpretación conforme a la Constitución, que parte del principio de supremacía constitucional contenido en la mayoría de las Constituciones, y en Constitución boliviana en el art. 410 CPE. Esta interpretación se base en el carácter central de la Constitución en la construcción y validez del ordenamiento jurídico en su conjunto, que determinan que la interpretación de las normas legales, realizada por servidores públicos, jueces o tribunales, sea conforme a los principios y reglas constitucionales.

Esta interpretación fue reconocida por el Tribunal Constitucional de España, que en la STC 9/1981 determinó que “La naturaleza de la Ley superior de la Constitución se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la misma”. Posteriormente, en la STC 77/1985, se estableció que “este principio de interpretación de las leyes conforme a la Constitución se justifica, puesto que la Constitución es uno de los elementos interpretativos que deben barajarse en toda labor de hermenéutica legal, particularmente al hacer uso de la interpretación sistemática y teleológica”; señalando luego en la STC 112/1989, que “todo el ordenamiento jurídico ha de ser interpretado conforme a la Constitución y en la medida más favorable a los derechos fundamentales.

En relación con esta cuestión Dermizaki señala que “en toda interpretación jurídica está presente, de manera más o menos directa, la totalidad del sistema jurídico, incluida su norma superior [...] [porque] el Estado contemporáneo es fundamentalmente Estado de Derecho o Estado Constitucional, (y) la teoría de la interpretación jurídica aparece como una dimensión inescindible y principal de la teoría del Estado y del Derecho Constitucional”¹².

Como se percibe de la doctrina y la jurisprudencia aludida, los métodos hermenéuticos anotados, deben ser combinados, pues no pueden ser utilizados en forma aislada. Este mismo entendimiento se refleja en la legislación positiva. Así, toda interpretación se iniciará con el método gramatical, atendiendo a la letra de la ley, indagando el significado de los términos de un texto legal; analizándose no

12 DERMIZAKY PEREDO, P.: “La interpretación constitucional”, en *Derecho Constitucional*, 7ª ed. Cochabamba (2004), p. 38.

sólo el significado común de las palabras y su conexión entre ellas, sino también su significado técnico y jurídico. Esta interpretación se complementará con la interpretación sistemática, a través del análisis de la norma vinculada a otros textos legales del Código o del todo del que forman parte, para obtener el significado de la norma dentro de un determinado contexto, interpretación que debe extenderse a las normas constitucionales.

Posteriormente, se necesitará comprobar si el resultado de la interpretación condice con el objetivo, con la finalidad y el sentido que quiso darle el legislador (interpretación teleológica); complementariamente, es posible utilizar el método histórico que coadyuvará al método teleológico para indagar el verdadero sentido de la norma, o también el método comparativo, con la finalidad de encontrar puntos de coincidencia con los textos legales extranjeros, que coadyuven a confirmar la tesis sostenida.

Finalmente, es ineludible confrontar el resultado de la interpretación con las normas, valores y principios de la norma constitucional, con la finalidad de que la interpretación efectuada, sea conforme a la Constitución.

En este orden de cosas, es posible sostener que la labor interpretativa que no se ajusta, en lo pertinente, a los criterios de la interpretación reconocidos por el derecho, se constituye en un indicio de que la misma puede resultar insuficiente, irracional o arbitraria.

En este sentido, el imperativo de seguridad jurídica consagrado en la Constitución como derecho fundamental, exige que el resultado de la labor interpretativa sea previsible, tanto en cuanto a los métodos (reglas) empleadas como a su resultado. La vinculación del intérprete a las reglas de interpretación y al principio de una interpretación conforme a la Constitución, forman parte del canon de constitucionalidad de la interpretación.

3. El control constitucional de la interpretación de la legalidad ordinaria.

Como quedó establecido precedentemente, si bien la interpretación de la legalidad ordinaria corresponde a la jurisdicción común, compete a la jurisdicción constitucional, en los casos de que se impugne tal labor como arbitraria, insuficientemente motivada o con error evidente, el estudio, dentro de las acciones de tutela, de la decisión impugnada, a los efectos de comprobar si la argumentación jurídica en la que se funda la misma es razonable desde la perspectiva constitucional -razonamiento que debe ajustarse siempre a una interpretación conforme a la Constitución- o si por el contrario, se muestra incongruente, absurda o ilógica, lesionando con ello derechos fundamentales o garantías constitucionales.

En este sentido, como marco general interpretativo, puede decirse que constituye un imperativo de la labor hermenéutica, que la interpretación de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales (entre ellas todas las garantía procesales de la Constitución), deben interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho o la garantía. En sentido inverso, el límite que muestre la legislación sobre las mismas materias, debe interpretarse siempre en sentido restrictivo¹³.

Así por ejemplo, todo formalismo procesal que amenace limitar el derecho de los litigantes a los recursos impugnativos que dispensa la ley, debe interpretarse en sentido restrictivo; en cambio, el contenido de la norma que instituye el recurso, debe interpretarse siempre en el sentido más favorable a la eficacia del mismo.

Conforme quedó precisado, la interpretación de la legalidad ordinaria, es decir de las normas legales infraconstitucionales, de manera general, es atribución exclusiva de los jueces y tribunales ordinarios; no siendo posible que esta interpretación sea conocida por la jurisdicción constitucional como una instancia de casación; pues sólo es posible su análisis cuando el tema adquiere relevancia constitucional, por su afectación a algún derecho fundamental o garantía constitucional.

Este control de la interpretación efectuada en las resoluciones de los tribunales ordinarios por parte de la jurisdicción constitucional, se explica en la eficacia que deben tener los enunciados constitucionales; y la sujeción de todos los poderes públicos a sus normas, principios y valores.

La limitación al análisis de la interpretación de la legalidad ordinaria, ha sido asumida por los diferentes Tribunales Constitucionales. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, ha determinado que la interpretación y aplicación de una ley ordinaria es asunto de los tribunales especializados, y que el Tribunal Constitucional sólo debe establecer en forma vinculante las normas o límites que se dan en el derecho constitucional para la interpretación de una ley.

Por otra parte, también estableció que si en el marco de una interpretación conforme con la Constitución de una norma del derecho ordinario, el Tribunal Constitucional considera que ciertas interpretaciones posibles de una norma no son compatibles con la Constitución, los demás tribunales no podrán considerar constitucionales esas posibles interpretaciones (Sentencia de 10 de junio de 1975, BvR 1018/74).

El Tribunal Constitucional Alemán ha establecido los límites de la revisión de la interpretación de la legalidad ordinaria por parte del Tribunal, señalando que sólo es

13 RIVERA SANTIVÁNEZ, J.: *Jurisdicción Constitucional*, cit., p. 274.

posible el análisis cuando los jueces ordinarios, para la interpretación y aplicación del derecho, no han tomado en cuenta los criterios valorativos contenidos en los derechos fundamentales; pues se entiende que en estos casos los jueces estarían violando las normas contentivas de los derechos. En síntesis, el Tribunal Constitucional Alemán sólo puede entrar a analizar un asunto en el que se impugne la interpretación del derecho ordinario, cuando exista violación de un derecho constitucional específico por parte del juez o tribunal, por indebida valoración del significado de los derechos fundamentales, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección. En estos casos, entonces, el Tribunal Constitucional, puede revocar las resoluciones de los jueces o tribunales ordinarios.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de España ha establecido que la interpretación de la legalidad ordinaria no puede ser analizada por la jurisdicción constitucional, salvo que la misma se funde en una interpretación arbitraria o manifiestamente irrazonable (STC 133/2000, de 16 de mayo), cuando esa interpretación carezca de la debida motivación (SSTC 214/1988 de 14 de noviembre, 63/1992 de 29 de abril), se apoye en una causa legal inexistente (SSTC 69/1984 de 11 de junio, 57/1988, de 5 de abril), o sea el resultado de un error patente (SSTC 295/2000, de 11 de diciembre).

En Bolivia, la jurisprudencia del TC ha seguido similar camino, pues en forma paulatina ha ido configurando una línea jurisprudencial que establece que a la jurisdicción constitucional no le está permitido el análisis de la interpretación de la legalidad ordinaria, dado que “[...] el amparo constitucional es una acción de carácter tutelar; no es un recurso casacional que forme parte de las vías legales ordinarias, lo que significa que sólo se activa en aquellos casos en los que se supriman o restrinjan los derechos fundamentales o garantías constitucionales, por lo mismo no se activa para reparar supuestos actos que infringen las normas procesales o sustantivas, debido a una incorrecta interpretación o indebida aplicación de las mismas” (SC 1358/2003-R, en el mismo sentido las SSCC 308/2004-R-, 446/2004-R, 695/2004-R, 1330/2004-R y 1392/2004-R, entre otras).

Precisando la jurisprudencia antes aludida, la SC 1846/2004-R, de 30 de noviembre, ha establecido que la interpretación de la legalidad ordinaria es deber de la jurisdicción común y que “[...] corresponde a la justicia constitucional verificar si en esa labor interpretativa no se han quebrantado los principios constitucionales informadores del ordenamiento jurídico, entre ellos los de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, jerarquía normativa y debido proceso; principios a los que se hallan vinculados todos los operadores jurídicos de la nación; dado que compete a la jurisdicción constitucional otorgar la protección requerida, a través de las acciones de tutela establecidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución, ante violaciones a los derechos y garantías constitucionales, ocasionadas por una

interpretación que tenga su origen en la jurisdicción ordinaria, que vulnere principios y valores constitucionales”.

Posteriormente, la SC 1917/2004-R, puntualizó que “[...] la interpretación de la legislación ordinaria corresponde a la jurisdicción común y a la jurisdicción constitucional le compete verificar si en la labor interpretativa se cumplieron los requisitos de la interpretación admitidos por el derecho y si a través de ese proceso interpretativo arbitrario se lesionó algún derecho fundamental”. Añadiendo luego que: “toda supuesta inobservancia o errónea aplicación de la legislación ordinaria, debe ser corregida por la jurisdicción común a través de los recursos que establece el ordenamiento; y sólo en defecto de ello, y ante la invocación de infracciones a las reglas de la interpretación admitidas por el derecho, la jurisdicción constitucional puede ingresar a verificar si la labor interpretativa desarrollada [...] cumplió o no con las reglas de interpretación y si a través de esa interpretación arbitraria, se lesionó algún derecho fundamental, únicos supuestos que permiten al Tribunal Constitucional realizar una verificación de la labor interpretativa de la jurisdicción común”.

De lo manifestado por este alto Tribunal se puede extraer que la aplicación de los criterios interpretativos reconocidos por la Jurisprudencia constitucional y la doctrina jurídica, son obligatorios y mayormente privativos de la jurisdicción ordinaria en sus labores de interpretación del Derecho. Compitiendo solo a la Jurisdicción constitucional la revisión de esa labor interpretativa cuando la jurisdicción ordinaria no ha observado adecuadamente la lógica y razonabilidad en la aplicación de las técnicas y métodos de interpretación normativa ordinaria. Pero la revisión de la interpretación ordinaria no solamente exige ese requisito, sino también que el ejercicio de esa interpretación irracional necesariamente haya lesionado algún derecho fundamental. Lo contrario llevaría a considerar a la jurisdicción constitucional como una instancia más de revisión normativa de la legalidad ordinaria, aspecto que no es de recibo puesto que la justicia constitucional trasciende en su labor interpretativa, los meros cánones de interpretación ordinaria, para adentrarse en la interpretación de los fines perseguidos por el legislador constituyente, el contexto normativo de la propia Constitución y la orientación hacia los fines que la ley fundamental persigue.

Esta conclusión guarda su apoyo en lo previsto por el art. 6 Ley 027 TCP, que dispone:

“I. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará con preferencia, la voluntad del constituyente de acuerdo con los documentos, actas y resoluciones de la Asamblea Constituyente.

II. En cualquier caso, las normas se interpretaran de conformidad con el contexto general de la Constitución Política del Estado, mediante un entendimiento sistemático de esta, orientado a la consecución de las finalidades que persiga”.

Lo manifestado por esta disposición de la LTCP no hace más que respaldar lo reflexionado en estas líneas, en relación a que la interpretación constitucional de acuerdo con la CPE y las normas que regulan esta clase de interpretación, se rige por estándares propios como el caso de la obligatoriedad de aplicación de criterios teleológicos, sistemáticos y valorativos orientados a la finalidad perseguida por la Constitución y con la condición de ejercer tal función en resguardo del control de constitucionalidad y la defensa de los derechos fundamentales de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGO RIVADENEIRA, R.: *El valor de los principios constitucionales en la interpretación constitucional*. Buenos Aires (2008): Lex.

DERMIZAKY PEREDO, P.: "La interpretación constitucional", en *Derecho Constitucional*, 7ª ed. Cochabamba (2004).

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia. La Ley número 1836 de 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*. México D.F. (2002): UNAM.

FIX-ZAMUDIO, H.: "Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*. México D.F. (1971).

GUASTINI, R.: *Estudios de Teoría Constitucional*. México DF (2001): UNAM, *Doctrina Jurídica Contemporánea*.

LA TORRE V.: "El enfoque teórico dogmático en la investigación jurídica", en *Bases metodológicas para la investigación del derecho en contextos interculturales*, 2ª ed. Sucre (2010): PIEB.

LOSING, N.: *La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica* (traducción al español de M. ANZOLA GIL). Madrid (2002): Konrad Adenauer Stiftung y Dykinson.

RIVERA SANTIVAÑEZ, J.: *Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia*, 2ª ed. Cochabamba (2006): Kípus.

LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA. LA
ILEGÍTIMA MUTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A TRAVÉS DE UNA
LEY DE APLICACIÓN NORMATIVA*

THE PRESIDENTIAL REELECTION IN THE JURISPRUDENCE OF
THE CONSTITUTIONAL COURT PLURINACIONAL OF BOLIVIA.
THE ILLEGITIMATE MUTATION OF THE CONSTITUTION ACROSS A
LAW OF NORMATIVE APPLICATION

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 446-469

* El presente trabajo fue presentado al II CONGRESO BOLIVIANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL: "Realidad y Perspectivas del Constitucionalismo Boliviano", organizado por la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (ABEC), y que se realizó los días 24 al 26 de octubre de 2013, en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra – Bolivia.



Alan E.
VARGAS
LIMA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de junio de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: El presente ensayo, pretende mostrar el estado actual del debate jurídico-político sobre la Reelección Presidencial en Bolivia, a partir de un proyecto legislativo formulado para habilitar por segunda vez consecutiva esta posibilidad, en sentido contrario a las normas del sistema político previstas en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia aprobada mediante referéndum popular el año 2009.

PALABRAS CLAVE: Asamblea legislativa, Estado plurinacional de Bolivia, Ley de Aplicación Normativa, mutación constitucional, reelección presidencial, Tribunal Constitucional plurinacional.

ABSTRACT: The present test, it tries to show the current condition of the juridical- political debate on the Presidential Reelection in Bolivia, from a legislative project formulated to enable for the second consecutive time this possibility, in the opposite direction to the procedure of the political system foreseen in the Political Constitution of the State Plurinacional of Bolivia approved by means of popular referendum the year 2009.

KEY WORDS: Legislative assembly, State plurinacional of Bolivia, Law of Normative Application, constitutional mutation, presidential reelection, Constitutional Court plurinacional.

SUMARIO: I. Antecedentes de la problemática.- II. La vigencia de las Leyes interpretativas en Bolivia.- III. La fuerza normativa de la Constitución en Bolivia. Su interpretación y desarrollo.- IV. Los efectos jurídicos del proyecto de Ley de Aplicación Normativa.- V. El alcance de la Disposición Transitoria prevista en la Constitución.- VI. La Declaración adoptada por el Tribunal Constitucional Plurinacional.- VII. Las consecuencias jurídicas de la Declaración Constitucional.- VIII. La mutación constitucional como forma de desmontaje de la Constitución.- IX. La responsabilidad del Tribunal Constitucional Plurinacional.- X. Conclusiones.- XI. Reflexión final.

I. ANTECEDENTES DE LA PROBLEMÁTICA.

Es importante considerar que desde hace varios años atrás, el tema de la Reelección Presidencial¹, que posee una enorme repercusión en Latinoamérica², también se sitúa recurrentemente en la mesa del debate político boliviano, y era previsible que el año 2013 no fuera la excepción.

Así, surgió una iniciativa legislativa por parte de Senadores oficialistas en la Asamblea Legislativa Plurinacional, quienes elaboraron un proyecto legislativo denominado “Ley de Aplicación Normativa”, bajo el argumento de que este tipo de Ley –inexistente hasta ese momento en la escala jerárquica del ordenamiento jurídico boliviano–, “se presenta ante la existencia de normas constitucionales que, siendo claras, deben ser desarrolladas por el legislador usando los grandes principios y valores del Derecho, como la aplicación de la norma especial sobre la norma general, la aplicación de los principios y valores de la democracia representativa, los principios y valores que hacen al Derecho Internacional, etc.”(sic).

También se ha intentado justificar su aparición, señalando que esta actividad, supuestamente no asigna significado alguno a la Constitución, sino que “se limita simplemente a organizar la estructura constitucional en cuanto a su determinabilidad normativa y de esta manera, garantizar un sistema coherente de constitucionalidad

1 Recomiendo consultar mi colección de apuntes y artículos de opinión sobre este polémico tema y sus repercusiones en Bolivia, en el documento: “Apuntes sobre la Reelección Presidencial en el Estado Plurinacional de Bolivia (2010 - 2013)”, disponible en: <http://es.scribd.com/doc/130452511/>

2 Algunos datos importantes sobre las tendencias actuales de la Reelección Presidencial en América Latina, pueden verse en mi Blog Jurídico: <http://bit.ly/14kjaUu> (Septiembre 2013).

• Alan E. Vargas Lima

El autor es Abogado Maestrante en Derecho Constitucional por la Universidad Mayor de San Andrés. Autor de los Libros: La Codificación del Derecho Procesal Constitucional en Bolivia. Editorial Académica Española (EAE – 2012); El Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia. Editorial “El Original” (Bolivia – 2012). Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (ABEC). Asesor Legal de la Dirección Jurídica del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz – GAML. Responsable del Blog Jurídico: Tren Fugitivo Boliviano (<http://alanvargas4784.blogspot.com/>). E-mail: alanvargas84@hotmail.com

y así la eficacia directa y exigible de la norma, en ello radica su naturaleza de ser una norma de aplicación.”(sic)³.

Frente a estos argumentos, se debe dejar claramente establecido, que la pretensión última del proyecto legislativo, no era simplemente desarrollar normas constitucionales, sino únicamente habilitar –de manera subrepticia y por vía de una *Ley interpretativa*–, la segunda reelección presidencial del gobernante de turno, a pesar de la existencia de un mandato imperativo en sentido contrario, establecido por la misma Constitución Política del Estado, refrendada por el pueblo boliviano en el año 2009⁴.

De ahí que, en fecha 15 de febrero del año 2013, la Cámara de Senadores de la Asamblea Legislativa Plurinacional, a través de la Resolución Camaral 010/2013-2014, y contando con el voto favorable de más de dos tercios de sus miembros presentes, resolvió remitir en consulta al Tribunal Constitucional Plurinacional, el Proyecto de Ley C.S. N° 082/2013-2014, “Ley de Aplicación Normativa”, a objeto de confrontar el texto de dicho Proyecto con la Constitución Política del Estado vigente, razón por la cual, en cumplimiento a lo establecido en el art. 112 del Código Procesal Constitucional⁵, se remitió dicho proyecto legislativo al órgano de control de constitucionalidad, adjuntando al efecto la correspondiente Exposición de Motivos, en la que se detallan los fundamentos que aparentemente sustentan la constitucionalidad del referido proyecto de ley⁶.

Cabe hacer notar, que el denominado Proyecto de “Ley de Aplicación Normativa”, remitido en consulta al Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP)⁷ –a fin de hallar el respaldo suficiente en un pronunciamiento jurisdiccional con inevitables efectos políticos–, constituyó una novedad sin precedentes dentro de la técnica legislativa boliviana, dado que en la praxis legislativa, jamás se había formulado un

3 Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Aplicación Normativa, disponible en el siguiente enlace: <http://bit.ly/15DSlpB> (Agosto 2013)

4 Una reflexión personal sobre la vigencia de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, se puede ver en mi artículo: “A cuatro años de vigencia: Aún está vigente la Constitución en Bolivia”. Artículo de opinión publicado en “La Gaceta Jurídica”, Bisemanario de circulación nacional, en fecha 8 de febrero de 2013. Ahora disponible en: <http://bit.ly/19gGLng> (Agosto 2013)

5 El Código Procesal Constitucional de Bolivia, aprobado mediante Ley N° 254 de fecha 5 de julio de 2012, prevé normas de procedimiento para realizar consultas sobre la constitucionalidad de Proyectos de Ley, con el objeto de confrontar el texto de dicho proyecto legislativo, con la Constitución Política del Estado, y así garantizar la supremacía constitucional. A este efecto, señala de manera específica las autoridades nacionales legitimadas para promover dichas consultas. El texto íntegro del citado Código Procesal Constitucional de Bolivia, se encuentra disponible para consulta en mi Blog Jurídico: <http://bit.ly/19gGS2k> (Septiembre 2013)

6 Por Auto Constitucional N°0076/2013-CA de 8 de marzo, la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional, admitió la consulta sobre la constitucionalidad del proyecto de “Ley de Aplicación Normativa”, ordenando se proceda al correspondiente sorteo, de acuerdo a lo establecido por el art. 114 del Código Procesal Constitucional.

7 Para conocer un análisis sobre los alcances jurídicos y las limitaciones normativas con que ha sido configurado constitucionalmente el Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia, recomiendo consultar el reciente Libro de mi autoría: *El Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia. Alcances y limitaciones normativas*. La Paz (2012); Editorial El Original. Una reseña del libro, se encuentra disponible en mi Blog Jurídico: <http://bit.ly/1aM2IxV> (Septiembre 2013).

proyecto legislativo con esa denominación⁸, y sobre todo, teniendo en cuenta la finalidad concreta para la que ha sido elaborado, considerando que fue formulado presuntamente para “desarrollar” algunas de las normas de la Constitución.

En realidad, lo que se pretendía era realizar una *interpretación auténtica y extensiva* de las normas que regulan la reelección presidencial en la Constitución, siendo que tal modalidad de interpretación no se halla prevista en el sistema constitucional boliviano; de ahí que, el significado normativo que el proyecto legislativo pretendía asignar a las citadas normas del sistema político, es muy distinta a la finalidad para la que fueron establecidas por el constituyente, produciendo así una verdadera *mutación constitucional*⁹.

II. LA VIGENCIA DE LAS LEYES INTERPRETATIVAS EN BOLIVIA.

Sobre la pervivencia de las leyes interpretativas en Bolivia, corresponde señalar que de acuerdo a lo previsto por el art. 158, parágrafo I constitucional, son atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, además de las que determina la Constitución y la ley: “(...) 3. Dictar leyes, interpretarlas, derogarlas, abrogarlas y modificarlas”, de donde proviene su facultad de dictar Leyes interpretativas de las Leyes ordinarias que ella misma emite, realizando así, una *interpretación auténtica* sobre el contenido y alcances de las normas correspondientes a la legislación ordinaria.

Por otro lado, y en cuanto a la titularidad de la facultad interpretativa de la Constitución, la misma Ley Fundamental instituye al Tribunal Constitucional

8 Sobre este aspecto, indagando un poco en el texto original del proyecto de Constitución Política del Estado presentado por el partido en función de gobierno (MAS) a la Asamblea Constituyente, documento elaborado por asesores y asambleístas oficialistas, consensuado en Bancada el 3 de agosto de 2007 (y entregado a la Bancada del MAS en la sede de la Asamblea Constituyente, en fecha 13 de agosto del mismo año, y publicado en prensa), se preveía en la Parte Sexta (Primacía y Reforma de la Constitución) lo siguiente: “Artículo 328.- (Jerarquía Normativa). La estructura normativa legal es la siguiente: Constitución Política del Estado, Leyes de Aplicación Constitucional, Leyes Orgánicas de los Poderes Públicos, Leyes Ordinarias” (el subrayado me corresponde); de lo cual se infiere, que la idea de crear una Ley de Aplicación Normativa, tiene su origen en aquella propuesta inicial, habiendo sido retomada en la actualidad por parte de los Asambleístas del MAS en la Cámara de Senadores.

9 En concepto del jurista brasileño José Afonso Da Silva, “mutaciones constitucionales son cambios no formales que operan en el correr de la historia de una Constitución, sin alterar el enunciado formal, sin cambiar la letra del texto. Según la doctrina tradicional, esto se da por la fuerza de la modificación de las tradiciones, de la adecuación político social, de las costumbres, de la alteración empírica y sociológica, por la interpretación y por el ordenamiento de estatutos que afectan la estructura orgánica del Estado”; sin embargo, el mismo autor admite que la cuestión más seria es que esa doctrina genera una verdadera flexibilización de las Constituciones rígidas, motivo por el cual formula algunas observaciones a la amplia doctrina de las mutaciones constitucionales, señalando que: “La rigidez constitucional produce la supremacía de las normas constitucionales que constituye una garantía de permanencia de los derechos fundamentales que precisamente protegen a las masas populares del arbitrio del poder, porque esa teoría de las mutaciones constitucionales, como observa Hesse, debilita, tanto en su conjunto como particularmente, el sentido normativo de la Constitución, especialmente porque destruye la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que asume la Constitución rígida”. Por ello, concluye señalando como inaceptable la teoría tradicional de las mutaciones constitucionales; en consecuencia, “éstas sólo serán válidas si tienen como función desarrollar criterios aplicables a la situación normal, vale decir, sólo serán aceptables, como legítimas, las mutaciones constitucionales que no contraríen la Constitución”. Cfr. DA SILVA, J.A.: “Mutaciones Constitucionales”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (1999). Número 1 (Julio– Diciembre). Disponible en: <http://bit.ly/1a5hgHW> (Agosto 2013).

Plurinacional (TCP), como el órgano jurisdiccional encargado de ejercer en forma exclusiva el control de constitucionalidad en el país, además de velar por la supremacía de la Constitución y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales (de acuerdo al art. 196, parágrafo I constitucional).

En este sentido, de acuerdo con las atribuciones que le confieren la Constitución y la Ley N° 27, el TCP ejerce un control sobre la constitucionalidad de todas las disposiciones legales, sean éstas Leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, Decretos y todo género de Resoluciones no judiciales, declarando, su inconstitucionalidad con carácter general o “*erga omnes*” y el efecto derogatorio o abrogatorio conforme corresponda en cada caso. A este efecto, el ordenamiento jurídico establece dos modalidades (en forma previa y posterior) de control de la normatividad.

Asimismo, la Constitución prevé que: “en su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto” (art. 196, parágrafo II constitucional), configurándolo así como el máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, conforme corresponde a la naturaleza de la jurisdicción constitucional¹⁰.

Cabe señalar aquí, que la Constitución boliviana es una norma jurídica suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, siendo por lo mismo de aplicación directa, en mérito a lo cual, se debe entender que todas las autoridades que aplican la Constitución pueden, en determinado momento, desarrollar la interpretación constitucional, ante la inexistencia de un monopolio en la potestad interpretativa; sin embargo, en un sistema constitucional como el nuestro, que cuenta con un mecanismo de defensa de la Constitución, a través del control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad, existe un intérprete máximo de la Ley Fundamental cuya interpretación definitiva tiene el suficiente carácter vinculante para todos los órganos del Estado, las autoridades públicas y los(las) ciudadanos(as)¹¹.

10 El Código Procesal Constitucional de Bolivia, también prevé entre sus normas, los alcances de la interpretación constitucional que debe desarrollar el Tribunal Constitucional Plurinacional, a fin de garantizar la supremacía constitucional. En este sentido, el art. 2 (Interpretación Constitucional) del citado Código, de manera concordante con la Constitución, establece que el TCP, en su labor interpretativa, aplicará con preferencia la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto de la Constitución Política del Estado. Asimismo podrá aplicar: “1. La interpretación sistemática de la Constitución Política del Estado, y la interpretación según los fines establecidos en los principios constitucionales. 2. Los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado, de acuerdo con los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el país, cuando éstos prevean normas más favorables. En caso de que esos tratados declaren derechos no contemplados en la Constitución Política del Estado se considerarán como parte del ordenamiento constitucional”. El texto íntegro del citado Código Procesal Constitucional de Bolivia, se encuentra disponible en mi Blog Jurídico: <http://bit.ly/19gGS2k> (Septiembre 2013)

11 Cfr. RIVERA SANTIVAÑEZ, J. A.: “La Interpretación Constitucional y su vinculatoriedad”, *Memoria del VI Seminario Internacional: Justicia Constitucional y Estado de Derecho* (2003).

Entonces, es necesario precisar que la interpretación sobre el sentido y los alcances de las Leyes en general, corresponde a la Asamblea Legislativa Plurinacional, como órgano representativo de la soberanía popular. Sin embargo, la interpretación de la Constitución –y eventualmente de las leyes ordinarias que se hallen en conflicto de constitucionalidad, a efecto de decidir sobre su compatibilidad o no, con el texto de la Constitución–, corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional Plurinacional, como máximo órgano de la jurisdicción constitucional, encargado de preservar la supremacía constitucional a través del control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad en Bolivia.

De ahí se justifica, que la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, no autoriza en ninguna de sus partes, a que su contenido normativo pueda ser interpretado por la Asamblea Legislativa Plurinacional (mediante Leyes interpretativas, como sucedía anteriormente¹²); por tanto, al atribuirse ésta última potestad mediante una “Ley de Aplicación Normativa”, el Órgano Legislativo habría usurpando funciones que no le competen, porque no le fueron asignadas por la voluntad del constituyente, generando innecesariamente un conflicto de competencias respecto de la titularidad en la facultad interpretativa de la Constitución Boliviana, que como se ha detallado, está claramente delimitada en la misma Norma Suprema.

III. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN EN BOLIVIA. SU INTERPRETACIÓN Y DESARROLLO.

Cabe recordar que, en el caso de Bolivia, la Constitución Política del Estado¹³ es una *Constitución Normativa*¹⁴, vale decir que se trata de la norma máxima que, por

- 12 La última vez que inusualmente se produjo una “interpretación auténtica” de la Constitución en Bolivia, fue cuando el entonces Congreso Nacional, amparado injustificadamente en algunas normas de la Constitución vigente en ese entonces, y a pesar de que el proceso constituyente aún no había culminado, decidió unilateralmente atribuirse la facultad de realizar “ajustes necesarios” al texto constitucional aprobado por la Asamblea Constituyente, a cuyo efecto “interpretó” (aunque lo cierto, es que en realidad reformó) los alcances del art. 232 de la Constitución reformada el año 2004, disponiendo que: “Concluido el proceso constituyente y recibida la propuesta constitucional, para ser sometida a consideración del pueblo soberano, el Honorable Congreso Nacional podrá realizar los ajustes necesarios sobre la base de la voluntad popular y del interés nacional, por ley especial del Congreso, aprobada por dos tercios de votos de sus miembros presentes”, habiendo aclarado también que “los ajustes no podrán afectar la esencia de la voluntad del constituyente”. Sin embargo, en los hechos, esta ley dio lugar a que las fuerzas políticas del Congreso, negociaran los términos del texto constitucional propuesto, derivando así en una tergiversación (con parches y recortes) del proyecto original de texto constitucional que la Asamblea Constituyente había elaborado (Cfr. Ley N°3941 de fecha 21 de octubre de 2008). Un breve detalle de la serie de irregularidades cometidas por el entonces Congreso Nacional, en contra del proyecto constitucional original de la Asamblea Constituyente, puede consultarse en el trabajo de: RIVERA SANTIVAÑEZ, J.A.: *Hacia Una Nueva Constitución. Luces y Sombras del Proyecto modificado por el Parlamento*. Cochabamba (2008): Fundación Konrad Adenauer, Fundappac y Oficina Jurídica para la Mujer.
- 13 Una compilación de documentos de análisis y publicaciones relevantes sobre las nuevas disposiciones insertas en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, puede consultarse en mi Blog Jurídico: <http://bit.ly/1gAA2IU> (Septiembre 2013)
- 14 El carácter normativo de la Ley Fundamental, fue puesto de relieve por el Tribunal Constitucional Español, que en su momento señaló que la Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. Al respecto, resulta de enorme utilidad consultar las Sentencias de 31 de marzo de 1981 y, de 28 de abril de 1982, emitidas por el referido Tribunal Constitucional: <http://bit.ly/16aw22H> (Agosto 2013)

ser la base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico, tiene preferencia en su aplicación por parte de todas las autoridades y particulares obligados a su observancia, conteniendo un conjunto de principios fundamentales, valores supremos, derechos y garantías constitucionales, que en consonancia con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos conforman el bloque de constitucionalidad, y que son de aplicación directa para la resolución de conflictos concretos emergentes de la relación entre el Estado y los particulares, o de éstos entre sí.

Ello se infiere, de las disposiciones referidas a la supremacía de la Constitución y la jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico boliviano, previstas por el artículo 410, parágrafo II del texto constitucional vigente, que declara expresamente que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano, gozando de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. Asimismo, señala que el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. Y finalmente, establece la jerarquía normativa para la aplicación de las normas jurídicas, en el ordenamiento jurídico boliviano (entre las cuales no se encuentra la categoría de *Leyes de Aplicación Normativa*).

Por otro lado, se debe considerar que no todas las normas de la Constitución se aplican inmediatamente, pues ello depende de la naturaleza jurídica y la clase de normas constitucionales contenidas en la Ley Fundamental; por ello, se ha ingresado a un proceso de transición —el tránsito de un sistema constitucional republicano, a otro de carácter plurinacional—, en el cual el Órgano Legislativo debe expedir un conjunto de leyes que desarrollen las normas de la Constitución para hacerlas aplicables; sin embargo, ello no implica que la Asamblea Legislativa Plurinacional se encuentre habilitada para dar lugar al tratamiento o consideración de Proyectos de Ley que además de trastocar la técnica legislativa, intentan desvirtuar todo el sistema constitucional, bajo el denominativo de “Leyes de Aplicación Normativa” que sólo pretenden lograr una interpretación extensiva y distorsionadora de normas constitucionales que tienen finalidades concretas, como es el caso de aquellas que regulan la reelección presidencial en Bolivia.

En todo caso —y siguiendo el criterio autorizado del Dr. José Antonio Rivera—, conviene tener presente la diferencia sustancial que existe entre *interpretar* la Constitución, y *desarrollar* las normas de la Constitución.

La interpretación de la Constitución consiste en asignar un significado normativo a un enunciado dispositivo de la Constitución; desde otra perspectiva, consiste en identificar las diferentes alternativas de solución que plantea la disposición constitucional interpretada para resolver un caso concreto y definir cuál es la solución más razonable y coherente con el sistema constitucional vigente. Esa actividad, efectivamente la realizan todas las autoridades del Estado, de manera que el Órgano

Legislativo también realiza una interpretación de la Constitución, cuando elabora una Ley para verificar que su proyecto no sea contrario a la Constitución; empero –de acuerdo a su actual configuración constitucional– no puede emitir una Ley Interpretativa de la Constitución, es decir, no puede elaborar una Ley específicamente interpretando las disposiciones de la Constitución. Cabe advertir, que en última instancia, y con fuerza vinculante para todos los gobernantes y gobernados, quien puede y debe interpretar la Constitución es el Tribunal Constitucional Plurinacional, en su calidad de máximo guardián de la Constitución y último intérprete de la misma.

En cambio, el desarrollo legislativo de las disposiciones constitucionales consiste en reglamentar las diferentes disposiciones previstas en los artículos de la Constitución, en las cuales el Poder Constituyente consigna cláusulas generales, abiertas e indeterminadas, de manera que para su aplicación requieren de una reglamentación; en otras palabras, el desarrollo legislativo de la Constitución consiste en expedir leyes que expliciten y especifiquen el alcance de las normas constitucionales preceptivas para hacerlas aplicables.

Así por ejemplo, en los arts. 196 al 204 de la Constitución vigente, están consignadas disposiciones abiertas de carácter general sobre el Tribunal Constitucional Plurinacional, en las que se define su misión y función, cómo deberá estar integrado y cómo se elegirán sus magistrados, así como las competencias que le corresponden, pero no se señala cuántos magistrados conforman el Tribunal, cómo se organiza internamente, cuáles son los procedimientos para tramitar las acciones y recursos ante el referido Tribunal Constitucional; de ahí surge la necesidad de emitir una Ley de desarrollo constitucional, como es la Ley N° 27 que explicita las disposiciones constitucionales, consignando normas que regulan la organización interna y administrativa del Tribunal Constitucional, al igual que la Ley N° 254 que aprueba el Código Procesal Constitucional, explicitando las disposiciones constitucionales que regulan la tramitación de los procesos constitucionales¹⁵.

IV. LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL PROYECTO DE LEY DE APLICACIÓN NORMATIVA.

Se debe considerar que al haberse formulado un Proyecto de Ley de “Aplicación Normativa” para dar operatividad a las disposiciones constitucionales que regulan la reelección presidencial en Bolivia, sometiendo el mismo al control previo de constitucionalidad, se produjeron distintos efectos en el ordenamiento jurídico:

1° La Asamblea Legislativa, en el caso de éste Proyecto de Ley, acudió al control previo de constitucionalidad –que se ejerce antes de la aprobación de una disposición

15 Cfr. RIVERA SANTIVAÑEZ, J.A.: *La segunda reelección presidencial. Una habilitación que afecta al Estado Constitucional de Derecho*. Cochabamba (2013). Ahora disponible en el siguiente enlace: <http://bit.ly/19glINDU> (Agosto 2013)

legal, en aquellos casos en que exista duda fundada sobre su constitucionalidad—, utilizándolo como si fuera parte del procedimiento legislativo ordinario. Cabe hacer notar que, si bien no está previsto como tal en nuestra Constitución (sino como atribución del TCP, según el art. 202, numeral 7 constitucional), es un mecanismo idóneo adoptado por voluntad política propia de la Asamblea, para asegurar la compatibilidad de los proyectos legislativos, frente a los Principios Fundamentales y Valores Supremos previstos en el texto constitucional, a fin de que éstos no sean vulnerados por las disposiciones legales que se pretenden poner en vigencia, a iniciativa de las distintas fuerzas políticas que concurren a las Cámaras Legislativas.

Entonces, en el sistema constitucional boliviano, el control previo de constitucionalidad, tiene por objeto confrontar el texto de Tratados Internacionales, Proyectos de Leyes, Estatutos o Cartas Orgánicas, con la Constitución Política del Estado, así como determinar la constitucionalidad de preguntas de los referendos; a este efecto, y tratándose de una consulta sobre la constitucionalidad de un Proyecto de Ley, el TCP deberá emitir una Declaración Constitucional que establezca la compatibilidad o, en su caso, la incompatibilidad del proyecto legislativo frente a la Constitución, ello de acuerdo al tenor combinado de las normas previstas por los arts. 10 y 104 del Código Procesal Constitucional.

2° La Cámara de Senadores de la Asamblea Legislativa Plurinacional, al haber sometido a control previo de constitucionalidad el mencionado Proyecto de Ley para su compatibilización constitucional, inicialmente reconoció que sólo el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) es el supremo intérprete de la Constitución boliviana, superando así la dualidad en la facultad interpretativa de las normas de la Constitución, como se había previsto en la misma Ley N°27 del TCP.

Y precisamente, por mandato constitucional, el TCP ha sido configurado como el máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, con la cualidad adicional de defensor de los Derechos Fundamentales; por lo mismo, su función principal es la de ejercer en forma exclusiva el control de constitucionalidad con alcance nacional, garantizando la primacía de la Ley Fundamental del Estado, la plena validez del orden constitucional y democrático, así como el respeto y vigencia de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas.

En este sentido, se ha pronunciado el ex Magistrado José Antonio Rivera S., en cuyo acertado criterio, el Tribunal Constitucional se constituye en el defensor de la Constitución y del régimen democrático, y se encarga de la protección efectiva e idónea de los derechos fundamentales de las personas:

“es el máximo guardián de la Constitución, porque el constituyente le ha encomendado la labor de resguardar la supremacía de la Constitución frente al ordenamiento jurídico ordinario, desarrollando el control especializado y concentrado

de la constitucionalidad de las disposiciones legales, emitiendo sentencias con efecto general o erga omnes, anulando la disposición legal incompatible con la Constitución y expulsándola del ordenamiento jurídico del Estado. Dada la naturaleza jurídica de la función que desempeña, es el supremo intérprete de la Constitución, lo cual no significa que el resto de los órganos del poder público en general, los jueces y tribunales en particular, estén impedidos de realizar la interpretación de la Constitución para resolver el caso concreto sometido a su conocimiento; lo que sucede es que, si bien todas las autoridades y funcionarios públicos interpretan la Constitución, quien cierra el proceso realizando una interpretación que vincula a todos los órganos del poder público, autoridades y particulares es el Tribunal Constitucional, por ello se convierte en el último intérprete de la Constitución. (...)"¹⁶.

3º En consecuencia, la Asamblea Legislativa Plurinacional inicialmente renunció de manera implícita, a cualquier posibilidad de realizar una "interpretación auténtica" de la Constitución, reconociendo la inutilidad política y jurídica de la norma prevista en la segunda parte del párrafo III, del art. 4º de la Ley N°27 del Tribunal Constitucional Plurinacional, que precisamente establecía una dualidad interpretativa, al reconocer que el TCP es el intérprete supremo de la Ley Fundamental, con una extraña salvedad: "sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular", norma cuya defectuosa redacción afecta todo el sistema de control concentrado de constitucionalidad previsto por la misma Constitución para su defensa y protección eficaz.

Este aspecto, ha sido ampliamente criticado en el ensayo de mi autoría: "Reflexiones Críticas sobre la Nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia"¹⁷, en donde además de haber expuesto los principios y criterios esenciales de la interpretación constitucional¹⁸, también se ha advertido sobre la falacia de la

16 Cfr. RIVERA SANTIVAÑEZ, J.A.: *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional*. Sucre (2007): GTZ - PADEP – AECEI, pp. 58-59.

17 VARGAS LIMA, A. E.: "Reflexiones Críticas sobre la Nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia". *Revista Estudios constitucionales* (2013), N° 2, pp. 639-686. Ahora disponible en: <http://bit.ly/19glQ2G> (Agosto 2013).

18 "La Constitución al ser una ley de características muy peculiares, requiere además de los métodos de la interpretación utilizados para la interpretación de la legalidad ordinaria, la utilización de principios propios de la interpretación constitucional, entre ellos, el principio de unidad de la Constitución, que parte de la idea de que la Constitución es una unidad, y por tanto, no puede ser parcelada en la labor interpretativa en partes aisladas; el principio de concordancia práctica, que exige que los bienes jurídicos protegidos implicados en la interpretación deben ser compatibilizados, y en caso de que no sea posible encontrar una solución por esta vía, se debe recurrir a la ponderación de los bienes jurídicos en juego; el principio de eficacia integradora, que enseña que si la norma promueve la formación y mantenimiento de una determinada unidad política, la interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen dicha unidad, tomando en cuenta la realización de los fines del Estado y la conservación del sistema; y finalmente, el principio de eficacia o efectividad, que obliga al intérprete a optimizar y maximizar las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido, actualizándolas ante los cambios del mundo externo. Este principio es utilizado frecuentemente en la interpretación de los derechos fundamentales, conocido con el nombre de principio de favorabilidad o in dubio pro libertate. Consiguientemente, de lo expresado nace la necesidad de que el contraste o test de

denominada *voluntad del constituyente*, así como el peligro de la dualidad interpretativa establecida anteriormente por la Ley del TCP entre la Asamblea Legislativa y el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Sin embargo, no debe perderse de vista, que al haber sometido a control de constitucionalidad el mencionado Proyecto de Ley, la Asamblea Legislativa únicamente pretendía que el TCP ingrese a realizar una interpretación extensiva de las normas del sistema político que prevé la Constitución, mismas que por cierto, no se muestran contradictorias, y tampoco se encuentran afectadas por insuficiencia, obscuridad ni mucho menos ambigüedad en su contenido, sino que por el contrario, brillan por su claridad; entonces, ante la claridad del mandato de la Constitución (que permite la reelección presidencial por una sola vez), no era justificable realizar mayor interpretación alguna.

V. EL ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PREVISTA EN LA CONSTITUCIÓN.

Cabe mencionar también, que la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, en su parágrafo II, prevé expresamente que: “Los mandatos anteriores a la vigencia de esta Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos periodos de funciones”. Según esta disposición, los mandatos constitucionales que fueron conferidos por el pueblo, a través de elecciones libres y democráticas, al Presidente y Vicepresidente del Estado, a los representantes nacionales y demás autoridades electas, con anterioridad a la vigencia de la Constitución aprobada el año 2009, serán considerados como el primer período constitucional a los fines de reelección, de manera que podrán ser reelegidos inmediatamente, pero por una sola vez, de acuerdo a lo previsto por el art. 168 constitucional que refuerza este entendimiento al disponer en forma clara que: “El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua”.

Se debe advertir, que la mencionada Disposición Transitoria, no condiciona su aplicación a que el Presidente y Vicepresidente del Estado, o cualquier autoridad democráticamente elegida, tenga que haber concluido el período de su mandato constitucional, para que se compute como un período constitucional a los fines

compatibilidad no se reduzca sólo a preceptos aislados, sino a la interpretación de la Constitución como unidad, como conjunto; por tanto, tal análisis debe extenderse, según el caso, al artículo del que forma parte el párrafo o inciso en estudio; al capítulo o título con el que se vincula; en síntesis, con la Constitución; o lo que es lo mismo, con sus normas, principios y valores; así como el sistema internacional de protección de los derechos humanos, dada la prevalencia de estos, en el orden interno. (...)”. DURÁN RIBERA, W. R.: “La Constitución vigente y sus Leyes de desarrollo ¿Guardan compatibilidad con la idea Estado de Derecho?”, *Revista Boliviana de Derecho* (2011), Número 11, pp. 6-23. Disponible en: <http://bit.ly/1f9163W> (Septiembre 2013). Asimismo, sobre el canon de constitucionalidad en la interpretación, es de utilidad consultar la Sentencia Constitucional N°1846/2004-R de fecha 30 de noviembre de 2004.

de su reelección inmediata. Sin embargo, en inobservancia de ésta disposición constitucional, el oficialismo pretendía habilitar una nueva reelección del Presidente Evo Morales, quien por cierto, fue elegido como Presidente en el mes de diciembre del año 2005, y asumió el cargo en el mes de enero del año 2006 por un período de cinco años (hasta el año 2010). Por tanto, conforme a la norma prevista en el párrafo II de la Disposición Transitoria Primera, el mandato asumido en enero de 2006 a diciembre de 2010, constituye el primer período constitucional del Presidente Morales.

Posteriormente, y considerando la norma prevista en el párrafo I de la Disposición Transitoria Primera, se habilitó al Presidente para que pueda postularse a la reelección inmediata; por lo cual, éste presentó su candidatura para las Elecciones Generales del mes de diciembre del año 2009, en las que fue reelegido como Presidente (por mayoría absoluta), asumiendo el cargo en enero de 2010, de manera que éste resulta ser su segundo mandato constitucional que vence en el mes de diciembre del año 2014.

En consecuencia, y realizando una interpretación sistemática de las normas previstas por el art. 168 y el párrafo II de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, es posible concluir que el actual Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, carecía de la legitimación constitucional necesaria para postularse a una nueva reelección, dado que el contenido de las citadas normas –como bien se reconoce en la Exposición de Motivos del mencionado Proyecto de Ley– “(...) deviene del absoluto respeto a la voluntad popular expresada en las urnas a momento de la aprobación del nuevo texto constitucional el 25 de Enero de 2009, ya que la nueva Constitución establece la vigencia de una nueva forma de organización del Estado, el, Estado Plurinacional social comunitario y con autonomías”; por lo tanto, actuar en sentido contrario al texto constitucional (argumentando que se debe computar el período presidencial desde el momento de la vigencia del Estado Plurinacional, y no así desde la vigencia de la propia Constitución), constituye un flagrante quebrantamiento de las reglas establecidas por voluntad del constituyente, en la configuración del sistema constitucional boliviano, derivando así en una directa vulneración de lo previsto en el citado art. 168 constitucional, que sólo permite la reelección inmediata por una sola vez, y no así por dos veces, como se pretendió hacer entender; a través de la formulación del Proyecto de “Ley de Aplicación Normativa” elaborado para consolidar legalmente esa posibilidad, previo control de constitucionalidad¹⁹.

19 Sobre ésta problemática, se debe considerar que al TCP le quedaban únicamente dos caminos: a) adoptar una posición similar a la de la Corte Constitucional de Colombia, cuando falló en contra de la reelección del Presidente Uribe, a pesar de que éste gozaba de alta popularidad en su país, quien tuvo que acatar el fallo preservando el Estado de Derecho; o, b) seguir el ejemplo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, que en más de una oportunidad, ha demostrado su fidelidad al Gobierno Nacional de ese país, salvando -vía interpretación- cualquier obstáculo legal respecto al Juramento del Presidente, y a la Sucesión Presidencial prevista constitucionalmente, habiendo favorecido claramente al prorrogismo en ese

Entonces, habilitar una segunda reelección presidencial cuando la Constitución no establece tal posibilidad, constituye la legitimación de un régimen de abuso de poder; ilegal e ilegítimo, además de una peligrosa concentración del poder político en el Primer Mandatario, quien durante su gobierno, directa o indirectamente ha venido ejerciendo presión e influencia decisiva en las funciones, actividades y decisiones de las demás autoridades y Órganos del Estado, lo que resulta intolerable en un Estado Constitucional de Derecho, que se basa en el Principio de Separación de Funciones (art. 12 constitucional), y que implica que “la organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos”.

En consecuencia, era un deber imperativo de los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, elegidos por voto popular, actuar estrictamente en ejercicio de las atribuciones conferidas por la Constitución, aclarando los alcances de la prohibición constitucional existente para una segunda Reelección Presidencial en Bolivia, a fin de preservar el régimen democrático de gobierno, como garantía de seguridad de nuestros derechos y libertades democráticas. Sin embargo, esta esperanza de respeto a la Constitución por parte de los encargados de su defensa, quedó defraudada por la enorme trascendencia política de la decisión que estaba en sus manos.

VI. LA DECLARACIÓN ADOPTADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL.

Mediante Declaración Constitucional Plurinacional N° 0003/2013 de fecha 25 de abril de 2013, emergente de la consulta sobre la constitucionalidad del proyecto de “Ley de Aplicación Normativa” formulada por el Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia y Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, el Tribunal Constitucional Plurinacional decidió: 1) declarar la CONSTITUCIONALIDAD de los arts. 1, 2, 3 y 4 del proyecto de “Ley de Aplicación Normativa”, por hallarse conforme al contenido de la Constitución Política del Estado; 2) La INCONSTITUCIONALIDAD del art. 5 del proyecto de “Ley de Aplicación Normativa”; 3) La CONSTITUCIONALIDAD condicionada del art. 6 del proyecto de “Ley de Aplicación Normativa”, a los razonamientos expuestos en el Fundamento Jurídico III.1.1., de la misma Declaración.

Asimismo, respecto a los efectos jurídicos que produce esta decisión, cabe agregar que de acuerdo a las normas previstas por el art. 115 del nuevo Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional Plurinacional podía declarar la constitucionalidad, o en su caso, la inconstitucionalidad del Proyecto de Ley

país. Así lo habíamos advertido, en una reflexión personal sobre: “El papel decisivo del Tribunal Constitucional Plurinacional”. Artículo de opinión publicado en “La Gaceta Jurídica”, Bisesemanario de circulación nacional, en fecha 2 de abril de 2013. Ahora disponible en el siguiente sitio web: <http://bit.ly/1eqpShc> (Agosto 2013).

consultado, y dicha declaración es de cumplimiento obligatorio para el Órgano Legislativo, que promovió la consulta respectiva.

En este caso, el Tribunal Constitucional Plurinacional declaró la constitucionalidad de las normas contenidas en el Proyecto de Ley, habilitando injustificadamente la segunda reelección presidencial de Evo Morales en Bolivia –sobre la base de un simple proyecto de Ley interpretativa–, cuando la Constitución establece una norma expresa en sentido contrario.

Sin embargo, habiendo quedado establecida la constitucionalidad del referido Proyecto de Ley, ya no podrá interponerse otra consulta o recurso posterior sobre las mismas cuestiones consideradas y absueltas por el Tribunal en el juicio de constitucionalidad. Asimismo, la declaración de inconstitucionalidad del Proyecto de Ley obliga al Órgano Legislativo, a adecuar o eliminar las normas observadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional, en caso de contradicción con las normas previstas por la Constitución.

Al presente, esta mutación constitucional, ha adquirido rango legal, mediante la puesta en vigencia de la Ley N°381 de Aplicación Normativa, de fecha 20 de mayo de 2013, que pone en vigencia los cinco artículos declarados constitucionales, precisamente en cumplimiento de la citada Declaración Constitucional emitida por el TCP.

VII. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL.

El problema ahora, no radica en el hecho de que Evo Morales participe o no en las elecciones presidenciales del año 2014, porque de hecho, cualquier ciudadano que cumpla los requisitos legalmente establecidos, puede proponer su fórmula política (o agrupación ciudadana) para participar de la contienda electoral en igualdad de condiciones; sin embargo, en este caso, este candidato se encontraba inhabilitado por mandato constitucional, porque fue precisamente la voluntad del constituyente, insertar la restricción contenida en la Disposición Transitoria Primera, parágrafo II, del texto constitucional, al establecer expresamente que “los mandatos anteriores a la vigencia de ésta Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos períodos de funciones”; norma imperativa que brilla por su claridad, y sabemos bien que ante la claridad de la norma, no cabía posibilidad alguna de interpretación, porque esta eventualidad solamente logra distorsionar el contenido claro y explícito de esta disposición.

En todo caso, se encontraba legal y jurídicamente justificada la imposibilidad de la segunda reelección presidencial en Bolivia, al amparo de lo previsto en el art. 168 constitucional, donde el constituyente dejó claramente establecido que: “El

período de mandato de la Presidenta o del Presidente, y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua”. Entonces, con el nuevo pronunciamiento del TCP, también se pueden identificar, de manera enunciativa, las siguientes consecuencias:

1º La Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP), al someter a control previo de constitucionalidad el Proyecto de “Ley de Aplicación Normativa”, para su compatibilización constitucional, se sometió a la competencia del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, reconociendo públicamente que sólo el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) es el máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, reafirmando así la función principal de éste órgano, cual es la de ejercer en forma exclusiva el control de constitucionalidad con alcance nacional, garantizando la primacía de la Ley Fundamental del Estado, la plena validez del orden constitucional y democrático, así como el respeto y vigencia plena de nuestros derechos fundamentales y garantías constitucionales.

2º El Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) tuvo una excelente oportunidad para posicionarse institucionalmente como el único intérprete definitivo de la Constitución, reivindicando así la naturaleza jurídica de su función especializada, de acuerdo a la configuración constitucional que lo instituye como tal, y en consecuencia, tenía la plena facultad de expulsar del ordenamiento jurídico cualquier norma en sentido contrario; sin embargo, decidió actuar de manera servil a los intereses político-coyunturales del momento, atentando en contra de su propia naturaleza e independencia, al convalidar la existencia de una “Ley interpretativa” (emitida por la Asamblea bajo el denominativo de “Ley de Aplicación Normativa”), llegando a admitir que el Órgano Legislativo también puede interpretar la Constitución, cuando en nuestro sistema constitucional, la misma Ley Fundamental no permite tal posibilidad, por un principio elemental de separación de funciones, así como por la delimitación de las competencias asignadas por el constituyente a los distintos Órganos del Estado.

3º La Asamblea Legislativa, al haber actuado fuera de sus competencias, se ha arrogado indebidamente funciones constitucionales que la misma Constitución no le había otorgado, como es la emisión de *Leyes interpretativas de la Constitución*, lo que supone suplantar la función esencial del TCP como intérprete definitivo de la Constitución, desnaturalizando así todo el sistema constitucional boliviano en general, afectando al sistema de control de constitucionalidad en particular, vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia. Lo más lamentable, es que el propio TCP, al admitir la presunta facultad interpretativa de la Asamblea, ha renunciado implícitamente a su propia función interpretativa de la Constitución, convalidando la elaboración de una “Ley interpretativa” cuya existencia la misma Constitución había proscrito del

ordenamiento jurídico, por lo que, dicha norma ni siquiera gozaba de una mínima presunción de constitucionalidad.

4° La solución ideal en este caso –para poner fin a los conflictos normativos emergentes de la propuesta legislativa sometida a control de constitucionalidad–, era que el mismo TCP rechace y anule cualquier pretensión legislativa de interpretación constitucional que distorsione el contenido de la Constitución, declarando en este caso la inconstitucionalidad del Proyecto de “Ley de Aplicación Normativa” (por tratarse solamente de una Ley interpretativa de la Constitución); y asimismo, (por conexitud) debió haber puesto en evidencia la incompatibilidad manifiesta de la segunda parte del párrafo III, del art. 4° de la Ley N° 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional, frente a la Ley Fundamental, dado que aquella norma establece una muy confusa dualidad en la titularidad de la interpretación de la Constitución (concediendo una facultad interpretativa “auténtica” a la Asamblea), lo que contradice la naturaleza de todo el sistema de control concentrado de constitucionalidad configurado por el constituyente.

Ahora bien, es indudable que la Declaración Constitucional del TCP requiere un análisis mucho más detallado, para lograr analizar y comprender los alcances de todos sus fundamentos; sin embargo, es evidente también que en ese pronunciamiento, además de exponer redundancias innecesarias provenientes de la doctrina constitucional, el TCP se ha excedido en su función interpretativa, al haber tergiversado la voluntad del constituyente, alejándose flagrantemente del tenor literal del texto (es decir; actuando en sentido contrario a lo dispuesto por el art. 196, párrafo II, constitucional), produciendo así una ilegítima mutación constitucional.

VIII. LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE DESMONTAJE DE LA CONSTITUCIÓN.

Sobre el concepto de *desconstitucionalización*, que implica un vaciamiento o desmontaje de las normas, principios o valores de la Constitución, se ha pronunciado hace tiempo atrás, y con bastante acierto, el profesor argentino Néstor Pedro Sagüés, quien sostiene:

“La desconstitucionalización puede ejecutarse constitucionalmente, mediante reformas o enmiendas practicadas según los dispositivos de la ley suprema, o inconstitucionalmente, a través –principalmente– de prácticas o costumbres *contra constitutionem*, vías de hecho, *interpretaciones manipulativas* de la ley suprema, o la sanción de *normas subconstitucionales* opuestas a ésta, pero no declaradas inconstitucionales por los órganos custodios de la supremacía constitucional”²⁰.

20 Cfr. SAGÜÉS, N. P.: “El concepto de Desconstitucionalización”. Ponencia que está disponible en el siguiente enlace: <http://bit.ly/18anqag> (Agosto 2013)

Este último supuesto fáctico, es el que precisamente ha concurrido en el caso de la reelección presidencial en Bolivia, dado que se ha elaborado una disposición legal -de carácter infraconstitucional-, claramente opuesta al mandato imperativo establecido por la Constitución sobre la imposibilidad de una segunda reelección presidencial, y pese a haber sido sometida a un control preventivo de constitucionalidad, no fue declarada inconstitucional por parte del TCP como máximo órgano guardián de la Constitución en Bolivia.

Por su parte, Sagüés señala que, para el autor Werner Kägy, en su obra: “La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado”, el “desmontaje” de la Constitución, es un fenómeno vinculado a la decadencia o desplazamiento de lo normativo-constitucional, entendido como un proceso de debilitamiento de la fuerza motivadora de la norma de la ley suprema; vale decir, que se trata de casos de desviaciones o aberraciones normativas, ya que la regla en sí no queda afectada, aunque sí su eficacia. En su criterio, la decadencia de lo normativo-constitucional es una consecuencia general de la declinación de lo normativo en la existencia humana en comunidad, encontrándose entre los indicadores de este desmontaje: La admisión de la reforma o cambio de la Constitución por medio de la interpretación constitucional (“dinámica” o “mutativa”), o por un procedimiento distinto al previsto por la propia Constitución (es la hipótesis de “reforma despreciativa de la Constitución”; y el caso de las “mutaciones constitucionales”).

En este sentido, la jurista española María Luisa Balaguer Callejón señala que el desarrollo del concepto de *mutación constitucional*, ciertamente pertenece a Jellinek, quien distingue entre “reforma” y “mutación” de la Constitución: “por *reforma de la Constitución* entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por *mutación de la Constitución*, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación”²¹. Este concepto se mantiene en la actualidad; de ahí que, para Hesse, la mutación constitucional consiste en la alteración del contenido constitucional, dejando el mismo texto, es decir, que se modifica de la manera que sea el contenido de las normas constitucionales, de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente. Igualmente, Pedro de Vega entiende que la mutación constitucional implica una modificación en el contenido de las normas que, conservando el mismo texto, adquieren un significado diferente²².

Según Balaguer Callejón, las mutaciones constitucionales pueden producirse por *necesidad política*, porque el normal funcionamiento de las instituciones demanda

21 Cfr. JELLINEK, G.: *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid (1990): CEC, p. 7.

22 Citados por: BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid (1997): Editorial Tecnos, p. 33.

cambios, y por el desuso de competencias de los órganos constitucionales; en todo caso, sea cual fuere la causa, las mutaciones constitucionales acaban finalmente expresando un sentido diferente de la Constitución, que puede llegar a producir que una determinada interpretación deje de ser congruente con ella, como consecuencia de una mutación constitucional.

Sin embargo, en criterio de José Afonso Da Silva, se pueden discutir como válidas, las mutaciones constitucionales provenientes: a) de los actos de complementación constitucional, que básicamente son hipótesis de legislación que desarrollan el contenido de las normas constitucionales; b) de la interpretación constitucional, que busca conocer el objeto de conocimiento, tal como se presenta, o sea, sin modificarlo (es decir, que la interpretación por sí misma, no puede producir mutación constitucional), y la construcción constitucional, que es una forma de interpretación fecunda en la medida que, partiendo de una comprensión sistemática de principios y normas constitucionales, construyen instituciones explícitamente no previstas; y c) de las prácticas político-sociales, que generalmente interfieren en el significado de ciertos preceptos de la Constitución, no siendo raro que una práctica constitucional introduzca alguna regla en desacuerdo con normas constitucionales, pudiendo convertirse en convenciones constitucionales (que ocurren especialmente en el sistema inglés de Constitución no escrita y flexible)²³.

En el caso de Bolivia, se puede deducir claramente, que la elaboración de un Proyecto de Ley de Aplicación Normativa obedeció a la necesidad política evidente de lograr la habilitación del principal candidato del partido de gobierno, para las próximas Elecciones Generales programadas para el año 2014, lo que hace comprensible la finalidad de su contenido normativo, que únicamente pretendía producir una mutación constitucional, expresando un sentido diferente de las normas previstas por la Constitución sobre la reelección presidencial, habiendo sometido dicho proyecto legislativo a control de constitucionalidad, para que el órgano contralor produzca como consecuencia, una determinada interpretación que finalmente resultó incongruente con el texto constitucional.

Esto supone, una modificación no formal de la Constitución, proveniente de un órgano estatal (Asamblea Legislativa), que adquirió el carácter de verdadero acto jurídico de naturaleza normativa (Ley de Aplicación Normativa), y que pretendió mostrarse como un simple acto de complementación o desarrollo del mandato constitucional, cuando en realidad distorsionaba el contenido de las normas establecidas para la reelección presidencial. Por tanto, se ha producido, de manera ilegítima, una mutación del texto constitucional, convalidada por el órgano encargado de realizar el control de la constitucionalidad en el país; sin haber considerado que la doctrina contemporánea de las mutaciones constitucionales, las acepta con las

23 DA SILVA, J.A.: "Mutaciones Constitucionales", cit., disponible en: <http://bit.ly/1a5hgHW> (Agosto 2013)

limitaciones indispensables para que sean conformes con el orden constitucional, dado que admitir el triunfo del hecho sobre la norma, como forma de mutación constitucional, sería destruir el propio concepto jurídico de Constitución, por el aniquilamiento de su fuerza normativa.

Este conflicto entre hecho y norma puede ser resuelto: a) por enmienda constitucional, como se dio por ejemplo con la enmienda constitucional 22 en la Constitución norteamericana que elevó una práctica constitucional (una mutación), la reelección sin límite del Presidente de la República, a nivel constitucional con la limitación de reelección sólo una vez; o, b) por la prevalencia de la norma sobre el hecho por decisión judicial firme, como sería el caso de un pronunciamiento del Supremo Tribunal Federal de ese país.

Sobre estas ideas de los límites de las mutaciones, Pedro de Vega argumenta: "En cuanto la tensión siempre latente entre lo fáctico y lo normativo no se presenta en términos de conflicto e incompatibilidad manifiesta, las mutaciones constitucionales pueden coexistir con el principio de supremacía constitucional, sin que éste sufra un deterioro importante. El problema de los límites de mutación comienza cuando la tensión entre los hechos y la normatividad se convierte social, política y jurídicamente en un conflicto que pone en peligro la noción misma de supremacía. Es entonces cuando aparece como única alternativa posible la de, o bien convertir la práctica convencional (la mutación) en norma a través de la reforma, o bien negar el valor jurídico de la mutación, en nombre de la legalidad existente"²⁴.

Esta es la disyuntiva en que se nos ha situado, como consecuencia de la mutación constitucional producida por un proyecto legislativo, que posteriormente fue declarado constitucional, autorizando a que el mismo prosiga el trámite legislativo respectivo en la Asamblea, hasta convertirse en disposición legal válida y vigente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, lo cual se ha materializado a través de la promulgación de la Ley N°381 de Aplicación Normativa, de fecha 20 de mayo de 2013.

IX. LA RESPONSABILIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL.

Al presente, habiéndose consumado la mutación de la Constitución en Bolivia, el objeto de cuestionamiento es precisamente esa función interpretativa que la Constitución le atribuye al TCP, dado que deliberadamente ha puesto en duda su imparcialidad e independencia como órgano contralor de la constitucionalidad, al haber asignado un margen de preferencia al texto de un proyecto de Ley interpretativa, antes que el texto de la propia Constitución, que para el caso de la

24 DE VEGA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid (1991): Editorial Tecnos, p. 215.

reelección presidencial, contiene mandatos claros e imperativos, por voluntad del constituyente.

Esta actuación contraria a la Constitución, supone claramente una ilegalidad, es decir, una conducta manifiestamente contraria a la Ley, constituyéndose dicha Declaración, en una Resolución contraria a la Constitución, y que eventualmente podría ser sancionada de acuerdo a lo previsto por la Ley Penal.

Asimismo, cabe recordar, que la Constitución prevé (art. 200) que el tiempo de ejercicio, la permanencia y la cesación en el cargo, establecidos para las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia será de aplicación a los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional, y que son: cumplimiento de mandato, sentencia ejecutoriada emergente de juicio de responsabilidades (por prevaricato), renuncia, fallecimiento y demás causales previstas en la ley, entre las que se encuentra precisamente la revocatoria de mandato, que es inaplicable para el Órgano Judicial (salvo lo previsto por el art. 195 constitucional), del cual el TCP ya no forma parte, por su misma configuración constitucional independiente de los demás Órganos del Estado.

Entonces surge nuevamente la cuestión pendiente —y no resuelta por la Asamblea Constituyente en Bolivia—: ¿quién controla constitucionalmente al contralor de la constitucionalidad?

Indudablemente los Magistrados, además de encontrarse sujetos a la censura pública por parte de la ciudadanía, pueden ser sujetos de responsabilidad penal a través de un juicio público ante autoridad competente, independiente e imparcial; empero, y considerando la situación crítica de la administración de justicia, cabe preguntarse: ¿cuál es la autoridad que cumple con esas condiciones idóneas en Bolivia? Es una cuestión que merece analizarse seriamente ante el atropello sufrido por la Constitución boliviana.

X. CONCLUSIONES.

En Bolivia, la Asamblea Legislativa Plurinacional elaboró un proyecto legislativo denominado “Ley de Aplicación Normativa”, cuya pretensión última no era simplemente desarrollar normas constitucionales, sino habilitar por vía de una Ley interpretativa, la segunda reelección presidencial del gobernante de turno, a pesar de la existencia de un mandato imperativo en sentido contrario, establecido por la misma Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

En otras palabras, el referido proyecto realizaba una interpretación auténtica y extensiva de las normas constitucionales sobre la reelección presidencial, siendo que tal modalidad de interpretación no se halla prevista en el sistema constitucional

boliviano; de ahí que, el significado normativo que el proyecto legislativo pretendía asignar a las citadas normas del sistema político, es muy distinta a la finalidad para la que fueron establecidas por el constituyente, produciendo así una verdadera mutación constitucional.

La interpretación sobre el sentido y los alcances de las leyes ordinarias en general, corresponde a la Asamblea Legislativa Plurinacional, como órgano representativo de la soberanía popular. Sin embargo, la interpretación de la Constitución, corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), como máximo órgano de la jurisdicción constitucional en Bolivia.

En definitiva, habilitar una segunda reelección presidencial en Bolivia, tal como se hizo mediante la Declaración Constitucional Plurinacional N° 0003/2013 de fecha 25 de abril de 2013, pese a que la Constitución no establece tal posibilidad, constituye la legitimación de un régimen de abuso de poder, ilegal e ilegítimo, además de una peligrosa concentración del poder político en el Primer Mandatario, quien durante su gobierno, directa o indirectamente ha venido ejerciendo presión e influencia decisiva en las funciones y actividades de los demás Órganos del Estado, lo que resulta intolerable en un Estado Constitucional de Derecho.

XI. REFLEXIÓN FINAL.

De acuerdo a lo expuesto en este trabajo, debe advertirse que por los enormes efectos políticos que tienen las decisiones jurisdiccionales que adopta un Tribunal Constitucional, siempre estará propenso a responder coyunturalmente, atendiendo a los intereses en juego, más aún cuando la selección de los postulantes a esta magistratura —en el caso de Bolivia—, ha sido dañada por los intereses políticos imperantes en la Asamblea Legislativa, constituyéndose en un órgano constitucional que fácilmente puede ser manipulado por el partido de gobierno o por el gobernante de turno, no teniendo más remedio que responder a determinados intereses políticos momentáneos de un grupo, que no concuerdan con los intereses nacionales plasmados en el pacto social y político denominado Constitución.

Entonces, cuando un órgano de esta naturaleza, no cuenta con las garantías mínimas de imparcialidad e independencia para el desarrollo eficaz de sus actividades jurisdiccionales, difícilmente podrá actuar en defensa de la Constitución, cuyo juramento de respeto y fidelidad, muchas veces puede quedar relegado al olvido cuando median intereses coyunturales contrarios a la voluntad del constituyente, expresada en la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid (1997): Editorial Tecnos, p. 33.

DA SILVA, J.A.: "Mutaciones Constitucionales", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (1999), Número I (Julio – Diciembre). Disponible en: <http://bit.ly/1a5hgHW> (Agosto 2013)

DE VEGA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid (1991): Tecnos, p. 215.

DURÁN RIBERA, W. R.: "La Constitución vigente y sus Leyes de desarrollo ¿Guardan compatibilidad con la idea Estado de Derecho?", *Revista Boliviana de Derecho* (2011), Número 11, pp. 6-23. Disponible en: <http://bit.ly/1f9163W> (Septiembre 2013).

JELLINEK, G.: *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid (1990): CEC, p. 7.

RIVERA SANTIVAÑEZ, J. A.: "La Interpretación Constitucional y su vinculatoriedad", *Memoria del VI Seminario Internacional: Justicia Constitucional y Estado de Derecho* (2003).

RIVERA SANTIVAÑEZ, J. A.: *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional*. Sucre (2007): GTZ - PADEP – AECL, pp. 58-59.

RIVERA SANTIVAÑEZ, J. A.: *Hacia Una Nueva Constitución. Luces y Sombras del Proyecto modificado por el Parlamento*. Cochabamba (2008): Fundación Konrad Adenauer, Fundappac y Oficina Jurídica para la Mujer.

RIVERA SANTIVAÑEZ, J. A.: *La segunda reelección presidencial. Una habilitación que afecta al Estado Constitucional de Derecho*. Cochabamba (2013). Ahora disponible en el siguiente enlace: <http://bit.ly/19glNDU> (Agosto 2013)

SAGÜÉS, N. P.: "El concepto de Desconstitucionalización". Ponencia disponible en el siguiente enlace: <http://bit.ly/18anqag> (Agosto 2013)

VARGAS LIMA, A. E.: "A cuatro años de vigencia: Aún está vigente la Constitución en Bolivia". Artículo de opinión publicado en *La Gaceta Jurídica*, Bisemanario de circulación nacional, en fecha 8 de febrero de 2013. Ahora disponible en: <http://bit.ly/19gGLng> (Agosto 2013)

VARGAS LIMA, A. E.: "Apuntes sobre la Reelección Presidencial en el Estado Plurinacional de Bolivia (2010 - 2013)", disponible en: <http://es.scribd.com/doc/130452511/>

VARGAS LIMA, A. E.: "Reflexiones Críticas sobre la Nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia", *Revista Estudios constitucionales* (2013), N° 2, pp. 639-686. Ahora disponible en: <http://bit.ly/19glQ2G> (Agosto 2013)

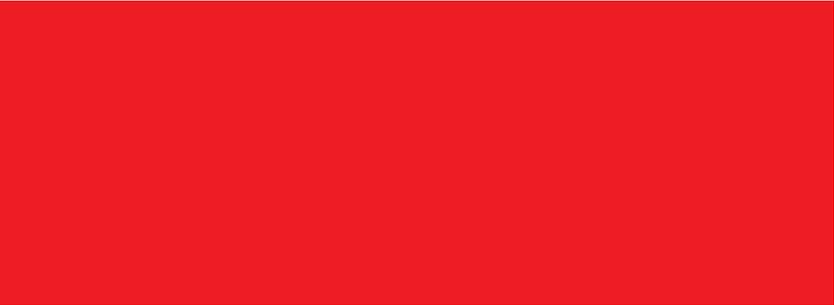
VARGAS LIMA, A. E.: *El Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia. Alcances y limitaciones normativas*. La Paz (2012): Editorial El Original.

VARGAS LIMA, A. E.: "El papel decisivo del Tribunal Constitucional Plurinacional". Artículo de opinión publicado en *La Gaceta Jurídica*, Bisemanario de circulación nacional, en fecha 2 de abril de 2013. Ahora disponible en el siguiente sitio web: <http://bit.ly/1eqShc> (Agosto 2013)

INDIGENISMO Y CONSTITUCIÓN EN BOLIVIA
(UN ENFOQUE DESDE 1990 A LA FECHA)

INDIGENISM AND CONSTITUTION IN BOLIVIA
(AN APPROACH FROM 1990 TO OUR DAYS)

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 470-507



Eric Cícero
LANDÍVAR
MOSIÑO

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de marzo de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: El indigenismo fue sin duda alguna, una de las corrientes que impulsó con gran fuerza la mayoría de las mencionadas reformas, y aún más, los pueblos indígenas de Bolivia fueron actores fundamentales para la existencia actual de un nuevo marco constitucional. En ese sentido, en el presente trabajo se analiza la manera en que la lucha de los pueblos indígenas por el reconocimiento de sus derechos colectivos ha sido reflejada dentro de la norma fundamental del Estado boliviano en las últimas décadas.

PALABRAS CLAVE: Pueblos Indígenas, indigenismo, autonomía indígena, derechos colectivos, constitucionalismo boliviano.

ABSTRACT: The recognition of the indigenous cultures was one of the leading arguments to reform the Constitution. In fact, indigenous people were fundamental protagonists in enacting a new Constitution. In this article we analyze how indigenous people fight for the recognition of their collective rights has been reflected in the Bolivian Constitution through the years.

KEY WORDS: Indigenous People, Indigenous Autonomy, collective rights, constitutionalism.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Antecedentes históricos.- III. Denominación del Estado boliviano.- IV. Derechos de los pueblos indígenas.- V. Participación política y representación electoral de los pueblos indígenas.- VI. Organización territorial.- VII. Justicia indígena.- VIII. Tribunal Constitucional Plurinacional.- IX. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

La cuestión indígena es una temática que ha estado vigente a lo largo del desarrollo histórico-social del Estado boliviano. El historiador e investigador social Isaac Sandoval Rodríguez, en su obra *Nación y Estado en Bolivia*, señala de manera general que este país fue fundado bajo tres contradicciones históricas, que en caso de no ser resueltas el Estado boliviano estaría condenado a su escisión. Dichas contradicciones son: Las regiones, las etnias, y las clases sociales.

Específicamente sobre la cuestión de las etnias, es decir los indígenas, este autor menciona que los conflictos generados planteaban una dicotomía que debía ser atendida por los gobernantes de turno, referente a que si para los Pueblos Indígenas era necesario la “creación de un régimen jurídico particular”¹ o debían estos obligatoriamente adaptarse al modelo occidental euro-centrista que nos fue heredado al conformarse la República de Bolivia.

Esta forma de pensar o de concebir la cuestión indígena, se ve claramente reflejada en la historia constitucional boliviana, partiendo inicialmente desde el reconocimiento de las comunidades indígenas campesinas (1938), luego al reconocimiento de sus derechos colectivos y el establecimiento del Estado multiétnico y pluricultural (1994), y llegando finalmente a concebir el Estado plurinacional comunitario e intercultural (2009).

Podemos decir, que las primeras innovaciones constitucionales van ligadas a la primera posición señalada por Sandoval, es decir, el reconocer (más que crear)

1 SANDOVAL RODRÍGUEZ, I.: *Nación y Estado en Bolivia*, 2da edición. Santa Cruz de la Sierra (2000): Industrias Gráficas SIRENA, 2ª ed., p. 132.

• Eric Cícero Landívar Mosiño

Es Licenciado en Derecho por la Universidad Tecnológica Privada de Santa Cruz, con Título en Provisión Nacional de Abogado, otorgado por el Ministerio de Educación y Culturas de la República de Bolivia; Licenciado en Ciencias Políticas, con mención en Administración, Gobierno y Políticas Públicas, por la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Título en Provisión Nacional de Politólogo otorgado por esta misma superior casa de estudios; graduado con honores y distinciones por excelencia en ambas carreras profesionales; Diplomado en Educación Superior y Docencia Universitaria por la Universidad San Francisco de Asís; y Magíster en Derecho Constitucional y Autonomías por la Universidad Andina Simón Bolívar. Correo electrónico: erixicero@outlook.com.

un régimen especial para los pueblos indígenas, renunciando de esta manera a las posiciones que optaban por su occidentalización. Sin embargo, con la creación del Estado plurinacional no sólo se da el reconocimiento de las instituciones propias de los pueblos indígenas, sino que se establecen mecanismos para integrar a éstos a las instituciones clásicas del Estado, y volverlos parte de las mismas. Es decir, ya no como algo que debe vivir paralelamente a los órganos del Estado, sino más bien como algo que debe formar parte de cada uno de ellos.

En ese sentido, el presente artículo está estructurado de una manera que permite comparar desde las constituciones, la historia y la realidad material, los avances que ha tenido el movimiento indígena en su lucha por la reivindicación de sus derechos colectivos y su integración práctica al Estado boliviano.

Es oportuno señalar que, decidimos tomar como punto referencial el año 1990 debido a que, en este año aconteció un suceso emblemático para los movimientos indígenas, y fue la Primer gran marcha indígena denominada "Por el territorio y la dignidad", en la cual los Pueblos Indígenas de tierras bajas (el oriente boliviano), en busca de la reivindicación de sus derechos sociales, atravesaron a pie firme el territorio nacional para llegar a las alturas altiplánicas de la ciudad de La Paz, la cual funge desde la guerra federal de 1899² como sede del Gobierno Nacional. Desde este importante acontecimiento, se vuelve innegable la participación de los movimientos indígenas en la política nacional, como actores sociales fundamentales.

Aclarado este punto, iniciaremos nuestro artículo realizando una concisa exposición de los hechos de mayor trascendencia en la historia boliviana (anteriores a 1990) para colocar al lector en el contexto por el cual las reformas o transformaciones sociales tuvieron que transitar hasta su concepción actual.

Posteriormente, enfocaremos nuestro análisis en cinco ejes temáticos específicos. El primero de ellos es la denominación oficial del Estado boliviano, pero no por un hecho de mero formalismo, sino por el sentido de identidad que éste refleja.

En segundo lugar, analizaremos el avance en cuanto a los derechos colectivos de los movimientos indígenas, en especial a lo referido a la consulta previa, para luego pasar a un tercer punto referente a su participación política y representación electoral.

2 La guerra federal boliviana que tuvo su cúspide en el año 1899, fue el enfrentamiento entre fuerzas políticas dominantes que radicaban en el sur (la ciudad de Sucre) y el norte (la ciudad de La Paz) de Bolivia. Muchas razones fueron las que impulsaron este acontecimiento bélico, sin embargo la que más destacaba era la instauración de un sistema de gobierno federal en el país. Pese a la victoria de quienes promovían esta bandera, la administración y organización centralista del Estado se mantuvo, trasladándose simplemente la sede de gobierno desde la ciudad de Sucre (actual capital de Bolivia) a la ciudad de La Paz.

Como cuarto punto, nos introduciremos en la organización territorial, concretamente en el establecimiento de las Autonomías Indígenas como forma de autogobierno sobre determinado territorio o jurisdicción.

Finalmente, como quinto elemento central, analizaremos la situación de la Justicia Indígena, que siempre fue uno de los temas que generó grandes debates. En este punto, haremos también un especial énfasis en la justicia constitucional.

Se debe tomar en cuenta, para la lectura del presente artículo, que si bien en la primer parte sobre los antecedentes se realiza una exposición cronológica de los hechos, los siguientes puntos son tratados de acuerdo a los ejes temáticos mencionados, y debido a eso, se reiteran en cada uno de ellos algunos datos o hechos suscitados durante los periodos de reforma constitucional y de transformación del Estado.

Señalamos una vez más, que la finalidad del presente estudio, es realizar un análisis crítico desde la historia constitucional y la realidad material boliviana, para determinar los avances y situación actual del indigenismo en nuestro país, después de más de dos décadas de transformaciones sociales.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Bolivia nació a la vida independiente un 6 de agosto de 1825. La decisión de formar un nuevo Estado fue el primer gran debate que dio origen a esta patria, toda vez que existían posiciones que sugerían anexar este nuevo territorio a los también recientemente independizados Estados de Perú o de la Argentina. La primera opción se impuso sobre las otras, y de esa manera se dio vida a este nuevo Estado independiente que debe su nombre al libertador Simón Bolívar.

El surgimiento de este nuevo Estado independiente, no significó necesariamente la creación de una nueva realidad social dentro del territorio nacional, puesto que si bien se rompió el vínculo existente con la corona española, no hubo un cambio sustancial en la dirección del Estado, puesto que los mismos funcionarios que sirvieron a la corona se convirtieron en los principales servidores de la nueva República. En otras palabras, no hubo un cambio de actores sociales sino más bien un cambio de posiciones políticas en favor de las corrientes independentistas.

Es así que, si bien los primeros años de vida de esta nueva República se caracterizaron por ciertas turbulencias debido a los conflictos bélicos que se mantuvieron permanentes en la región, posteriormente luego de su aparente consolidación, se vio fuertemente dominada por tendencias conservadoras de formación liberal, quienes bajo el mando de diferentes oligarquías pugnaron por el

poder político en varios momentos, llegando incluso a constituirse lo que en Bolivia se conoce como el periodo del Estado oligarca.

De igual manera, desde la fundación de la República, en Bolivia regía un sistema de democracia censitaria o de voto calificado, en el cual se privilegiaba la participación de una minoría y se restringía la participación de las grandes mayorías, entre las cuales se encontraban los pueblos indígenas.

Fue hasta después de la Guerra del Chaco³ en 1935, que en la República de Bolivia se empezaban a tejer nuevas perspectivas sociales que impulsarían fuertemente hacia su transformación profunda. El costo humano de la mencionada guerra, fue bastante grande para ambos países. No nos referimos solamente a la pérdida de vidas humanas, sino al efecto psicológico-social que causó en quienes combatieron en defensa de una causa.

La situación de los excombatientes en Bolivia y la crisis económica que generó el conflicto bélico, develó la necesidad de establecer políticas sociales dirigidas a satisfacer las demandas de la población boliviana.

En este contexto, surgió en Bolivia el denominado militarismo social, que llevaría a la presidencia al Teniente Coronel Germán Busch Becerra, ex combatiente de la Guerra del Chaco, quien promulgó la Constitución de 1938⁴ con la cual se inauguraría en Bolivia el denominado Constitucionalismo Social, que ya había tomado vigencia a nivel mundial con la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917 y la Constitución Alemana de Weimar de 1919.

El Constitucionalismo Social, da un giro a la función del Estado pasando éste de un rol pasivo a un rol activo, sobre todo en materias fundamentales como la salud y educación. Se basa en el principio de Justicia Social como forma de disminuir las desigualdades entre los ciudadanos. Además, se reconocen y respetan los derechos sociales.

La Constitución de 1938, es la primera constitución boliviana que realiza un reconocimiento expreso de las Comunidades Indígenas, garantizando su existencia legal. Sin embargo, pese a la visión social plasmada en la Constitución de 1938, que fue recogida y reflejada también en las Constituciones bolivianas de 1945 y 1948, las posiciones conservadoras y liberales seguirían influyendo bastante en la dirección del Estado, por lo tanto los cambios sociales no pudieron concretarse de manera efectiva.

3 La Guerra del Chaco fue un conflicto bélico que aconteció en 1932 hasta 1935, y que enfrentó a los países de Bolivia y Paraguay por el dominio de la región del Chaco Boreal.

4 Hasta 1938, la Constitución boliviana había sido reformada diez veces, pero todas estas reformas correspondían a visiones liberales, por lo tanto no hicieron mayores innovaciones en materia social, e incluso gran parte de ellas solamente fueron utilizadas para tratar de legitimar gobiernos dictatoriales.

Sin embargo, la conciencia social ya estaba implantada en gran parte de los ciudadanos, debido a la poca satisfacción de sus demandas y la casi nula mejora en los niveles de vida de la mayoría poblacional. Es así que, esta insatisfacción desembocaría en la Revolución Nacional de 1952, mediante la cual se conseguirían grandes transformaciones sociales en el Estado boliviano, como ser por ejemplo: el voto universal, la nacionalización de la minería, y la reforma agraria. Esta última, era una de las principales demandas de los movimientos indígenas campesinos, puesto que con ella se pondría fin a la condición de servidumbre a la cual fueron sometidos antes y después de la colonia bajo diferentes modalidades de trabajo-explotación, y se daría una política de redistribución de la tierra bajo el principio “la tierra es de quien la trabaja”, lo que favorecía en gran medida a las comunidades indígenas campesinas.

Algo que es importante señalar es que, para este momento, la idea de reconocer territorios indígenas en el oriente boliviano era inexistente. Los pueblos indígenas de los llanos estaban olvidados y no formaban parte real de la sociedad activa del país⁵, o al menos no fueron concebidos de esa manera durante este periodo histórico en concreto. Es decir, había un predominio de la visión andino-centrista del país, que repercutía también, indudablemente, en los movimientos indigenistas.

Luego de unos años de la revolución del 52, la democracia boliviana estaría estancada una vez más, y se daría un periodo dominado por gobiernos militares de facto, entorpeciendo consecuentemente de esta manera la posibilidad de mayores transformaciones sociales en el país, debido a la constante inestabilidad política existente.

Durante este periodo, fue promulgada la Constitución Política de 1967, que en materia indígena no conllevaría a mayores innovaciones que las ya establecidas desde la Constitución de 1938 y las conquistas obtenidas a través de la revolución nacional de 1952, que fueron plasmadas en la Constitución de 1961.

En la década de los 80, se restituye la democracia en Bolivia. Este periodo, estaría marcado por dos hechos concretos. Primero, la hiperinflación que llevó a Bolivia a una de sus peores situaciones económicas de su historia, y que trajo como consecuencia el segundo hecho, la instauración del modelo económico neoliberal en el país, a través del Decreto Supremo N° 21060 del 29 de agosto de 1985.

Así, bajo este contexto es que un lustro después, al inicio de la década de los 90, se daría la Primer Gran Marcha Indígena en el país, que como señalamos anteriormente, puso en la palestra política a pueblos indígenas históricamente

5 Historia de Bolivia. <http://historia.ibolivia.net/node/276>.

olvidados e invisibilizados, y desde entonces, se producirían transformaciones sociales de gran relevancia, las cuales desarrollamos a continuación.

III. DENOMINACIÓN DEL ESTADO BOLIVIANO.

Desde su fundación, el Estado Boliviano ha sido concebido como una República, es así que su denominación oficial durante toda su existencia fue siempre la de: “República de Bolivia”. Además, la Constitución de 1967 en su primer artículo, establecía las cualidades de este Estado, señalándolo como libre, independiente y soberano, constituido en República unitaria. Sin duda alguna, para esa época, el Estado boliviano estaba configurado bajo una concepción del Estado-nación, que equipara a la nación con el Estado en sí. Es decir, si bien no se lo señala de manera expresa, en los hechos se definía a Bolivia como un estado mono-cultural.

Incluso, en esta Constitución, y en la anterior a ella, se pasó del reconocimiento de la existencia de Comunidades Indígenas al reconocimiento de “organizaciones sociales campesinas”, distorsionando de esta manera, el sentido indígena de muchas de estas comunidades.

En otras palabras, la no aceptación de la existencia de pluralidad de etnias y culturas dentro del Estado boliviano, fue concebida como una negación implícita de las mismas. Esta situación, se reforzaba aún más en los hechos, en donde los pueblos indígenas tenían nula participación en los intereses del Estado.

Por esa razón, una de las justas demandas de los movimientos indígenas fue ir más allá del simple reconocimiento de su existencia como sujetos aislados del Estado. Por el contrario, demandaban su reconocimiento como parte de éste desde su propia definición constitucional.

Es así que, mediante la reforma de 1994, dentro del segundo ciclo de reformas constitucionales en materia indígena y multicultural en el mundo⁶, se definió a Bolivia como un Estado “multiétnico y pluricultural”.

Si bien esta cualidad no pasó a ser parte de la denominación oficial del Estado, la incorporación de esta condición trae consigo el efecto sustancial que señalamos con anterioridad. Significa pasar del reconocimiento de las comunidades indígenas por parte del Estado, a la integración de aquellas a éste, modificando, consecuentemente, el sentido propio del Estado boliviano.

6 YRIGROYEN FAJARDO, R.: “Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina”, en VERDUM, R. (organizador): *Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina*. Brasília (2009): Instituto de Estudos Socioeconômicos, p. 26.

Lamentablemente, esta integración de los indígenas al Estado boliviano, como sujeto colectivo, no fue acompañada con la integración de sus instituciones, las cuales seguían siendo reconocidas como algo fuera de la configuración estructural del Estado. Es decir, al igual que antes con los indígenas, se las reconocía pero no se las hacía parte integrante del Estado⁷. El diseño institucional seguía manteniendo su configuración occidental, y tampoco se establecieron acciones afirmativas que permitan a los indígenas formar parte y ser partícipes de este diseño.

En consecuencia, el problema radicaba no solamente en la identificación del Estado, sino también en la reestructuración de su institucionalidad constitucional; por tal motivo, era necesaria la modificación total de la Constitución.

Bajo esta premisa, fue aprobada y puesta en vigencia la Constitución Política del Estado del año 2009, en donde se deja atrás el Estado multiétnico y pluricultural, y se califica a Bolivia como un Estado plurinacional comunitario e intercultural⁸.

De entre estas nuevas categorías, se pone mayor énfasis en el criterio de lo plurinacional, reflejándose esta cualidad no solamente en el Estado en sí, sino también en la mayoría de sus órganos: Asamblea Legislativa Plurinacional, Gobierno Plurinacional (órgano ejecutivo del nivel nacional), Tribunal Constitucional Plurinacional, y el Órgano Electoral Plurinacional⁹.

Es decir que, el reconocimiento de esta plurinacionalidad no se dio solamente por el establecimiento de instituciones distintas (duales), como ocurrió anteriormente, sino también en el seno de las mismas instituciones (compartidas)¹⁰.

Si bien en la época constituyente se generó cierto debate sobre el alcance de lo plurinacional, éste no fue tan relevante como lo fueron otros temas que preocupaban a distintos sectores. Los detractores a este término, señalaban como riesgoso el haberle dotado a los pueblos indígenas el carácter de nación, porque se podría menoscabar la identificación plena con la nación boliviana, y se incurre en una categorización o clasificación del pueblo boliviano. Esta crítica, evidentemente, está basada en la lógica del Estado-nación, o también, de la nación cívica. Por otra

7 Este hecho será tratado con mayor claridad en los siguientes puntos.

8 En concreto, el art. 1° de la Constitución Política del Estado del año 2009, establece que: "Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías."

9 Cabe señalar en este punto, que la integración de los pueblos indígenas a los órganos funcionales del Estado, no es pura, debido a la forma de elección de estas autoridades, conforme se explicará en el desarrollo del presente artículo, específicamente, en el punto referente a la participación política y representación electoral de los Pueblos Indígenas.

10 DE SOUZA SANTOS, B.: *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima (2010): Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. Programa Transparencia y Transformación Global, p.85.

parte, hubo quienes observaron la falta de originalidad en esta denominación, al ser, aparentemente, una imitación del antiguo y frustrado modelo soviético.

El verdadero debate sobre la plurinacionalidad se dio cuando el Gobierno central decidió cambiar la denominación oficial de la "República de Bolivia" por la de "Estado Plurinacional de Bolivia", mediante el Decreto Supremo N° 0048 del 18 Marzo del 2009. Este Decreto señala que "es necesario uniformar la denominación oficial del Estado". Evidentemente, era necesario establecer una denominación uniforme del Estado boliviano, porque de la simple lectura del texto de la Constitución se pueden tomar muchas formas de denominarlo, incluyendo, paradójicamente, la denominación como "República de Bolivia", porque esta expresión es utilizada en más de una ocasión en la propia constitución.

La decisión del Gobierno central de adoptar la denominación de Estado Plurinacional, fue considerada como una negación de la República, aún más tomando en cuenta que el preámbulo de la Constitución señala de manera expresa que se deja en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Sin embargo, como señalamos, la misma Constitución se encarga de reivindicar a la República en su propio texto.

Para el Gobierno central, esta idea de cambiar al Estado republicano por el Estado plurinacional (formalmente), tiene una connotación política, porque es el argumento que necesitaba para sostener que el Estado boliviano ha sido refundado, y que todo lo que era parte del pasado quedo atrás, restándole completa validez. Pero este criterio utilizado por el Gobierno, es una mala interpretación (o en todo caso una aplicación maliciosa) de la refundación del Estado¹¹, puesto que como Boaventura de Sousa Santos señala: "Refundar el Estado no significa eliminarlo; al contrario, presupone reconocer en él capacidades de ingeniería social que justifiquen la teoría política de refundación"¹². Por lo tanto, para la conformación del Estado plurinacional no es necesaria la aniquilación de la República, aún más cuando ésta conlleva principios universales fuertemente compartidos por los bolivianos, y que se encuentran plasmados en la misma Constitución.

En definitiva, el haber transitado hacia un Estado plurinacional no es algo que genere mayores conflictos entre los bolivianos o resistencias por parte de un sector

11 Bajo este criterio de refundación del Estado, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, mediante la Declaración Constitucional 003/2013, avaló estrepitosamente una segunda reelección del Presidente Evo Morales y del Vicepresidente Álvaro García Linera (la Constitución reconoce sólo una reelección de manera continua para estos cargos), señalando que: "es absolutamente razonable y acorde con la Constitución, realizar el cómputo del plazo para el ejercicio de funciones tanto del Presidente como del Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia, desde el momento en el cual la función constituyente refundó el Estado y por ende creo un nuevo orden jurídico – político", razonamiento que desconoció la propia norma fundamental, la cual en su disposición transitoria primera parágrafo II señala que: "Los mandatos anteriores a la vigencia de esta Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos periodos de funciones."

12 DE SOUZA SANTOS, B.: *Refundación del Estado*, cit., p. 70.

determinado; pero el pretender dejar de ser República sí lo es, tanto por la tradición e historia del país como por los principios que ésta representa.

El ser una República conlleva vivir en un Estado donde existe la separación e independencia de poderes, donde no se reconoce ningún poder por encima de las leyes, donde existe la participación política de los ciudadanos y se limita el poder político de las autoridades, entre otras conquistas de gran trascendencia. Por esta razón, consideramos que una medida alternativa que pudo haber tomado el Gobierno nacional, era la de utilizar la denominación de "República Plurinacional de Bolivia", de esa manera se daría un sentimiento de mayor representación y pertenencia de los ciudadanos para con el Estado, por ser plurinacional y por ser República. Pero como dijimos anteriormente, hubo intereses políticos para dejar de ser República, al menos, en la denominación oficial del Estado.

Por otra parte, es necesario hacer una especial mención sobre el manejo que se le ha dado al tema de la interculturalidad, puesto que lamentablemente la Constitución del 2009 crea las denominadas "Comunidades interculturales"¹³ las cuales no son otra cosa que comunidades campesinas que migraron del occidente boliviano a las tierras del oriente, conocidos anteriormente en Bolivia como "colonos". Sin embargo, como otra de las banderas políticas del actual gobierno de turno es precisamente la "descolonización" (en este caso referida a la herencia cultural adoptada a consecuencia de la colonización española), la existencias de "colonos" dentro del territorio nacional no está acorde con este discurso oficialista, razón por la cual se cometió la aberración de denominar a estas comunidades como comunidades interculturales, y los que antes fueron conocidos como "colonos" hoy se autodenominan los "interculturales". Decimos que esta categorización es una aberración, porque en realidad la vigencia de un Estado plurinacional no es otra cosa que el reconocimiento de un Estado en el que conviven diferentes cultural; y precisamente, como señalamos anteriormente, Bolivia se califica como un Estado intercultural por la relación que existe y se mantiene vigente entre estas culturas. Por lo tanto, Bolivia en sí es una gran comunidad intercultural, por lo tanto crear segmentos específicos como espacios interculturales formales es ir en contra del sentido propio del Estado intercultural boliviano, o en todo caso, es ir en contra de la interculturalidad misma existente en el país.

13 El art. 3 de la Constitución señala que: "La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano."

IV. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS¹⁴.

La Constitución Política del Estado de 1967, contenía un catálogo de derechos fundamentales bastante escueto, establecido en un solo artículo (art. 7º)¹⁵. Estos derechos tuvieron que ser ampliados y desarrollados por medio de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por el Estado Boliviano, que a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Bolivia, fueron reconocidos como parte del bloque de constitucionalidad.¹⁶

El año 2002, se presentó la propuesta de ampliar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, mediante la Ley de necesidad de reformas a la Constitución de ese mismo año. Esta ampliación, por ser solamente una enmienda constitucional, no era muy significativa en cuanto a la cantidad de derechos a ser incorporados. Sin embargo, se incluían derechos relevantes como ser la libertad de conciencia; la intimidad y privacidad personal y familiar; a un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado; y el acceso a la información pública¹⁷.

El procedimiento de reforma parcial establecido en la Constitución de 1967, establecía que en primer lugar se debía emitir una Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución, la cual debía ser tratada y debatida en el siguiente periodo constitucional y posteriormente dictarse una Ley de Reforma a la Constitución. En

-
- 14 La Constitución Política del Estado del 2009, introduce la denominación: "naciones y pueblos indígenas originarios campesinos" en alusión a las comunidades indígenas, definiéndolos a éstos como toda colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad, y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española. Sin embargo, para los efectos del presente trabajo, utilizaremos esta terminología sólo en aquellos casos en que es ineludiblemente necesario. Para lo demás, se utilizará el término de pueblos, comunidades, naciones o movimientos indígenas indistintamente.
- 15 La Constitución de 1967, reconocía los siguientes derechos fundamentales: a) A la vida, la salud y la seguridad; b) A emitir libremente sus ideas y opiniones por cualquier medio de difusión; c) A reunirse y asociarse para fines lícitos; d) A trabajar y dedicarse al comercio, la industria o a cualquier actividad lícita, en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo; e) A recibir instrucción y adquirir cultura; f) A enseñar bajo la vigilancia del Estado; g) A ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional; h) A formular peticiones individual y colectivamente; i) A la propiedad privada, individual y colectivamente, siempre que cumpla una función social; j) A una remuneración justa por su trabajo que le asegure para sí y su familia una existencia digna del ser humano; k) A la seguridad social, en la forma determinada por esta Constitución y las leyes.
- 16 Actualmente la Constitución vigente, establece de manera expresa en su art. 410, parágrafo II, que el bloque de constitucionalidad está integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de Derechos Humanos, y por las normas de Derecho comunitario, ratificados por el país.
- 17 Específicamente esta Ley de necesidad de Reforma a la Constitución, planteaba las siguientes modificaciones al catálogo de los derechos fundamentales: a) A la vida, la salud, la seguridad e integridad física y moral y el libre desarrollo de la personalidad. b) A la libertad de conciencia, pensamiento y religión; a emitir y a recibir libremente ideas, opiniones, creencias e informaciones por cualquier medio de difusión. c) A reunirse y asociarse para fines lícitos y pacíficos. d) Al trabajo y a dedicarse al comercio, la industria y a la profesión, oficio o actividad económica lícita de su elección, en condiciones que no perjudiquen el bienestar colectivo. e) A una remuneración justa por su trabajo, que le asegure para sí y su familia una existencia digna del ser humano. f) A recibir educación y adquirir cultura. g) A enseñar bajo la supervisión del Estado. h) A ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional. i) A formular peticiones individual o colectivamente y a obtener oportuna respuesta. j) A la propiedad privada, individual o colectiva, siempre que cumpla una función social. k) A la salud pública y a la seguridad social, en la forma determinada por esta Constitución y las Leyes. l) Al nombre, a la intimidad y privacidad personal y familiar; así como a su imagen, honra y reputación. m) A gozar de un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado y adecuado para su bienestar, resguardando los derechos de las generaciones futuras. n) Acceso a la información pública.

este caso, existió la Ley de Necesidad de Reforma, como lo señalamos anteriormente, en la cual se propuso la modificación y ampliación del art. 7, referente a los derechos fundamentales. Pero a pesar de que la Constitución fue reformada en dos ocasiones (2004 y 2005)¹⁸ en base a dicha ley, en ninguna de éstas se incorporó la mencionada modificación, y es más, se modificaron e incluyeron disposiciones que ni si quiera estaban contempladas en la “Ley de Necesidad de Reformas a la Constitución” del año 2002.

Estas omisiones fueron justificadas debido a que en este periodo Bolivia estuvo inmersa en una profunda crisis política y social. Aún quedaban abiertas las heridas generadas por la denominada Guerra del Agua¹⁹ en la ciudad de Cochabamba del año 2000, y tres años después (2003) se generarían dos enfrentamientos luctuosos de mayor envergadura, primero la lucha contra el impuesto al salario (denominado mediáticamente como el impuestazo) en el mes de febrero, y posteriormente en el mes de octubre del mismo año se suscitaría la “guerra del gas”, con la cual se forzaría la renuncia del entonces presidente Gonzalo Sánchez de Lozada²⁰.

Ante esta situación coyuntural tan crítica, era prácticamente imposible pensar en reformas parciales a la Constitución, aún más cuando una de las demandas vigentes en ese momento, era precisamente la reforma total de la misma.

En cuanto a los derechos de los pueblos indígenas, específicamente, mediante la reforma del año 1994 a la Constitución de 1967 se introdujo un artículo (art. 171) que a la letra señalaba lo siguiente: “Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones.”

Este artículo, se constituye en el primer antecedente constitucional en Bolivia sobre el reconocimiento de los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas, puesto que las anteriores constituciones bolivianas (desde 1938) simplemente reconocían y

18 En la reforma del año 2005, se modificó solamente un artículo, el referido a la sucesión presidencial. (Ley N° 3089 del 6 de julio de 2005).

19 La guerra del agua fue una protesta de gran conmoción social que se produjo a consecuencia de la privatización del servicio del agua potable en el departamento de Cochabamba, y el incremento de las tarifas por este servicio, durante el periodo de privatización en el gobierno del ex dictador Hugo Banzer Suárez.

20 Bajo el segundo mandato del presidente Gonzalo Sánchez de Lozada, se impulsaron políticas bastante impopulares que causaron el rechazo contundente de la población. Una de ellas, fue el pretender establecer un impuesto al salario, pretensión que fue calificada como un “impuestazo” a salarios que de por sí, ya eran muy bajos. En el mes de febrero, se darían enfrentamientos violentos que obligarían al gobierno de Sánchez de Lozada dar un paso atrás sobre esta decisión. Posteriormente, la intención de firmar un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y el exportar gas por Chile fueron otras propuestas gubernamentales que causarían gran revuelo hacia la población, la cual en realidad acrecentaba cada vez más su descontento con el gobierno nacional, por lo que la denominada guerra del gas que se dio en el mes de octubre, fue la cúspide de un cúmulo de situaciones que volvieron insostenible la permanencia de Sánchez de Lozada, a la cabeza del gobierno nacional.

garantizaban la existencia de las comunidades indígenas o campesinas. Sin embargo, existía el mismo inconveniente que apuntamos para los derechos fundamentales en general, es decir, este reconocimiento de sus derechos colectivos era demasiado escueto, por lo que nuevamente el Tribunal Constitucional tuvo la tarea de desarrollar los derechos de los pueblos indígenas amparado en este artículo de la Constitución, y sobre todo en el Convenio N° 169 de la OIT, ratificado por Bolivia en el año 1991.

El reconocimiento pleno de todos sus derechos, fue otra de las demandas que motivo a los movimientos indígenas a plegarse al pedido de reforma total de la Constitución; y efectivamente, uno de los mayores elogios que recibió la actual Constitución boliviana vigente desde el año 2009, fue precisamente la ampliación del catálogo de los derechos fundamentales, incorporándose incluso un apartado específico sobre los Derechos de las Naciones y Pueblos Indígenas del País, que básicamente responde a aquellos derechos que fueron reconocidos a nivel internacional, a través del ya mencionado Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que también fue ratificado por el Estado Boliviano el año 2007.

Dentro de estos derechos reconocidos a los pueblos indígenas e incluidos en la Constitución vigente, se encuentra el derecho a ser consultados de manera previa, mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. A más de cinco años de la promulgación de la actual Constitución, el propio gobierno central, que promovió su aprobación, ha incumplido con este derecho, realizando la construcción de una carretera para unir dos Departamentos de Bolivia (Cochabamba y Beni), que atraviesa la reserva forestal denominada "Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Secure" (TIPNIS), en el que habitan diferentes pueblos indígenas del oriente boliviano.

Este hecho generó la justa protesta por parte de los integrantes de los pueblos indígenas, quienes a través de una histórica marcha (similar a la del año 1990), consiguieron la paralización de la construcción de la señalada carretera. Esta marcha fue conocida como la VIII gran marcha indígena por el respeto de sus derechos y territorios, y logró tener una gran repercusión debido a los intentos desesperados del gobierno central por detenerla, llegando incluso a reprimir a los indígenas marchistas de una manera brutal por medio de la fuerza pública²¹, hecho que hasta la fecha no ha acarreado responsabilidades para ninguna autoridad, pero que causó el repudio total de la población boliviana, razón por la cual la defensa del TIPNIS dejó de ser una demanda exclusiva de los indígenas, y se convirtió en un sentir general de la ciudadanía.

21 Esta represión es conocida como "el caso chaparina", en alusión al lugar donde se produjo el lamentable hecho.

La paralización de la construcción de la carretera y de cualquier otro proyecto similar, se garantizó a través de una ley nacional que establece la intangibilidad del TIPNIS²². Sin embargo, meses después de emitida la ley, un segundo grupo de indígenas (que fueron desconocidos por las autoridades del TIPNIS) iniciaron una “contramarcha” que tenía como finalidad revertir lo determinado en la mencionada ley y apoyar la construcción de la carretera. Esta “contramarcha” tuvo un descarado favoritismo del gobierno nacional, puesto que brindó ciertas condiciones de seguridad y comodidad a este grupo, en contraposición a la actitud asumida ante el primer grupo de marchistas, quienes iniciarían una nueva marcha (IX marcha indígena) pero ésta no tendría la contundencia de la anterior marcha (VIII marcha indígena) ni obtendría los mismos resultados.

La supuesta y prefabricada contradicción entre los pueblos indígenas del TIPNIS, fue la oportunidad que buscaba el gobierno nacional para tratar de enmendar el error de no haber respetado el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, y ante la ausencia de una norma que regule los procedimientos para las consultas²³, el 10 de febrero del 2012 se dictó la Ley N° 222 para la realización de este proceso de consulta a los pueblos indígenas del TIPNIS para la construcción de la carretera a través de este territorio²⁴.

Pese a la resistencia de los grupos indígenas, que alegaban la extemporaneidad²⁵ e inconstitucionalidad de la consulta, dicho proceso de consulta previa fue ejecutado en medio de muchas polémicas, puesto que hubo denuncias de que el proceso fue completamente direccionado por el gobierno central y no se dio la información necesaria a las Comunidades Indígenas. En otras palabras, el gobierno central fue a buscar las respuestas y el resultado que deseaba obtener, el cual era obviamente tener el visto bueno para la construcción de la carretera. Este proceso de consulta fue culminado a finales del año 2012, y los resultados del mismo han sido altamente cuestionados, al igual que todo el proceso.

Independientemente de los resultados de la consulta, la experiencia del TIPNIS nos ha demostrado que la materialización de los derechos conquistados por los Pueblos Indígenas e incorporados en la Constitución Política del Estado del 2009, aún

22 Ley N° 180 de Protección del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécuré – TIPNIS, del 24 de octubre del 2011. Gaceta Oficial de Bolivia N° 0308 del 25 de Octubre de 2011.

23 En la Ley del Régimen Electoral de Bolivia, se contempla el proceso de la consulta previa, pero solamente se señala el alcance de la misma, y la labor de acompañamiento que debe cumplir el Órgano Electoral Plurinacional.

24 Los pueblos indígenas demandaron la inconstitucionalidad de esta norma, sin embargo el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia emitió la Sentencia Constitucional N° 300 del 18 de junio del 2012, en la cual curiosamente declaran la constitucionalidad “condicionada” de la misma, indicando que el contenido del proceso de consulta y sus procedimientos, debían realizarse de manera concertada con los pueblos indígenas, tal como lo establece la Constitución Política del Estado, situación que de acuerdo a estos mismos actores, no fue cumplida.

25 Para los movimientos indígenas, ya no se trataba de una consulta previa, sino más bien de una consulta posterior, porque el diseño final de la carretera ya había sido aprobado, y la obra incluso había sido licitada y adjudicada.

tienen mucho camino por recorrer; y para este tipo de situaciones en particular, es necesario contar con una Ley marco que regule los procedimientos adecuados para la realización y ejercicio del derecho a la Consulta Previa, en donde se establezcan los mecanismos necesarios para garantizar la transparencia y fiabilidad de estos procedimientos. Para la elaboración de esta Ley Marco de consulta previa, se debe garantizar la verdadera y real participación de los Pueblos Indígenas, como sujetos directamente involucrados. Además, se debe prever la no distorsión de lo expresado en la Constitución en cuanto a este derecho. Es decir, evitar “desconstitucionalizar la constitución”²⁶.

En la actualidad se ha presentado el anteproyecto de Ley que regulará la realización de las consultas previas, pero lamentablemente existen muchas denuncias de diferentes organizaciones indígenas, en el sentido de que no se los tomó en cuenta para la construcción de dicho proyecto normativo, lo que podría afectar su legitimidad.

V. PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y REPRESENTACIÓN ELECTORAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

El sistema democrático boliviano, era otra de las cuestiones que merecía una imperiosa transformación dentro del contexto constitucional. La formación de la democracia boliviana ha tenido un carácter intermitente, puesto que se vio interrumpida numerosas veces por golpes de Estado y gobiernos de facto. Sin embargo, podemos clasificarla en cuatro momentos concretos: Un primer momento de democracia censitaria, un segundo momento de democracia representativa, un tercer momento de democracia representativa y participativa, y finalmente, un cuarto momento de la democracia intercultural.

El primer momento de democracia censitaria, en la cual se establecían requisitos económicos y de formación académica para ejercer el voto, estuvo vigente desde la fundación de la República hasta la Revolución Nacional de 1952, por medio de la cual se instituyó el voto universal. El segundo momento de la democracia representativa se dio (en lo formal) desde la Revolución Nacional hasta la Reforma constitucional del año 2004²⁷. Con esta reforma, se establece además de la democracia representativa, la democracia participativa mediante la cual el pueblo tiene la capacidad de deliberar; a través de institutos tales como la iniciativa legislativa y el referéndum. El cuarto momento, de la democracia intercultural, se da con la Constitución del 2009²⁸,

26 DE SOUZA SANTOS, B.: *Refundación del Estado*, cit., p. 80.

27 Insistimos en el hecho de que esta clasificación no está delimitada estrictamente en el tiempo, puesto que durante largos periodos no hubo democracia en Bolivia, puesto que regían los gobiernos de facto.

28 En realidad, la Constitución Política del Estado del 2009 no menciona expresamente a la Democracia Intercultural como el sistema democrático que rige en el país. Simplemente señala que la democracia se ejerce de tres formas: 1. Directa y Participativa; 2. Representativa; y 3. Comunitaria. Es en la Ley del Régimen electoral,

y básicamente integra tres tipos de democracia: la representativa, participativa y comunitaria.

Es interesante observar que, el establecimiento de cada uno de estos momentos de la democracia boliviana, ha estado caracterizado por conmociones sociales de gran intensidad, iniciando primeramente con la Revolución Nacional del 52, cuya connotación histórica la hemos mencionado inicialmente, y que prácticamente resulta del desgaste de un sistema democrático excluyente que privilegiaba a un grupo reducido de ciudadanos sobre una gran mayoría poblacional. Lo mismo sucedió con la democracia representativa. Si bien el sistema de representación tiene una practicidad y legitimidad incuestionable, la afirmación establecida en la Constitución de 1967 referente a que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes y autoridades creadas por ley (art. 4), reducía la voluntad popular a una mínima expresión que prácticamente se manifestaba exclusivamente cada determinado periodo de tiempo para solamente elegir a sus representantes. Además, este sistema de representación sufrió un mayor desgaste, debido a la desvinculación postelectoral de la autoridad elegida con sus electores. En medio de esta crisis en el sistema de representación política, surgieron las demandas ciudadanas por una mayor participación en la toma de decisiones, y justamente el reconocimiento de la democracia participativa se dio, nuevamente, luego de trascendentales conmociones sociales, como fueron las suscitadas en el año 2003. Finalmente, la denominada democracia intercultural, es el resultado de un periodo constituyente caracterizado también por una gran movilidad social.

Cabe aclarar, que si bien hasta el año 2004 no se reconoció constitucionalmente la democracia participativa, en el año 1994 por medio de la Ley de Participación Popular, se establecieron mecanismos que facultaron a los pueblos indígenas, comunidades campesinas, y juntas vecinales, por medio de las denominadas Organizaciones Territoriales de Base (OTB) (que eran organizadas según sus usos, costumbres o disposiciones estatutarias) a ejercer derechos referentes a: a) Proponer, pedir, controlar y supervisar la realización de obras y la prestación de servicios públicos de acuerdo a las necesidades comunitarias, en materias de educación, salud, deporte, saneamiento básico, microriego, caminos vecinales y desarrollo urbano y rural; b) Participar y promover acciones relacionadas a la gestión y preservación del medio ambiente, el equilibrio ecológico y el desarrollo sostenible; c) Representar y obtener la modificación de acciones, decisiones, obras o servicios brindados por los órganos públicos, cuando sean contrarios al interés comunitario; d) Proponer el cambio o la ratificación de autoridades educativas y de salud dentro de su territorio; e) Acceder a la información sobre los recursos destinados a la Participación Popular.

vigente desde el año 2010, en la que se indica que el ejercicio de estas tres formas de democracia constituyen el sustento de la democracia intercultural.

Esta ley, sin duda alguna, dio la posibilidad a que la ciudadanía organizada forme parte de la gestión pública ejecutada en cada uno de los municipios, lo que se constituye en uno de los primeros instrumentos que alienta la construcción de una democracia participativa en Bolivia. Por otro lado, es importante señalar que con anterioridad al 2009, se ejercieron otros tipos de mecanismos de participación que fueron ejercidos antes de su reconocimiento formal por la actual Constitución, tales como los cabildos²⁹ y la revocatoria de mandato³⁰.

En cuanto a la democracia comunitaria, la Constitución del 2009 establece que ésta se ejerce por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígenas, entre otros conforme a ley. Asimismo, en cuanto a los derechos políticos, se señala que donde se practique la democracia comunitaria, los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios, supervisados por el Órgano Electoral Plurinacional, siempre y cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, directo, secreto, libre y obligatorio. También se reconoce como un derecho político de los pueblos indígenas, la elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios.

Sobre este tipo de democracia debemos señalar que, si bien los pueblos indígenas, amparados en la democracia comunitaria, tienen la potestad de elegir, designar o nombrar a sus autoridades internas mediante sus normas y procedimientos propios, este principio se pierde cuando se trata de las autoridades que deben provenir de las Naciones y Pueblos Indígenas para la conformación de los órganos funcionales del Estado, como ser la Asamblea Legislativa Plurinacional, el Órgano Electoral Plurinacional, y el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Para la conformación de la Cámara de Diputados de la Asamblea Legislativa Plurinacional, la constitución prevé la creación de circunscripciones especiales en aquellos departamentos en donde los pueblos indígenas constituyan una minoría poblacional. Sin embargo, la Constitución no aclara si para la elección en estas circunscripciones especiales se debe aplicar los principios de la democracia comunitaria y permitir la elección por normas y procedimientos propios. Señala por

29 Los cabildos a los que hacemos referencia, fueron manifestaciones ciudadanas masivas que se dieron mayormente en el oriente boliviano, sobre todo en la época constituyente, que tenían como principal demanda la conformación de las Autonomías Departamentales mediante su reconocimiento constitucional. Actualmente los Cabildos son reconocidos como una forma de ejercicio de la democracia directa y participativa, pero solamente tienen carácter deliberativo.

30 La revocatoria de mandato del Presidente y Gobernadores de Departamentos, se dio en medio de una crisis política y social muy fuerte que tenía enfrentados a gran parte de éstos con aquél. Mucho se cuestionó sobre su legalidad y constitucionalidad, por lo que hubieron autoridades que se resistieron al proceso; sin embargo, al final se vieron obligados a cumplir los resultados del mismo. Actualmente la revocatoria de mandato se encuentra establecida en la Constitución vigente, mas, por la manera en la que se la ha concebido, prácticamente es inviable debido a los tiempos que se deben seguir y los requisitos que se deben cumplir.

el contrario, que los Diputados (sin exclusión) deben ser elegidos por voto universal, directo y secreto. La posibilidad de aplicar normas y procedimientos propios en las circunscripciones especiales se cierra aún más cuando consideramos lo mencionado anteriormente, sobre la salvedad para la aplicación de estas normas cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, etc.; aunque, paradójicamente, para la conformación de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, donde también hay elecciones por voto universal, la Constitución del 2009 sí plantea de manera expresa que los representantes de los pueblos indígenas ante estos órganos deliberativos territoriales, deben ser elegidos mediante normas y procedimientos propios.

Para la conformación del Órgano Electoral Plurinacional, la Constitución también prevé que dos de los siete vocales del Tribunal Supremo Electoral y un vocal de cada uno de los Tribunales Electorales Departamentales deben pertenecer a los pueblos indígenas. Sin embargo, deja la potestad de elección de estos vocales (es decir, de todos los vocales en general) a la Asamblea Legislativa Plurinacional, con participación de las Asambleas Departamentales para los casos de los Tribunales Electorales Departamentales, imposibilitando de esta manera, la aplicación de las normas y procedimientos propios de los pueblos indígenas, para elegir a sus representantes ante dichos órganos electorales.

Por otra parte, la Constitución vigente señala también que los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, deben ser elegidos con criterios de plurinacionalidad. Sin embargo, plantea también que la elección de estos se debe realizar mediante sufragio universal. Asimismo, la Constitución establece que los cargos elegibles del órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional, no pueden ser postulados por los pueblos indígenas, agrupaciones ciudadanas ni partidos políticos, dejando de lado, al igual que en los casos anteriores, la aplicación de normas y procedimientos propios para la elección de las autoridades de origen indígena dentro de este órgano del Estado³¹.

En resumidas cuentas, podemos señalar que, la democracia comunitaria solamente puede ser ejercida dentro de las comunidades o territorios indígenas, y para la elección de representantes de los pueblos indígenas ante las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, lo que desde mi punto de vista, es una limitación para la integración efectiva de los pueblos indígenas en los órganos funcionales del Estado, de los cuales la Constitución los hace parte, pero bajo criterios asumidos desde el mismo Estado y mediante procedimientos ajenos a las naciones y pueblos indígenas, lo que puede llegar a generar una falsa participación de los mismos.

31 Analizaremos con mayor detalle la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional, en el punto referente a la Justicia Constitucional. (*vid infra*).

En lo referente a la Representación política para participar en procesos electorales, hasta el 2004 los partidos políticos eran el único medio de representación reconocido por la Constitución Política del Estado de 1967. Pero los partidos políticos denominados "tradicionales"³² que pugnaban en los procesos electorales desde la recuperación de la democracia (década de los 80) sufrieron de manera paulatina un desgaste que puso en duda su legitimidad; afectando también, de manera consecuente, la legitimidad del sistema partidario.

Una de las causas de este desgaste se generó por la forma en que estaba establecida la elección del Presidente de la República en la Constitución Política del Estado de 1967. Ésta Constitución, señalaba que en caso que ninguna de las fórmulas para Presidente y Vicepresidente del Estado obtuviera la mayoría absoluta de sufragios válidos, el Congreso debía elegir por mayoría absoluta de votos válidos, entre las dos fórmulas que hubieran obtenido el mayor número de sufragios válidos³³, lo que causó que fuerzas políticas históricamente e ideológicamente enfrentadas llegarán a establecer acuerdos entre sí con la única finalidad de alcanzar la presidencia³⁴, generando de esta manera una sensación de irrespeto al voto otorgado por el ciudadano a determinado partido político. Este mecanismo de elección es conocido en Bolivia como la "democracia pactada"³⁵ en alusión a esas alianzas postelectorales en donde el ciudadano ya no era necesario, y todo se decidía en el congreso.

La deslegitimación de los Partidos Políticos y del sistema partidario, desembocó en la reforma constitucional del año 2004, mediante la cual se incluyó a las Agrupaciones Ciudadanas y a los Pueblos Indígenas como medios de representación popular para la participación en procesos electorales. Ante esto, se conformaron

- 32 En Bolivia la tendencia a conformar nuevos partidos políticos en este periodo era cada vez mayor. Es decir, se tenía un sistema multipartidario en constante crecimiento. Si bien los partidos con mayor relevancia durante esta época eran el Movimiento Nacional Revolucionario (que tiene sus orígenes desde la Revolución Nacional de 1952), Acción Democrática Nacionalista y el Movimiento de Izquierda Revolucionario, hubieron otros partidos menores pero muy significativos (electoralmente hablando) que mediante coaliciones y alianzas postelectorales llegaron a cogobernar en determinados periodos conjuntamente a los partidos antes mencionados. La expresión de partidos tradicionales, se refiere a todos estos partidos.
- 33 La Constitución de 1967, inicialmente preveía que la elección en el congreso debía ser entre las tres opciones más votadas, y en caso de que entre ninguna de las tres opciones se lograra la mayoría absoluta de los votos, se debería repetir la votación tomando en cuenta solamente a los dos candidatos que hubieran alcanzado la mayoría de los sufragios. Pero luego de que en las elecciones de 1989 se eligió en el Congreso como Presidente a la tercera opción más votada, se planteó la reforma constitucional limitando esta situación, que fue concretada en la Reforma Constitucional de 1994.
- 34 Una de las Alianzas electorales que causó mayor polémica fue la que llevó a la Presidencia al Movimiento de Izquierda Revolucionario (MIR) en 1989, con el apoyo de su principal enemigo político Acción Democrática Nacionalista (ADN). Estos grupos políticos eran enfrentados, debido a que el líder del ADN era el ex dictador Hugo Banzer Suárez, y durante su gobierno de facto muchos dirigentes del MIR fueron asesinados y torturados. Es célebre la expresión utilizada por el líder del MIR, Jaime Paz Zamora, pronunciada antes de la Alianza, que decía que al MIR y el ADN los separaba un río de sangre. Sin embargo, este río de sangre fue cruzado para hacerse con la Presidencia de la República (algunos señalaron, en claro repudio a la alianza, que el río de sangre fue cruzado con un puente construido con los cuerpos de los muertos de la dictadura).
- 35 La democracia pactada, si bien marca un determinado periodo de la democracia boliviana, es un término acuñado sociológicamente que no se encontraba reflejada bajo esta denominación en la Constitución ni en ninguna ley. Por esa razón, no la incluimos dentro de nuestra descripción de los momentos de la democracia boliviana. (*vid supra*).

un gran número de Agrupaciones Ciudadanas de alcance municipal, departamental y nacional, debido a que la ley les otorgaba mayores facilidades para su creación y funcionamiento. El caso de los Pueblos Indígenas fue muy diferente, puesto que a pesar de estar reconocidos en la Constitución y las propias leyes³⁶ como fuerzas políticas de representación popular independiente, éstos no participaron de ningún proceso electoral por medio de sus propias organizaciones indígenas.

La Constitución del 2009, prácticamente ratifica estas tres formas de organización política (Partidos Políticos, Agrupaciones Ciudadanas y Pueblos Indígenas). Pero la situación de los Pueblos Indígenas en cuanto a la participación en procesos electorales no ha variado, puesto que, por ejemplo, como señalamos anteriormente, para la Conformación de la Cámara de Diputados de la Asamblea Legislativa Departamental la Constitución establece la creación de circunscripciones especiales, mismas que fueron creadas por la Ley de Régimen Electoral (se crearon 7 circunscripciones especiales de un total de 130 diputados), pero los representantes indígenas que fueron electos en estas circunscripciones participaron del proceso eleccionario por medio de un Partido Político, lo que actualmente los tiene imposibilitados de conformar su propia bancada (bancada indígena) en la Cámara de Diputados de la Asamblea Legislativa Plurinacional ante su distanciamiento de la fuerza política por la que fueron elegidos (MAS) a consecuencia del conflicto generado por el TIPNIS, el cual fue descrito con anterioridad.

Un ejemplo más reciente, fue la última elección para Gobernador realizada en el Departamento Beni el pasado 20 de enero del 2013, en donde el candidato de los Pueblos Indígenas, Pedro Nuny, tuvo que ser postulado a través de una Agrupación Ciudadana que no pertenece a los movimientos indígenas. Es decir, en palabras simples, participaron del proceso eleccionario con una "sigla prestada".

La única experiencia que se tiene hasta hoy, sobre un proceso electoral en que los Pueblos Indígenas hayan podido participar por medio de sus organizaciones indígenas, fueron las elecciones de Asambleístas Departamentales realizadas en el mes de abril del 2010. En este proceso electoral, los pueblos indígenas postularon y eligieron a sus representantes ante las Asambleas Departamentales por medio de sus organizaciones indígenas, y a través de sus normas y procedimientos propios. Actualmente, se tiene conocimiento, que en el caso de la Asamblea Departamental de Santa Cruz, se han dado incluso casos de revocatoria de mandato de Asambleístas indígenas en base a sus normas y procedimientos propios, lo que demuestra que en los únicos espacios o entidades del nuevo Estado plurinacional en donde se ejerce de manera efectiva la denominada democracia intercultural, es en estos órganos deliberativos sub-nacionales.

36 Ley N° 2771 de Agrupaciones Ciudadanas y pueblos Indígenas, del 6 de julio del 2004.

Lo paradójico es que la posibilidad de postulación y elección directa de Asambleístas departamentales indígenas, por medio de sus organizaciones y a través de sus normas y procedimientos propios, no se debe a las gestiones realizadas por los partidarios del plurinacionalismo, sino más bien son obra de otra fuerte corriente transformadora del país, como son los movimientos autonomistas, quienes en la elaboración de sus Estatutos autonómicos departamentales, tuvieron la previsión de incluir esta forma de elección de los representantes de los pueblos indígenas en sus respectivas Asambleas Departamentales³⁷, lo cual posteriormente fue incorporado en la Constitución del 2009³⁸.

Es necesario precisar que en estos casos específicos de las Asambleas Departamentales (y también en los Concejos Municipales, aunque aún no se haya hecho efectiva ninguna elección bajo estos parámetros), los pueblos indígenas eligen a sus representantes para espacios (o curules) que están destinados o son reconocidos para sus propios pueblos. Sin embargo, la noción establecida en la reforma constitucional del año 2004 y en la Constitución del 2009, al incluir a los pueblos indígenas como instrumentos de representación popular y política, respectivamente, es mucho más amplia. En ambos casos, se estableció la posibilidad de que los Pueblos Indígenas puedan postular a otros tipos de candidatos que no corresponden o representan exclusivamente a determinadas naciones indígenas, incluyendo inclusive, candidatos a la Presidencia del Estado³⁹.

Es decir, el reconocimiento de los pueblos indígenas como organizaciones políticas de representación, les permite a éstos pugnar en cualquier elección de manera conjunta a los partidos políticos y las agrupaciones ciudadanas (excepto la elección de magistradas y magistrados al órgano Judicial y el Tribunal Constitucional Plurinacional, por limitación constitucional expresa), por lo tanto, pueden existir

37 Los Estatutos Autonómicos de los departamentos de Beni, Pando, Santa Cruz y Tarija, fueron elaborados y aprobados mediante referéndum popular antes de la aprobación y puesta en vigencia de la actual Constitución, razón por la cual en su momento fueron desconocidos por el gobierno nacional. Sin embargo, para las elecciones de autoridades sub-nacionales realizadas en el mes de abril del año 2010, se promulgó la Ley del Régimen electoral Transitorio, en la cual se incorporó el mismo texto extraído del contenido de cada uno de dichos Estatutos para la elección de sus correspondientes autoridades departamentales, dentro de los cuales se establecía la elección de representantes de los Pueblos Indígenas por usos y costumbres o normas y procedimientos propios; lo cual también fue emulado dentro de la misma ley transitoria, para los Asambleístas departamentales provenientes de naciones y pueblos indígenas, en los departamentos de La Paz, Cochabamba, Oruro, Potosí y Chuquisaca, los cuales accedieron al régimen autonómico de manera posterior que los otros cuatro departamentos antes nombrados.

38 Si bien la Constitución también establece que en los municipios donde existan naciones o pueblos indígenas, se podrán elegir sus representantes ante el Concejo Municipal de forma directa mediante normas y procedimientos propios, para las elecciones municipales llevadas a cabo el año 2010, conjuntamente con las elecciones de autoridades departamentales, no se tomó en cuenta esta figura.

39 La reforma constitucional del año 2004, señalaba lo siguiente: "Los partidos políticos y/o las agrupaciones ciudadanas y/o pueblos indígenas, podrán postular directamente candidatos a Presidente, Vicepresidente, Senadores y Diputados, Constituyentes, Concejales, Alcaldes y Agentes Municipales, en igualdad de condiciones ante la Ley, cumpliendo los requisitos establecidos por ella." (art. 224). En consonancia con este criterio, la Constitución del 2009 establece: "Las candidatas y los candidatos a los cargos públicos electos, con excepción de los cargos elegibles del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional serán postuladas y postulados a través de las organizaciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las agrupaciones ciudadanas y los partidos políticos, en igualdad de condiciones y de acuerdo con la ley" (art. 209).

candidatas o candidatos postulados tanto por partidos políticos y agrupaciones ciudadanas como también por los pueblos indígenas, aunque lamentablemente en la práctica, esto último no se ha cumplido.

Actualmente, el Tribunal Supremo Electoral de Bolivia, se encuentra elaborando un anteproyecto de Ley de Organizaciones Políticas, el cual reemplazará a la Ley de Partidos Políticos y a la Ley de Agrupaciones Ciudadanas y Pueblos Indígenas que se encuentran en vigencia. Uno de los debates centrales que se ha dado en torno a dicho anteproyecto de ley, es justamente el referido a la participación de los Pueblos Indígenas en procesos electorarios a través de sus propias Organizaciones Indígenas, situación que creemos va en estricta armonía con lo que establece la Constitución Política del Estado, razón por la cual consideramos necesario que el sentido de la norma sea dirigido bajo este criterio, y se establezcan las medidas o salvaguardas necesarias para asegurar la participación política de los Pueblos Indígenas en igualdad de condiciones que los Partidos Políticos y Agrupaciones Ciudadanas.

VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL.

Señalábamos en la parte introductoria del presente artículo, que para el investigador Isaac Sandoval Rodríguez, Bolivia fue fundada bajo tres contradicciones: las etnias, regiones y las clases sociales.

La transición del Estado mono-cultural, al Estado multiétnico pluricultural, y posteriormente al Estado plurinacional, que hemos venido analizando, es sin duda un esfuerzo por resolver aquella contradicción existente entre el Estado y las etnias. Pero la contradicción referente al Estado y las regiones ha tenido también su senda histórica.

Bolivia, desde su fundación, fue constituida como un Estado centralista, y a pesar de que hubieron determinados momentos históricos, en los que se reivindicó una organización administrativa federal, la concepción centralista del Estado se mantuvo inmutable⁴⁰. Posteriormente, en otro contexto histórico, se enarbolaría la bandera de la autonomía como una postura menos radical que el federalismo, y por ende, más viable.

Desde la Constitución de 1938, se reconoció la autonomía de los Gobiernos municipales (o comunales, para algunas Constituciones); pero en cuanto a los departamentos (nivel intermedio del Estado), hasta las últimas reformas constitucionales (2004-2005), solamente se pudo avanzar hacia el establecimiento de un régimen de descentralización administrativa bastante moderado.

40 Citamos anteriormente, que incluso se dio una guerra civil federal en el año 1899. (vid. supra).

El periodo constituyente generado en Bolivia en el año 2006, fue propicio para plantear la conformación de las autonomías departamentales. Es así que, al momento de realizarse la elección de Asambleístas Constituyentes, se llevó a cabo también un referéndum autonómico, en el cual cuatro de los nueve departamentos de Bolivia, votaron mayoritariamente de manera afirmativa para acceder a un régimen autonómico⁴¹.

En adelante, se dieron una cadena de acontecimientos políticos y sociales (algunos bastante trágicos) que no ayudan al sentido del presente artículo, por lo tanto no entraremos en el detalle de los mismos, pero en líneas generales diremos que este momento constituyente estuvo fuertemente marcado por la confrontación entre los cuatro departamentos que exigían se respeten los resultados del referéndum, y en consecuencia se garantice su cualidad autonómica, con un gobierno nacional que en pocas palabras desechaba las autonomías por considerarlas parte de una estrategia para desmembrar Bolivia, acusando a sus promotores de independentistas y separatistas, pese a los resultados obtenidos en el referéndum autonómico.

Lo cierto es que, más allá de las posiciones políticas, las autonomías departamentales representan una alternativa para resolver aquella otra contradicción que fue acertadamente observada por Isaac Sandoval, correspondiente al Estado y las regiones.

Al final, el Gobierno nacional (por un cálculo político más que por convicción) asimiló el tema de las autonomías y se pasó de una posición de rechazo a su incorporación en el nuevo texto constitucional, a otra que fue más allá de las autonomías departamentales, puesto que con la Constitución del 2009 se reconocieron autonomías de cuatro tipo: departamentales, municipales (que ya existían), regionales⁴², y las autonomías indígenas originario campesinas. Entre éstas, sin duda alguna, la gran novedad fue la última.

Las autonomías indígenas, podríamos decir, constituyen una síntesis de las demandas autonomistas y el criterio de plurinacionalidad adoptado en la actual Constitución Política del Estado. Aunque en un inicio, se las concibió como una manera de menoscabar a las autonomías departamentales.

La Constitución del 2009, garantiza la libre determinación de las naciones y pueblos indígenas en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, el autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones

41 Los departamentos que votaron por el sí en el referéndum autonómico son los que integran el oriente y gran parte del chaco boliviano: Beni, Pando, Santa Cruz y Tarija.

42 A la autonomía regional no se le otorgó la facultad legislativa, por lo tanto, a pesar de estar reconocida constitucionalmente, no se la concibe como una autonomía *stricto sensu*. En la actualidad, existe solamente una autonomía regional constituida en Bolivia, correspondiente a la región del chaco tarijeño.

y a la consolidación de sus entidades territoriales. De igual manera, establece que la autonomía indígena originaria campesina (AIOC) consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y pueblos indígenas.

La conformación de la AIOC permite que su gobierno se ejerza a través de sus propias normas y formas de organización, con la denominación que corresponda a cada pueblo, nación o comunidad. Pero, es necesario recalcar, que la Constitución vigente no crea o constituye *ipso facto* algún territorio o jurisdicción como AIOC (a diferencia de los otros tipos de autonomía -departamentales, municipales y regionales- que accedieron directamente al régimen autonómico). Establece, simplemente, la posibilidad a los Pueblos Indígenas para constituirse y organizarse bajo este tipo de autonomía. En ese sentido, la Constitución señala que son AIOC: 1) los territorios indígena originario campesinos (TIOC), 2) los municipios, y 3) las regiones⁴³, que adopten tal cualidad de acuerdo a lo establecido en la misma Constitución y la ley, que en este caso sería la Ley Marco de Autonomía y Descentralización (LMAD).

Es así que, actualmente existen solamente once municipios⁴⁴ que mediante referéndum realizado el año 2009 decidieron convertirse en AIOC, pero hasta la fecha, no han podido consolidarse como tal, por no contar con sus Estatutos Autonómicos Indígenas aprobados⁴⁵, lo cual es una condición previa para el ejercicio de esta cualidad, que contradice, paradójicamente, la esencia de las AIOC porque prácticamente obliga a los pueblos indígenas a contar con una norma escrita (derecho positivo), siendo que en algunos casos esto no es parte de su propia cultura, puesto que priman los usos y costumbres (derecho consuetudinario).

Para el resto de los Pueblos Indígenas, que por medio de municipios, autonomías regionales, regiones⁴⁶ o Territorios Indígenas Originarios Campesinos, deseen

43 La Ley Marco de Autonomías y Descentralización, referente a la jurisdicción territorial de las AIOC (art. 44), señala que se podrá acceder a ésta por medio de Territorios Indígena Originario Campesinos (TIOC), Municipios, y Región o Región Indígena Originario Campesino. Sin embargo, en su artículo referente a los requisitos para el acceso a la AIOC (art. 56) hace alusión a los municipios, la autonomía regional, la región y al TIOC. Por lo tanto, existe una contradicción porque en el primer artículo citado, se menciona la Región Indígena Originario Campesino y no así a las Autonomías Regionales, y en el segundo artículo, sobre los requisitos, pasa lo contrario, se menciona a la Autonomía Regional y no a las Regiones Indígenas Originarias Campesinas.

44 Estos municipios son: 1. Jesús de Machaca (La Paz); 2. Charazani (La Paz); 3. Mojocoya (Chuquisaca); 4. Tarabuco (Chuquisaca); 5. Huacaya (Chuquisaca); 6. Salinas Garcí Mendoza (Oruro); 7. Chipaya (Oruro); 8. Pampa Aullagas (Oruro); 9. San Pedro de Totora (Oruro); 10. Chayanta (Potosí); y 11. Charagua (Santa Cruz).

45 Actualmente existen cinco municipios que han elaborado y presentado sus Estatutos Autonómicos ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, para su respectivo control de constitucionalidad. Estos municipios son: San Pedro de Totora, Uru Chipaya y Pampa Aullagas de Oruro; Mojocoya de Chuquisaca, y Charagua de Santa Cruz. De estos cinco, a la fecha, sólo dos cuentan con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (San Pedro de Totora (o Totora Marka) y Charagua), el cual realizó ciertas observaciones que deben ser subsanadas por las autoridades pertinentes de dichos municipios. Una vez subsanadas las observaciones del Tribunal Constitucional, los Estatutos deben ser remitidos nuevamente ante este órgano para su conformidad, previo a la convocatoria a referendo para su aprobación o rechazo.

46 La Ley Marco de Autonomías y Descentralización diferencia las Regiones de las Autonomías Regionales. La diferencia sustancial entre ambas, está en su forma de manejo administrativo y la conformación de su institucionalidad. Sin embargo, para poder constituir una Autonomía Regional, se precisa necesariamente cumplir con todas las condiciones requeridas para la conformación de la Región.

actualmente acceder a la AIOC, se les ha impuesto, a través de la Ley Marco de Autonomía y Descentralización, una serie de requisitos y procedimientos previos que prácticamente dificultan y vuelven bastante tedioso y moroso el poder hacerlo (sobre todo para los TIOC) lo que ha provocado que muchas organizaciones indígenas desistan de esta aspiración.

Dichos requisitos y procedimientos son los siguientes:

a) Para los municipios que deseen convertirse en AIOC deben contar con una certificación expresa del Ministerio de Autonomía en la cual se constate la condición de territorio ancestral habitado por la nación o pueblo demandante. Posteriormente, el proceso se activa por iniciativa popular para referendo, impulsada por las autoridades indígenas respectivas, y según procedimiento establecido en la Ley de Régimen Electoral. Esta ley señala que para este tipo de referendo se necesita el visto bueno del Tribunal Constitucional Plurinacional y el respaldo de por lo menos el treinta por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritas e inscritos en el padrón electoral del municipio en el momento de la iniciativa. La decisión del municipio de transformarse en AIOC debe obtener la mayoría simple de los votos válidos emitidos, además para que los resultados del referendo sean válidos deben votar por lo menos el cincuenta por ciento más uno de la circunscripción electoral, y los votos válidos emitidos deben ser mayores a la sumatoria total de los votos blancos y nulos.

b) Para las Autonomías Regionales se requieren los mismos requisitos que los mencionados anteriormente para los municipios, con la diferencia que para estos casos, se puede activar el proceso mediante iniciativa popular para referendo, o a través de consulta según normas y procedimientos propios, cuando corresponda. Además, es importante mencionar que, La Ley de Régimen Electoral sólo regula la iniciativa popular para referendos nacionales, departamentales y municipales, por lo que, para estos casos se debería aplicar las mismas reglas señaladas anteriormente para cada uno de los municipios que integran la Autonomía Regional.

c) Para las Regiones se precisa la certificación de territorio ancestral emitida por el Ministerio de Autonomía, pero también es requisito la continuidad territorial y que cada uno de sus componentes sean entidades territoriales autónomas ya constituidas. En caso que los componentes sean gobiernos autónomos indígenas originarios campesinos, la iniciativa para la consulta se realizará de acuerdo a normas y procedimientos propios. En caso que se tratase de autonomías municipales, la consulta se realizará mediante iniciativa popular para referendo. Si en alguna de las entidades territoriales participantes el resultado de la consulta fuera negativo, a solicitud expresa de las que sí la hubieran aprobado y que mantengan continuidad geográfica, se repetirá la consulta o referendo para la conformación de la AIOC regional en esas entidades territoriales dentro de los siguientes ciento veinte días. Si

nuevamente se tuviese un resultado negativo, la iniciativa se extinguirá, no pudiendo realizarse una nueva hasta que haya transcurrido el tiempo equivalente a un periodo constitucional, es decir cinco años.

d) Para los TIOC que deseen constituirse en AIOC la figura se vuelve aún más compleja. En primera instancia se precisa también la certificación de territorio ancestral por parte del Ministerio de Autonomías, pero además se precisa la viabilidad gubernativa y la base poblacional. La viabilidad gubernativa se acredita con otra certificación emitida por el Ministerio de Autonomías, que contempla la evaluación técnica y comprobación en el lugar de los siguientes criterios: 1. Organización, es decir la existencia, representatividad, y funcionamiento efectivo de una estructura organizacional indígena que incluya a la totalidad de organizaciones de la misma naturaleza constituidas en el territorio, con independencia respecto a actores de otra índole e intereses externos. 2. Plan Territorial, que consiste en contar con un plan de desarrollo integral de los pueblos indígenas que habitan en el territorio, según su identidad y modo de ser, e instrumentos para la gestión territorial. Este plan debe incluir estrategias institucionales y financieras para la entidad territorial, en función de garantizar un proceso de fortalecimiento de sus capacidades técnicas y de recursos humanos, la gestión y administración, así como la mejora integral de la calidad de vida de sus habitantes, así también debe contemplar la estructura demográfica de la población. Por otra parte, en cuanto a la base poblacional, la Ley Marco de Autonomías y Descentralización requiere una base poblacional igual o mayor de diez mil habitantes en el caso de las naciones y pueblos indígenas de tierras altas, y una base poblacional igual o mayor a mil habitantes para los pueblos indígenas minoritarios, según los datos del último censo nacional. De manera excepcional, el criterio poblacional podrá flexibilizarse en caso de demostrarse la sostenibilidad de la viabilidad gubernativa, tanto para los pueblos indígenas minoritarios como para los pueblos indígenas de tierras altas, reduciéndose para el caso de estos últimos la base poblacional a cuatro mil habitantes, en tanto no se fragmente el territorio ancestral. La consulta a los habitantes para saber si desean acceder a la AIOC, se realiza según normas y procedimientos propios por parte de los titulares del TIOC. Cumplido estos requisitos, y en caso de que los resultados de la consulta sean afirmativos, se precisa de una Ley de la Asamblea Legislativa Plurinacional por tratarse de la creación y conformación de una nueva unidad territorial.

Como se puede ver, para cualquiera de estos casos, el acceso a la AIOC no es nada sencillo, pudiendo cada trámite demorar bastantes años hasta su culminación, tomando en cuenta que además, una vez superados estos procedimientos, se deben elaborar los correspondientes Estatutos Autonómicos para poder ejercer la condición autonómica de manera efectiva.

Entre las cuatro formas de acceder a la AIOC, la única opción viable en el corto y mediano plazo, es por medio de los Municipios, debido a su tradición histórica, territorial e institucional. Es decir, para los Municipios es más fácil transitar hacia las AIOC debido a que simplemente se trata de un cambio de institucionalidad, que difícilmente entorpecerá el ejercicio de la gestión pública, situación que podrá ser corroborada a través de los once municipios cuya transformación está en curso, siempre y cuando logren constituirse como AIOC plenamente.

Para el caso de las Regiones y Autonomías Regionales, no se tiene en Bolivia ninguna experiencia sobre las mismas, toda vez que la única Autonomía Regional existente es la del chaco tarijeño, la cual también es de reciente creación, y está en proceso de consolidación. Por tanto, no se vislumbra que en el corto y mediano plazo, surjan demandas para la constitución de AIOC en base a estas dos categorías reconocidas por la ley y la Constitución, debido a su inexistencia en la realidad material.

Respecto a los TIOC, su situación es diferente, puesto que éstas sí cuentan con una base territorial determinada y con una estructura organizativa propia; en otras palabras, a diferencia de las regiones y autonomías regionales, los TIOC sí existen formalmente desde hace mucho tiempo en el país⁴⁷. El problema con éstos, es que no cuentan con experiencia en gestión y administración pública al igual que los municipios⁴⁸, razón por la cual consideramos que a través de los requisitos impuestos en la Ley Marco de Autonomía y Descentralización, para su conformación como AIOC, se los ha limitado bastante como una manera de desalentarlos o para demorar por mucho tiempo su creación, toda vez que como AIOC deberán ejercer funciones de inversión y gasto público, por lo que requieren necesariamente cumplir con las exigencias de los sistemas de control gubernamentales establecidos, y, reiteramos, los TIOC no cuentan con esa experiencia o tradición, dentro de su organización.

Pero esta falta de experiencia no se debe a una falta de capacidades, porque los TIOC pueden tener o establecer sus propias formas de administración de los recursos que le sean destinados, pero lamentablemente el actual diseño de la gestión pública en Bolivia, a pesar de estar vigente el régimen autonómico, está concebido bajo normas y prácticas centralistas para el manejo de los bienes y servicios públicos

47 Antes se denominaban Territorios Comunitarios de Origen (TCO's).

48 Otra observación adicional para diferenciar la facilidad de conversión en AIOC por medio de los municipios, en comparación a los TIOC, es el hecho que los municipios son entidades o unidades territoriales vigentes y cuentan actualmente con la distribución de recursos por coparticipación tributaria. En caso de transformarse en AIOC, esto no variaría. En cambio, la conformación de los TIOC como AIOC implica la creación de nuevas entidades o unidades territoriales Estatales, a las que se le debe proveer los recursos públicos que por Ley le corresponden, y el actual gobierno nacional se ha caracterizado por retener fuertemente los recursos del Estado en el nivel central, razón por la cual no nos sorprendería que esta sea otra razón por la que se limita en gran medida la conformación de AIOC por medio de las TIOC.

por parte de las entidades públicas⁴⁹, lo que contradice la pluralidad institucional y cultural existente en el Estado boliviano, y al propio régimen de autonomías.

La misma Constitución señala, que las AIOC además de sus competencias, asumirán la de los municipios de acuerdo a un proceso de desarrollo institucional y con las características culturales propias. Asimismo, plantea como una competencia concurrente entre el nivel central del Estado y la AIOC el sistema de control fiscal y administración de bienes y servicios.

Es decir que, coincidiendo con lo apuntado por Boaventura de Sousa Santos, la idea de autogobierno que subyace a la plurinacionalidad (reflejada en este caso precisamente en la Autonomía Indígena) tiene muchas implicancias, entre ellas: nuevos criterios de gestión pública, de servicio y de servidores públicos⁵⁰. Solamente así, podríamos pensar en el éxito de las Autonomías Indígenas, y en el desarrollo del Estado autonómico en general⁵¹.

VII. JUSTICIA INDÍGENA.

La Justicia Indígena, conocida también como Justicia Comunitaria, ha sido uno de las cuestiones más debatidas sobre la temática indígena, puesto que uno de los fundamentos bajo los cuales se erigió el Estado boliviano fue su unidad jurídica, basada en el principio de la generalidad de la ley.

El reconocimiento de la Justicia Indígena, no solamente representa la aceptación de un tipo de Justicia diferente al modelo occidental, sino que también conlleva a la generación de excepciones legales. Es decir, algunas normas generales no podrían ser aplicadas dentro de determinada jurisdicción por ser contrarias a una concepción diferente de Justicia.

Esta incompreensión de la Justicia Indígena y la sensación de riesgo que causaría la ruptura del sistema jurídico unidireccional, como fue concebido desde la fundación de la República, generaba cierto nivel de desconfianza e incertidumbre.

Sin embargo, como resultado de las movilizaciones indígenas, la Justicia Indígena o Comunitaria fue reconocida en la Constitución Política del Estado, mediante la reforma del año 1994, como una solución alternativa de conflictos, siempre y cuando su aplicación no sea contraria a la Constitución y las leyes. Con esta reforma constitucional, no se concibe a la Justicia indígena como un sistema jurídico diferente, sino como un método alternativo de resolución del conflicto, como lo son también

49 La norma principal que regula estos procedimientos es la Ley N° 1178 de Administración y Control Gubernamentales (SAFCO), que data del año 1990.

50 DE SOUZA SANTOS, B.: *Refundación del Estado*, cit., p. 81.

51 Se tiene conocimiento de que hace algunos años se viene trabajando en un proyecto de ley para reemplazar a la Ley SAFCO. Sólo queda esperar, que dicha norma esté a la altura del nuevo Estado plurinacional autonómico.

el arbitraje, la conciliación, mediación, negociación, entre otros. Es decir, todos estos métodos son herramientas opcionales que se le ofrecen al ciudadano para resolver sus diferencias o controversias sin necesidad de llegar a un proceso judicial (en otras palabras, para resolverlas fuera del sistema judicial ordinario). Los ciudadanos que se acogen a estos métodos, lo hacen por su celeridad y porque generalmente representan menores costos. De igual manera, a través de la reforma constitucional de 1994, los indígenas podrían someter sus diferencias y resolver sus conflictos ante sus autoridades ancestrales, de acuerdo a sus normas y procedimientos propios, de forma alternativa al sistema judicial. Esto, obviamente, no atentaba de ninguna manera contra la unidad jurisdiccional, puesto que es una práctica aceptada por el mismo mundo jurídico occidental a través del desarrollo de los mencionados métodos alternativos de resolución de conflictos.

El mayor problema (y de bastante sensibilidad social) que debió enfrentar (y que aún sigue enfrentando) la reconocida Justicia Indígena o Comunitaria posteriormente a la reforma Constitucional de 1994, fue el hecho de que se dieron muchos casos de linchamiento en las comunidades, y reiteradamente quienes estaban involucrados en estos lúgubres sucesos, trataban de ampararse de manera ingenua en la Justicia Comunitaria para justificar sus actuaciones. Evidentemente, estos hechos de linchamiento no pueden ser considerados como parte de la Justicia Comunitaria, porque ésta siempre debe desarrollarse dentro del marco constitucional y del respeto a los Derechos Humanos. El linchamiento está fuera de ambas consideraciones. Sin embargo, estos casos dieron pie para que se siga debatiendo sobre los riesgos que genera el reconocimiento de la Justicia Comunitaria, favoreciendo de esta manera a las corrientes radicales que se oponían a la misma, debido a la conmoción que causaba en la población los excesos cometidos en cada uno de los casos de linchamiento. De ahí en adelante, uno de los retos de esta Justicia Indígena o Comunitaria, fue liberarse del estigma que se le había impuesto.

En medio del debate sobre los alcances de la Justicia Indígena, llega la Constitución Política del Estado del 2009, en donde se plantea un sistema de Justicia plural dividida en tres jurisdicciones diferentes: 1) La Jurisdicción Ordinaria; 2) la Jurisdicción Agroambiental; y 3) la Jurisdicción Indígena Originario Campesino. Con esta nueva Constitución, la Justicia Comunitaria deja de ser vista como un método alternativo de solución de conflictos, y pasa a ser más bien, una jurisdicción independiente equiparable a la Jurisdicción ordinaria (occidental) y agroambiental⁵². Esta nueva delimitación del sistema judicial, inaugura en Bolivia un periodo de pluralismo jurídico, que acompaña a la ruptura del monopolio en la producción de

52 La judicatura agraria gozaba también de cierta independencia frente a la justicia ordinaria bajo el anterior régimen constitucional, pero no existía esta delimitación, simplemente se señalaba que: "No corresponde a la Justicia Ordinaria revisar, modificar y menos anular las decisiones de la judicatura agraria cuyos fallos constituyen verdades jurídicas, comprobadas, inamovibles y definitivas" (art. 176 de la Constitución Política del Estado de 1967).

las leyes por parte del nivel central del Estado, otorgándose también esta facultad a las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales, y Autonomías Indígenas Originario Campesinas, en el marco de sus competencias exclusivas.

La Jurisdicción Indígena Originario Campesino, está sujeta a ciertos límites determinados en la Constitución y en la Ley de Deslinde Jurisdiccional bajo tres ámbitos de vigencia específicos: a) Personal; b) material; y c) territorial.

El ámbito de vigencia personal, se refiere a que quienes están sujetos a esta Jurisdicción son los miembros de las naciones o pueblos indígenas, ya sea como accionantes o accionados. El ámbito de vigencia territorial, se refiere a que la Jurisdicción Indígena Originario Campesina se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena. En cuanto al ámbito material, la Ley de Deslinde Jurisdiccional promulgada en diciembre del 2010, establece límites de manera expresa y concreta en materia penal, civil y laboral, pero también deja abierta de manera indeterminada la posibilidad de que existan otros límites reservados por la Constitución y la ley a otras jurisdicciones. Además, la Ley de Deslinde Jurisdiccional, sobre el ámbito material, aclara que: "La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación."

También, a través de esta ley, se aclara el tema del linchamiento, que fue altamente cuestionado como lo mencionamos anteriormente, estableciéndose expresamente que el linchamiento es una violación a los Derechos Humanos, no está permitido en ninguna jurisdicción y debe ser prevenido y sancionado por el Estado. De igual manera, se establece que está terminantemente prohibida la pena de muerte bajo proceso penal en la justicia ordinaria por el delito de asesinato a quien la imponga, la consienta o la ejecute.

Del análisis de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, podemos concluir que ésta si bien ha sido reconocida como una jurisdicción equiparable a la jurisdicción ordinaria, se la ha reducido prácticamente al mínimo, primero por la misma Constitución y luego por la Ley de Deslinde Jurisdiccional, puesto que por ejemplo en cuanto al ámbito de vigencia personal se ha establecido que solamente es aplicable a los miembros de las naciones o pueblos indígenas. Pero ¿qué pasaría si, hipotéticamente hablando, alguien ajeno a los pueblos indígenas visita una de sus comunidades e infringe sus normas⁵³? ¿No debería ser sancionado conforme

53 Recordemos que es un principio esencial del derecho el no poder excusar una conducta alegando el desconocimiento de la ley. Pero acá podría plantearse también la duda de que al ser este principio propio del mundo occidental ¿aplica para la justicia indígena?, la respuesta sería: depende de las normas o principios de cada pueblo indígena.

a estas normas⁵⁴? Comparando con la jurisdicción ordinaria, si un extranjero visita Bolivia y durante su estadía incumple las leyes bolivianas, ¿no se lo puede sancionar por no ser boliviano?; sabemos que en el mundo del derecho esto no es factible, se deben cumplir las normas del lugar donde se está, y en caso de infringirlas se debe juzgar y sancionar conforme a las mismas, salvo casos excepcionales regulados por el derecho internacional.

Otra observación sobre cómo está definida la vigencia personal de la jurisdicción indígena en la Constitución, que tampoco es aclarada en la Ley de deslinde Jurisdiccional, es lo anotado por Boaventura de Sousa Santos, cuando menciona el problema que se suscita en cuanto a cuál sería la jurisdicción aplicable cuando los conflictos envuelven a indígenas y no-indígenas⁵⁵, por lo tanto se necesita mayor claridad en ese sentido, aunque preliminarmente para el análisis de cada uno de esos casos se tendría que tomar en cuenta también la vigencia material y territorial, es decir si el hecho se da sobre una materia no prohibida a la jurisdicción indígena y si se realiza o tiene sus efectos dentro de la misma.

En cuanto a la vigencia material, la Ley de Deslinde Jurisdiccional, como mencionamos anteriormente, limita bastante a la jurisdicción indígena campesina estableciendo en los hechos muy poco margen para los casos que pueden ser resueltos dentro de esta Jurisdicción⁵⁶.

Por último, en cuanto a la vigencia territorial, consideramos que se la ha estipulado de manera correcta, pero se puede generar una mala interpretación cuando en la misma Constitución se lee como una de las competencias exclusivas otorgadas a las Autonomías Indígenas Originario Campesinas el ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios, puesto que se podría pensar que es necesario constituirse en AIOC para poder ejercer la jurisdicción indígena, y como señalamos en el punto anterior del presente artículo, en la actualidad solamente hay 11 AIOC

54 La única exclusión válida a esto, tal vez sería el hecho de que dentro de la misma cultura de cada pueblo indígena, no esté permitido aplicar sus normas para quienes no son parte de su comunidad o pueblo.

55 DE SOUZA SANTOS, B.: *Refundación del Estado*, cit., p. 92.

56 Específicamente, la Ley de deslinde jurisdiccional del 29 de diciembre del 2010, en cuanto al ámbito de vigencia material establece las siguientes limitaciones:

- a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;
- b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;
- c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;
- d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.

en proceso de conformación, por lo tanto, en base a esta interpretación, las demás comunidades quedarían excluidas. Por tanto, considero de suma importancia aclarar que no es necesario acceder a las AIOC para la aplicación de esta jurisdicción en los territorios indígenas.

A mi criterio, la razón por la que se limita bastante a la Jurisdicción Indígena Originario Campesina, es porque todavía existen ciertas susceptibilidades en cuanto a los excesos que se puedan cometer en amparo a la misma. Si bien el tema del linchamiento ha sido aclarado de manera expresa en la ley señalando que no es parte de la Justicia Indígena, sin embargo el año 2012 sorprendió a todos las declaraciones de los miembros de un Tribunal Indígena de la zona de El Alto (La Paz) que afirmaban aplicarían castigos tales como la castración química para los violadores y la amputación de las manos a ladrones reincidentes, lo cual sin duda alguna va en contra de la Constitución y la propia ley de Deslinde Jurisdiccional. Además, se sabe que en muchas comunidades indígenas, se practican sanciones que conllevan a castigos corporales, lo que también va en contra de la dignidad de las personas, y la jurisdicción indígena debe respetar todos los derechos y garantías establecidos en la Constitución, pero para algunos pueblos indígenas estos son métodos de purificación espiritual, y los asumen voluntariamente para redimir su culpa sobre determinado hecho.

Por esa razón, considero se deben establecer políticas de difusión para promover el real conocimiento y comprensión general de los alcances de la Justicia Indígena, como una manera de dar certidumbre a todos los ciudadanos. Es importante mencionar también que cuando hablamos de Justicia Indígena, no nos referimos a una sola forma de Justicia, tomando en cuenta que en Bolivia existen más de treinta y seis pueblos indígenas, lo que significa que hay más de treinta y seis formas diferentes de Justicia Indígena o Comunitaria, por lo que esta tarea de difusión, seguramente no es sencilla, pero insisto en que es de gran necesidad, y ayudaría bastante a la consolidación del pluralismo jurídico vigente en el país.

VIII. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL.

La Justicia Constitucional merece una especial atención en nuestro análisis, puesto que se han suscitados cambios llamativos que no se pueden dejar de mencionar:

El Tribunal Constitucional fue incorporado en la Constitución Política del Estado de 1967 con la reforma del año 1994 como máximo órgano de Justicia Constitucional encargado de velar por la supremacía y respeto a la Constitución. Sin embargo, su funcionamiento se demoraría unos años más debido a la falta de una norma que le regule. En 1998 se dicta la Ley N° 1836 que no solo regulaba la funcionabilidad del Tribunal Constitucional, sino también los procedimientos a seguir

para la presentación de los diferentes recursos constitucionales. Con esta norma, el Tribunal Constitucional inició funciones oficialmente el año 1999.

Posteriormente, una vez aprobada y promulgada la Constitución del 2009, el Tribunal Constitucional pasa a denominarse Tribunal Constitucional Plurinacional, en consonancia con el carácter plurinacional que se le da al Estado a través de dicha norma fundamental, pero no sólo varía en su denominación, sino también en su conformación.

La Constitución del 2009, establece que el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), debe estar integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino. Asimismo, se señala que para la calificación de méritos de los postulantes a ocupar estos cargos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia. No se establece como un requisito el ser abogado de profesión, simplemente tener experiencia acreditada en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos.

Por otra parte, se señala como una de las atribuciones del TCP el conocer y resolver las consultas de las autoridades indígenas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto, señalándose que la decisión del TCP es obligatoria.

Esta configuración del TCP, en cuanto a su conformación y sus atribuciones, responde precisamente a la vigencia del pluralismo jurídico establecido en la nueva Constitución, tomando en cuenta el reconocimiento de una jurisdicción ordinaria y una jurisdicción indígena,⁵⁷ por esa razón se establece la participación de magistrados provenientes de esta última. Sin embargo, con la aprobación de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, dicha participación se vio limitada.

Esta ley establece que de las siete Magistradas o Magistrados titulares y de las siete Magistradas o Magistrados suplentes, por lo menos dos Magistradas y Magistrados provendrán del sistema indígena originario campesino, por auto-identificación personal. Asimismo, se plantea como uno de los requisitos para postular al cargo de Magistradas o Magistrados del TCP, poseer título de abogada o abogado en provisión nacional, lo que de cierta manera limita la participación de postulantes provenientes de los Pueblos Indígenas. Con esta ley se crea también una sala especializada para que conozca de manera adicional y exclusiva las consultas de las autoridades indígenas sobre la aplicación de sus normas a un caso concreto.

57 Para la Jurisdicción agroambiental, existe el Tribunal Agroambiental como máximo tribunal especializado en la jurisdicción agroambiental, lo que no quita que las partes involucradas en procesos pertinentes a esta materia, pueda acudir al Tribunal Constitucional Plurinacional en caso que se vulneren derechos y garantías constitucionales, o se infrinjan disposiciones constitucionales.

El único mérito de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, es la creación de la sala especializada, pero en cuanto a lo demás tiende a distorsionar el sentido del pluralismo jurídico en la conformación del TCP, privilegiando de gran manera a la jurisdicción ordinaria y disminuyendo el criterio plurinacional establecido en la Constitución. Pero no es un problema que se genera solamente con la ley, sino también con la forma de elección de las magistradas y magistrados que está prevista en la Constitución Política del Estado. Esta Constitución, implementó un sistema de elección de dichas autoridades por medio del voto popular, lo que prácticamente no ha generado los resultados que se esperaban para la implementación de "la nueva justicia boliviana". Desde antes de la aprobación de la Constitución, se observó que este sistema de elección de las autoridades judiciales, pese a las previsiones y restricciones legales establecidas, generaba el riesgo de convertirse en un proceso político-partidista, y en los hechos así fue. Sobre esto, destacamos lo señalado por Boaventura de Souza Santos, quien señala que "para ser verdaderamente plurinacional no basta que el Tribunal incorpore diferentes nacionalidades; es necesario que el proceso mismo de su conformación sea plurinacional"⁵⁸.

Otra consideración que debe ser observada para la implementación de una verdadera justicia constitucional que responda efectivamente a un modelo jurídico pluralista, es que ésta debe representar⁵⁹ a más de treinta y seis sistemas judiciales indígenas en el país, tal como lo señalamos anteriormente. Por lo tanto, si se elige solamente a dos magistrados provenientes de la Jurisdicción Indígena éstos seguramente conocerán las normas y procedimientos propios de una o dos jurisdicciones indígenas, y no de todas, lo que también desvirtúa el sentido de la justicia constitucional plurinacional reconocido en la Constitución. En otras palabras, elegir a una autoridad proveniente de una jurisdicción indígena originaria campesina, no garantiza que esta tenga conocimiento pleno de las normas y procedimientos propios ejercidos en el resto de las jurisdicciones indígenas, por lo tanto cuando sea puesto a su conocimiento un caso proveniente de estas otras jurisdicciones carecerá de los elementos necesarios para emitir un fallo justo y bien argumentado.

Como claro ejemplo de lo que mencionamos, se tiene el antecedente del "polémico" Magistrado Gualberto Cusi⁶⁰, quien en declaraciones públicas a la prensa señaló que para resolver los casos difíciles que le llegan a su conocimiento, consulta a la hoja de coca para saber cuál debe ser su fallo. Obviamente esta declaración causó graves repercusiones y fue tema de debate por un largo tiempo. Además, a consecuencia de estas declaraciones el mencionado Magistrado fue convocado a prestar informe oral ante la Comisión de Justicia Plural de la Cámara de Diputados. Durante dicho informe, el Magistrado Cusi justificó sus declaraciones señalando que

58 DE SOUZA SANTOS, B.: *Refundación del Estado*, cit., p. 86.

59 Representación como sentido de pertenencia.

60 Magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional, electo por voto popular.

esas prácticas son parte de su cultura y representan una tradición ancestral de la nación de la que él provenía (Aymara), y que por lo tanto tenía todo el derecho de ejercerlas, toda vez que la propia constitución lo ampara.

Ahora bien, el argumento del aludido Magistrado es plenamente válido pero solamente si aplica este método de manera exclusiva a los casos que provienen de su misma jurisdicción indígena o de aquellas en las que se acepte dichas prácticas como parte de su cultura y de sus normas y procedimientos propios. Mas el aplicar este método en casos provenientes de la Jurisdicción Ordinaria o de Pueblos Indígenas que no comparten esta tradición, sería un total desmedro a las garantías constitucionales y los derechos de los ciudadanos, y también de estos Pueblos Indígenas⁶¹.

Por lo tanto, la vigencia de la Justicia constitucional plurinacional de la manera en que está concebida actualmente es insostenible, además no condice en la práctica con el fin planteado en la Constitución. Para poder alcanzar este fin se necesitan transformaciones profundas en todo el sistema judicial. Es decir que, sin duda alguna, la justicia boliviana necesita una segunda "refundación".

IX. CONCLUSIONES.

Raúl Prada, ex Constituyente del Movimiento Al Socialismo, citado por Boaventura de Souza Santos, haciendo un balance del proceso constituyente, manifiesta que "Este proceso constituyente no ha terminado, continúa; (...) la gran disputa hacia adelante será la interpretación y aplicación de la Constitución en la materialidad jurídica de las leyes y en la materialidad política de las instituciones"⁶².

En efecto, luego de haber hecho un breve repaso de los avances constitucionales en materia indígena desde el año 1990 a la fecha, y haber analizado brevemente la aplicación práctica de estos avances, se puede evidenciar que si bien los pueblos indígenas de Bolivia, con la aprobación de la actual Constitución Política del Estado, han logrado el reconocimiento y respeto a sus derechos e instituciones tradicionales, así como también han conseguido su inclusión en órganos públicos de representación entre otros, lo que sin duda alguna refleja una gran conquista para el movimiento indígena, sin embargo vemos que en la realidad práctica y concreta, en la materialidad, existen muchas deficiencias para que los pueblos indígenas puedan ejercer plenamente estas conquistas.

El sentido indigenista de la Constitución Política del Estado vigente (como en su momento se la concibió), ha sido completamente distorsionado o desviado por

61 Para un mejor análisis de este caso, se recomienda leer el siguiente artículo: <http://erixicero.wordpress.com/2013/08/23/primer-indicio-de-inseguridad-juridica-en-la-nueva-justicia-boliviana/>.

62 DE SOUZA SANTOS, B.: *Refundación del Estado*, cit., p. 76.

Leyes infra constitucionales y por prácticas o acciones políticas impulsadas desde el Gobierno central, el cual sorpresivamente se ha alejado de uno de sus principales pilares políticos, que precisamente eran los movimientos indígenas, para acercarse a otros grupos de poder con la finalidad de asegurar su permanencia en el control del Estado. En consecuencia, siguiendo la línea de Raúl Prada, aquellos quienes fueron los principales abanderados del proceso constituyente, son los mismos que actualmente traban su continuación.

Pese a esto, la Constitución Política del Estado vigente ha sentado las bases fundamentales para que mediante su correcta aplicación y a través de leyes de desarrollo que condigan con su real sentido, puedan llegarse a efectivizar y concretar aquellos derechos que históricamente les fueron negados a los pueblos indígenas de Bolivia. Es decir que, sigue pendiente el reto de poder avanzar en la verdadera materialización de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

SANDOVAL RODRÍGUEZ, I.: *Nación y Estado en Bolivia*. Santa Cruz de la Sierra (2000): Industrias Gráficas SIRENA, 2ª ed.

SANTOS, B. de S.: *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima (2010): Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. Programa Transparencia y Transformación Global.

VACA DÍEZ, H.: *Pensamiento Constitucional boliviano 1826 – 1995*. La Paz (1998): Fondo Editorial de los Diputados.

YRIGOYEN FAJARDO, R.: "Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina", en VERDUM, R. (organizador): *Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina*. Brasília (2009): Instituto de Estudos Socioeconômicos.

¿NEO? – CONSTITUCIONALISMO*

NEO? – CONSTITUCIONALISM

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 508-519

* El autor agradece a la colega e incondicional colaboradora CAROLINA MEZA P, sin cuya ayuda hubiera sido imposible concluir la versión definitiva de este texto. Los errores que el lector halle en las páginas que siguen, son de exclusiva responsabilidad del autor que suscribe este artículo.



J. Ignacio
NÚÑEZ
LEIVA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de diciembre de 2013
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: El presente trabajo plantea la existencia de coincidencias entre las ideas más representativas del Neoconstitucionalismo con elementos desarrollados previamente por el denominado Movimiento del Derecho Libre.

PALABRAS CLAVE:Freirechtsbewegung, Neoconstitucionalismo, Teoría del Derecho, Constitucionalismo.

ABSTRACT:This paper discusses the existence of similarities between the most representative ideas Neoconstitutionalism with items previously developed by the so-called Freirechtsbewegung.

KEY WORDS: Freirechtsbewegung, Neoconstitutionalism, Theory of Law, Constitutionalism.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Antecedentes.- III. ¿Neoconstitucionalismo sin Constitución (escrita)?- IV. ¿Derecho Libre Constitucionalizado?- V. Corolario.

I. INTRODUCCIÓN.

La aparición del Movimiento del Derecho Libre (en adelante El Movimiento) fue una respuesta a la Ciencia Jurídica imbuída por la Jurisprudencia de Conceptos en Alemania y la Escuela de la Exégesis en Francia. Pese a su temprana disolución, este es uno de los movimientos de mayor influencia en la más reciente historia del pensamiento *iusfilosófico*. Prueba de ello es que resulta fácil detectar la presencia de sus ideas principales en diversas escuelas y movimientos contemporáneos, en particular en el Neoconstitucionalismo. Justamente esta es la hipótesis que deseamos plantear en el presente trabajo.

Dichas semejanzas no son aisladas. Sin mucha dificultad sería posible encontrar similitudes entre las ideas neoconstitucionalistas y otras líneas de pensamiento. Lo interesante de este nexo *Neoconstitucionalismo–Movimiento del Derecho Libre* radica en que las coincidencias no se producen en puntos insulares o inconexos sino que alcanzan a algunos de los principales elementos con que cada uno construye su imagen del fenómeno jurídico. Lo anterior nos hace pensar que el Neoconstitucionalismo se ubica dentro de una tradición jurídica de reacciones antiformalistas (y *contracodificadoras*) cuya principal novedad es que construye su estrategia argumentativa a partir de un hecho que no necesariamente causó, pero que luego sí alimentó: la existencia de constituciones plenamente normativas. En tal sentido este *neo constitucionalismo* sería novedoso como Filosofía Política, pero no tanto como Teoría del Derecho, Metodología del mismo o Ciencia Jurídica.

II. ANTECEDENTES.

Para hallar los antecedentes más inmediatos del Neoconstitucionalismo nos hemos remontado a los orígenes del Estado de Derecho, a las revoluciones liberales de fines del siglo XVIII.

• J. Ignacio Núñez Leiva

Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad Católica del Uruguay. Post Graduado en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, España: Especialista en Constitucionalismo y Garantismo (2009) y Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales (2012). Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) y Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha. Investigador; Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae. Miembro de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Correo electrónico: jinunez@uc.cl – jinunez@uft.cl

Ahora bien, si una de las tesis del Neoconstitucionalismo propone algún grado de conexión entre Derecho y Moral, ¿por qué regresar sólo hasta las revoluciones liberales? Si la pugna entre *positivistas* y *iusnaturalistas* se remonta al menos a los tiempos del imperio griego (e incluso para los más fervientes hasta el *bigbang* o el génesis).

La razón que justifica la elección de este horizonte histórico es que el quiebre con la estructura monárquica absolutista y su estilo de producción normativa, renueva la discusión acerca de la validez material del Derecho. Allí surgió el actual sistema jurídicamente disciplinado de producción normativa, que aunque en sus orígenes contuvo únicamente prescripciones procedimentales, paulatinamente adquirió complejidad. Y esto último, como sabemos, tuvo su inicio en la época ya mencionada, testigo del tránsito desde los *Estados con derecho*¹ hacia los *Estados de Derecho*, constituciones mediante.

El *Movimiento del Derecho Libre* (*Freirechtsbewegung*) nace en Alemania a finales del siglo XIX. Sus figuras más representativas son Eugen Ehrlich, Ernst Fuchs y Herman Kantorowicz. Fundamentalmente a sus ideas hemos acudido para tratar de reseñar el pensamiento de este movimiento.

El *Freirechtsbewegung* reaccionó en contra del formalismo que campeaba en la ciencia jurídica de la época y que fue alimentado por la *Escuela de la Exégesis* en Francia y por la *Jurisprudencia de Concepto* en Alemania. Escuelas que –siguiendo una síntesis propuesta por García Amado²– coinciden en las siguientes tesis:

- a. Sostienen que el sistema jurídico es completo y perfecto, y que proporciona siempre una única solución correcta para cada caso concreto, ya sea por la vía del derecho codificado en Francia o por intermedio de esencias *prepositivas* en Alemania.
- b. Comprenden a la actividad judicial como un procedimiento meramente subsuntivo de índole mecánica.
- c. Describen (y prescriben) al razonamiento jurisdiccional como un silogismo simple, del que la premisa mayor es la regla jurídica y la premisa menor los hechos, sin que estén presentes en él ulteriores presupuestos. Por tanto, sólo de aquellas dos premisas o factores se deriva con necesidad lógica el fallo a modo de conclusión.

1 La frase pertenece en autoría a ELÍAS DÍAZ: DÍAZ E.: “Estado de Derecho y legitimidad democrática”, en *Estado de Derecho, concepto fundamentos y democratización en América latina* (CARBONELL, M., OROZCO, W. y VÁSQUEZ, R.), México (2010): Siglo XXI, p. 87.

2 GARCÍA AMADO, J.: *El derecho y sus circunstancias*. Bogotá (2010): Universidad Externado de Colombia, p. 87.

- d. Conciben a la labor del juez como una operación meramente cognoscitiva abstracta. Ello implica que el sentenciador no es propiamente alguien que decide, sino que conoce lo que para un caso dispone como solución necesaria el sistema jurídico. Su labor se circunscribe a extraer las consecuencias del sistema para ese caso, pero sin acudir a insumos morales, políticos o de cualquier otra índole que imprima un talante valorativo.
- e. Para ellas el juez es un científico. Su labor se aparta remotamente de la actividad decisoria legislativa.

III. ¿NEOCONSTITUCIONALISMO SIN CONSTITUCIÓN (ESCRITA)?

El Movimiento del Derecho Libre fue acusado de querer disolver el principio de legalidad, de propugnar un incontrolado activismo judicial y de bregar por el desvanecimiento de la seguridad jurídica³, pecados que en los anales del siglo XXI se han imputado también a prestigiosas y difundidas variantes del paradigma (neo) constitucionalista. ¿Por qué?

Según hemos indagado, el pensamiento del *Freirechtsbewegung* se articula en base a 5 tesis principales: una tesis sobre las fuentes del Derecho, otra sobre las lagunas (jurídicas) legales, una tercera acerca de la derrotabilidad de la ley y las lagunas axiológicas, una cuarta referida a la reconstrucción de la Ciencia Jurídica y una quinta acerca del rol del juez. Para apreciarlas nos valdremos de la elocuencia de sus autores quienes, con frecuencia, resumieron sus posturas en frases profundamente certeras y reveladoras.

La tesis de las Fuentes del Derecho propuesta por El Movimiento del Derecho Libre rompe directamente con la orientación legicentrista del Derecho (al igual que hoy lo hace el Neoconstitucionalismo). En palabras de sus autores se resume de la siguiente manera: *el Derecho no es sólo estatal, es libre y vivo*.

Afirma que junto al Derecho positivo encarnado en la Ley existe otro Derecho, al que llama *Derecho Libre*. Este nuevo Derecho –más bien esta nueva fuente– tendría como características distintivas: su procedencia no estatal: se genera en el seno de las sociedades, identificándose con la moral social⁴, su ausencia de formalización, que no lo hace requerir actos de promulgación para alcanzar vigencia⁵, y su amplitud, pues contempla toda clase de normas, no sólo de decisión o adjudicación, sino

3 GARCÍA AMADO, J.: "Ernst Fuch y la doctrina del derecho libre". *Anuario de filosofía del Derecho XVI* (1997), p. 804.

4 DE PRADA, A.: "Por un modelo de jurista: El movimiento del derecho libre". *Boletín de la facultad de Derecho UNED* (2001), núm. 18, p. 35.

5 SEGURA ORTEGA, M.: "Kantorowicz y la renovación jurídica". *Dereito Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* (1993), vol. II, núm. 2, p. 155.

también de organización social⁶. Como conceptos integrantes de este Derecho los referidos autores mencionan nociones tales como: *Justicia social, equidad, bien común* y otros que para nuestro lenguaje contemporáneo corresponderían a la categoría de valores o principios. Emerge entonces una fuente del Derecho metalegal que implica –de paso– una clase de conexión entre Derecho y Moral.

La tesis del Movimiento sobre las lagunas se resume en la siguiente frase de uno de sus autores más representativos: en el *Derecho hay tantas lagunas como palabras*⁷. Afirmación que en la época resultaría al menos excéntrica.

En esencia, esta tesis consta de dos aristas. Una, en cuya virtud se denuncia la incapacidad irremontable de las disposiciones legales –generales y abstractas– para disciplinar el incommensurable ámbito de las relaciones humanas. La otra, cuestiona directamente el método de aplicación del Derecho a partir del cual se afirmaría su plenitud. El Movimiento sostiene que la analogía no es autoregeneración del Derecho sino creación del mismo⁸.

Sin embargo, su afirmación de la existencia de lagunas es relativa. Mientras para el positivismo de la época las lagunas no existen, pues en los espacios donde no hay norma expresa la aplicación de la analogía y la lógica deductiva permitiría regenerar o clonar el Derecho, para el Movimiento aquella actividad sería simple actividad creadora de Derecho. Para ellos, en los confines del Derecho escrito no hay discrecionalidad (como diría hoy el positivismo) sino que hay otro Derecho, el que proviene del Derecho Libre. Las lagunas se colman con Derecho mediante lógica inductiva y con intermediación judicial. ¿No se parece esta tesis a la idea de la aplicación directa de la Constitución sin intermediación de una ley?

La tesis del Movimiento sobre la derrotabilidad de la ley también se contienen en una afirmación: *El juez puede y debe prescindir de la ley*. Esta idea adelantó lo que más posteriormente se rotularía como *lagunas axiológicas*. Para Fuchs –un autor representativo del movimiento- toda regla jurídica ha sido elaborada para un caso *normal* (de hecho distingue reiteradamente entre lo que hoy llamaríamos *casos fáciles y difíciles*), pero las “*circunstancias especiales*” del caso siempre pueden requerir una respuesta especial. Y la esencia del arte jurídico consistiría, específicamente, en reconocer esas circunstancias especiales⁹. Cuando una norma positiva, aplicada al caso concreto no proporcione una solución justa, a la luz del Derecho Libre, el juez podría prescindir de la ley y aplicar directamente el Derecho suprallegal¹⁰.

6 EHRlich, E.: “Libre investigación del Derecho y Ciencia del Derecho libre”, en *Escritos sobre sociología y jurisprudencia* (EHRlich, E.). Madrid (2005): Marcial Pons, p. 85.

7 SEGURA ORTEGA, M.: “El movimiento del Derecho Libre”. *Anuario de filosofía del Derecho* (1993), núm. X, p. 430.

8 SEGURA ORTEGA, M.: “El movimiento”, cit., p. 431.

9 GARCÍA AMADO, J.: “Ernst Fuchs”, cit., p. 805.

10 GARCÍA AMADO, J.: “Ernst Fuchs”, cit., p. 805.

Nuevamente estamos frente a una de las ideas que hoy circulan con libertad en el Neoconstitucionalismo.

La tesis del Movimiento sobre la Ciencia Jurídica se condensa en la siguiente fórmula: *menos Sherlock Holmes y más jueces Holmes*¹¹. Sin perjuicio de que en el ámbito metodológico sus autores optaron por caminos distintos (algunos estimaron a la sociología como verdadera ciencia del Derecho) todos coincidieron en el papel de la Ciencia Jurídica como fuente del Derecho. A ella le correspondía identificar el Derecho, empleando -entre otras- herramientas argumentativas. Para ellos, el Derecho es argumentación, tal como hoy lo es para los neoconstitucionalistas.

IV. ¿DERECHO LIBRE CONSTITUCIONALIZADO?

Por último, la tesis del Movimiento sobre el rol del Juez no hace otra cosa que anticipar al Juez Hércules de Dworkin, nos dice: *no hay más garantía de justicia que la personalidad del juez*. Para muestra del pensamiento del movimiento en esta materia, reproduzco textualmente un pasaje de una obra de Fuchs, que presente evidentes similitudes a pasajes del *Derecho Dúctil* de Zagrebelsky: *Al momento de la decisión (el juez) debe prescindir del enmascaramiento de las valoraciones inherentes a la actividad jurisdiccional bajo el manto de una técnica pretendidamente objetiva. Las valoraciones y ponderaciones del juez deben ser explícitas y susceptibles de revisión pública. Con este doble acercamiento de la actividad judicial al sentir social (en la ponderación y en la decisión transparente), nos dice el mismo autor, la actividad del juez adquirirá mayor legitimidad democrática*¹².

Por su parte, aunque tenga su origen en la fusión de diversas biografías, el Neoconstitucionalismo es una doctrina alimentada por la Constitucionalización del Derecho, escenario que tiene su causa en la fusión de las tradiciones de las cartas políticas y las constituciones garantizadas. No es el Neoconstitucionalismo el que ha generado el denominado Estado Constitucional de Derecho sino que, a la inversa, el surgimiento de éste ha estimulado la proliferación del amplio espectro de ideas que se albergan (o a veces se estigmatizan) bajo el título de neoconstitucionalistas.

El origen directo del concepto, vinculado a la escuela genovesa, da cuenta del talante impreso en él. Con aquel rótulo se intentaba describir el funcionamiento del sistema jurídico luego de las transformaciones provocadas por la Constitucionalización del Derecho. Lo que para algunos implicaba la autonomía hermenéutica de las Cartas Fundamentales -POZZOLO, por ejemplo-, para otros -como BARBERIS, COMANDUCCI O ATIENZA-, suponía la existencia de teorías postpositivistas del Derecho.

¹¹ SEGURA ORTEGA, M.: "El movimiento", cit., p. 443.

¹² GARCÍA AMADO, J.: "Ernst Fuchs", cit., p. 810.

Luego, pareciera ser que la alusión al constitucionalismo en esta rúbrica es más historiográfica que descriptiva. El Neoconstitucionalismo no se vincula en todos sus planos necesariamente con la noción moderna del Constitucionalismo, al menos no en todos sus sentidos.

En línea de principio, el Neoconstitucionalismo manifiesta tensiones notorias con la noción de Constitucionalismo como Codificación del Derecho Público, pues su operación concreta a través de los principios y directrices, al mismo tiempo que abre el contenido de los preceptos de textura abierta (con condición de aplicación subdeterminada o con consecuencia jurídica ausente o difícil de identificar) petrifica el sistema jurídico al reconocer como parte de él únicamente a normas deudoras o tributarias de las normas constitucionales. El Derecho, al mismo tiempo que amplía su norma de reconocimiento o expande los parámetros de validez de la Norma Fundamental (especialmente los sustantivos), restringe el desarrollo del Derecho infraconstitucional, no sólo reemplazando el conocido principio dinámico con que Kelsen y sus herederos caracterizaban el sistema jurídico, sino que también esta Norma Fundamental repleta de principios, valores y directrices –colmada de un *Derecho Dúctil*, parafraseando a Zagrebelsky- se convierte en Carta Fundamental y adquiere la potencia no solo de invalidar, sino también de desplazar en su aplicación al Derecho legislado y codificado.

En tal contexto, el Neoconstitucionalismo, como modelo de Constitución, pareciera ser un dato, un hecho de la realidad, que revela lo realmente interesante para los teóricos y filósofos del Derecho: la aparente insuficiencia del positivismo teórico para dar cuenta de los actuales sistemas jurídicos y la eventual incapacidad del positivismo metodológico para operar en aquellos. Por eso, creemos que el Neoconstitucionalismo tiene algo de Constitucionalismo, pero mucho más de Teoría y Metodología del Derecho. De ahí, como afirma ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, su éxito entre los filósofos del Derecho con vocación de constitucionalistas y entre los constitucionalistas con vocación de filósofos del Derecho.

Las principales ideas compartidas por la mayoría de las versiones del Neoconstitucionalismo también se pueden resumir en famosas frases de autores representativos del movimiento: la *Separación del Derecho respecto de la Ley*, la irrupción de las *Criaturas de la Moralidad*, la consolidación de la *Máquina de las Lagunas*, la concepción argumentativa del Derecho y un modelo particular de juez: *Hércules*. La primera, corresponde a un reporte acerca del estado actual de las fuentes formales del Derecho, la segunda a una propuesta descriptiva del problema de las lagunas jurídicas, la tercera a una reconstrucción de las denominadas lagunas axiológicas en el Estado Constitucional, la cuarta a una tesis sobre la ciencia jurídica y la última a una propuesta sobre la labor del juez en el contexto ya descrito.

La idea de la *Separación del Derecho respecto de la Ley* expresa que dentro del actual paradigma, la Constitución irrumpe como Fuente del Derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, como origen inmediato de derechos y obligaciones, y no sólo como “fuente de las fuentes”. De Norma Fundamental, se convierte en Carta Fundamental. Ha operado en el sistema jurídico una distorsión de aquel modelo jerárquico tan firmemente diseñado por la teoría positivista de las Fuentes del Derecho. La Constitución ya no es sólo norma suprema dirigida a disciplinar en forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través del tamiz de la ley. Es ahora la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social y que destruye el dogma liberal estatalista de la fuerza absoluta de la ley¹³.

Con la irrupción de las *Criaturas de la Moralidad* se denota, como sostiene JUAN CARLOS BAYÓN, que la existencia de conductas no reguladas será tanto más improbable cuanto mayor sea la presencia en el ordenamiento de normas que definan con muy altos niveles de abstracción los casos genéricos que regulan, pues a mayor nivel de abstracción, mayor será el número de casos individuales a los que resultarán aplicables¹⁴. Y como sabemos, la presencia de disposiciones abstractas con alta densidad axiológica –al menos a nivel de Cartas Fundamentales– es uno de los hechos que reporta (e incluso fomenta) el constitucionalismo contemporáneo y/o el Neoconstitucionalismo. Eso es lo que ALFONSO GARCÍA quiere expresar cuando afirma que en el panorama de la Filosofía del Derecho Contemporánea se observa que el recurso a los principios sirve para justificar la eliminación de las lagunas en el Derecho¹⁵.

La alegoría de la *Máquina de las Lagunas*, expresa que en los Estados Constitucionales de Derecho (en sentido constitucionalizado y neoconstitucionalista) ciertos principios –como el de razonabilidad, entre otros– operan como una *máquina de producción de lagunas axiológicas*. Por ejemplo, cuando el legislador trata de manera diversa casos que parecen idénticos (esto es cuando discrimina arbitrariamente) el intérprete –u operador jurídico– afirmará que falta una norma igualadora. O cuando el legislador trata por igual situaciones diversas (no distingue como debería, considerando una propiedad relevante del caso) el intérprete alegará la inexistencia de una norma diferenciadora. En ambas oportunidades, y por aplicación directa de la Constitución, la judicatura correspondiente completará la norma adicionando con fundamento constitucional el elemento o propiedad relevante preterida por la ley suspendiendo su aplicación a secas y dirimiendo el conflicto en base a un

13 PRIETO, L.: *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid (2009): Trotta, p. 121.

14 BAYÓN, J.: “Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas” en *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho* (BULYGIN, E.; ATIENZA, M.; BAYÓN, J.). Madrid (2009): Fundación Coloquio Europeo, p. 38.

15 GARCÍA FIGUEROA, A.: *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid (1998): CEPC, p. 58.

contenido constitucional. Tal contenido, normalmente indeterminado, domiciliado en un principio o directriz, proporcionará la consideración a la propiedad relevante del caso no anticipada por el legislador; derrotando en su vigencia concreta a la ley, o lo que es lo mismo, haciendo triunfar a la Constitución sin la necesidad de acudir a una antinomia absoluta entre normas de diversa jerarquía.

La *concepción argumentativa del Derecho* reporta que la saturación axiológica de los textos constitucionales configura un espacio normativo propicio para ofrecer respuesta a cualquier problema práctico¹⁶; incluso no sólo una, sino varias y contradictorias; opuestas y derrotables, sin solución en base a los criterios especialidad, jerarquía o temporalidad e imposibles de afrontar únicamente en base a esquemas subsuntivos. Ello supone que el razonamiento moral se hace presente no sólo en los discursos “*de acuerdo o a partir del Derecho*”, sino en los discursos acerca del Derecho¹⁷. En pocas palabras, los problemas de justicia –en el contexto neoconstitucionalista– se han convertido en problemas de validez o identificación de las normas en base a pautas morales (plurales) que ya no flotan por sobre el Derecho sino que han emigrado al interior del mismo, lo cual implica emprender una labor que forma parte de la filosofía práctica¹⁸. Este giro metodológico supone abrir el Derecho a una racionalidad constructiva y discursiva que desempeña una labor tanto de identificación como de justificación. No es baladí –entonces– que una de las principales preocupaciones del Neoconstitucionalismo haya sido elaborar una acabada teoría de la argumentación jurídica, tema absolutamente descuidado por el positivismo¹⁹. Aporte que según PRIETO SANCHÍS responde a una necesidad de legitimación, pues la propuesta de sustitución del juez “*boca de la ley*” por un juez sometido a las cláusulas materiales de la Constitución sólo es posible (y aceptable) en tanto que su labor pueda ser validada por una sólida argumentación racional²⁰.

Por último el modelo de Juez Hércules promovido por el Neoconstitucionalismo mira el Derecho como una integridad, niega que las declaraciones e interpretaciones del mismo sean simples informes objetivos que remontan a convencionalismos pretéritos o programas instrumentales. Para él, la tarea adjudicativa depende de opciones *interpretativas-argumentativas* y la actividad jurídica es una narrativa política en desarrollo²¹. Para jueces como Hércules, la aplicación del Derecho a casos concretos estará siempre teñida por los hechos del caso. Además del texto normativo, ellos acudirán a consideraciones de integridad y equidad. A sus ojos, la

16 PRIETO, L.: *Sobre la identificación del Derecho a través de la moral, en VVAA., los desacuerdos en el Derecho*. Madrid (2010): Fundación Coloquio Europeo, p. 92.

17 PRIETO, L.: *Sobre la identificación*, cit., p. 93.

18 PRIETO, L.: *Sobre la identificación*, cit., p. 94.

19 PRIETO, L.: *Sobre la identificación*, cit., p. 95.

20 PRIETO, L.: *Sobre la identificación*, cit., p. 95.

21 DWORKIN, R.: *El imperio del Derecho*. Barcelona (2008): Gedisa, p. 164.

Constitución, repleta de cláusulas abiertas y abstractas requiere una interpretación especial²².

V. COROLARIO.

Luego de revisar los perfiles centrales del Neoconstitucionalismo y las tesis básicas del Movimiento del Derecho Libre, las coincidencias son manifiestas.

Por lo tanto, hoy, en la denominada era del Neoconstitucionalismo, resulta evidente la pervivencia de las tesis centrales del Movimiento del Derecho Libre, aunque probablemente reformuladas.

Para terminar, a modo de colofón, resta despejar una última inquietud: ¿qué utilidad puede tener este esfuerzo por determinar qué tan nuevo es el Neoconstitucionalismo? Por cierto, no responde a un ejercicio bizantino o de mera erudición.

Por una parte estimo que el conocimiento de sus orígenes puede contribuir a la comprensión de un fenómeno. Este ejercicio tiene –entonces– una utilidad explicativa. El Neoconstitucionalismo parece ubicarse dentro de la tradición de reacciones antiformalistas iniciadas en la era del Estado de Derecho. Este dato puede aportar para entender su origen, significado y proyectar su futuro.

Pero también –y creo que esto es lo más interesante– motiva nuevas inquietudes. La que personalmente me surge y quisiera promover es la siguiente. Supongamos que la lógica *causa-efecto* es cierta. Pues bien, la teoría Kelseniana, según su propio autor responde a la influencia del Movimiento del Derecho Libre. La idea de Constitución propuesta por Kelsen, y desde luego su noción de Justicia Constitucional como guardián de aquella, fueron elaboradas con la intención de neutralizar mediante una teoría pura y formal movimientos como el del Derecho Libre. Pues bien, si hoy en día para bien o mal, parecen triunfar nuevamente ideas como las que Kelsen quiso combatir; ¿qué debemos hacer? ¿Buscar otro antídoto más efectivo, o simplemente, dar por muerta las teorías puras del Derecho y sus modelos formales?

22 DWORKIN, R.: *El imperio*, cit., p. 267.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M., RUIZ, J.: *Las piezas del Derecho*. Barcelona (1996): Ariel.
- ATIENZA, M., RUIZ, J.: *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima (2009): Palestra.
- BAYÓN, J.: "Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas" en *Problemas Lógicos en la teoría y práctica del Derecho* (BULYGEN, E., ATIENZA, M., BAYÓN, J.). Madrid (2009): Fundación Coloquio Europeo, pp. 27-34.
- DE PRADA GARCÍA, A.: "Por un modelo de jurista: el movimiento del Derecho Libre", en *Boletín de la Facultad de Derecho UNED* (2001), núm. 18, pp. 15-47.
- DÍAZ, E.: "Estado de Derecho y Legitimidad Democrática" en *Estado de Derecho, concepto fundamentos y democratización en América latina* (CARBONELL, M., OROZCO, W. y VÁSQUEZ, R.). México (2010): Siglo XXI.
- DWORKIN, R.: *El Imperio del Derecho*. Barcelona (2008): Gedisa.
- EHRlich, E.: "Libre investigación del Derecho y Ciencia del Derecho Libre" en *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia* (EHRlich, E.). Madrid (2005): Marcial Pons, pp. 53-88.
- GARCÍA AMADO, J.: "Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre", *Anuario de Filosofía del Derecho* (1997), núm. XIV, pp. 803-825.
- GARCÍA AMADO, J.: *El Derecho y sus circunstancias*. Bogotá (2010): Universidad Externado de Colombia.
- GARCÍA FIGUEROA, A.: *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid (1998): CEPC.
- PRIETO, L.: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid (2009): Trotta.
- PRIETO, L.: *Sobre la identificación del Derecho a través de la moral, en VVAA., Los Desacuerdos en el Derecho*. Madrid (2010): Fundación Coloquio Europeo.
- SEGURA ORTEGA, M.: "El movimiento del Derecho Libre", *Anuario de Filosofía del Derecho* (1993), núm. X, pp. 423-455.
- SEGURA ORTEGA, M.: "Kantorowicz y la renovación jurídica", *Dereito Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* (1993), vol. II, núm. 2, pp. 113-130.

COMENTARIOS
JURISPRUDENCIALES



LA ESCOLARIZACIÓN DE UN MENOR EN UN COLEGIO DE
EDUCACIÓN ESPECIAL Y LA SUPUESTA VULNERACIÓN DE LOS
DERECHOS A LA IGUALDAD Y A LA EDUCACIÓN. COMENTARIO A
LA STC 10/2014, DE 27 DE ENERO (RTC 2014, 10)

SCHOOLING OF A MINOR IN A SPECIAL EDUCATION CENTER
AND THE ALLEGED VIOLATION OF THE RIGHTS TO EQUALITY AND
EDUCATION. COMMENT ON STC NO. 10/2014, OF JANUARY 27
(RTC 2014, 10)

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 522-535

Alfonso
MARTÍNEZ-
CARBONELL
LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de septiembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: La Administración educativa puede escolarizar de oficio a un menor en un centro de Educación especial aun en contra del parecer de sus padres cuando acredite y justifique que las medidas educativas necesarias para atender al menor van más allá de meros ajustes razonables que se podrían dar en un centro ordinario y suponen una carga desproporcionada para la Administración.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la educación, inclusión educativa, educación especial, personas discapacitadas, ajustes razonables, igualdad.

ABSTRACT: School administration may schooling automatically to a child in a special education center even against the will of their parents. School administration must prove and justify the necessary educational measures to care for the child beyond mere reasonable adjustments that could occur on a mainstream school and pose a disproportionate load on the government.

KEY WORDS: Right to education, educational inclusion, special education, mentally handicapped, reasonable adjustments, equality.

SUMARIO: I. Marco normativo aplicable.- II. El principio general de la inclusión educativa de las personas discapacitadas.- III. La excepción al principio de inclusión cuando los ajustes no son razonables o proporcionados.- IV. El derecho de los padres ante la decisión administrativa de escolarizar “de oficio” al menor en un centro de educación especial.-V. El derecho a la integridad moral del menor.

SUPUESTO DE HECHO

El hecho nuclear que analiza la sentencia es la decisión de la Administración educativa de Castilla y León de escolarizar a un menor en un centro de educación especial, en contra del parecer de sus padres, y después de cuatro informes psicopedagógicos que lo recomendaban. La sentencia trata de dirimir si tal decisión supone una vulneración de los derechos fundamentales a la educación y a la igualdad del niño en cuestión.

En el curso 2006/2007 los padres del menor, J.A.G.G y A.O.P, escolarizaron por primera vez a su hijo (D.G.O.) de 3 años en el colegio Tello Téllez de Palencia. Ante la observación de su tutora de importantes dificultades de adaptación, el equipo de Orientación Educativa y Psicopedagogía de la Dirección Provincial de Educación, evaluó al alumno y emitió un informe el 9 de octubre de 2006 en el que apreciaba un “importante retraso madurativo” y proponían su derivación a un centro educativo ordinario que contara con los especialistas pertinentes para atenderlo (personal de pedagogía terapéutica, de Audición y lenguaje y Ayudante Técnico de Educativo). Los padres solicitaron un cambio de centro, pero desoyendo la propuesta del informe, expresaron su deseo de que el niño fuera escolarizado en el Colegio Divino Maestro, que no contaba con el personal especialista requerido y donde el alumno pasó los siguientes dos cursos.

En septiembre de 2008, los padres solicitaron un nuevo cambio de centro, esta vez al Colegio Jorge Manrique en donde se reprodujeron los mismos hechos. La tutora detectó el retraso educativo del alumno y el mismo Equipo de Orientación educativa evaluó al alumno y emitió un segundo informe el 8 de octubre de 2008

• Alfonso Martínez-Carbonell López

Es profesor en los grados de Derecho y Educación en la Universidad CEU-Cardenal Herrera de Valencia y doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Realizó su tesis doctoral sobre diversas cuestiones educativas y su influjo en derechos fundamentales desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho. Es además licenciado en Ciencias Religiosas y Bachiller en Filosofía por la Universidad Regina Apostolorum de Roma. Ha sido profesor de educación secundaria durante quince años y autor de diversos artículos sobre Educación y derechos humanos, educación y postmodernidad y sobre los retos de la educación europea en la actualidad. Es coordinador y profesor de diversos másteres de educación en la Universidad CEU-Cardenal Herrera y sus líneas de investigación se centran en la educación sobre derechos humanos, legislación y política educativa nacional y comparada, sociología de la educación y educación en valores.

en el que se consignaba que el alumno padecía un trastorno grave de espectro autista, discapacidad psíquica grave, retraso grave del lenguaje y déficit de atención con hiperactividad, subrayando que su nivel de competencia, especialmente en el lenguaje oral, correspondía con el nivel de un niño de un año. El informe justificó la necesidad de su escolarización en un Centro específico de Educación Especial, dado que convenía una adaptación curricular significativa en todas las áreas y requería de atención individualizada y constante de personal especializado, en un grupo reducido de un máximo de cuatro alumnos. En noviembre de 2008, tras la visita al centro de la inspección, de darse audiencia a los padres y de escuchar el parecer de la Asesora de Atención a la diversidad de la Dirección Provincial de Educación, la Comisión de Escolarización de Palencia resolvió escolarizar "de oficio" al niño en el Centro de Educación Especial, "Carrechiquilla" con efectos inmediatos y motivados por el supremo interés del propio menor:

Los padres, sin embargo, no llevaron al menor al centro asignado y en septiembre de 2009 solicitaron la revisión de la resolución que fue aceptada y originó la emisión de un tercer informe del Equipo de Orientación Educativa que volvió a proponer la escolarización del niño en un centro específico de educación especial. En marzo de 2010, ante la inasistencia del niño al centro asignado, la Dirección Provincial de Educación comunicó a los padres la corrección inmediata de la situación de absentismo del hijo y se remitió el expediente a la Fiscalía de menores. En junio de 2011, los padres solicitaron la escolarización de su hijo en otro centro ordinario requiriendo expresamente la dotación en el mismo de los apoyos necesarios para atender a su hijo. Ante esta nueva solicitud, la Dirección Provincial requirió un cuarto informe a otro equipo de profesionales distinto que coincidió en el diagnóstico y propuesta de los precedentes, lo que motivó la Resolución de 13 de octubre de 2011 de la Comisión de Escolarización de Palencia, dictaminando la escolarización del niño en el mismo centro de educación especial.

Los padres recurrieron esta resolución y su recurso fue desestimado en primera instancia judicial en marzo de 2012, así como el posterior recurso de apelación ante el TSJ Castilla y León en octubre del mismo año. Los padres iniciaron recurso de amparo ante el TC que, por medio de la sentencia 10/2014, de 27 de enero, denegó el amparo solicitado, por entender que aquella resolución administrativa no vulneraba el derecho a la educación ni a la igualdad del hijo de los recurrentes.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En los fundamentos jurídicos, el TC sitúa el objeto de la sentencia en determinar si la Resolución recurrida ha vulnerado los arts. 14, 15 y 27 CE. Es decir, si tal decisión de escolarizar al niño en un centro de educación especial ha supuesto un atentado al principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE), el derecho a la integridad moral del alumno (art. 15) y al derecho a la educación (art. 27 CE).

El TC va desgranando uno a uno los cinco motivos de impugnación descritos en la demanda, comenzando por aquellos tres en los que existe unanimidad, en cuanto a su desestimación, entre el letrado de la Comunidad de Castilla y León y el Ministerio Fiscal, para centrarse posteriormente en el objeto central del litigio.

El primer motivo de impugnación, comentado y desestimado también por el TC, invocaba que tal decisión supuso una lesión a la integridad moral del menor y a su dignidad personal. El TC considera que no existió tal lesión ni trato degradante porque la decisión fue tomada por el órgano administrativo habilitado legalmente para ello y después de un amplio expediente que abarca un periodo de cinco años. Además, no se cumplen los requisitos descritos por la doctrina jurisprudencial [STC 116/2010, de 24 de noviembre (RTC 2010, 116)] para que se pueda dar la categoría de “trato degradante”, a saber, no hubo intención de humillar ni tuvo un “alcance mínimo de gravedad”.

En segundo lugar, el TC desestima que la resolución recurrida pudiera atentar al derecho de los padres del art. 27 constitucional en su doble dimensión, a elegir centro y a escoger la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones. Deja claro que el derecho de elección de centros no incluye el derecho a escolarizar un hijo en un centro ordinario en lugar de un centro de educación especial, pues ello vendrá acreditado por las necesidades específicas del menor cuando no puedan ser atendidas en un centro ordinario. Por otra parte, el presente caso no afecta al derecho a escoger formación religiosa o moral.

El tercer motivo de impugnación tratado y desestimado por el TC se refiere a la posible indefensión de los padres en el procedimiento. Aspecto que el TC no reconoce al evidenciar que se cumplió no sólo con la audiencia a los padres sino que también se contó con su participación activa a lo largo de todo el proceso.

Por último, el TC trata el verdadero núcleo del problema que es dirimir si la decisión administrativa ha supuesto discriminación al menor y ha vulnerado su derecho a la educación, que constituyen los dos últimos motivos de impugnación tratados. Tras situar el contexto normativo aplicable en este caso y, en base al mismo, el TC reconoce el principio general de que la educación de las personas discapacitadas debe ser inclusiva, es decir, que hay que escolarizar a estos alumnos en centros ordinarios y facilitarles los apoyos y “ajustes razonables” necesarios para su integración en el sistema educativo. Pero a su vez, la misma normativa señala una excepción que se da cuando estos ajustes son desproporcionados o “no razonables” y por tanto la Administración puede decidir la escolarización en un centro de educación especial cuando las necesidades específicas del menor no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios. Para el TC esta excepción se cumple en este caso y por tanto queda justificada la resolución administrativa, cuando cuatro informes psicopedagógicos

diagnostican una discapacidad psíquica grave y proponen una atención específica y personalizada en un centro de educación especial, quedando acreditada su adecuación y proporcionalidad y por tanto, desestima el amparo solicitado por los recurrentes. Aspectos que comentamos a continuación.

COMENTARIO

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE.

Conviene iniciar este comentario explicitando la legislación aplicable y que la sentencia recoge en sus fundamentos jurídicos. Este marco normativo comprende los arts. 10.1, 14, 15, 27 y 49 CE, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España y publicada en el BOE de 21 de abril de 2008, especialmente los arts. 2 y 24, y, por último, la Ley Orgánica 2/2006 de Educación, sobre todo del art. 71 LOE al art. 74 LOE.

Tanto la parte recurrente como el propio TC inciden en que la resolución recurrida afecta a derechos y deberes fundamentales recogidos en el Título I de nuestro texto constitucional que merecen la solicitud de amparo por parte de los primeros y la aceptación a trámite de la misma por parte del segundo. Los derechos fundamentales afectados son los referentes a la dignidad personal y derechos fundamentales del art. 10.1 CE, el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE, referido en este caso concreto a las personas discapacitadas, que los recurrentes consideran vulnerado de forma directa como un acto de segregación al escolarizar a su hijo en un centro de educación especial y también de forma indirecta en cuanto que entienden que la Administración se ha negado a dotar de recursos educativos específicos el centro ordinario para atender a su hijo. Afecta igualmente, en cuanto es alegado por la parte recurrente, al derecho a la integridad moral del art. 15 CE pues consideran que su hijo ha recibido un trato degradante al ser derivado a un centro de educación especial. Se relaciona con el art. 27 CE, párrafo 1º que reconoce el derecho a la educación de todos, incluidas las personas discapacitadas y el párrafo 3º que reconoce el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones y que además, según la interpretación del TC [STC 133/2010, de 2 de diciembre (RTC 2010, 133)], comprende el derecho a la elección de centro y que la parte recurrente entiende vulnerado por no aceptar la Administración el centro que ellos han escogido para su hijo. Por último, el art. 49 CE referente a los derechos de las personas discapacitadas y que obliga a los poderes públicos a realizar políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración hacia estas personas, a prestar la atención especialidad que requieran y a ampararlos para que puedan disfrutar plenamente de sus derechos fundamentales.

En virtud del art. 10.2 CE, que exhorta a interpretar los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales ratificados por España, es aplicable la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. En su art. 24 se reconoce el derecho a la educación de las personas discapacitadas sin discriminación y en igualdad de oportunidades y establece en su primer párrafo que los Estados asegurarán para ellas un sistema de educación inclusivo en todos los niveles educativos. En su párrafo segundo regula los deberes de los Estados que asegurarán, como principio general, que las personas discapacitadas no sean excluidas del sistema general de la educación y que su acceso a la educación primaria y secundaria se haga de forma inclusiva, garantizando su calidad y en igualdad de condiciones. Les obliga también a que se hagan los ajustes razonables necesarios en función de las necesidades individuales y a tenor del art. 2 considera como ajustes razonables “aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan carga desproporcionada e indebidas para garantizar la igualdad de condiciones de las personas discapacitadas y el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales”. Además exhorta a los estados a que se les preste el apoyo necesario y las medidas personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo su desarrollo académico y social y de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.

Por último es de aplicación la Ley Orgánica de Educación que en su art. 1.b) LOE, recoge como principio general de la educación, la equidad que garantiza la igualdad de oportunidades, la inclusión educativa y la no discriminación, con especial atención a las desigualdades que deriven de discapacidad. A partir del art. 71 LOE se regula la educación de los alumnos con necesidades específicas de apoyo educativo. El párrafo segundo del art. 71 LOE establece que las Administraciones educativas asegurarán los recursos necesarios para los alumnos que requieran atención educativa diferenciada. Del mismo modo, en su párrafo tercero les exhorta a establecer procedimientos y a dotar de recursos necesarios para identificar necesidades educativas específicas del alumnado y su atención se regirá por los principios de normalización y de inclusión.

El art. 72 LOE se refiere a los recursos educativos y establece que las Administraciones deben dotar a los centros de los recursos necesarios y deben contar con la organización escolar idónea y realizar las adaptaciones y diversificaciones curriculares que sean necesarias.

Por su parte el art. 74.1 LOE recoge el principio general de normalización e inclusión en la escolarización de las personas discapacitadas y establece que la escolarización en centros de educación especial sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no pueden ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios. En su párrafo segundo establece la necesidad de una identificación y valoración temprana por personal idóneo y en su párrafo tercero establece la evaluación y valoración a final de curso de los resultados obtenidos

que proporcione una nueva orientación e incluso el cambio de modificación de modalidad de enseñanza si fuera necesario.

Aplicando esta normativa, el TC llega a la conclusión que la Administración actuó correctamente, al decidir escolarizar al niño en un centro de educación especial pues lo hizo después de diagnosticar tempranamente la necesidad de atenciones específicas avaladas por estudios e informes elaborados por profesionales, y calibrando que esas medidas específicas no podían darse en el ámbito de un centro ordinario. No obstante, conviene analizar las cuestiones fundamentales que están en juego, que son, si se respeta el principio general del derecho a una educación inclusiva recogido en el art. 71 y 74 LOE, si es posible implantar en el centro ordinario los ajustes razonables que marca la convención en el art. 24, si se respeta el derecho de los padres a elegir centro educativo y si supone un trato degradante e inhumano para el menor el derivarlo a un centro de educación especial. Aspectos todos ellos que comentamos a continuación.

II. EL PRINCIPIO GENERAL DE INCLUSIÓN EDUCATIVA DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS.

Como señala el propio TC, en base a la normativa aplicable, "se desprende el principio general que la educación (de las personas discapacitadas) debe ser inclusiva, es decir se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria".

A juicio del propio TC el núcleo del problema consiste en determinar si se discrimina al menor y se vulnera su derecho a la educación inclusiva con la decisión administrativa. Ésta será discriminatoria si con ella la Administración incumple las obligaciones que, tanto la Ley Orgánica de Educación como la convención sobre los derechos de las personas discapacitadas le confieren. A saber; promover la escolarización gratuita y obligatoria del menor (art. 24.2.a Convención), en igualdad de condiciones con los demás miembros de la comunidad (art. 24.2.b), haciendo los ajustes razonables que se requieran según sus necesidades individuales (art. 24.2.c), prestando y dotando de apoyos necesarios para que esa formación efectiva se realice dentro del sistema general de educación (art. 24.2.d) y facilitando los apoyos necesarios personalizados en entornos que fomenten al máximo su desarrollo académico y social de conformidad con el principio de plena inclusión (art. 24.2.e). Y a tenor de la Ley Orgánica de Educación se desprenden otras obligaciones como son, promover la igualdad en el acceso y permanencia en el sistema educativo estableciendo en caso necesario las medidas de flexibilización necesarias (art 74.1 LOE) y el deber de evaluar y diagnosticar con carácter prematuro las necesidades educativas de este alumnado (art 74.2 y 3 LOE). El TC no considera que la Administración haya infringido ninguna de estas obligaciones.

Está fuera de toda duda que la Administración ha cumplido con sus deberes de escolarización gratuita y obligatoria, como pone en evidencia el propio TC, pues ha puesto todos los medios para ello, en un inicio ha pretendido escolarizar al menor en un centro ordinario y sólo cuando las necesidades educativas lo exigían lo ha derivado a un centro de educación especial, ha dotado de recursos necesarios la formación del menor; ha detectado con carácter temprano sus necesidades educativas y las ha evaluado correctamente.

El TC está conforme con las tesis de las resoluciones judiciales recurridas que consideran que el derecho a una educación inclusiva no es un derecho absoluto. El juzgado de primera instancia consideraba que la inclusión educativa se puede realizar sólo en la medida en que fuera posible y reconocía que a tenor de los informes periciales se puede concluir que la escolarización inclusiva, en este caso, resultaría inadecuada e insuficiente para garantizar el propio derecho a una educación del menor para alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Del mismo modo, el TSJ considera que en nuestro Ordenamiento Jurídico el principio de educación inclusiva no es un derecho absoluto cuando establece excepciones a su ejercicio, como se ha analizado en los apartados anteriores.

Dejando claro el principio general de inclusión y su carácter no absoluto, y considerando que la Administración no ha incumplido sus obligaciones derivadas de tal principio, la atención del TC se centra en determinar si tal decisión está dentro de las excepciones que la propia legislación recoge y si se ha cumplido con el deber de motivar y justificar tal excepcionalidad.

III. LA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE INCLUSIÓN CUANDO LOS AJUSTES NO SON RAZONABLES O PROPORCIONADOS.

El TC evidencia que la Convención en su art. 24.2.a) considera que una de las obligaciones de la Administración para cumplir con el principio de inclusión educativa es hacer los ajustes razonables según las necesidades individuales del alumno. Del mismo modo, el art. 2 considera que se produce discriminación hacia estas personas cuando se deniegan los ajustes razonables.

El art. 2 define los ajustes razonables como “modificaciones y adaptaciones necesarias que no impongan una carga desproporcionada e indebida cuando se requieran en un caso particular para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Por tanto esos ajustes serán razonables cuando son proporcionados y no supongan una carga indebida para la Administración. Del mismo modo el art. 74 LOE considera que sólo será posible la escolarización en un centro de educación especial cuando las necesidades del alumno no pueden ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de un centro

ordinario y además que esas medidas serán valoradas por personal cualificado y en los términos que determinen las Administraciones educativas.

En este sentido, el TC considera en el F.J. 4º, que sólo cuando los ajustes que deban realizarse para cumplir con el principio general de inclusión son desproporcionados o no razonables se podrá disponer la escolarización de estos alumnos en un centro de educación especial y establece que por respeto a los derechos fundamentales en juego y a los bienes jurídicos afectados, la Administración tiene el deber de exteriorizar los motivos de tal decisión. Por tanto el problema se reduce a saber si los argumentos que la Administración esgrime para justificar su decisión son proporcionados y razonables o no.

El Ministerio Fiscal alegó en este caso que la Administración no justificó suficientemente la decisión pues parece que lo hace sólo en base al último de los informes psicopedagógicos realizados sobre el alumno. El TC considera, no obstante, que no se vulneran los derechos fundamentales del menor por déficit de motivación pues quedan suficientemente justificadas las medidas al considerar el expediente en su conjunto y ponderar que las necesidades educativas requeridas están por encima del juicio de proporcionalidad descrito por la propia jurisprudencia del TC [STC 173/1995, 21 de noviembre (RTC 1995, 173), y STC 96/2012, de 7 de mayo (RTC 2012, 96)].

En virtud de la STC 96/2012, de 7 de mayo (RTC 2012, 96), las restricciones a los derechos fundamentales como en este caso, se pueden dar cuando están previstas en la ley, son debidamente justificadas y respetan el juicio de proporcionalidad que implica equilibrar el fin perseguido (en nuestro caso, el disfrute pleno del derecho a la educación del alumno discapacitado respetando el principio de inclusión) y los medios empleados (en nuestro caso, la implementación de una serie de medidas educativas como son grupos de cuatro alumnos como máximo, atención individualizada al alumno e intervención de especialistas en pedagogía terapéutica y audición y lenguaje).

Según esta misma sentencia los requisitos para aplicar el principio de proporcionalidad son tres. En primer lugar, el “juicio de idoneidad”, es decir que la medida logre el objetivo propuesto. En este caso, como los informes psicopedagógicos avalan, la medida de escolarizar al niño en un centro de educación especial se hace atendiendo al bien del menor y buscando el pleno ejercicio de su derecho a la educación. Es coherente con la finalidad que se pretende de satisfacer sus necesidades educativas. En segundo lugar, el “juicio de necesidad”, por el que la medida tiene que ser necesaria y no cabe una medida más moderada. Efectivamente, a tenor de los informes queda evidenciado que no es posible su escolarización en un centro ordinario porque las medidas no son posibles allí donde los grupos son más amplios, no es posible una atención tan individualizada y no se dispone de todo el elenco de

especialistas que el menor requiere. En tercer lugar, "el juicio de proporcionalidad en sentido estricto", que implica ponderar las ventajas para el interés general que deben estar por encima de los perjuicios sobre otros bienes particulares. En nuestro caso, el bien particular que se derivaría al alumno discapacitado al escolarizarse en un centro ordinario es muy inferior al interés general del resto de alumnos que se verían afectados en su rendimiento por unas medidas propias de la educación especial y no del nivel educativo al que pertenecen el resto de alumnos, como pusieron de relieve el juzgado de primera instancia y el tribunal de apelación.

A juicio del TC queda reconocido que la Administración cumplió con su deber de motivar y justificar su decisión, pues fueron cuatro los informes de evaluación y diagnóstico que se realizaron en los que se diagnosticó un importante retraso madurativo, un trastorno grave del espectro autista, un retraso grave del lenguaje, un trastorno del déficit de atención con hiperactividad, y su nivel de competencia se corresponde con un nivel aproximado a un niño de un año de edad. Por todo ello, en los informes se proponía la derivación del niño a un centro de educación especial donde el niño recibiría la atención adecuada, con adaptaciones curriculares significativas a su nivel de competencia, con atención individualizada, grupos pequeños de hasta cuatro alumnos, y presencia de personal especialista cualificado. Por tanto, concluye el TC, el niño requiere mucho más que ajustes razonables en un centro ordinario y queda plenamente justificado que la Administración no discriminó al niño denegándole tales ajustes y derivándolo a un centro de educación especial.

IV. EL DERECHO DE LOS PADRES ANTE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA DE ESCOLARIZAR "DE OFICIO" AL MENOR EN UN CENTRO DE EDUCACIÓN ESPECIAL.

Otro de los derechos afectados por la decisión administrativa es el derecho de los padres a la elección de centros. Podemos preguntarnos si la Administración está legitimada para imponer este tipo de centros de educación especial, aun por causas justificadas, cuando los padres se oponen a ello.

Efectivamente, los padres del menor alegaron que se había vaciado el derecho a la educación cuando un órgano administrativo decide la escolarización del menor con plena discrecionalidad y consideraron que la decisión administrativa no respetaba el art. 27.3 CE pues se adoptó a pesar de que los padres habían expresado de manera clara e inequívoca su voluntad de que el niño fuera escolarizado en un centro ordinario.

Ante esto, la propia letrada de la Comunidad de Castilla y León justifica esa decisión administrativa no en base de libre discrecionalidad sino en base al interés del menor y a los informes que aconsejaban la necesidad de esa medida. El TC argumenta que la decisión administrativa no vulnera el art. 27.3 CE pues, según

su propia jurisprudencia, este artículo que trata del derecho de los padres en la educación se refiere a dos dimensiones: el derecho a la elección de centros y el derecho a elegir la formación religiosa y moral. Respecto a la elección de centros, incluye el derecho a elegir centros distintos a los creados por los poderes públicos pero no incluye la posibilidad de elegir un centro ordinario en lugar de un centro de educación especial pues ello tiene que venir acreditado por las necesidades específicas del menor. En estos casos, prima el bien del menor, antes que el derecho a la libre elección de centro de los padres, y ello cuando se acredita que el menor tiene unas necesidades educativas que justifican esa medida.

A lo largo del procedimiento, la Administración justificó la medida en base al bien del menor y según las exigencias del art. 74.1 LOE que exige que esta valoración la haga personal cualificado como es el Equipo de Orientación y psicopedagogía de la Administración y otros profesionales independientes. Por tanto queda comprobado que la Administración no fue discrecional ni arbitraria en esta decisión.

Otro derecho que los padres del menor alegaron que había sido vulnerado es el derecho de audiencia ante la decisión administrativa lo que, según ellos, les provocó indefensión. Sin embargo, el TC aclara que durante todo el procedimiento se dio trámite de audiencia a los padres, que además tuvieron una participación activa pues algunas pruebas se realizaron en su presencia y, como consta en el expediente, los padres fueron debidamente informados en todo momento del resultado de las evaluaciones e informes, pudiendo intervenir en cualquier momento e iniciar los procedimientos y recursos que fueran necesarios.

V. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD MORAL DEL MENOR.

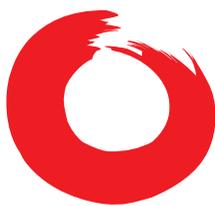
Otro motivo que alegaron los padres del menor fue que su hijo discapacitado recibió un trato inhumano o degradante en razón de su discapacidad por parte de la Administración al negarle los apoyos educativos necesarios en un centro ordinario junto a la consiguiente decisión de escolarizar a su hijo en un centro de educación especial. Esto supuso una vulneración de su dignidad personal y de sus derechos básicos, y por tanto vulnera los arts. 10.1 y 15 CE.

La letrada de la Comunidad Autónoma de Castilla y León consideró fuera de lugar este motivo de impugnación pues ni por el objetivo ni por los medios utilizados, la Administración tuvo ese tipo de trato ni con el menor ni con los padres. En la descripción del expediente del procedimiento que se refleja en los antecedentes de la sentencia, ha quedado evidenciado que la Administración fundamentaba sus decisiones “en beneficio exclusivo del menor”. Tampoco los medios utilizados son inhumanos o degradantes ni atentan contra la dignidad personal pues los medios para la educación del menor son puestos a su disposición en un centro de educación

especial. De la misma forma el Ministerio Fiscal considera como meras conjeturas sin fundamento estas alegaciones de los padres.

No obstante, a juicio del TC, tal decisión de escolarización no supuso en ningún momento trato degradante para el menor en cuanto que la decisión fue tomada por el órgano competente para ello y después de un procedimiento y apertura de expediente con la participación de profesionales cualificados y los propios padres del alumno. No se cumplen los requisitos que la jurisprudencia del propio TC establece para que se pueda hablar de trato degradante e inhumano [STC 116/2010, de 24 de noviembre (RTC 2010, 116), F.J. 2º] que son que el acto sea inhumano y degradante por su propia naturaleza y que acarree humillación o envilecimiento con un mínimo de gravedad. A juicio del TC queda comprobado que no concurren tales circunstancias en el presente supuesto.

Por tanto, queda justificado el fallo de la sentencia al considerar que la decisión administrativa no vulneró ni el derecho fundamental a la educación ni a la igualdad, ni el derecho de los padres a la elección del centro, ni, por último la dignidad e integridad moral del menor sino que la decisión administrativa se hizo en beneficio del menor y después de un informe y evaluación llevada a cabo por personal cualificado que propuso que las medidas educativas necesarias para atender al menor sólo pueden darse en un centro de educación especial.



SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE VISITA DE LOS PADRES
RESPECTO DEL MENOR ACOGIDO. COMENTARIO A LA STS (SALA
I^a) 663/2013, DE 4 DE NOVIEMBRE

SUSPENSION OF THE RIGHT OF VISITS OF THE PARENTS TO THE
MINOR IN RESIDENCIAL CARE. COMMENTARY ON THE JUDGMENT
OF THE SUPREME COURT 663/2013, OF 4 NOVEMBER

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 536-545



Adela
SERRA
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de septiembre de 2014
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: Acogimiento residencial, acogimiento familiar, derecho de los padres a relacionarse con el menor acogido, suspensión de la patria potestad, competencia de órganos judiciales.

PALABRAS CLAVE: Menores desamparados, acogimiento, derechos de visitas, suspensión de patria potestad.

ABSTRACT: Family fostering, residential care, right of visits of the parents to the minor, suspension of guardianship, competence of judicial organs.

KEY WORDS: Defenceless minors, fostering, visiting rights, suspension of parental authority.

SUMARIO: I. El derecho de los padres a relacionarse con el menor acogido.- I. Las consecuencias de la declaración de desamparo del menor: la tutela ex lege de la Administración y el acogimiento.- 2. El derecho de visita de los padres y demás familia biológica al menor acogido.- 3. El interés superior del menor: la excepcionalidad de la suspensión o limitación del derecho de visita.- II. La competencia para suspender el derecho de visita de los progenitores.

SUPUESTO DE HECHO

La Dirección General de Protección del Menor y de la Familia del Gobierno de Canarias dictó Resolución, con fecha de 23 de julio de 2009, en la que acordaba interrumpir, de forma cautelar, durante un período de seis meses, las visitas, estancias y comunicaciones de la menor con su madre y con el resto de su familia biológica. Además, acordaba instar inmediatamente la correspondiente suspensión ante el órgano judicial.

La madre biológica impugnó esta resolución administrativa ante el JPI n° 5 de Las Palmas, por entender que se trataba de una medida arbitraria que no había sido autorizada judicialmente y que afectaba al derecho de la menor. La sentencia del JPI desestimó la demanda y acordó la suspensión de las visitas, así como la atención psicológica de la menor para favorecer la desvinculación paterno-filial, si fuera necesario. Interpuesto recurso de apelación por la madre y por el Ministerio Fiscal, la Audiencia Provincial los desestimó, confirmando la competencia de la Administración para acordar la suspensión de las visitas del menor acogido.

Contra esta Sentencia se interpuso recurso de casación por la madre, con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del art. 477.2.3 LEC, por cuanto la sentencia recurrida resuelve una cuestión sobre la que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación con la interpretación que ha de darse al art. 161 CC; Segundo.- Infracción de la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala Iª TS en relación con la obligatoriedad del cumplimiento de lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, sobre audiencia del menor; Tercero.- Infracción de la doctrina jurisprudencial fijada por la Sala Iª TS en relación con la necesidad de que exista un peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor que justifique la suspensión de las visitas.

• **Adela Serra Rodríguez**

Es Doctora en Derecho (1997) y Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Valencia desde 2002. Acreditada al Cuerpo de Catedráticos de Universidad (2012). Es autora de numerosas publicaciones en el ámbito del Derecho de la contratación y protección de consumidores, Hipotecas, Fundaciones y Responsabilidad civil. Correo electrónico: adela.serra@uv.es.

El Tribunal Supremo casa la Sentencia de instancia, en el sentido de dejar sin efecto la Resolución de la entidad pública administrativa que había acordado la suspensión del derecho de visitas de la recurrente y su hija menor acogida.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo, en esta Sentencia, sostiene que, según el art. 161 CC, la competencia para suspender el derecho que a los padres corresponde de visitar y relacionarse con un menor acogido es exclusiva competencia de los órganos judiciales, sin que dicho precepto haya sido expresa o tácitamente derogado por ningún otro de igual o superior rango, y sin que prevea la suspensión de este derecho por decisión administrativa.

Por ello, frente a la doctrina mantenida por el tribunal *a quo* que, con base en el art. 10.2 ñ) de la Ley 1/1997, de Atención Integral a los Menores, reconoce a competencia a la Administración autonómica para suspender cautelarmente las visitas de la menor acogida con su madre, el Tribunal Supremo considera que si bien el art. 161 CC tiene el mismo rango legal que las leyes autonómicas, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores —STS 11 de febrero de 2011—, determina que el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo se considere como un derecho básico de este último, salvo que en razón de su propio interés tuviera que acordarse otra cosa; así los arts. 3, 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, en los que se instaura como principio fundamental el interés superior del niño y obligan a los Estados Partes a respetarlo y tomar las medidas legislativas y administrativas adecuadas garantizando el derecho del niño a relacionarse con ambos padres; así también el art. 14 de la Carta Europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 y el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Por todo lo anterior, la afirmación de la sentencia de la Audiencia Provincial de que, «acordada la suspensión de las visitas por el órgano administrativo, no es preceptivo dar cuenta a la autoridad judicial de tal medido, por lo que la medida cautelar, en sí misma, no es nula y lo que podía haberse atacado es la falta de notificación al tribunal, lo que no se hizo, no se corresponde ni con el artículo 161 ni con lo dispuesto en la Convención. Si conforme al artículo 160 del CC los progenitores tienen derecho a relacionarse con sus hijos, incluso si han perdido la patria potestad, con mayor razón ostentarán tal derecho si esa patria potestad se encuentra suspendida, como es el caso del acogimiento del menor, del art. 172.1 CC. La medida de impedir la relación de la niña con su madre biológica es una medida importante en cuanto le priva del derecho que tiene a relacionarse con su familia

y solo se podrá acordar para limitarla o suspenderla en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada, lo que no ocurre en este caso, en el que no existiendo norma autonómica de cobertura, se otorga esta competencia a la Administración competente por extensión y sin fundamento, en vez de declarar su nulidad por no contar; para acordarla, con la debida autorización judicial».

COMENTARIO

I. EL DERECHO DE LOS PADRES A RELACIONARSE CON EL MENOR ACOGIDO.

I. Las consecuencias de la declaración de desamparo del menor: la tutela ex lege de la Administración y el acogimiento.

El Código civil español considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos en las leyes para la guarda de los menores (p. ej. velar por los hijos menores o tutelados, educarlos y procurarles una formación integral), cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (cfr. art. 172.1.II CC en relación con arts. 154 y 269 CC). Así, por ejemplo, las leyes autonómicas y sus normas de desarrollo han ido precisando el concepto jurídico indeterminado de "situación de desamparo", incluyendo expresamente causas que provocan dicha desprotección, y que habrían sido recogidas por la jurisprudencia, como el abandono voluntario del menor por la familia, malos tratos físicos o psíquicos, abusos sexuales, imposibilidad de ejercicio de la guarda por las personas a las que compete por trastorno mental grave o drogadicción, ausencia de escolarización del menor, inducción a la mendicidad, prostitución o delincuencia, etc.

Se trata, por tanto, de una situación fáctica, cuya apreciación y declaración queda reservada a las entidades públicas competentes, en cada territorio, en materia de protección de menores, atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Ante el conocimiento de tal situación, la autoridad pública competente incoará un procedimiento para constatarla y, en caso de apreciarla, dictará resolución administrativa de declaración de desamparo, en la que se establecerán las causas de dicha situación, la asunción de la tutela administrativa por ministerio de la ley y, normalmente, la forma de ejercicio de la guarda (esto es, el acogimiento), aunque sea con carácter provisional. Estas medidas de protección del menor deben ser puestas en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificadas en el plazo de cuarenta y ocho horas a los padres, tutores o guardadores.

Por tanto, como consecuencia de la declaración del menor en situación de desamparo —que, en el caso que comentamos correspondió a la Dirección General de Protección del Menor y de la Familia del Gobierno de Canarias— la Administración asume automáticamente la tutela del menor; lo que lleva consigo la suspensión de la patria potestad de la menor (art. 172.1.III CC).

Además, la Administración deberá acordar la forma de ejercicio de la guarda del menor; a través del acogimiento, según prevé el art. 172.3 CC. El acogimiento puede ser familiar o residencial, siendo preferente el primero, salvo que “convenga al interés del menor” el residencial (cfr. art. 21.1 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor). En virtud de los principios que rigen el sistema de protección del menor; se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a dicho interés, la reinserción en la propia familia. Además, si hay hermanos debe procurarse que las medidas de protección se lleven a cabo por la misma persona o entidad (art. 172.4 CC).

El principio del interés del menor y el de su reinserción en la propia familia constituyen principios fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. Ambos principios pueden entrar en contradicción, que se resuelve atendiendo a la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor [STS 31 julio 2009 (Tol 1723143)].

Del Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2013, que reproduce un fragmento de la Sentencia de instancia, parece desprenderse que la modalidad de acogimiento acordada para la menor fue un acogimiento residencial, cuyo ejercicio corresponde al Director del centro donde se le ha acogido. Según la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de la Comunidad Autónoma de Canarias, de Atención Integral a los Menores, el acogimiento residencial “sólo podrá acordarse cuando el menor esté en período de observación, durante el tiempo estrictamente necesario, o cuando el resto de las medidas de amparo devengan inviables, insuficientes o inadecuadas” (art. 68), debiendo procurar que el menor permanezca bajo esta medida el menor tiempo posible (art. 21.1 LOPJ).

2. El derecho de visita de los padres y demás familia biológica al menor acogido.

Conforme al art. 161 CC “Tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor”.

Luego, el acogimiento familiar o residencial del menor que haya sido declarado en situación de desamparo y cuya tutela haya sido asumida *ex lege* por la Administración, no conlleva *per se* la suspensión del derecho de visitas que corresponda a padres, salvo en todo caso el interés superior del menor. Así se desprende del art. 160 CC

que reconoce el derecho de los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad —como sucede en caso del acogimiento de la menor en la Sentencia comentada—, a relacionarse con sus hijos menores.

Es más, se mantiene por la doctrina que este derecho de visita debe desligarse de la patria potestad, ya que también los padres que hubieran sido privados de ésta (de su titularidad, y no de su mero ejercicio) lo ostentarían, en tanto que al no ser la privación de la patria potestad una medida irreversible (cfr. art. 170.II CC), debe mantenerse en alguna medida una relación del progenitor privado con sus hijos. Esta idea aparece reflejada en la STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176) y en la STS 11 febrero 2011 (RJ 2011, 2311), al afirmar: “Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos”.

Este derecho de relación se extiende también a los abuelos y otros parientes y allegados, lo que se justifica porque más que un derecho de éstos es un derecho del propio hijo que se relaciona con su derecho al libre desarrollo de su personalidad y que, por ello, pretende salvaguardar los vínculos afectivos del menor; aunque sea con personas con las que no existen lazos biológicos [vid. DÍEZ GARCÍA, H., “Comentario a los artículos 160 y 161”, AA.VV., *Comentarios al Código civil* (dir. R. Bercovitz), Tomo II. Valencia (2013): Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 1636-1656].

Sólo se excepciona, en el art. 160 CC, este derecho de relacionarse en caso de menores adoptados por otra persona o “conforme a lo dispuesto en resolución judicial”, cuestión esta que trataremos en el epígrafe siguiente y que constituye el núcleo de la controversia suscitada ante el Tribunal Supremo.

En suma, como declara la Sentencia que comentamos, el derecho de comunicación de los progenitores, aun privados o suspendidos de la patria potestad, con el hijo se configura como derecho básico de este último, salvo que en razón de su propio interés pueda acordarse otra cosa. Así se desprende de los textos jurídicos internacionales de protección de los menores, como el art. 9.3 de Convención de los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, según el cual “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”, o el art.

24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que dispone que “Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”.

3. El interés superior del menor: la excepcionalidad de la limitación o suspensión del derecho de visita al menor.

Teniendo en cuenta que el derecho de visitas se configura como uno de los derechos-función cuyo ejercicio queda subordinado al “interés superior del menor”, confirma el Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de noviembre de 2013, como ya había hecho en anteriores Sentencias [SSTS 9 julio 2002 (RJ 2002, 5905), 21 noviembre 2005 (RJ 2005, 7734); 11 febrero 2011 (RJ 2011, 2311)], que sólo se puede acordar su limitación o suspensión “en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada”. Ésta es también la postura defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce a toda persona el derecho al respeto de su vida privada y familiar, sin que pueda haber injerencia de la autoridad pública, sino cuando esté prevista por la Ley y constituya una medida necesaria para la protección, entre otros bienes o intereses, de la salud o de la moral. Para el TEDH este art. 8 reconoce el derecho de los padres para relacionarse con sus hijos y la obligación de las autoridades públicas para adoptar medidas que hagan efectivo dicho derecho, de manera que el alejamiento del menor de su núcleo familia ha de ser una medida excepcional. En tal sentido, la STEDH 12 julio 2001 (TEDH 2001, 467) —Asunto K. y T. contra Finlandia—.

A tal efecto, corresponde a los tribunales valorar, a luz de las pruebas practicadas, si el interés superior del menor se puede ver afectado por la influencia perniciosa de su progenitor/es, de manera que la relación del menor con éste suponga un peligro real y concreto para su salud, física o psíquica o moral, o afecte negativamente a su desarrollo. Por ello, el Tribunal Supremo confirma en este extremo la sentencia *a quo* que había valorado detalladamente todos los hechos mediante pruebas pertinentes que justificaban la suspensión del derecho de visitas, atendiendo al interés superior de la menor directamente afectada por la influencia perniciosa que ejercía sobre ella la madre.

La resolución judicial que acuerde la suspensión del régimen de visitas deberá estar objetivamente fundamentada y, además, la medida adoptada guardar la precisa proporcionalidad en atención al interés y derechos del menor. Así, por ejemplo, uno de los supuestos en que resulta justificada esta medida es el caso de violencia de género por el que pretende el derecho de visitas hacia sus descendientes o entre los progenitores (cfr. arts. 65 y 66 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género), como confirmó la STS 11

febrero 2011 (RJ 2001, 2311). Por ello, si existe sentencia firme condenatoria del progenitor por delito de malos tratos hacia el hijo menor y en cuanto que el juez civil está vinculado por los hechos probados, concurre justa causa para decretar la suspensión del derecho de visitas, según la STS 11 noviembre 2005 (RJ 2005, 7734).

II. LA COMPETENCIA PARA SUSPENDER EL DERECHO DE VISITA DE LOS PROGENITORES.

Conforme al art. 161 CC corresponde al juez la regulación (esto es, la limitación) o suspensión del derecho de visitas al menor acogido.

Sin embargo, no cabe desconocer que el documento en que se formaliza el acogimiento familiar; en que debe constar el consentimiento de la entidad pública (que habrá formulado la propuesta de acogimiento), de las personas que reciban al menor y de éste en caso de tener doce años, debe incluir, según prevé el art. 173.2 CC, los derechos y deberes de las partes y, en particular: "La periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido". En defecto de una regulación detallada de la constitución del acogimiento residencial, le será aplicable el previsto para el acogimiento familiar en dicho precepto [GAYA SICILIA, R., "Tutela y guarda de menores en situación de desamparo", en AA.VV., *Derecho de Familia* (coord. G. Díez-Picazo). Navarra (2012): Civitas-Thomson Reuters, p. 1733].

Luego, el documento de formalización del acogimiento familiar o residencial incluirá ya el régimen de visitas de los progenitores al menor acogido. Si éstos se opusieran en el plazo de dos meses a la resolución administrativa que dispone acogimiento, por entender que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor o porque existen en el círculo familiar otras personas más idóneas, deberá ser el juez el que lo declare, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 172.3.11 y 173.3 CC; art. 780 LEC; art. 1828 LEC/1881). No obstante, la entidad pública podrá acordar en interés del menor el acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca la resolución judicial (art. 173.3.11 CC). Por ello, será posible que la entidad pública que acordara tal acogimiento familiar provisional limitara o regulara el derecho de los progenitores y demás familiares a relacionarse con el menor acogido.

Si los progenitores estuvieran de acuerdo con el acogimiento acordado, pero no con el régimen de visitas, también deberá ser el juez el que se pronuncie al respecto, conforme a la previsión del art. 161 CC, acudiendo a los trámites del juicio verbal (art. 780.1 *in fine* LEC).

La Sentencia comentada se enfrenta a la cuestión de si la resolución administrativa de la Dirección General de Protección del Menor y de la Familia del Gobierno de Canarias en que se acuerda interrumpir de forma cautelar el régimen de visitas de la

menor acogida con su madre y el resto de familia biológica, sin recabar autorización judicial se ajusta a la legislación vigente, que viene dada por el art. 161 CC.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 13 de julio de 2001, recurrida ante el TS, había concluido que la Administración autonómica era competente para suspender las visitas de la madre y familia biológica de la menor acogida, si bien añadía “sujeta a conocimiento y control judicial”, con base en la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Comunidad Autónoma de Canarias, de Atención Integral a los Menores, cuyo art. 10.2.ñ) atribuye a la Consejería que tenga atribuida la materia de atención a los menores las competencias “que deriven o se relacionen con las anteriores que se consideren integrantes de las funciones de protección, amparo y reeducación de los menores, aun cuando no estén específicamente previstas en esta Ley”, así como la “autorización, inspección y control de los servicios, hogares funcionales y centros de atención a los menores” (art. 10.2 k), incluyendo entre la función de control del centro de acogimiento la de regular las visitas de la familia de origen del menor. En esta línea, otros pronunciamientos judiciales, como la SAP Lugo 9 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2116), habían confirmado la competencia de la entidad administrativa autonómica para acordar dicha medida con carácter cautelar o provisional en atención al interés del menor, reservando la suspensión con carácter definitivo a la autoridad judicial en el procedimiento correspondiente, siempre que dicha medida cautelar estuviera suficientemente motivada [STS] Galicia 22 febrero 2002 (RJ 2012, 4322)].

Sin embargo, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de noviembre de 2013 rechaza tal posibilidad, confirmando la exigencia de la autorización judicial para limitar o suspender el derecho de visitas o relación con el menor acogido y, con ello, la nulidad de la resolución administrativa. No obstante, cabe advertir que el Tribunal Supremo introduce una matización, ya que al razonar sobre su decisión pone de relieve que en este caso “no existiendo norma autonómica de cobertura se otorga esta competencia a la administración competente por extensión y sin fundamento”, lo que no considera admisible. Con esta expresión parece que implícitamente admite que si existiera una norma autonómica de cobertura podría atribuirse esta competencia a la entidad administrativa correspondiente.

REFLEXIONES EN TORNO A LA PENSIÓN DE ALIMENTOS: LA
IRRETROACTIVIDAD DE LA MODIFICACIÓN DE UNA PENSIÓN
DE ALIMENTOS. COMENTARIO A LA STS NÚM. 162/2014, DE 26 DE
MARZO (RJ 2014, 2035)

REFLECTIONS ABOUT THE ALIMONY: NON-RETROACTIVITY OF THE
MODIFICATION OF AN ALIMONY. COMMENT ON STS NO. 162/2014, OF
MARCH 26 (RJ 2014, 2035)

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 546-561

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación MINECO DER2013-47577-R, "Impacto social de las crisis familiares".



Pedro
CHAPARRO
MATAMOROS

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de agosto de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: El Tribunal Supremo ha declarado que la modificación de una pensión de alimentos únicamente surge efecto desde el momento en que se dicta la sentencia que la acuerda, y no desde la fecha de interposición de la demanda inicial.

PALABRAS CLAVE: Pensión de alimentos, modificación, efecto retroactivo.

ABSTRACT: The Supreme Court has held that the modification of an alimony takes effect only from the time of the judgment that establishes it, and not from the date of filing of the initial claim.

KEY WORDS: Alimony, modification, retroactive effect.

SUMARIO: I. Sobre la obligación legal de alimentos entre parientes: en general.- 1. Concepto y fundamento o razón de ser de la obligación legal de alimentos.- 2. La escasa autonomía de la obligación de alimentos.- 3. El nacimiento y el abono de la obligación de alimentos.- II. Algunas reflexiones en torno a la función actual de la pensión de alimentos a los hijos.- 1. El empleo de la cuantía de la pensión de alimentos de los hijos como un medio para complementar la economía del cónyuge custodio.- 2. El estatus del menor en el matrimonio como criterio orientativo para determinar la cuantía de una pensión de alimentos.- III. La irretroactividad de la modificación de una pensión de alimentos.

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia que se va a abordar en el presente comentario analiza la peliaguda cuestión de la pensión de alimentos concedida a los hijos en el supuesto de divorcio de los progenitores.

El caso que da origen al litigio es un divorcio en el que la mujer solicita, mediante demanda de juicio de divorcio, y entre otras medidas, la concesión de una pensión de alimentos para los hijos comunes del matrimonio por una cuantía de 11.965'50 euros mensuales, por doce mensualidades al año.

El Juzgado de Primera Instancia resuelve la cuestión, en lo que aquí interesa, fijando una pensión de alimentos por importe de 2.500 euros, a cargo del marido, que servirá para satisfacer las necesidades de los dos hijos menores del matrimonio, así como las del hijo mayor de edad, todavía sin independencia económica.

Frente a dicha resolución, interponen ambos cónyuges recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, interesando uno de ellos (la mujer) el aumento de la pensión de alimentos y, el marido, la disminución de la misma. La Audiencia atiende a los argumentos de la mujer y estima en parte su recurso, aumentando la cuantía de la pensión de alimentos y distinguiendo según los hijos; así, para el hijo mayor de edad, establece la cuantía de 1.400 euros mensuales, mientras que, para los otros dos hijos menores, cifra la pensión de alimentos en 835 euros para cada uno.

• Pedro Chaparro Matamoros

Licenciado en Derecho (2011) y Administración y Dirección de Empresas (2011) por la Universidad de Valencia, y Máster en Derecho, Empresa y Justicia (2012) por dicha universidad. Becario de investigación F.P.U. del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia y Secretario de la Revista Boliviana de Derecho. Es también Secretario General del Instituto de Derecho Iberoamericano de Legislación y Jurisprudencia (IDIBE). Ha centrado sus líneas de investigación en el Derecho de familia, en la propiedad industrial e intelectual, y en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Fue galardonado con el accésit en la modalidad "Derecho Civil y Mercantil" del Premio "Estudios Financieros" en su edición de 2013. Correo electrónico: pedro.chaparro@uv.es.

Sin embargo, junto al aumento de la cuantía total de la pensión (que pasa de 2.500 euros mensuales a 3.070), la sentencia de la Audiencia Provincial contiene un pronunciamiento polémico, objeto posteriormente del recurso de casación. Y es que dicha sentencia establece que las nuevas cantidades, que deberán abonarse y actualizarse en la forma prevista en la sentencia apelada, “cobran vigencia desde la sentencia de primera instancia”. O lo que es lo mismo, concede efecto retroactivo a la modificación operada en la pensión de alimentos.

El marido, en vistas de tal pronunciamiento, interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se resolvió en la forma que expondré a continuación.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El problema de fondo que se plantea en el caso es si la modificación de la pensión de alimentos puede tener, o no, efecto retroactivo.

El Tribunal Supremo, a la hora de resolver el problema, distingue entre dos situaciones que, advierte, pueden dar lugar a confusión. La primera de ellas es la fijación de la pensión de alimentos por primera vez. En este caso, y de conformidad con el art. 148.I CC, los alimentos sólo se abonarán “desde la fecha en que se interponga la demanda”. Sin perjuicio de ello, matiza el Supremo que “esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces”. Algo que no sucede en el supuesto aquí analizado.

La segunda situación, que es la que se ventila en el caso, es la modificación de una pensión de alimentos fijada en una resolución anterior. En este supuesto, el Tribunal Supremo, citando su STS núm. 721/2011, de 26 de octubre (RJ 2012, 1125), considera aplicable el art. 774.5 LECiv. (“Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta [...]”). Es por ello que las sucesivas resoluciones que modifiquen la cuantía de la pensión de alimentos “serán eficaces desde el momento en que se dictan, en que sustituirán las anteriores”.

Concluye el alto tribunal estableciendo la siguiente doctrina: “cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente”.

COMENTARIO

I. SOBRE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES: EN GENERAL.

1. Concepto y fundamento o razón de ser de la obligación legal de alimentos.

Los arts. 142 a 153 CC regulan la denominada 'obligación legal de alimentos entre parientes'. Con este término se hace referencia al derecho que ostenta una persona (el acreedor), que se encuentra en un estado de necesidad, de reclamar a determinados parientes (los deudores) que le proporcionen los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades vitales. Al acreedor de los alimentos se le denomina 'alimentista', y al deudor de los mismos se le conoce como 'alimentante'.

En la jurisprudencia, la STS 23 febrero 2000 (RJ 2000, 1169) se refirió a la obligación de alimentos con el término 'deuda alimentaria', a la que define como "la que afecta a una persona, llamada alimentante, que resulta obligada a prestar a otra, llamada asimismo alimentista, lo indispensable para cubrir todas sus necesidades perentorias, o dicho con palabras legales, las necesidades mínimas para subsistir".

La obligación legal de alimentos encuentra su fundamento en el principio de la 'solidaridad familiar' [v. en este sentido STS 1 marzo 2001 (RJ 2001, 2562)], y tiene como finalidad garantizar el derecho a la supervivencia de quien los reclama, al carecer éste de recursos para procurar su propia subsistencia [ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y MARTÍN GRANIZO, M.: *Código Civil: Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I: Arts. 1 a 332. Madrid (1992); Trivium, 3ª edición, p. 950; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: "Comentario a la STS de 23 de septiembre de 1996", *CCJC* (1997), núm. 43, p. 171; REAL PÉREZ, A.: "Comentario al art. 148 CC", en RAMS ALBESA, J. (coord.) y MORENO FLÓREZ, R. M. (coord. adjunta): *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Vol. 2º, Libro Primero (Títulos V a XXII). Barcelona (2000): Bosch, p. 1417]. Por tanto, se trata de un deber ético entre familiares que el ordenamiento jurídico convierte en legal.

Hay que advertir que esta obligación legal de alimentos no es la única que recoge el Código civil. Así, podemos encontrar otros supuestos de deudas de alimentos, por ejemplo, en los arts. 173.1 CC (derivada del acogimiento de un menor) o 964 CC (los alimentos debidos a la viuda encinta).

2. La escasa autonomía de la obligación de alimentos.

En estas primeras líneas de aproximación a la cuestión hay que poner de relieve que, pese a la detallada regulación que ofrece el Código Civil de la institución, y los diversos supuestos de alimentos entre parientes que contempla, en la práctica, el juego de la obligación de alimentos suele quedar limitado a los supuestos de crisis

conyugales (separación y divorcio), en los que se solicita del cónyuge no custodio (generalmente, el padre) que abone una pensión de alimentos para el sustento y manutención de los hijos comunes cuya guarda y custodia es atribuida al otro progenitor.

Esta escasa operatividad de la obligación de alimentos viene explicada porque suele quedar subsumida en el marco de relaciones jurídicas más amplias, cuyo contenido engloba también la prestación de alimentos.

Así, en el caso de los cónyuges, la obligación de alimentos es absorbida por los deberes que derivan del matrimonio, en especial, los de ayuda y socorro mutuo (arts. 67 y 68 CC). Los problemas se plantean cuando se produce una situación de crisis conyugal (separación o divorcio). En el caso del divorcio, la única pensión que puede proceder es la compensatoria, pues al disolverse el matrimonio (y, en consecuencia, el vínculo conyugal) desaparece la obligación legal de alimentos que el art. 143.1º CC impone a los cónyuges.

Más dudas ofrece el supuesto de la separación. Para la SAP Burgos 25 mayo 2009 (JUR 2009, 312367), producida una separación, la única prestación que podría proceder sería la pensión compensatoria, "pues la separación conlleva la suspensión de la convivencia conyugal y con ello la de los deberes conyugales, dentro de los cuales se incluyen los deberes de ayudarse y socorrerse mutuamente (arts. 67 y 68 del C. Civil)". No obstante, que como norma general los alimentos se encuentren subsumidos dentro de los deberes conyugales no impide, a mi juicio, que en el caso de una separación la prestación de alimentos pueda cobrar autonomía respecto de dichos deberes y concederse, pues el art. 143.1º CC obliga a prestarse recíprocamente alimentos, como ya he dicho, a los cónyuges, y mientras subsista el matrimonio los cónyuges tiene la cualidad de tales [véase en este sentido BELTRÁ CABELLO, C.: "Derecho de familia. Interés prevalente en el caso de fijación de pensión de alimentos y uso de la vivienda conyugal", *CEFLegal* (2012), núm. 138, p. 173].

Por otro lado, existen, incluso, sentencias que han concedido ambas pensiones simultáneamente y otras que, en cambio, y con mayor lógica, las han considerado incompatibles, ya que, otorgándose la pensión compensatoria, la necesidad que justificaría la pensión de alimentos desaparece (sobre este particular, véase el estudio jurisprudencial de SOTO GUTIÁN, J. M.: "La pensión compensatoria y la pensión de alimentos entre cónyuges en los procesos de separación y divorcio", *Actualidad Civil* (2000), núm. 28/2000, pp. 1039-1050].

Paradójico es, sin embargo, el caso de los padres y los hijos. En línea de principio, la obligación de alimentos aquí tampoco tiene una sustantividad propia, sino que se subsume en la patria potestad que ostentan los padres respecto de los hijos menores de edad (art. 154 CC), como han reconocido las SSTS 5 octubre 1993 (RJ 1993,

7464) y 24 octubre 2008 (RJ 2008, 5794), las cuales señalan en este sentido que “la obligación de dar sustento a los hijos menores es un deber incardinado en la patria potestad, derivado de la relación paterno-filial (artículo 110 del Código Civil)”. Por tanto, la obligación de alimentos encontraría aplicación aquí cuando fueran mayores de edad tanto los ascendientes como los descendientes.

La paradoja se produce desde el momento en que, siendo lo anterior así, cabe también la posibilidad de que, aun quedando los alimentos englobados dentro de la patria potestad, pueden cobrar una autonomía propia en los supuestos de crisis conyugales. Así, en efecto, puede solicitarse una pensión de alimentos del progenitor no custodio, que, en principio, y por el mero hecho de la separación o el divorcio, no se ve privado de la patria potestad respecto de sus hijos.

En este caso, los alimentos adquieren una autonomía propia, y pasan de prestarse en el domicilio familiar a prestarse en forma de pensión dineraria periódica. En relación con este punto, previene el art. 149.I CC que los alimentos podrán satisfacerse, a elección del obligado, bien mediante el pago de la pensión que se fije, bien acogiendo a los beneficiarios de la misma en su propia casa. Sin embargo, y precisamente para evitar que el progenitor no custodio preste los alimentos a sus hijos en su propia casa, prescribe el segundo párrafo de dicho precepto que “Esta elección no será posible (y, por tanto, únicamente cabrá el pago de la pensión de alimentos) en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial [...]”.

3. El nacimiento y el abono de la obligación de alimentos.

El art. 148.I CC afirma que “La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos”. El criterio dominante aquí es el siguiente: a partir del momento en que se adquiere una determinada edad y capacitación, la supervivencia es una lucha personal que cada uno ha de resolver; no obstante, no puede olvidarse el posible fracaso (hoy en día, las altas tasas de paro son buen ejemplo de ello), o la imposibilidad de tomar parte en esa lucha (p. ej, niños, enfermos, ancianos, disminuidos psíquicos o físicos, etc.) [DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV (Tomo I): Derecho de familia. Madrid (2012): Tecnos, 11ª edición, p. 40].

Para que nazca la obligación de alimentos, se precisa, sin embargo, la concurrencia de una serie de presupuestos, a los que se refiere la STS 23 febrero 2000 (RJ 2000, 1169), al afirmar que la deuda alimenticia “precisa la existencia de un nexo de parentesco entre el alimentante y el alimentista -artículo 143 del Código Civil-, así como una situación socio-económica suficiente en el primero y deficiente en el segundo -artículo 148 del Código Civil-”. Son, por tanto, tres presupuestos:

a) *La existencia de una relación de parentesco entre quien reclama los alimentos y quien tiene el deber de prestarlos.* No obstante, no todos los parientes se encuentran obligados a prestar alimentos, sino sólo los contemplados en el art. 143 CC, es decir, el cónyuge (aunque no tenga la consideración legal de pariente), los ascendientes, los descendientes y los hermanos.

b) *La existencia de una situación de necesidad del alimentista.* Es decir, éste se ha de encontrar en un estado de imposibilidad de proveerse por sí mismo los recursos necesarios para su mantenimiento. Se excluye el caso en el que el estado de necesidad haya sido provocado por el propio alimentista.

c) *La capacidad económica del alimentante.* Es decir, el alimentante ha de tener caudal económico o medios patrimoniales suficientes para poder satisfacer los alimentos. En caso contrario, la obligación no llega a nacer a su cargo. Asimismo, la falta de medios sobrevinida constituye una causa de extinción de la obligación de alimentos (art. 152.1.2° CC).

Llegados aquí, hay que precisar que una cosa es la exigibilidad de la obligación, que se produce desde que el alimentista necesitare los alimentos (y siempre y cuando concurren los requisitos expuestos), y otra cosa distinta es su abono. En este punto, matiza el inciso final del art. 148.I CC que “no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda”.

Esto quiere decir que, en el caso de que el obligado a prestar alimentos no hubiera cumplido de forma voluntaria y hubiese sido preciso interponer una demanda judicial para forzarle a ello, la sentencia condenará a pagar los alimentos debidos, no desde el momento del nacimiento de la obligación (que será anterior), sino únicamente desde la fecha de interposición de la demanda. En cualquier caso, la obligación puede ser cumplida voluntariamente por el obligado, sin necesidad de que medie coacción judicial.

Con todo, la doctrina no ha sido pacífica en este punto. Y es que el último inciso del art. 148.I CC, ha llevado a un sector de la doctrina a considerar que el nacimiento de la obligación de alimentos se produce por la presentación de la demanda judicial, y no por la mera situación de necesidad. O, dicho en otras palabras, el Código civil sólo considera que existe situación de necesidad a partir del momento en que se reclaman judicialmente [GARCÍA VARELA, R.: “Comentario al art. 148 CC”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: *Comentario del Código Civil*, Vol. 2: Arts. 90 al 347. Barcelona (2006): Bosch, p. 424]. Esto explicaría que el Código civil no permita reclamar judicialmente la deuda pendiente. De esta forma, la obligación de alimentos sería una obligación puramente natural en tanto en cuanto no se interpusiera la demanda, momento a partir del cual adquiriría el carácter de obligación civil.

No obstante, parece más adecuado sostener que la obligación de alimentos nace en el momento en que concurra la necesidad de los mismos para subsistir [como señalan DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 46, la obligación “surge desde que se da la menesterosidad”], al tiempo que admitir que ese momento del nacimiento no coincide con el momento de abono de los mismos en caso de que el obligado a satisfacerlos no hubiera cumplido voluntariamente. Buena prueba del nacimiento de la obligación de alimentos con anterioridad al momento de la presentación de la demanda es que si el alimentante al que son reclamados cumple, el instituto en sí surge [v. en este sentido DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Comentario al art. 148 CC”, en AAVV: *Comentario del Código Civil* (dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R., y SALVADOR CODERCH, P), Tomo I. Madrid (1991): Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, p. 535; ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y MARTÍN GRANIZO, M.: *Código Civil: Doctrina y Jurisprudencia*, cit., p. 950].

Por tanto, siendo esto así, sólo queda por resolver la cuestión de las pensiones de alimentos atrasadas, es decir, aquellas que no se abonaron desde el momento en que surgió la necesidad y hasta el momento de interposición de la demanda. Pues bien, en la medida en que la pensión de alimentos se establece para atender a las necesidades presentes y futuras del alimentista, no tiene sentido exigir una pensión atrasada, pues la necesidad ya no puede considerarse ‘vital’. Es decir, las cantidades que no se reclamaron en su momento no son ya necesarias para el sustento del alimentista [así, BELTRÁ CABELLO, C.: “Efectos de la sentencia de divorcio para el abono de la pensión por alimentos (Comentario a la STS de 27 de enero de 2014)”, *CEFLegal* (2014), núm. 158, p. 48; o REAL PÉREZ, A.: “Comentario al art. 148 CC”, cit., p. 1456].

Así lo entendió la STS 8 abril 1995 (RJ 1995, 2991), la cual afirma que lo anterior es una consecuencia de la regla clásica *in praeteritum non vivitur* (no se vive en el pasado), y “de estar concebidos los alimentos para subvenir a las necesidades presentes y futuras del alimentista y no para las de épocas ya pasadas en que el alimentista ha vivido sin los alimentos que ahora pide”.

II. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA FUNCIÓN ACTUAL DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS A LOS HIJOS.

Antes de entrar de lleno en la irretroactividad de la modificación de una pensión de alimentos, procede realizar una breve reflexión sobre la función que cumple en la sociedad actual la pensión de alimentos a los hijos. Si bien la pensión de alimentos está pensada para satisfacer las necesidades vitales del alimentista, en este caso, los hijos menores (o, incluso, mayores de edad) que conviven con el progenitor custodio, en muchos casos esa supuesta función está dando paso a otras, desnaturalizando de este modo la esencia de la pensión de alimentos.

I. El empleo de la cuantía de la pensión de alimentos de los hijos como un medio para complementar la economía del cónyuge custodio.

De la misma forma que la prestación de jubilación de los abuelos está suponiendo un sostén para muchas familias a las que las circunstancias económicas actuales han dejado sin recursos, la pensión de alimentos está sirviendo, hoy en día, como un medio para aumentar el nivel de vida del cónyuge custodio. En este sentido, advierte CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?”, *Aranzadi Doctrinal* (2009), núm. 5/2009, p. 111, del peligro de la “utilización mezquina de las sumas destinadas a los hijos como una fuente de ingresos de la que se vale el progenitor custodio para obtener un cómodo medio de vida, bajo el pretexto de que los alimentos han de ir orientados al mantenimiento de un pretendido status para los hijos”.

Esto es, la pensión de alimentos sirve, en ocasiones, para paliar la falta de ingresos (o, de al menos, ingresos suficientes) del progenitor al que se le atribuye la guarda y custodia de los hijos. En consecuencia, desde un punto de vista estrictamente jurídico (por lo tanto, al margen de consideraciones sociales), esta solución es totalmente criticable, porque la pensión de alimentos no es el cauce adecuado para proteger económicamente al cónyuge custodio, algo para lo que ya existen otros remedios en el ordenamiento jurídico (concretamente, la pensión compensatoria).

Y es que resulta fundamental distinguir en esta sede la pensión de alimentos de la pensión compensatoria. Ésta tiene como objetivo, a diferencia de la pensión de alimentos (cuya finalidad, recordemos, es procurar lo indispensable para la subsistencia del alimentista), reparar al cónyuge que, como consecuencia de una crisis matrimonial (separación o divorcio), haya sufrido un empeoramiento de su situación económica en relación con la que tenía en el matrimonio (art. 97 CC) [sobre la distinción entre ambas pueden verse, entre muchos otros, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: “Comentario a la STS de 23 de septiembre de 1996”, cit., pp. 170-171; o SOTO GUTIÁN, J. M.: “La pensión compensatoria y la pensión de alimentos entre cónyuges en los procesos de separación y divorcio”, cit., pp. 1042 y ss.].

En la jurisprudencia, la STS 9 febrero 2010 (RJ 2010, 526) advierte claramente que “Los alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas: así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuales son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial”.

Por todo lo anterior, se antoja fundamental una ponderación precisa del juzgador de las necesidades concretas del menor que se pretenden satisfacer mediante la concesión de una pensión de alimentos, para tratar de evitar así la picaresca de

que el progenitor custodio utilice la cantidad obtenida en la pensión de alimentos para destinarla a fines propios [en sentido similar; CABEZUELO ARENAS, A. L.: *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio (art. 93 CC)*, Thomson Reuters Aranzadi (2010), p. 41]. De igual forma, la modificación de una pensión de alimentos al alza no puede atender al hecho de que el progenitor custodio “ande mal de dinero” [v. a este respecto SAP Cáceres 14 noviembre 1996 (AC 1996, 2193)], sino a un incremento de las necesidades del menor que responda a una alteración sustancial de las circunstancias.

2. El estatus del menor en el matrimonio como criterio orientativo para determinar la cuantía de una pensión de alimentos.

En línea de principio, la pensión de alimentos va destinada a procurar la subsistencia de los hijos menores (sustento, habitación, vestido y asistencia médica –art. 142.I CC-) y comprende también gastos de educación e instrucción (colegio, universidad). Es decir, la pensión de alimentos trata de garantizar cierto grado de desarrollo físico e intelectual del menor. Claro es que, en cualquier caso, el concepto de las necesidades básicas del menor es un concepto jurídico indeterminado, y, por tanto, variable según quién sea el juzgador. Asimismo, las necesidades básicas del menor no son las mismas, según se trate de un menor de economía modesta o humilde, o de un menor de economía pudiente; este último, como se intuye, no sufrirá “penurias ni limitaciones de carácter económico en su normal desarrollo y existencia” [DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: “Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), núm. 742, pp. 646-647].

Desde este prisma resulta discutible, a mi modo de ver, conceder una pensión de alimentos que vaya destinada a mantener el estatus que ostentaban los hijos en el matrimonio y que, como consecuencia de la separación o el divorcio, se ha visto mermado. Y es que no parece compatible conceder una cuantía de la pensión de alimentos que muchas veces pueda contemplar gastos superfluos con la propia naturaleza de la pensión de alimentos, destinada a satisfacer lo “indispensable” (art. 142.I CC). Ciertamente es, como se ha apuntado, que la pensión de alimentos a los hijos (especialmente, a los menores de edad) tiene una mayor extensión y amplitud que la debida a otros parientes [BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La pensión de alimentos de los hijos menores de edad y los gastos extraordinarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2013), núm. 737, p. 1832]; pero ello no justifica que se deba procurar aquello que garantice el mantenimiento del nivel de vida, pues a la hora de conceder la pensión de alimentos se ha de tener muy en cuenta la capacidad económica del alimentante (art. 146 CC) [véase en este sentido DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: “Ponderación de los ingresos de la pareja sentimental del obligado a prestar alimentos

a efectos de fijar la cuantía de la pensión”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2009), núm. 711, p. 487] y es muy posible que ésta se haya visto disminuida tras la ruptura (por ejemplo, y muy especialmente, por la necesidad de adquirir una nueva vivienda).

A este respecto, BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La reducción de la pensión de alimentos por alteración sustancial de las circunstancias”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), núm. 742, p. 624, considera que la pensión de alimentos debe cubrir no sólo las necesidades básicas, sino que “debe tenerse en cuenta el nivel de vida mantenido por la familia que, ha de continuar pese a la situación de crisis familiar”; no obstante, la autora reconoce la dificultad de lo anterior, que “puede suponer sacrificios personales demasiado costosos”, pues “la ruptura de la convivencia conlleva un descenso de los ingresos, y por ende, del nivel de vida hasta entonces mantenido por el núcleo familiar”.

Con todo, la concesión de pensiones de alimentos orientadas a mantener el estatus en matrimonios con un alto poder adquisitivo suele tener una concreta justificación en los tribunales, que no es otra que la de evitar que el niño, cuando sea adolescente, experimente el denominado ‘síndrome de alienación parental invertida’, que puede tener origen, entre otros motivos, en el hecho de que, cuando la separación origine un desequilibrio económico importante del progenitor custodio respecto del no custodio, el menor desee únicamente, por puro capricho y egoísmo, estar en compañía del progenitor no custodio (generalmente, el padre), quien le colmará todos sus caprichos. En consecuencia, desde esta perspectiva, y aun a riesgo de desnaturalizar el concepto de la prestación de alimentos, se estima justificada la concesión de una elevada pensión de alimentos que pueda compensar el desequilibrio económico de los progenitores y, por consiguiente, velar por el interés superior del menor y por un correcto desarrollo de su personalidad.

Como se observa, resulta complicado compatibilizar el interés superior del menor a un correcto desarrollo de su personalidad y mantener la función originaria de la pensión de alimentos de procurar lo indispensable. Además, la cuestión es mucho más compleja de lo que parece, debiéndose completar con las reflexiones siguientes:

a) La primera de ellas es que, de conceder una pensión de alimentos elevada para paliar el desequilibrio económico de los cónyuges, se puede correr el riesgo de que “el remedio sea peor que la enfermedad”, esto es, podrían limitarse los recursos del cónyuge no custodio pudiente, y conseguir que el menor no quiera estar en su compañía. Este efecto puede ser aún más perverso en el caso de existir varios hijos menores.

b) Se ha apuntado también que la ponderación del nivel de vida de los padres debería producirse únicamente cuando los menores tengan una cierta edad que les permita observar y entender los cambios económicos que han tenido lugar a su alrededor; no así, en cambio, si se trata de bebés o de niños pequeños con escasa conciencia de lo que les rodea [CABEZUELO ARENAS, A. L.: "Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?", *Aranzadi Doctrinal* (2009), núm. 5/2009, p. 116]. Desde luego que esta solución puede servir para no desnaturalizar la función de la pensión de alimentos. No obstante, el problema relativo a la aparición del 'síndrome de alienación parental invertida' no se resuelve, pues cuando el niño crezca, observará ciertos patrones de modo de vida en sus progenitores, y tendrá tendencia, en la mayoría de los casos, a querer permanecer junto al más pudiente de ellos.

c) La solución más sensata, en definitiva, pasa por ponderar estrictamente todas las circunstancias en juego, otorgando cuantías ajustadas que no desnaturalicen (o al menos, no en exceso) la pensión de alimentos. Como se suele decir, "en el equilibrio está la virtud".

En el caso concreto resuelto por la sentencia aquí analizada, se conceden 3.000 euros mensuales para 3 hijos, es decir, a razón de 1.000 euros por hijo. Seguramente, las necesidades básicas de 3 hijos se puedan mantener con mucho menos de 3.000 euros mensuales. Pero, y aunque en la sentencia no se aclare expresamente, el hecho de que la madre solicitara alimentos por cuantía de 3.000 euros mensuales por hijo (es decir, no por todos), hace pensar que el poder adquisitivo del matrimonio era bastante elevado.

La cuantía concedida, aunque elevada a mi juicio, al menos tiene cierta razonabilidad, diferenciándose de otros supuestos, en los que se ha llegado a conceder una pensión mensual de, incluso, 3.500 euros mensuales a un hijo. V. en este sentido la SJPI núm. 7 de Sevilla, de 29 de octubre de 2008 (AC 2008, 1774), que, por mucho que afirme que "la pensión se establece para atender las necesidades exclusivamente del hijo, no de la madre", dicha cuantía de 3.500 euros mensuales parece querer corregir el desequilibrio existente entre los recursos de la madre (escasos) y los del padre, cuyo sueldo supera los 3.500 euros y además es cotitular de un patrimonio inmobiliario muy importante. Buena prueba de ello es que, en contraposición a tan elevada cuantía, la SAP Cantabria 30 enero 2008 (JUR 2008, 146683) estableció una pensión alimenticia de 1.000 euros mensuales a pagar por el padre a sus dos hijos (es decir, 500 euros por hijo), en un caso en que, siendo el padre catedrático y con un sueldo líquido mensual de 3.641 euros, la madre tenía también un elevado poder adquisitivo (3.576 euros mensuales) como consecuencia de su trabajo como secretaria municipal.

III. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA MODIFICACIÓN DE UNA PENSIÓN DE ALIMENTOS.

Habiendo reflexionado ya sobre el concepto y la función de la pensión de alimentos, es momento ahora de analizar la cuestión principal que se plantea en la sentencia aquí comentada, y que no es otra que la posible retroactividad de la modificación de una pensión de alimentos. En efecto, habiendo aumentado la sentencia de segunda instancia la cuantía de la pensión de alimentos, se debate en casación si ese aumento de la cuantía de la pensión de alimentos es eficaz desde que se dicta la segunda resolución, o si, en cambio, los efectos de ésta pueden retrotraerse al momento de interposición de la demanda, momento a partir del cual, según el art. 148.I CC, deberán abonarse los alimentos.

La redacción del precepto es muy clara: los alimentos, si son reclamados judicialmente (porque no se satisfacen de forma voluntaria), serán abonados “desde la fecha en que se interponga la demanda”. Sin embargo, esta regla plantea dudas, no respecto de la primera resolución que fije la obligación de satisfacer los alimentos y su cuantía, sino en relación con las resoluciones posteriores que puedan modificar los pronunciamientos anteriores [v. a este respecto STS 3 octubre 2008 (RJ 2008, 7123)].

En esta sentencia, así como en la posterior STS núm. 721/2011, de 26 de octubre (RJ 2012, 1125), se contiene la doctrina del Tribunal Supremo sobre la cuestión de la irretroactividad de la modificación de una pensión de alimentos, doctrina que aplica igualmente al supuesto aquí comentado. Entiende el Supremo que el art. 774.5 LECiv. (“Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta [...]”) debe interpretarse en el sentido siguiente: interpuesto un recurso contra una sentencia, las medidas acordadas en ésta seguirán vigentes, pero, modificando la segunda sentencia dichas medidas, dicha modificación surtirá efecto únicamente desde el momento en que se acuerda, sustituyendo a partir de entonces a las anteriores medidas.

Algo lógico y necesario, si se atiende al hecho de que, en muchos casos, el aumento o disminución de la pensión de alimentos que se solicite tendrá origen en una circunstancia sobrevenida (cfr. art. 90.III CC) y, por lo tanto, no contemplada al tiempo de establecer la cuantía de la pensión de alimentos. En consecuencia, si se fijara el abono de la nueva cuantía de la pensión de alimentos desde el momento de interposición de la primera demanda, ello significaría tanto como beneficiar al cónyuge que hubiera visto satisfecha su reclamación de disminución de la cuantía, a quien se le deberían devolver las cantidades de más abonadas, como perjudicar al cónyuge a quien se le imponga un aumento en la cuantía, pues debería abonar dicha nueva cuantía desde un momento muy anterior al cambio de las circunstancias. Todo lo cual genera, como se puede observar, un menoscabo del principio de seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y MARTÍN GRANIZO, M.: *Código Civil: Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I: Arts. 1 a 332. Madrid (1992): Trivium, 3ª edición.

BELTRÁ CABELLO, C.:

“Derecho de familia. Interés prevalente en el caso de fijación de pensión de alimentos y uso de la vivienda conyugal”, *CEFLegal* (2012), núm. 138.

“Efectos de la sentencia de divorcio para el abono de la pensión por alimentos (Comentario a la STS de 27 de enero de 2014)”, *CEFLegal* (2014), núm. 158.

BERROCAL LANZAROT, A. I.:

“La pensión de alimentos de los hijos menores de edad y los gastos extraordinarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2013), núm. 737.

“La reducción de la pensión de alimentos por alteración sustancial de las circunstancias”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), núm. 742.

CABEZUELO ARENAS, A. L.:

“Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?”, *Aranzadi Doctrinal* (2009), núm. 5/2009.

Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio (art. 93 CC), Thomson Reuters Aranzadi (2010).

DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.:

“Ponderación de los ingresos de la pareja sentimental del obligado a prestar alimentos a efectos de fijar la cuantía de la pensión”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2009), núm. 711.

“Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), núm. 742.

DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Comentario al art. 148 CC”, en AAVV: *Comentario del Código Civil* (dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R., y SALVADOR CODERCH, P.), Tomo I. Madrid (1991): Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV (Tomo I): Derecho de familia. Madrid (2012): Tecnos, 1ª edición.

GARCÍA VARELA, R.: "Comentario al art. 148 CC", en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: *Comentario del Código Civil*, Vol. 2: Arts. 90 al 347. Barcelona (2006): Bosch.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: "Comentario a la STS de 23 de septiembre de 1996", *CCJC* (1997), núm. 43.

REAL PÉREZ, A.: "Comentario al art. 148 CC", en RAMS ALBESA, J. (coord.) y MORENO FLÓREZ, R. M. (coord. adjunta): *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Vol. 2º, Libro Primero (Títulos V a XXII). Barcelona (2000): Bosch.

SOTO GUTIÁN, J. M.: "La pensión compensatoria y la pensión de alimentos entre cónyuges en los procesos de separación y divorcio", *Actualidad Civil* (2000), núm. 28/2000.

LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN FUNCIÓN
DEL CONCRETO Y NO ABTRACTO INTERÉS SUPERIOR DEL
MENOR. COMENTARIO A LA STS NÚM. 679/2013, DE 20 DE
NOVIEMBRE (RJ 2013, 7824)

*THE GRANTING OF CHILD CUSTODY ROLE ACCORDING CONCRETE
AND NO ABSTRACT CHILD'S BEST INTERESTS. COMMENT ON STS NO.
679/2013, OF 20 NOVEMBER (RJ 2013, 7824)*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 562-575



Sonia
RODRÍGUEZ
LLAMAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de septiembre de 2014
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: La decisión sobre la atribución de la guarda y custodia de un menor viene determinada por su interés superior, concretándose el mismo de forma principal en su bienestar y estabilidad emocional, con independencia de los vínculos de filiación existentes.

PALABRAS CLAVE: Guarda y custodia, patria potestad, menores, interés del menor, favor filii, orden público, filiación.

ABSTRACT: The decision on the award of custody of a child is determined by their best interests, taking shape its main form in their welfare and emotional stability, regardless of the links existing filiation.

KEY WORDS: child custody, custody, parental authority, children, children's best interest, parenthood, filiation.

SUMARIO: I. titularidad y ejercicio de la patria potestad y guarda y custodia: criterios judiciales de atribución.- II. El interés del menor.- 1. Encuadre normativo: su trascendencia como norma de orden público.- 2. La revisión en casación del “interés del menor”.- 3. Un acercamiento al concepto del “interés del menor”.- 4. Criterios determinantes del “interés del menor” en la atribución de la guarda y custodia.

SUPUESTO DE HECHO

Se interpuso procedimiento de modificación de medidas definitivas por la representación procesal de D. Julián, contra Doña Encarnación, en la que se solicitaba, entre otros pronunciamientos, la atribución de la guarda y custodia de las menores Olga y Águeda. En concreto, respecto de la menor Águeda interesa señalar que su filiación paterna fue impugnada por don Julián, en el año 2005, y determinada a favor de don Cirilo en el año 2006.

La SJPI atribuyó la guarda y custodia de una y otra a don Julián, justificándolo, respecto de Águeda, en razón a “las especiales relaciones que ha tenido con éste y por ser hermanas de los dos hijos comunes de éste con su madre, quien dispondrá de facultades tutelares plenas sobre la misma”. Dicha atribución se hace al amparo de los arts. 92, 103.1º.II y 158, todos ellos del CC, así como de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor:

La SAP revocó la SJPI y asignó la guarda y custodia de la menor, Águeda, así como la correspondiente patria potestad, exclusivamente a la madre, Doña Encarnación, sin señalar régimen de visitas respecto de D. Julián. También atribuyó a Doña Encarnación la guarda y custodia de Olga, siendo la potestad compartida, estableciendo un régimen de visitas a favor del padre.

Se recurre en casación la sentencia por la representación procesal de D. Julián, al presentar la sentencia recurrida interés casacional por oponerse a la doctrina jurisprudencial del TS relativa al “interés del menor”, aunque en otros ámbitos.

• Sonia Rodríguez Llamas

Es Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se doctoró en el año 2004 con la máxima calificación. Ha centrado sus líneas de investigación en la responsabilidad civil, el derecho de consumo y el derecho de familia. Ha escrito múltiples artículos y monografías entre las que destacan: La responsabilidad civil del fabricante por daños causados por productos defectuosos, de la que se han publicado dos ediciones por la Editorial Aranzadi, una en 1997, y una segunda edición revisada y actualizada en 2002. En el ámbito del derecho de la familia, destacan sus publicaciones en mediación familiar: La mediación familiar en España: Concepto, Fundamento y Modelos Jurídicos, Tirant lo Blanch, 2010, así como su participación como docente en numerosos cursos y Másteres sobre mediación y derecho de familia. Correo electrónico: sonia.rodriguez-llamas@uv.es.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TS entiende que la valoración del “interés superior del menor” puede ser objeto de una revisión conceptual en casación, y cuando de conferir la guarda y custodia se trata, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista abstracto de la familia biológica, sino que ha de atenderse al interés superior “real” que resulta de la valoración de los hechos desde la realidad de la vida familiar cuando resulta indudablemente beneficiosa para el menor.

COMENTARIO

I. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y GUARDA Y CUSTODIA: CRITERIOS JUDICIALES DE ATRIBUCIÓN.

La sentencia objeto de análisis termina por reponer íntegramente la sentencia dictada por el JPI núm. 5 de las Palmas de Gran Canaria en la que se atribuyó la guarda y custodia de las menores Olga y Águeda a D. Julián. En cuanto a la menor Olga, dicha atribución de guarda y custodia no llama especialmente la atención si tenemos en cuenta que D. Julián es padre de dicha menor en virtud del proceso de adopción llevado a cabo en el año 2001, y por tanto titular de la patria potestad sobre la misma. A primera vista, lo que llama la atención es esa misma solución en el caso de la menor Águeda, y ello por cuanto D. Julián en el año 2005 inició un procedimiento de impugnación de su filiación paterna respecto de dicha menor, habiendo sido determinada la misma a favor de D. Cirilo, tercero en el presente procedimiento, en el año 2006.

Este concreto motivo, es decir la impugnación de la filiación paterna por D. Julián fue lo que llevó a la AP de Las Palmas de Gran Canaria a asignar la patria potestad así como la guarda y custodia de la menor Águeda a su madre, sin ni siquiera señalar un régimen de visitas respecto de D. Julián, quien ya sólo tenía un vínculo afectivo pero no legal con la menor.

Finalmente el TS revocó la decisión de la AP de Las Palmas de Gran Canaria, dando lugar a la situación nada habitual, pero sí posible y legal, de que habiéndose impugnado la filiación respecto de una menor, y estando determinada la misma a favor de un tercero, sea esa misma persona que impugnó la filiación (D. Julián) quien finalmente ostente la guarda y custodia de la menor. Dado lo peculiar de la situación conviene precisar los conceptos de patria potestad y guarda y custodia, así como los criterios para la atribución de esta última a favor de una persona que no ostente la patria potestad.

La determinación de la filiación, matrimonial o no matrimonial, lleva aparejada una serie de relaciones jurídicas, de las que surgen deberes recíprocos entre padres e hijos. El CC regula las relaciones paterno-filiales y, entre ellas, la patria potestad.

La patria potestad es un concepto más restringido que el de relaciones paterno-filiales. Aunque el CC no la defina, ni las leyes autonómicas tampoco, podemos decir que con tal expresión se hace referencia al conjunto de relaciones jurídicas que unen a los padres con los hijos durante la minoría de edad de éstos o cuando los hijos han sido incapacitados. La patria potestad es un conjunto de facultades que se confieren a su titular para el cumplimiento de determinados deberes en beneficio del sujeto a patria potestad, del menor. Se debe ejercer siempre en beneficio del hijo, de acuerdo con su personalidad.

Los sujetos sometidos a patria potestad son los hijos menores de edad no emancipados y los hijos declarados judicialmente incapacitados. Por ello, para ser titular de la patria potestad es necesario que la filiación esté determinada entre dos personas, padre/madre e hijo.

La titularidad de la patria potestad se atribuye, en principio, a los progenitores, de manera conjunta y de acuerdo con el principio de igualdad. La titularidad y el ejercicio conjunto es, por tanto, la regla general. No obstante, si bien ésta es la regla general, existen supuestos en que la titularidad de la patria potestad es conjunta, pero su ejercicio es individual, situación muy frecuente en los supuestos de crisis familiares.

Hemos de partir en este ámbito de la crisis familiar del principio recogido en el art. 92.1 CC, según el cual la separación, nulidad o divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. Consecuencia de ello es que seguirán en vigor todas las obligaciones derivadas de la titularidad y ejercicio de la patria potestad, si bien modalizadas en su aplicación práctica por el hecho de la ruptura de la convivencia y comunidad de vida entre los progenitores.

Como regla general y por sí solo el hecho de la separación o divorcio de los padres no afecta a la titularidad de la patria potestad, pues la siguen ostentando ambos. No obstante, dispone el art. 92.3 CC que el juez acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa justa para ello. En función de lo dispuesto en el art. 170 CC, la justa causa para la privación de la patria potestad sobre los hijos menores se debe fundar en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma.

En cambio, respecto del ejercicio de la patria potestad (que no la titularidad como acabamos de ver) establece una regla distinta, presuponiendo que los progenitores

viven separados y que los hijos conviven con uno solo de ellos. Concretamente el art. 156 CC en su apartado quinto dispone:

“Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

Así mismo, “Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de ellos” (art. 93.4 CC), lo que sucederá en el caso de existir desacuerdos reiterados que entorpezcan gravemente su funcionamiento, o en los supuestos de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los progenitores (art. 156 CC).

Una de las preguntas que surgen con frecuencia en este ámbito es el deslinde entre las facultades que comprende el ejercicio de la patria potestad (que acabamos de delimitar respecto de la titularidad de la misma) y las que se circunscriben al ámbito de la guarda y custodia de los menores.

Dado que cualquiera de las situaciones de crisis familiar lleva aparejada una cesación de la convivencia entre los progenitores, uno de los aspectos a decidir es con quién permanecerán los hijos menores de edad, su guarda y custodia.

Pese a los avances que se están llevando a cabo en distintas Comunidades Autónomas en orden a determinar que el criterio prevalente en cuanto a la guarda y custodia sea la custodia compartida de los menores en caso de desacuerdo entre los progenitores [vid. DE VERDA BEAMONTE, J.R.: “Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar”, *Diario La Ley* (2014), núm. 8299, pp. 1-9], lo cierto es que tradicionalmente se ha venido considerando que para los menores lo más adecuado era vivir sólo con uno de ellos, principalmente la madre en edades tempranas de los hijos. De hecho esta es la idea que a fecha de hoy subyace en nuestro derecho común, donde la custodia compartida si bien se contempla en el art. 94 CC, no constituye ni mucho menos la regla general, salvo que exista acuerdo de ambos progenitores para establecerla.

Se tiende a identificar guarda y custodia de los menores y ejercicio de la patria potestad, debido a que en estos casos en los que los progenitores no viven juntos, puede otorgarse el ejercicio de la patria potestad de forma exclusiva al guardador. Esto implica en la práctica, que sea el guardador quien decida sobre todas aquellas cuestiones que afectan a la vida de los hijos, sin que el progenitor apartado de la guarda tenga posibilidades de intervenir.

Cuando el guardador tiene el ejercicio exclusivo de la patria potestad, las facultades propias de la guarda y aquellas otras que conforman el ejercicio de la patria potestad, se superponen, pues las ejerce la misma persona. Por ello parece que la figura de la guarda y custodia atribuya, a quien ostente la misma, un gran poder de decisión sobre toda la vida del hijo, pero eso no es exactamente así, ya que hay decisiones o asuntos que competen al guardador como "guardador" y otros que le corresponden al guardador como titular del ejercicio de la patria potestad.

Es necesario, por tanto, encontrar un criterio que nos permita deslindar guarda y custodia de un lado y ejercicio de la patria potestad de otro, y así poder delimitar concretamente qué decisiones son competencia de cada progenitor y al abrigo de qué institución se pueden tomar unas u otras decisiones.

La guarda y custodia comprende el cuidado directo del menor. Dado que el correcto desempeño de la función de cuidado exige la convivencia entre el progenitor y el hijo, la guarda y custodia implica, junto con la función de cuidado, una situación de convivencia. Por ello los asuntos, decisiones, situaciones, etc. que deriven de la convivencia diaria con el menor forman parte del ámbito de la guarda, con independencia de que estos se refieran o afecten a la educación, formación o salud del hijo. Por el contrario, las cuestiones que no tienen relación con el cuidado y la convivencia exceden del ámbito de la guarda y pertenecen al ámbito del ejercicio de la patria potestad siendo éste el criterio que permite distinguir ambas figuras.

En conclusión, podemos afirmar que el ejercicio de la patria potestad comprenderá aquellas decisiones de mayor importancia o trascendencia para la vida del menor -como la elección del colegio donde cursará sus estudios o el lugar de residencia-.

Como hemos dicho, en los procesos de crisis familiares, atendido el cese de la convivencia entre los progenitores, se tendrá que determinar el ejercicio de la patria potestad (conjunta o individual), así como la atribución de la guarda y custodia a uno y otro progenitor, o bien a ambos de forma compartida. Pero también en el CC se prevé una tercera posibilidad excepcional en el apartado segundo del art. 103.1º: "Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes, u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez".

Al amparo del citado precepto, así como del art. 158 CC que prevé la posibilidad de que el Juez dicte las disposiciones oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios, se otorga en la sentencia objeto del presente comentario a D. Julián la guarda y custodia de la menor Águeda, con quien ya no le une ningún vínculo paterno filial. Es posible por tanto, que se atribuya la guarda y custodia de una menor a quien no está vinculado con la misma por una relación de filiación,

atendiendo a las circunstancias concurrentes del caso concreto, y sobre todo al interés superior de la menor:

II. EL INTERÉS DEL MENOR.

I. Encuadre normativo: Su trascendencia como norma de orden público.

El principio de interés superior del menor viene recogido por numerosos textos tanto internacionales, europeos, nacionales y autonómicos con la finalidad de proteger los derechos de los menores en su beneficio.

El interés superior del menor es un principio que tiene como finalidad proteger a los menores debido a su especial vulnerabilidad a causa de la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con total autonomía. Este principio, también denominado “favor filii”, será aplicado a todos los procedimientos en los que intervenga o pueda verse afectado todo menor de edad.

Son muchos los textos legales internacionales que forman parte hoy del acervo común, entre ellos la Convención de Derechos del Niño de 1989, ratificada por España que dispone que en todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tendrán una consideración especial a que a lo que se atenderá será el interés superior del niño (art. 3.1), añadiendo que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, no obstante esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés del niño.

En España, el interés superior del menor se encuentra recogido en la CE (art. 39.4), cuanto consagra que los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, desarrollado, posteriormente, en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del menor; en cuyo art. 2 se dice expresamente que en la aplicación de la presente ley primará en el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y en el art. 3 se dispone que los menores gozaran de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico.

Además, el CC recoge en numerosos artículos esta expresión, “interés del menor”, para darle relevancia y preferencia en cualquier ocasión en que viene a regular derechos de los menores, así en el art. 103.1 en cuanto establece las medidas

provisionales a adoptar; en caso de falta de acuerdo, por demanda de nulidad, separación o divorcio, primando el interés de los hijos para acordar lo necesario en cuanto a la guarda y custodia; art. 137 para permitir a la madre, en interés del hijo menor o incapacitado, el ejercicio de la acción de filiación; el art. 149 para limitar la elección del que tiene obligación de prestar alimentos, cuando se perjudique el interés del alimentista menor de edad; el art. 156 regulando el ejercicio de la patria potestad; el art. 161 que trata del derecho de visita de parientes al menor acogido y la posibilidad de que sea regulado o suspendido en interés del menor; art. 172.4 en caso de guarda y acogimiento de menores en situación de desamparo, estableciendo que se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia; art. 173.3 y 4 en caso de acogimiento; arts. 216 y 224 estableciendo y regulando la tutela, entre otros.

Toda esta normativa constituye parte de lo que ha venido en llamarse “estatuto jurídico del menor”, sobre cuya naturaleza se ha pronunciado tanto el TS como el TC. En la sentencia que analizamos, el TS, en contestación a la cuestión relativa a la oposición a la admisión del recurso de casación señala que la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 de mayo, que lo califica como “estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”.

En una línea si cabe más avanzada cabe situar la STS 17 septiembre 1996 (RJ 1996, 6722), donde establece: “el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces pueden adoptar (art. 158 del CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor; según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor”.

Como se puede observar, la configuración del principio del interés del menor como norma de orden público, en opinión del TS, no vincula únicamente a jueces

y tribunales sino que abarca también a todos los poderes públicos, e incluso a los padres y al resto de los ciudadanos, esto es, a toda la sociedad.

Esta calificación como norma de orden público, de “ius cogens”, norma imperativa, es dato importante, en la medida que justificará un tratamiento procesal específico de cuantos conflictos interpersonales en que se hallen implicados intereses de menores lleguen a los tribunales. La interpretación de algunas normas concretas, la resolución de conflictos de interés de los menores con otros, los límites legítimos de algunos derechos y libertades públicas de otras personas que deben ceder ante los del menor y su interés, y los límites también en el ejercicio de potestades y funciones normales, tales como la patria potestad como más significativa [RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*. Madrid (2007): Dykinson, p. 36].

2. La revisión en casación del “interés del menor”.

Determinado el carácter de orden público de la normativa que regula el interés del menor, el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá.

Por tanto, el interés menor tendrá aspectos casacionales, y será susceptible de revisión por parte del TS en aquellos casos en los que lo que se pretenda no sea una nueva valoración de la prueba practicada en el procedimiento, sino la revisión de si atendidos los hechos probados en el procedimiento por parte del Tribunal se ha hecho una valoración adecuada de lo que constituye el interés del menor.

En el caso que nos ocupa, D. Julián no cuestiona la realidad de haber impugnado la paternidad de la menor, y por tanto que ya no le liga una relación de filiación con la misma, ni el alto grado de conflictividad entre las partes, ni la acreditación de la existencia de vínculos afectivos entre él y la menor, o los impedimentos e incumplimientos llevados a cabo por la madre y su inestabilidad emocional. Esa es la realidad acreditada en el procedimiento, y por lo tanto, lo que sí posee interés casacional es la valoración que del interés de la menor hace la AP teniendo en cuenta todas esas circunstancias.

En palabras del TS: “Esta Sala ha venido repitiendo que ‘la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse [...] si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre’ [tal como afirma la STS 9 marzo 2012 (RJ 2012, 5241) , con cita de las SSTS 22 julio 2011 (RJ 2011, 5676) y 21 julio 2011 (RJ 2011, 5438)]. La razón se encuentra en que ‘el fin último de la norma es la

elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor; en interés de este' [...] 'La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos, tal como se ha dicho repetidamente por esta Sala y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta Sala examinar, como ha hecho ya, las circunstancias más adecuadas para dicha protección'" [STS 27 abril 2012 (RJ 2012, 6105)].

3. Un acercamiento al concepto del "interés del menor".

Uno de las dificultades más importantes que nos encontramos los intérpretes del Derecho cuando abordamos el tema del "interés del menor" es la ausencia de un concepto legal concreto sobre el mismo. Pese a que como hemos visto este principio se encuentra recogido en numerosos textos legales de distinto orden, ninguna norma nos da un concepto o aproximación exacta sobre qué debe entenderse por "interés del menor", configurándose como un concepto jurídico indeterminado, o relativamente indeterminado como sostiene parte de la doctrina. Esta circunstancia posee ciertas ventajas pero también algún inconveniente: "Ciertamente, la fórmula del concepto jurídico indeterminado (en este caso, en mi opinión, sólo relativamente) presenta aspectos positivos pero también destacados inconvenientes. Entre sus principales ventajas sin duda sobresalen las más amplias y mejores posibilidades de adaptación al específico supuesto que se pretende resolver ofrecidas por una genérica mención, que no constriñe al encargado de aplicar la norma a hacerlo con sometimiento a la estrechez de unos parámetros predeterminados, permitiéndole una flexibilidad adecuada a las concretas circunstancias que se deben valorar. Esta dimensión resulta especialmente útil en la ponderación del interés del niño pues, como apunté, en este ámbito no pueden funcionar los mismos criterios de solución para todos los supuestos habida cuenta de la peculiar identidad de cada sujeto y de las circunstancias concretas que, desde la individualidad del menor, perfilan cada situación. Por contra, esta indeterminación normativa plantea el inconveniente de hacer depender la solución acordada esencialmente del criterio propio de su emisor, y ello determina la singular relevancia que en este ámbito adquiere la sensibilidad, formación y perspectiva personal del mismo en orden a la estimación de la situación planteada, lo que en definitiva se traduce en una palpable inseguridad jurídica manifestada en la disparidad de soluciones (vgr. decisiones jurisprudenciales) que respecto de un mismo caso se pueden llegar a ofrecer." [CASTILLO MARTÍNEZ, C.: "El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar", *Estudios sobre el matrimonio y la familia* (2003), núm. 25, pp. 25 y ss.].

Se constata entonces que el interés del menor es un concepto subjetivo y no autónomo en la medida que depende del análisis de las circunstancias que rodean al menor afectado. En este mismo sentido, SÁNCHEZ FERNÁNDEZ: "Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés

del menor como criterio de decisión”, *Actualidad Civil* (1999), núm. 12, p. 308, define el principio del interés del menor como “concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia del Juez a partir de la valoración de una serie de circunstancias que adquiere a lo largo del proceso, en base a los datos aportados por las partes interesadas, para lo cual debe prescindir de sus principios personales, convicciones políticas, religiosas o educativas, sobre el matrimonio, la familia, los hijos y el divorcio”.

Por ello, y con la finalidad de evitar en la medida de lo posible decisiones discrecionales por parte de los aplicadores del derecho, resulta necesario el establecimiento de unos mínimos criterios de determinación del “interés del menor”.

4. Criterios determinantes del “interés del menor” en la atribución de la guarda y custodia.

En el ámbito concreto de la atribución de la guarda y custodia, cualquier decisión que se tome en relación con los hijos menores de edad ha de venir presidida por el principio “favor filii”, de forma que han de adoptarse las medidas que satisfagan mejor sus intereses. El problema se agudiza en este ámbito concreto de crisis familiar, donde en la mayoría de los supuestos la convivencia forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Ha señalado reiteradamente la jurisprudencia del TS que lo que ha de primar a la hora de elegir el sistema adecuado en cada caso concreto, es el interés del menor, y no lo que convenga al interés de sus progenitores, “pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda” [STS 10 enero 2011 (RJ 2012, 3642)].

Las dificultades vienen a la hora de determinar los criterios con arreglo a los cuales ha de determinarse qué es lo que más conviene al menor. Como recuerda la STS 8 octubre 2009 (RJ 2009, 4606), relativa a los criterios para la atribución del régimen de custodia compartida, el CC no contiene una relación de circunstancias para tal labor, lo que no ha impedido que con base en reflexiones lógicas y con atención al derecho comparado, se haya elaborado un cuerpo de criterios tales como: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente y otros similares.

Las consideraciones que acabo de realizar sirven para contextualizar la importancia de la doctrina fijada en la sentencia objeto de este comentario, donde no se cuestiona la procedencia de la custodia compartida, sino la idoneidad de atribución de la guarda y custodia monoparental de una menor a quien legalmente ha dejado de ser su padre por haber impugnado su paternidad respecto de la misma. También en este supuesto resulta necesario el establecimiento de unos mínimos criterios de determinación del “interés del menor”, y así lo hace el TS al entender:

a) La valoración del interés del menor, en un contexto difícil en razón a los conflictos generados por sus progenitores, no permite poner fin a unas relaciones que se han mantenido entre el padre no biológico y la menor, cuando es evidente la existencia de vínculos afectivos que hacen inviable la extinción de los vínculos familiares que existieron entre ambos, ya que la niña no conoció otro padre que no fuera el que después se demostró no lo era biológicamente.

b) El interés superior real, y no simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés [STS 13 junio 2011 (R) 2011, 4526], y debe valorarse desde la realidad de la vida familiar y no desde la pura abstracción porque lo acordado es beneficioso para la niña (la menor estaba bajo la guarda del recurrente mucho tiempo al seguirse un proceso penal contra la madre que tenía una orden de alejamiento en relación a sus hijas).

c) Es cierto que en el momento actual, D. Julián no puede ser considerado progenitor respecto de la menor pero también lo es que las circunstancias especialmente graves concurrentes permiten atribuirle la custodia en la forma que resolvió la sentencia del Juzgado, acordándolo como medida excepcional de atribución de la custodia a un tercero, al amparo de los arts. 103,1ª, párrafo 2º, y 158 CC, y art. 11.2 LO 1/1996, de 15 enero.

d) Califica la situación de fuera de lo normal, agravada por una situación prolongada de litigios, civiles y penales, con grave y evidente riesgo de desprotección infantil, si en el futuro no se adoptan soluciones que lo impidan, especialmente por lo que respeta a la madre que ha tratado de eliminar de la vida de sus hijas la figura paterna, “dando primacía a su odio”.

De lo anterior podemos concluir que un criterio fundamental que determina el interés del menor es la valoración de su bienestar emocional. En este sentido los autores anglosajones se remiten al significado del “welfare”, que incluye el bienestar material con carácter secundario, siendo lo principal el bienestar afectivo, la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, que son esenciales para el propio carácter, personalidad y talentos del niño.

Este mismo criterio del bienestar emocional ya había sido aplicado por la jurisprudencia menor; así la SAP Valencia 17 diciembre 2004 (JUR 2005, 66633) establece que el interés del niño no puede ser medido "bajo parámetros de confort material, pues en el ámbito de derecho comparado se valora dándose preferencia al aspecto psíquico -derecho francés, son 'besoin de paix, de stabilité, de tranquillité... c'est son équilibre psychique qu'il faut mettre au premier rang>>- o al amplio concepto de bienestar aplicando el, 'Welfare principle' anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en el que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo".

"Como vemos –añade la referida sentencia- su estabilidad y paz por su incidencia en el desarrollo de su personalidad, son aspectos decisivos a la hora de adoptar una decisión de beneficio para los mismos, de ahí que como en el derecho anglosajón, se estime que alcanza el valor jurídico de principios –'welfare principle'-. Los jueces, en los procesos en los que están implicados menores, han asumido el 'interés del menor' como principio jurídico, de preferencia, sobreposición y por ende de exclusión, de cualesquiera otros intereses subjetivos que puedan colisionar con dicho interés, que se convierte en protagonista, norte y rector de la decisión judicial. La vaguedad del concepto debe concretarse, con la realidad del hecho que se presenta al enjuiciamiento en la disputa o conflicto, dándole audiencia en su interés, y resolviendo en pro de la solución que más se ajuste, con criterios de racionalidad y experiencia judicial, al desarrollo libre e integral de su personalidad, protegiendo el bienestar espiritual y material del menor".

La doctrina aplicada a este supuesto en concreto pone de manifiesto la importancia que para el TS posee la estabilidad emocional de la menor; más allá de la concurrencia o no de la condición legal de progenitor en el titular de la guarda y custodia.

DIES A QUO PARA EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD
DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN
MATRIMONIAL CORRESPONDIENTE AL MARIDO. COMENTARIO A
LA STS NÚM. 728/2013, DE 2 DE DICIEMBRE (RJ 2013, 7832)

*DIES A QUO FOR THE COMPUTATION OF TERMS OF EXPIRACY IN
ORDER TO CHALLENGE THE CHILD FILIATION FIRST ASSIGNED TO A
CERTAIN HUSBAND. COMMENT ON STS NO. 728/2013, OF DECEMBER 2
(RJ 2013, 7832)*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 576-583



Enric
BATALLER i
RUIZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de septiembre de 2014
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: Se requiere un comportamiento diligente del marido para impugnar con éxito la filiación matrimonial atribuida. El término al efecto no se contará desde la obtención de una prueba completa e indubitada sobre la falta de paternidad real, sino desde la simple existencia de un principio de prueba derivado de indicios que no puedan ser ignorados sin incurrir en mala fe.

PALABRAS CLAVE: Caducidad de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, dies a quo, principio de prueba, buena fe, investigación de la paternidad, tutela judicial efectiva.

ABSTRACT: Husband is required to maintain an active behaviour in order to challenge by trial the first assignement of a certain child filiation. The term to do so shall not be counted from the obtention of a full and undoubted proof, but from the simple existence of a prima facie case that can come from signs that can not be ignored without incurring bad faith.

KEY WORDS: Expiration of action contesting husband's paternity, dies a quo, prima facie, good faith, investigation of paternity, effective judiciary protection.

SUPUESTO DE HECHO

Don Herminio, casado con doña Julia y padre de una menor, tuvo serias dudas sobre su paternidad desde el mismo momento en que conoció la concepción de su mujer, debido a la estrecha relación y convivencia inmediatamente anterior de ella con un tercero, dudas que comunicó al médico que controlaba el embarazo de la gestante, quien le informó oportunamente de las técnicas existentes para disiparlas. Don Herminio no utilizó ninguna de tales técnicas, si bien años después, y coincidiendo con la crisis de su matrimonio, ejercitó acción de impugnación de la filiación matrimonial, la cual fue desestimada en primera y segunda instancia por extemporánea. Don Herminio formaliza recurso de casación basado, como único motivo, en la infracción del art. 136 CC, el cual es desestimado, siendo ponente el Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El art. 136 CC, en la redacción recibida a virtud de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, establece que:

“El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento.

Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en el párrafo anterior, la acción corresponde a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo.

Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero”.

Las dudas sobre la constitucionalidad del párrafo primero de este artículo surgieron tempranamente, de modo que ya la STS, Sala 1ª, de 30 de enero de 1993 indicó que tal precepto, aisladamente considerado, “ofrece serios visos de contradicción a los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, en su

• Enric Bataller i Ruiz

Abogado en ejercicio ininterrumpido desde 1993, y profesor del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia desde 1998 hasta la actualidad. Autor de numerosas publicaciones científicas, principalmente en los campos de la propiedad intelectual, los derechos fundamentales, el derecho de familia y el derecho civil autonómico. Doctor en derecho y licenciado en Historia Contemporánea con Premio Extraordinario de Carrera. Ponente en diversos cursos y seminarios, colabora regularmente con el Magister Lucentinus, sobre propiedad industrial e intelectual, impartido por la Universidad de Alicante. Correo electrónico: Enric.Bataller@uv.es.

patente tendencia a que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la verdad presunta que dimana del estado matrimonial". Ello llevó a su declaración de inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 138/2005, de 9 de junio, en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien haya sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil (fundamento jurídico 3º) [para un comentario de la STC 138/2005, puede consultarse García Vicente, J. R., "Inconstitucionalidad por omisión del artículo 136, párrafo primero, del Código civil; dies a quo de cómputo de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el padre/marido. Declaración de inconstitucionalidad pero no de nulidad del precepto. Mandato al legislador para su reforma", CCJC (2006), núm. 70, pp 519-560. Véanse también Quicios Molina, Mª. S.: "Comentario a la STS de 27 de octubre de 2005", CCJC (2006), núm. 71, pp. 1169-1208, y de la Iglesia Monje, M. I.: "Caducidad de la acción de impugnación de la paternidad. Estudio del dies a quo y la doctrina del Tribunal Constitucional", RCDI (2010), núm. 720, pp. 1831-1839]. Tal sentencia, así como la STC 156/2005, de 9 de junio (RTC 2005, 156), establecen la necesidad de descartar automatismos y, por el contrario, tener necesariamente en cuenta el contexto valorativo. El Tribunal Constitucional parte de dos principios, a saber, que la investigación de la paternidad no sólo opera en beneficio del hijo sino también del progenitor (el art. 39 CE asegura la protección integral de los hijos, lo cual es incompatible con la inexactitud en la determinación de la paternidad real si resulta atribuida a quien no es ciertamente el progenitor) y que tal investigación ha de estar sujeta a un plazo de caducidad, en defensa de la seguridad jurídica representada en la estabilidad del estado civil de hijo y la certeza que el matrimonio dota a la filiación. Sentadas estas premisas, el criterio general de determinación del dies a quo mediante la inscripción registral no puede extremarse en su rigor hasta el punto de impedir la impugnación al marido en aquellos casos en que descubra extemporáneamente la irrealidad de su paternidad y no quepa apreciar negligencia ni reconocimiento implícito previo, so pena de vulnerar el derecho del marido a la tutela judicial efectiva en relación con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (el reconocimiento supone una declaración de voluntad constitutiva de un negocio jurídico de Derecho de Familia, o también puede verse como una declaración de conocimiento o manifestación de carácter confesorio, dado que siempre es necesario el elemento volitivo y la no concurrencia de vicios de la voluntad para la producción de los debidos efectos jurídicos. Véase al respecto STS, 1ª, núm. 212/1994, de 14 de marzo).

En consecuencia, la exigencia de una conducta activa y diligente, en el marco de cognoscibilidad del marido, constituye un supuesto ineludible en la determinación del dies a quo del plazo de caducidad, que no deberá contarse desde la obtención de una prueba plena e indubitada de su falta de paternidad, sino desde la existencia

de un simple principio de prueba que puede venir constituido por indicios reveladores que no puedan ser ignorados sin incurrir en mala fe. En el caso de autos, y contando el recurrente con indicios sólidos que apuntaban en dirección contraria a su paternidad, el ejercicio tardío de la acción de impugnación, posiblemente debido al cambio de las circunstancias afectantes a la convivencia conyugal, determina que se rechace el recurso por caducidad.

COMENTARIO

Las acciones de filiación pueden ser definidas como aquellas que pretenden imponer judicialmente, mediante la correspondiente sentencia, una concreta relación paterno-filial, o bien destruirla. Lacruz las define como “aquellas que tienen por objeto obtener de los órganos judiciales un pronunciamiento relativo a la filiación, ya declarándola si no ha quedado determinada de otra manera, o bien negando que lo sea la establecida formalmente” [Lacruz Berdejo, J. L., et alter; Elementos de Derecho Civil, vol. IV: Familia. Madrid (2005): Editorial Dykinson, 2ª ed., pp 342 y ss.]. La doctrina cita como sus principales características su naturaleza personal e intransferible, su irrenunciabilidad (que excluye el allanamiento o la transacción), su contenido declarativo y las limitaciones impuestas a su ejercicio en aras al respeto debido a la intimidad de las personas concernidas por ellas. Puede distinguirse entre acciones de reclamación y de impugnación de la maternidad y paternidad, y asimismo existe un diferente tratamiento según se trate de filiación matrimonial o extramatrimonial. Su regulación sustantiva se halla en el Capítulo III del Título V del Libro I del CC, arts. 131 a 141 (actualmente se halla en tramitación el Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación de Protección a la Infancia, el cual pretende otorgar nueva redacción, entre otros, a los arts. 133, 136, 137, 138 y 140), habiendo quedado derogadas las anteriores disposiciones generales aquí contenidas en los arts. 127 a 130 a virtud de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Es precisamente en esa ley adjetiva, arts. 764 a 768, donde encontramos su actual regulación procesal, de la que destacamos el art. 767, que reza así:

“1. En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.

. En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

3. Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con

la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.

4. La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios”.

La doctrina sentada por el TC en las sentencias arriba indicadas ha tenido la debida repercusión en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS, cuya sentencia núm. 73/2012, de 20 de febrero de 2012, señala que “el ejercicio de dicha acción [la de impugnación de la filiación matrimonial] sigue estando sometido a un plazo de caducidad, aunque lo que ha cambiado, al ser declarado inconstitucional [el párrafo 1º del artículo 136 CC] es el día de inicio del plazo, que ahora se coloca en la existencia de un principio de prueba conocido por la parte impugnante, porque de otra forma, la presunción de paternidad, inicialmente *iuris tantum*, pasaría a convertirse en *iuris et de iure*, lo que no parece haber querido la ley”.

Continuando el anterior razonamiento, la sentencia del TS objeto de nuestro estudio indica, en su FD Segundo, que “profundizando en esta dirección debe resaltarse que admitido, en el contexto señalado, el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad por el marido, no obstante, su ejercicio no puede configurarse, a su vez, como una proyección de un derecho subjetivo en sentido estricto (...) De esta forma, ni la posibilidad de la investigación de la paternidad mediante su impugnación puede dejarse a la libre discrecionalidad del marido, ni tampoco el principio de prueba, como indicios serios y razonables al respecto, puede reconducirse a la prueba de la paternidad misma, esto es, al conocimiento alcanzado por el marido basado exclusivamente en el principio de verdad biológica”.

Sentado esto, el TS pasa a considerar que los datos conocidos por el marido sobre la posibilidad de que la paternidad de su esposa gestante correspondiese a otra persona, le colocaban en situación apta para accionar, de manera equiparable a lo que sucede en acciones dimanantes de figuras afines, como pueda ser la prescripción extintiva (ex arts. 1964 y 1969 CC), en que la alusión normativa al momento “desde que pudieron ejercitarse” presenta una clara conexión con la cognoscibilidad informada desde la buena fe, de manera que el cómputo para su ejercicio deba partir del momento en que el titular afectado supo de la lesión o debió de saberla por exigencia de una diligencia básica o por hechos claros y serios al respecto (vid. STS núm. 728/2012, de 11 de diciembre de 2012). Todo lo cual lleva a considerar que la exigencia contenida en el art. 7.1 CC, relativa al ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe, supone una dimensión que se superpone al plano temporal propio de la prescripción y la caducidad, y otorga

a estas instituciones una profundidad de que estarían huérfanas si debiéramos limitarnos a determinar el decaimiento de un derecho o acción mediante un simple cómputo desde el calendario, sin acompañarlo de valoración alguna acerca de la conducta previa de quien quiere accionar.

Como vemos, la jurisprudencia del TS ha venido a colmar el vacío dejado por la declaración de inconstitucionalidad del párrafo 1º del art. 136 CC, y ello en un sentido equilibrado entre el respeto debido al principio de investigación de la paternidad y la necesidad de impedir la alteración de situaciones jurídicas ya asentadas mediante actuaciones presididas por la mala fe. Nos queda la duda de si la jurisprudencia actual del TS ha ido más allá de los límites fijados por la STC n° 138/2005, cuyo FD Sexto, in fine, establece que "(l)a inconstitucionalidad apreciada [del párrafo primero del artículo 136 CC] exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática, el que trace de forma precisa, en aras de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) el dies a quo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial prevista en el art. 136 CC, dentro de cánones respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)".

Es ahora el legislador quien pretende asentar este entendimiento armónico mediante el texto redactado para el nuevo art. 136 CC en el Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación de Protección a la Infancia, antes aludido, cuyo tenor pretende ser el siguiente:

"1. El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero.

2. Si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.

3. Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en párrafo anterior, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo.»

La redacción del párrafo segundo del nuevo art. 136 CC subsanará el embrollo producido por el legislador en 1981, abriendo la puerta a la conversión de una presunción iuris tantum de paternidad en otra injustificadamente iure et de iure, aunque al posible precio de desplazar el punto clave de la litigiosidad hacia la prueba

judicial del conocimiento tardío de la falta de paternidad, como dato imprescindible para soslayar la desestimación de una demanda por caducidad de la acción. Se amplía así el campo de actuación del arbitrio judicial, como garante del principio de seguridad jurídica.

LA ALTERNANCIA Y CERCANÍA DE DOMICILIOS DE LOS
PROGENITORES COMO CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DE LA
CUSTODIA COMPARTIDA. COMENTARIO A LA STS NÚM. 495/2013,
DE 19 DE JULIO (EDJ 2013, 149996)

*THE ALTERNATION AND NEARNESS OF PROGENITOR HOME ADDRESS
AS CRITERIA OF SHARED CUSTODY ATRIBUTION. COMMENT ON STS NO.
495/2013, OF JULY 19 (EDJ 2013, 149996)*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 584-595



Fabiola
MECO
TÉBAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de agosto de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: La cercanía de los domicilios de ambos progenitores y la alternancia de los menores en el domicilio del progenitor no custodio en régimen de visitas amplio son parámetros imprescindibles a considerar para determinar el régimen de custodia compartida, por asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, la estabilidad emocional y la formación integral del menor; así como por favorecer un modelo de convivencia similar al anterior a la ruptura matrimonial garantizando a los progenitores la corresponsabilidad en términos de igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos.

PALABRAS CLAVE: Custodia compartida, interés del menor, cercanía de domicilios, alternancia, corresponsabilidad parental y modificación de medidas.

ABSTRACT: The nearness of both progenitors place of residence and the alternation of the minor in the non-custodian progenitor place of residence in visits regime are essential factors to take in consideration to determine the regime of shared custody, to assure correct evolutive development, emotional stability and integral formation of the minor; and to promote a model of coexistence similar to the one previous to the matrimonial break up, guaranteeing the corresponsability in terms of conditions equality in the development and growth of the kids.

KEY WORDS: Shared custody, minor interest, nearness of home address, alternation, parental corresponsability and change of measures.

SUMARIO: I. Una aproximación: la falacia de la ecuación custodia compartida igual a desprotección de los llamados “niños maleta”.- II. Sobre las “circunstancias relevantes” para determinar el régimen de custodia compartida.- I. La proximidad entre los domicilios de los progenitores.- A) Yo a Boston y tú a California.- B) La familia extensa y su apoyo al menor.- C) La estabilidad del menor.- 2. La alternancia de los menores en los domicilios de los progenitores.- III. Conclusión: El interés del menor como cláusula de salvaguarda.

SUPUESTO DE HECHO

El recurso de casación interpuesto ante el TS por el progenitor no custodio tiene por finalidad el establecimiento del régimen de custodia compartida por considerarse más beneficioso para el menor; tomando como criterio el de la cercanía del domicilio del progenitor no custodio al colegio y al domicilio de la madre, la jornada de trabajo y el régimen amplio de visitas existente.

El progenitor no custodio presenta demanda de modificación de medidas definitivas contra la progenitora en solicitud de custodia compartida alegando motivos que justifican el cambio de régimen de guarda y custodia. El Ministerio fiscal informa a favor de la guarda y custodia compartida. Dicha demanda fue desestimada sobre la base de que el cambio del régimen de custodia existente puede determinar que la situación familiar entre en un terreno de conflictividad que perjudique los intereses de los menores. Recurrida la sentencia por el progenitor no custodio, la AP confirmó la sentencia con el argumento de que no se aprecia una necesidad de introducir cambios en el modo de guarda y custodia por estar los menores adaptados perfectamente a la guarda y custodia a favor de la madre.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TS considera vulnerada la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera que establece que siempre que se den los requisitos para la adopción de un sistema de guarda y custodia compartida, hay que acordar esta medida por cuanto es la mejor manera de proteger al menor y de que su interés quede salvaguardado. En el caso enjuiciado no se han tenido en cuenta circunstancias objetivas como la cercanía del domicilio del progenitor no custodio al colegio de los menores y al

• Fabiola Meco Tébar

Es Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, en la que se graduó y doctoró. Es Abogada en ejercicio especializada en temas de familia. Ha centrado sus líneas de investigación en la persona, responsabilidad, propiedad y familia. Es co-autora de obra colectiva “Manual Multimedia Derecho de Familia”, Tirant lo Blanch, 2012 y entre otros artículos de “Género y familia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano” en Democracia y participación política de las mujeres, Tirant lo Blanch, 2012. Correo electrónico: fabiola.meco@uv.es.

domicilio de la madre y el régimen de visitas amplio que visibiliza un vínculo afectivo normalizado y positivo de los menores con el padre. Estos criterios considera el TS son imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, que en este caso es el de custodia compartida por asegurar un adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y por aproximarse al modo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar la corresponsabilidad parental en condiciones de igualdad en el desarrollo y crecimiento de los menores.

COMENTARIO

I. UNA APROXIMACIÓN: LA FALACIA DE LA ECUACIÓN CUSTODIA COMPARTIDA IGUAL A DESPROTECCIÓN DE LOS LLAMADOS “NIÑOS MALETA”.

Resulta oportuno detenerse en una cuestión previa de todo punto relevante a la hora de establecer la posición de partida en este comentario a esta sentencia. Por ello voy a referirme a la falacia de la problemática de los *niños maleta* como un mal endémico impeditivo u obstaculizante para el establecimiento de la custodia compartida. Como bien es sabido, se acuñó como *niños maleta* a los menores que, como consecuencia de las crisis familiares en las que se producía la ruptura de la convivencia de los progenitores, debían pasar períodos de tiempo en domicilios distintos al que hasta entonces había sido su único y estable hogar familiar. Estos desplazamientos entre domicilios se representaban en el imaginario con el transporte de una maleta, llegándose a la hipérbole de equiparar a los menores con dicha maleta. De ahí la denominación.

Informes procedentes de psicólogos y profesionales del mundo jurídico aseguraban que los menores que se trasladaban con frecuencia de domicilio a domicilio tenían mayor inseguridad, inestabilidad y sufrimiento en comparación con el resto de menores que vivían siempre bajo el mismo techo. Ello determinó un cuerpo doctrinal que reconocía que el uso de la vivienda debía acompañar o atribuirse a los menores y no a sus progenitores como una de las medidas aplicables a la crisis familiar. Con ello se evitaba el desplazamiento de los menores, que se mantenían estables en un domicilio permanente, y eran los progenitores los que de acuerdo con un sistema rotatorio y alternativo del uso del inmueble, en función del período de guarda y custodia que se les concediera, entraban y salían del mismo, que se articulaba a modo de “vivienda nido”. Lejos de lo que hubiera podido pensarse como beneficioso, este criterio en muchos casos obviaba el interés del menor por cuanto que su acatamiento incrementaba la conflictividad entre los progenitores y entre éstos y los menores. Amén de que a los progenitores

también se les dificultaba al máximo la *restitución* de sus vidas con otras parejas, e incrementaba notablemente sus gastos cuando éstos en aras de su independencia vital no recurrían a la vivienda de los abuelos para los períodos en que no tenían la guarda y custodia de los menores.

En este sentido resulta interesante la reciente SAP Baleares (Sección cuarta) 18 marzo 2014 (EDJ 2014, 57099), que en su fundamento cuarto se hace eco de un informe del “Centre de Suport Familiar” en el que se desaconseja “en beneficio de los hijos el mantenimiento de la “vivienda nido”. A este respecto dice que “la “vivienda nido” no está siendo una solución positiva para los menores y que además conlleva problemas de comunicación y relación entre ambos progenitores, principalmente en temas económicos, de mantenimiento y uso de la vivienda, sin dejar de mencionar la ubicación de la casa, con respecto a la familia extensa por parte de la madre, que dificulta el desarrollo de una vida individual de cada progenitor, con un constante control de sus vidas respectivamente”. Por ello la sentencia establece que “visto que ambos progenitores disponen de vivienda externa en la que residen las semanas en las que les corresponde la guarda y custodia de sus hijos y que no existe constancia alguna de que ninguna de ellas no pueda cumplir la función de dotar adecuadamente la obligación de proporcionar de habitación a sus hijos menores, lo procedente será desafectar la vivienda que fue familiar a la atribución del uso otorgado en la sentencia de instancia”.

La STS 11 noviembre 2013 (ROJ 2013, 5468), en interpretación del art. 96.1 CC, de atribuir la vivienda al progenitor de los menores más necesitado de protección, y no al progenitor a quien se le atribuyera la custodia de los mismos (fueran éstos menores o mayores de edad con voluntad de residir con uno de ellos) ha venido en gran medida a consolidar a nivel jurisprudencial un panorama mucho más ajustado a las necesidades familiares de unos y otros.

Evidentemente no es el momento ni el propósito analizar el uso y disfrute de la vivienda familiar en contextos de crisis, pero sí resultan útiles estas aproximaciones para precisar cómo se ha avanzado en el reconocimiento de una realidad no problemática para el menor; a saber, la existencia de domicilios diferenciados de los progenitores en los que los menores conviven con ellos. Desde este punto de partida se abordará el análisis de la relevancia que tiene la ubicación de esos domicilios en razón de los intereses del menor y la alternancia del menor en ellos.

II. SOBRE LAS “CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES” PARA DETERMINAR EL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA.

Superada o en vías de superación la relegación sistemática del régimen de custodia compartida a favor de la atribución unilateral de la guarda o custodia a uno de los progenitores por unos motivos u otros, se impone la realidad tozuda

de que la presencia estable y la decidida implicación de ambos progenitores en el desarrollo integral de un menor garantiza un mejor desenvolvimiento futuro de éste. Lógicamente no se trata, y así lo ha hecho ver la doctrina, la jurisprudencia y la propia legislación autonómica en materia de custodia compartida, de reconocer este régimen de cuidado y atención al menor sin evaluar la singularidad de cada caso, pues de lo que se trata por encima de todo es de buscar escenarios de cómoda y fluida interlocución entre el respeto a la corresponsabilidad articulada a través de la custodia compartida y el interés del menor.

La jurisprudencia fue pionera en el establecimiento de una serie de criterios fijados por la STS 8 octubre 2009 (ROJ 2009, 5969), que, en aquel momento en ausencia de criterios legales, sirvieron para acordar la custodia compartida en casos de conflicto y de la que se hicieron eco posteriores sentencias. Valga citar en este sentido por recientes las SSTS 17 diciembre 2013 (ROJ 2013, 5966) y 29 abril 2013 (EDJ 2013, 58481). Entre dichos criterios identificó, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes: "la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven".

Posteriormente la legislación autonómica (Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en casos de ruptura de la convivencia de los padres y Ley foral catalana 25/2010, de 29 de junio, que reforma el libro 2º del Código civil de Cataluña, referente a la persona y familia, en sus arts. 233-9, 10 y 11) se ha hecho eco de estos criterios y de otros que han consagrado en su articulado.

Por cuanto a la materia propia de este comentario se refiere, la proximidad y la alternancia de domicilios, es cierto que salvo la legislación catalana que alude directamente a la cuestión de la proximidad de los domicilios, las demás legislaciones autonómicas no hacen referencia explícita a ambas cuestiones. Ello no implica que haya que afirmar que estos criterios no han de valorarse en aplicación de las mismas, pues todas las legislaciones referidas así como la jurisprudencia reconocen y hacen valer entre los criterios, uno abierto a modo de cajón desastre que alude a "cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia".

O como el propio TS dice “cualquier otro (criterio) que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia *que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven*”. Remarca con ello la idea de que la situación de los menores ha de variar en cuanto a convivencia se refiere en aras del interés de todos los miembros de la familia.

Por consiguiente, afirmado lo anterior evidentemente las cuestiones de la cercanía entre los domicilios de los progenitores y la alternancia de los menores en los domicilios *en términos de normalidad*, son indiscutiblemente dos hechos que la jurisprudencia ha tomado seriamente en consideración a la hora de determinar el régimen de custodia aplicable en los términos que paso a exponer a continuación.

I. La proximidad entre los domicilios de los progenitores.

Al abordar el criterio de la proximidad entre los domicilios de los progenitores, surge de inmediato una pregunta: qué patrón ha de ser útil para determinar la proximidad o cercanía de los domicilios. O dicho de otro modo en razón de qué se ha de medir esa proximidad. ¿Es la distancia entre los dos domicilios? ¿Es la cercanía de los domicilios con el ámbito de intereses del menor, medido éstos en términos de escolaridad, extraescolaridad y ocio? ¿Influye en la determinación de la proximidad la familia extensa de una u otra rama? ¿Y el hecho de que no varíe el domicilio hasta entonces familiar?

La jurisprudencia y la legislación han aludido e incluso combinado estos factores, como se ha de ver a continuación. En efecto, la valoración como criterio importante de la cercanía entre los domicilios de los progenitores es efectuada por el TS, en sentencias como la que motiva este comentario, pero también se trata de una constante en las SSAP Girona 13 octubre 2005 (EDJ 2005, 253729), Barcelona 18 junio 2013 (EDJ 2013, 149152), Granada 20 septiembre 2013 (EDJ 2013, 306419), Ciudad Real 26 septiembre 2013 (EDJ 2013, 196240), Toledo 21 octubre 2013 (EDJ 2013, 262876), Málaga 22 octubre 2013 (EDJ 2013, 264578), Huelva 27 octubre 2013 (EDJ 2013, 293339), Las Palmas 4 noviembre 2013 (EDJ 2013, 293951), Valencia 11 noviembre 2013 (EDJ 2013, 258463), Tarragona 4 diciembre 2013 (EDJ 2013, 271357), Valencia 11 diciembre 2013 (EDJ 2013, 300232), o las recientes de Murcia 3 enero 2014 (EDJ 2014, 6286), Castellón 24 febrero 2014 (EDJ 2014, 59302), Baleares 18 marzo 2014 (EDJ 2014, 57099) y Tarragona 21 marzo 2014 (EDJ 2014, 53912).

A) Tú a Boston y yo a California.

El criterio extendido es que ha de existir proximidad entre los domicilios de los progenitores. Pero lógicamente el emplazamiento del domicilio suele marcar los intereses del menor, por ser habitual que el centro escolar se emplace en las

cercanías del domicilio familiar hasta la ruptura de la convivencia, así como por regla general las actividades extraescolares y de ocio del menor. Este binomio casi inseparable de factores, la proximidad de los domicilios junto con el mantenimiento del centro de intereses del menor; favorece un clima decididamente beneficioso y adecuado para la formación y desarrollo del menor [SAP Toledo 21 octubre 2013 (EDJ 2013, 262876)]. Y ello por cuanto que los menores están continuamente en contacto con ambos progenitores y pueden disfrutar de la fuerte vinculación afectiva que une al menor con ellos y compartir con ellos los aspectos sustanciales de su educación y formación. En tal sentido como dice la STS 495/2013 que se comenta, este deseable maridaje “aproximará al modelo de convivencia existentes antes de la ruptura matrimonial y garantizará al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece lo más beneficioso para ellos”.

En cuanto al patrón de la proximidad en sí, cabe decir que la misma implica una distancia que permita hacer compatible la custodia compartida con el bienestar del menor. Así es perfectamente posible el reconocimiento de una custodia compartida con domicilios emplazados en poblaciones distintas pero vecinas [SAP Valencia 11 noviembre 2013 (EDJ 2013, 258463)]. Y ello por cuanto que los “inconvenientes prácticos derivados de las distancia entre los domicilios”, emplazados en poblaciones vecinas (Torrente y Valencia) “resultan compensados con las ventajas de que la hija esté con ambos progenitores” [SAP Valencia 11 diciembre 2013 (EDJ 2013, 300232)]. Incluso se alude a la ventaja que representa esta proximidad por cuanto “evita o, al menos, disminuye, el riesgo de lo que ha venido denominándose “niños maleta” [SAP Baleares 18 marzo 2014 (EDJ 2014, 57099)].

Mayores dificultades ofrecería la existencia de una distancia kilométrica importante pues constituiría un claro e insalvable obstáculo en la determinación de la custodia compartida, pues afectaría drásticamente a la cotidianeidad vital del menor, afectando su realidad (escolar, extraescolar o de ocio) que se tiende a preservar. En caso de producirse ese distinto y lejano emplazamiento de uno de los progenitores, lo normal es que se atribuya a favor del progenitor que mantuviera el entorno estable del menor anterior a la ruptura de la convivencia; aunque pueda determinarse lo contrario si existe causa justificada. Ejemplificativo de esta excepción es el caso de la progenitora que se traslada unilateralmente con la menor, tras la ruptura de la convivencia con el padre de ésta, de Huelva a Madrid. La SAP Huelva 27 octubre 2013 (EDJ 2013, 293339) entiende que “dada la edad de la menor (6 años) y distancia geográfica [...] deben evitarse en lo posible los desplazamientos continuos de la menor y queda suficientemente regularizada la comunicación con el padre estableciendo fines de semana con carácter mensual a desarrollar en Madrid, pues ciertamente existen dificultades de horarios escolares

y tiempos de viaje de Madrid a Huelva los viernes. También los domingos, y son dificultades o cargas que debe asumir el padre y no la menor”. Respecto de la movilidad geográfica del domicilio refiere que “reconocer la posibilidad del traslado unilateral del domicilio de madre e hija, sin consentimiento del padre, es respetar la libre residencia y circulación siempre que resulte asegurada la comunicación paterno-filial, y es favorable la valoración judicial sobre si hay causa razonable para el traslado” y no perjudica el cambio a la menor.

B) La familia extensa y su apoyo al menor.

La familia extensa y la proximidad del domicilio a ella es también es un elemento que la jurisprudencia ha tomado en consideración por el apoyo familiar que puede suponer en el adecuado desarrollo del menor. Existe reiterada jurisprudencia sobre el papel que los abuelos determinan en la cohesión y transmisión de valores en la familia y su aporte relevante en la atención de necesidades afectivas y educativas de los menores.

En este sentido la cercanía del domicilio con la familia extensa constituye un hecho objetivo a valorar cuando dicha familia reclame su derecho a comunicarse con el menor cuando éste le haya sido vedado por el progenitor supérstite [SAP Ciudad Real 26 septiembre 2013 (EDJ 2013, 196240)].

Por su parte la legislación aragonesa, valenciana y navarra de custodia compartida aluden a la importancia de asegurar en la determinación del régimen de custodia el arraigo familiar: Entendiendo por arraigo el vínculo afectivo del menor a su entorno familiar; y considerando como familia a la extensa, podría decirse que la legislación autonómica representa una garantía para ésta y para asegurar el bienestar integral del menor.

C) La estabilidad del menor.

Para concluir el tratamiento de esta cuestión hay que decir que los Tribunales valorar positivamente la estabilidad de los menores, y en este sentido que los cambios de domicilio sean los menos posibles, sobre todo si los menores son de corta edad. Así se valora como favorable que uno de esos domicilios siga siendo el que el menor tuvo antes de que se produjera la crisis familiar; por cuanto con ello “no se produce alteración alguna en el ámbito convivencial de la menor y en los hábitos espaciales y relacionales de esta, a los que está acostumbrada desde siempre y que conviene conservar en interés de la propia menor” [SAP Granada 20 septiembre 2013 (EDJ 2013, 306419)], y en parecidos términos [SAP Málaga 22 octubre 2013 (EDJ 2013, 264578)].

Pero en todo caso, como bien dice el TS la atribución de un régimen de guarda y custodia compartida supone necesariamente tener que afectar esa inamovilidad física del menor; que no por ello supone una desprotección del mismo, pues lo contrario la preservación del hábitat que tenía el menor con anterioridad a la crisis, supondría no avanzar en el reconocimiento de la corresponsabilidad parental y en los beneficios que ella tiene para el adecuado desarrollo del menor en una vida que ya no puede ser igual que la que se fue.

2. La alternancia de los menores entre los domicilios de los progenitores.

Otro de los criterios que la jurisprudencia está consolidando como hecho a tener en cuenta en la determinación de la custodia compartida es el de la alternancia de los menores en los domicilios de los progenitores, esto es, el cambio y la duración de las estancias en ellos.

Al abordar este criterio y su alcance surge la pregunta de qué elementos se ponderan en su concreción, esto es, en la determinación del tiempo que cada progenitor va a estar con el menor. Y entre ellos juegan un papel destacado la edad y las circunstancias del menor:

La edad es un criterio importante y que es ponderado por la jurisprudencia y por el legislador autonómico a la hora de atribuir la custodia compartida, en particular a la hora de determinar el régimen de alternancia con los menores. Particular relieve cobra la legislación valenciana que en su art. 5.3 se refiere a esta cuestión y precisa que “en los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores”. Como puede comprobarse no se establece en términos imperativos sino de disponibilidad para los progenitores o la autoridad judicial que en todo caso valorará el interés del menor.

No establece el legislador qué pasa con menores de corta edad no lactantes, si bien la corta edad debiera ponderarse junto con otros criterios igualmente de peso, como la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar del menor; así como su actitud y la conciliación de la vida laboral y familiar; en aras a ser respetuosos con la declaración de la custodia compartida como un régimen normal y no excepcional. Pues esta custodia forma parte del derecho de los menores a desarrollar su personalidad al amparo de los cuidados y atenciones de sus dos progenitores.

Asimismo las circunstancias del menor pueden afectar a la alternancia, por ejemplo en caso de padecer alguna grave patología que requiriese de su estabilidad o reposo en un domicilio.

Por cuanto respecta a los tiempos, no hay regla establecida al respecto, pudiendo encontrarse custodias compartidas por semanas alternas, por quincenas, por meses, trimestres o curso escolar. Pero en su concreción en caso de disputa entre los progenitores juegan factores como la cercanía de domicilios, la flexibilidad horaria y el apoyo familiar. Pero en todo caso, se considera contraproducente para el adecuado desarrollo y adaptabilidad del menor a este régimen de guarda y custodia que haya más de tres cambios durante la misma semana por lo que el Ministerio Fiscal incluso aunque los progenitores alcanzasen el acuerdo puede informar en su contra en interés del menor [SAP Tarragona 4 diciembre 2013 (ED) 2013, 271357)].

A la hora de valorar la alternancia se toma en consideración si durante los períodos de estancia con el progenitor no custodio que demanda custodia compartida ha existido adecuado desarrollo de las visitas y cuidado debido del menor. A este respecto es ejemplificativa la STS 17 diciembre 2013 (ROJ 2013, 5966), que en su fundamento jurídico tercero establece que “el actual sistema de visitas con una pernocta entre semana y otro día más después del horario escolar hasta las 20 horas, desarrollado con normalidad, ha preparado a los menores para un sistema de custodia compartida, dado el amplio espacio de tiempo que han estado con el progenitor no custodio”.

De igual manera lo hace esta STS 495/2013, que insiste en que no se ha tomado en cuenta entre otros elementos que el TS valora para acceder a la custodia compartida “el régimen actual de visitas indudablemente amplio”, pues añade “los hijos tienen un vínculo afectivo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos”, sin que se adviertan obstáculos al hecho de que puedan vivir quince días con cada uno, aunque se reconozca que se encuentran a gusto con las visitas que tienen actualmente con su padre”.

III. CONCLUSIÓN: EL INTERÉS DEL MENOR COMO CLÁUSULA DE SALVAGUARDA.

A lo largo de este comentario se ha hecho hincapié en dos criterios que se toman en consideración a la hora de reconocer el régimen de guarda y custodia compartida y que son los que la STS 495/2013 aplica en su resolución. Junto a ambos existen otros muchos criterios que han sido apuntados y que también entran a valorarse necesariamente, pudiendo determinar que pese a que concurra proximidad entre los domicilios, no se atribuya la guarda y custodia conjunta por existir también un incumplimiento del régimen de visitas [SAP Murcia 3 enero 2014 (ED) 2014, 6286)], un impago de la pensión, una mala o escasa relación con el menor o de éste con su nueva pareja, o incluso, entre otros, una negativa o reticencia del menor a aceptar el régimen de custodia nuevo. Si bien en este supuesto la voluntad del menor será tenida en cuenta junto con otros factores, porque “en ocasiones la

voluntad expresada por los menores no coincide con la voluntad real ni con lo que les resulta más beneficioso" [SAP Tarragona 21 marzo 2014 (EDJ 2014, 53912)].

Interesante resulta respecto de cuanto se afirma el pronunciamiento judicial de la SAP Castellón 24 febrero 2014 (EDJ 2014, 59302)], cuando en su fundamento jurídico primero se hace eco de la sentencia de instancia que resolvía del siguiente modo: "valorando conjuntamente todo lo expuesto, se deduce la confluencia de circunstancias favorables a la custodia compartida (capacidad parental del padre, buena relación con el hijo, cercanía de domicilios) con otras que la desaconsejan (escasa implicación pasada del padre al ceder el ejercicio de la patria potestad y no ejercer la totalidad de su régimen de visitas, la actitud desfavorable del hijo a este cambio hace un año, o el hecho de la perfecta adaptación del menor a la situación actual de custodia materna que se está desarrollando de forma muy positiva y sin problemas para el niño, o la confusión del padre entre los aspectos cuantitativos y cualitativos de la relación paterno-filial, como si únicamente la custodia compartida permitiera ejercer plenamente la parentalidad cuando no es así. Atendiendo especialmente al interés del menor (que, no debe olvidarse, es el que merece una mayor protección y ha de prevalecer sobre los intereses de sus progenitores por legítimos que éstos sean) no se considera acreditado que el cambio de régimen de convivencia vaya a suponer un beneficio efectivo y real para el hijo en este caso concreto". Estos argumentos y la prueba practicada lleva a la Audiencia a concluir que *"si bien es un presupuesto imprescindible que no consten condiciones negativas en la aptitud del progenitor que aspire a la convivencia compartida, y que no hay que presumir nada en su contra, tal presupuesto no será suficiente si se percibe que tal régimen es contrario –o probablemente pueda serlo- al interés del menor. Es la aptitud parental condición ineludible, pero eso no la convierte en condición única y suficiente; lo es el "bonum filli"'*". Es por lo que concluyo que en todos y cada uno de los casos el interés del menor se erige por encima a modo de cláusula de salvaguarda, donde los criterios y los intereses en presencia no conducen a buen puerto al más necesitado de protección.

RECURSO DE CASACIÓN, INCUMPLIMIENTO POR EL
COMPRADOR DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE.
COMENTARIO A LA STS (SALA DE LO CIVIL) 705/2013, DE 12 DE
NOVIEMBRE (RJ 2013, 7866)

*APPEAL OF CASSATION, BREACH BY THE PURCHASER OF THE
CONTRACT OF SALE OF ESTATE. COMMENT ON STS (CIVIL CHAMBER) NO.
705/2013, OF NOVEMBER 12 (RJ 2013, 7866)*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 596-607



María J.
MONFORT
FERRERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de agosto de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: La imposibilidad de cumplimiento de la prestación excluye la situación de mora y produce un incumplimiento definitivo al verse frustrado el interés del acreedor. Para que exista la novación, sea con efectos modificativos o extintivos de la obligación originaria, es necesario el acuerdo de las partes.

PALABRAS CLAVE: Recurso de casación, compraventa civil, venta de finca con contraprestación en dinero y en especie, permuta, obligaciones del comprador, incumplimiento de la obligación del pago, mora, novación, indemnización de daños y perjuicios.

ABSTRACT: The lack of payment or breach of contract excludes the default and produces a final non-fulfilment because the creditor's interest becomes frustrated. For that there is a novation, either with amending or extinctive effects of the originative obligation, the agreement of the parties is required.

KEY WORDS: appeal of cassation, civil sale, sale of estate with contraprestation in money and in species, obligations of the buyer, breach of the obligation of the payment, payment delay, novation, compensation of damages.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares: la calificación del contrato.- II. Incumplimiento del comprador.- 1. La mora del deudor.- 2. Incumplimiento definitivo.- A) Incumplimiento del plazo.- B) Imposibilidad sobrevenida.- 3. Inexistencia de novación.- 4. Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso.- III. Efectos del incumplimiento: indemnización de daños y perjuicios.

SUPUESTO DE HECHO

El recurso de casación tiene su origen en un contrato de opción de compra que condujo finalmente a la compraventa de una finca en la que son vendedoras las demandantes en instancia y parte recurrida en casación, D^a Caridad y D^a Ana y en la que el comprador es Promocionesparqueapardiel, SL, a quien Promociones Kaledat, SL transmitió la opción y que figuran como demandados en la instancia, junto con los avalistas D. Romualdo y D. Lorenzo.

El precio de dicha compraventa se componía de una primera cantidad que se pagó al celebrar la opción de compra, una segunda que se abonó en el momento de la escritura y una tercera cantidad que se abonaría en especie, y que constituye la cuestión controvertida, consistente en la entrega de una vivienda, con plaza de garaje y trastero, a construir en solar que se transmite. La vivienda se describiría y se escogería una vez realizada la obra nueva y división en propiedad horizontal. La entrega no llegó a efectuarse, pues fue transmitida la propiedad de todos los pisos a otros compradores.

La Audiencia Provincial revocando la de primera instancia declara probado que no se cumplió la parte del pago consistente en la obligación de entrega de la vivienda con la plaza de garaje y el trastero. La AP condenó, pues, a la promotora y a los avalistas D. Romualdo y D. Lorenzo a indemnizar a las actoras, puesto que un cumplimiento *in natura* resultaba ya imposible al haber terceros adquirentes de buena fe. D. Lorenzo formula el presente recurso de casación.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TS no llega a pronunciarse sobre el fondo del asunto y declara no haber lugar al recurso de casación al considerar que está mal formulado pues en ambos motivos

• María J. Monfort Ferrero

Es Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se licenció. Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia, con la calificación de sobresaliente cum laude. Ha publicado diversos artículos y monografías, centrando sus líneas de investigación en el Derecho de familia, Derecho contractual y derecho de propiedad, materias en las que viene impartiendo clases y cursos de especialización. Correo electrónico: maria.j.monfort@uv.es.

alega preceptos heterogéneos. La jurisprudencia ya ha señalado en numerosas ocasiones que no cabe como motivo de casación la cita de preceptos heterogéneos ni de preceptos generales. No obstante, sí se pronuncia en el sentido de considerar que no se ha producido mora del deudor sino incumplimiento definitivo, ni ha existido una novación en el objeto del contrato.

COMENTARIO

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO.

Como es sabido el contrato de compraventa consiste en el intercambio de cosa por precio. El precio en la compraventa ha de ser cierto y consistir en dinero o signo que lo represente. Pero se admite que no consista íntegramente en dinero. De la sentencia se desprende la confusión que existe entre las partes, relativa a la calificación que el contrato merece.

Por otro lado, existe un contrato atípico en nuestro derecho, aunque regulado en algún ordenamiento autonómico como el catalán, conocido, además de otras denominaciones, como permuta o cesión de solar por obra que se realizará, que consiste en aquella práctica en cuya virtud un sujeto, propietario del terreno o solar, se obliga a ceder o cede el solar de su propiedad, o lo transmite en permuta, a otro sujeto el cual se obliga a entregarle a cambio parte de la cosa que construya. En concreto, se obliga a entregar determinados pisos o locales, que construirá sobre el solar transmitido.

Como se ha señalado en los hechos que dan lugar a la sentencia, se trata de la enajenación de un terreno, con la finalidad de construir, a cambio de un precio. La cuestión es que el precio, en este caso, consiste en parte en dinero y en parte en la entrega de una cosa. Con lo que, al consistir una de las prestaciones en parte en dinero y en parte en la entrega de una cosa, puede plantearse la duda de si estamos ante un contrato de compraventa, de permuta o, incluso, de este contrato atípico de permuta o cesión de solar por obra.

A este respecto, el art. 1446 CC, que es al que se refiere en la sentencia el TS para calificarlo de compraventa, dispone que "si el precio de la venta consistiera en parte en dinero y en parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario".

En este caso podemos deducir de la sentencia que las partes en el momento de celebración no manifestaron expresamente su voluntad de que se tratara de uno u otro contrato, pues se señala que no aparece en el contrato intención manifiesta de las partes de calificar el contrato como permuta. No conocemos exactamente qué cantidades corresponden a los dos primeros pagos, que sí se cumplieron, ni en cuánto valoraron el piso, con plaza de garaje y trastero, que esperaban recibir las vendedoras y que se correspondía con el tercer pago. No obstante, se consideran hechos probados que las cantidades ya pagadas que formaban parte del precio excedían en mucho del valor del inmueble, por lo que siguiendo la regla establecida en el art. 1446 CC el contrato debería calificarse como compraventa.

El contrato se formalizó en escritura pública en la que se determinó la finca y el precio, haciendo constar que el precio se compone de una primera cantidad que se pagó al celebrar la opción de compra, una segunda que se abonó en el momento de la escritura y una tercera cantidad que se abonaría en especie, viviendas y locales, de la cual le corresponde a las demandantes una vivienda a construir. Parece ser que en la escritura de compraventa no se especificó esta vivienda y que fue en un documento posterior; del que no consta la fecha, en el que se hizo.

En este documento se concreta el "compromiso de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de permuta", haciendo constar que a las demandantes les corresponde por mitad un determinado piso y la plaza de garaje y trastero que se describirá y escogerá una vez realizada la obra nueva y división en propiedad horizontal.

Por estas razones la sentencia deja claro, en su fundamento de derecho segundo, que el contrato no es de permuta sino de compraventa con parte del precio en especie, pese a que las partes lo denominen "permuta" en alguna ocasión. El TS, en la mayoría de los casos, ha calificado estos contratos en un sentido u otro de acuerdo con la realidad jurídica que se escondía debajo de cada caso concreto con independencia de la denominación otorgada por las partes [ARNAU MOYA, F.: "Los incumplimientos contractuales en la cesión de solar por obra futura", *Revista de Derecho Patrimonial* (2009), núm. 22, pp. 213-233].

Calificar el contrato como compraventa o como permuta, en principio, tampoco tendría que suponer un cambio significativo en la regulación del contrato, pues como señala el art. 1541 CC "en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta". Sin embargo, el calificarlo de una u otra manera o como contrato atípico de cesión de solar por obra futura, sí que podría ser relevante a efectos de un posible incumplimiento resolutorio, pues, por un lado, las partes estarían dando prevalencia, considerándola esencial, a la parte de la prestación consistente en la entrega del piso frente a la que consiste en la entrega de dinero; y, por otro lado sería relevante a la hora de resolver aplicando el art. 1124 CC, si se considera contrato atípico, o el 1504 CC si se considera compraventa

o permuta [LÓPEZ FRÍAS, A.: *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*. Barcelona (1997): p. 17].

Aparte de otras posibles formas de calificación, la jurisprudencia, en la mayoría de los casos en los que la contraprestación del cesionario consistía en parte en obra y en parte en dinero ha considerado que se trata de un contrato complejo o mixto, siendo su régimen aplicable el de las normas que regulan la compraventa, la permuta y el contrato de obra [STS 7 abril 1999 (RAJ 1999, 2659) y 6 junio 2002 (RAJ 2002, 992)] o solamente las normas de la compraventa y la permuta [STS 18 abril 1997 (RAJ 1997, 3247)].

Partiendo, pues, de que en este caso se ha calificado simplemente como un contrato de compraventa no hay que olvidar la semejanza de parte de este contrato, la relativa al intercambio de solar por obra futura, con el contrato de permuta de cesión o solar o por obra, con lo que no está de más acercarnos a las soluciones que se proponen frente al incumplimiento, en este contrato atípico, de la obligación de entrega de los pisos o locales.

II. INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR.

La promotora, compradora o cesionaria del terreno, contrajo, con la celebración del contrato, la obligación de pagar el precio, en parte en dinero, prestación que se cumplió correctamente, y en parte en especie. Sobre esta parte se centra la cuestión controvertida. Es decir, la promotora debía, en primer lugar, construir un edificio. Se trata de una obligación de hacer previa a la entrega del piso con trastero y plaza de garaje a las cedentes o vendedoras. El edificio efectivamente se construyó pero no se cumplió la obligación de entrega del piso.

Como se lee en la sentencia “se declara probado que no se cumplió en el plazo previsto y que nunca se entregó en especie el piso con garaje y trastero en el edificio levantado en la finca propiedad de las actoras”. Es claro, pues, que una parte de la contraprestación que se debía entregar a cambio del solar, no llegó a recibirse por las vendedoras.

En el caso que nos ocupa existe, en mi opinión, una pluralidad de prestaciones pues exigen del deudor diferentes comportamientos. El deudor se compromete a entregar una cantidad de dinero, en dos plazos y se compromete también a construir y entregar una vivienda con plaza de garaje y trastero. El problema que se plantea es el de decidir si cada una de las prestaciones puede ser objeto de cumplimiento y exigibilidad, con separación de las otras o si por el contrario el deudor solamente puede cumplir entregando el conjunto. El problema se resuelve atendiendo a la voluntad de las partes [DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2º, Las relaciones obligatorias. Madrid (1993): p. 314]. En nuestro caso, las distintas

prestaciones pueden cumplirse separadamente sin que se vea frustrado el interés de las acreedoras.

De entre los posibles tipos de incumplimiento contractual se plantean varias posibilidades a lo largo de la sentencia. Así, se habla de mero retraso, de mora, de incumplimiento definitivo por incumplimiento del término esencial, así como de incumplimiento definitivo de la obligación de entrega y cumplimiento defectuoso de la obligación en general.

I. La mora del deudor.

En el primero de los motivos del recurso de casación se alega infracción, entre otros, del art. 1100 CC, haciendo hincapié en la intimación que exige el Código civil para constituir al deudor en mora. Sin embargo, el TS considera que no se trata de un retraso culpable en el cumplimiento de la obligación, puesto que ya se ha acreditado un incumplimiento de la misma por no respetar el plazo pactado. Se ha probado, afirma la sentencia, que “el plazo vencía el 2 de octubre 2006 y en aquella fecha la obra no estaba terminada”.

Éste no es argumento suficiente para considerar que no hubo mora. Efectivamente, la mora es el retraso cualificado en la realización de la prestación por el deudor: La prestación todavía es posible y con su realización quedaría satisfecho el acreedor. Ahora bien, para que exista mora se requiere, además del retraso, una intimación o reclamación del cumplimiento del acreedor al deudor y que el retraso sea imputable al deudor; es decir, no se deba a caso fortuito o fuerza mayor.

En el caso que estamos analizando podría haberse dado esta situación de mora del deudor: Efectivamente, llegó la fecha del cumplimiento y el deudor no entregó la prestación, pues como declara la sentencia de instancia “... el plazo vencía el 2 de octubre 2006 y en aquella fecha la obra no estaba terminada”. Tras esa fecha el acreedor podía haber interpelado al deudor para que cumpliera y lo habría colocado en situación de mora. Podría, pues, haberse dado la situación de mora del deudor que se resolvería con la entrega del piso, una vez acabada la obra, más la correspondiente indemnización atendiendo a los días de retraso. El interés del acreedor hubiera quedado satisfecho de este modo.

Sin embargo, no ha podido producirse esta situación de mora porque ha sido subsumida por un incumplimiento definitivo de la obligación de entrega de la cosa, con lo que no tiene sentido mantener la existencia de mora al no poder satisfacerse ya el interés del acreedor (DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 620). Por tanto, en este caso no procedía plantear en el recurso la infracción del art. 1100 CC.

2. Incumplimiento definitivo.

No se ha producido pues un mero retraso sino un incumplimiento definitivo. Uno de los supuestos de incumplimiento definitivo más usuales cuando una de las prestaciones consiste en la construcción y entrega de pisos se refiere precisamente a su no entrega. En este caso pese a que la vivienda ha sido terminada, no llega a entregarse al cedente o vendedor del solar.

A) Incumplimiento del plazo.

La sentencia, en su Fundamento de derecho segundo, apunta que se declara probado “que no se cumplió el plazo”, como si se tratara de un plazo o término esencial. Igualmente en el Fundamento tercero añade que “se ha acreditado un incumplimiento de la misma por no respetar el plazo pactado, como así se ha probado y así se ha declarado por la sentencia de instancia que dice: ...el plazo vencía el 2 de octubre 2006 y en aquella fecha la obra no estaba terminada”.

Si el plazo se configura como esencial, su incumplimiento supone un incumplimiento definitivo de la obligación. El término esencial se da, bien cuando la naturaleza de la prestación no admite un cumplimiento tardío, bien cuando ha sido la voluntad de las partes la que ha determinado que el plazo se configure como tal. En cualquiera de estos casos un cumplimiento tardío ya no serviría para satisfacer el interés del acreedor.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa no parece que se trate de un término esencial. En primer lugar porque la naturaleza de la obligación admite claramente un cumplimiento tardío, y, en segundo lugar, porque de los datos que nos aporta el texto de la sentencia no podemos deducir que las partes lo hubieran configurado como tal en el contrato.

La voluntad de las vendedoras era recibir el piso en la fecha pactada pero hubieran visto igualmente satisfecho su interés si lo hubieran recibido en una fecha posterior. En este caso sí que podrían haber colocado al deudor en mora, con los consiguientes efectos de la misma, pero habrían recibido la prestación quedando satisfechas. Podría, tal vez, haberse configurado como un término esencial impropio, en cuyo caso la solución hubiera sido la misma: mora automática del deudor; dado que la prestación todavía puede tener utilidad para el acreedor.

B) Imposibilidad sobrevenida.

Pero en este caso, aun cuando un cumplimiento tardío hubiera satisfecho el interés de las acreedoras, el deudor en ningún momento cumple con la entrega ni parece que pueda ser posible cumplir en un momento posterior por encontrarse

la cosa en poder de terceros de buena fe. Así, puede leerse en la sentencia de la AP que “las actoras son conscientes de la imposibilidad de hacer tal petición (pedir la entrega del piso) una vez transmitida la propiedad a otros compradores y lo que hacen es reclamar la indemnización de daños y perjuicios con apoyo en lo pactado en el compromiso”.

El concepto de imposibilidad sobrevenida deriva del de pérdida de la cosa. Como puede leerse en el art. 1122.I. 2° CC, “si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios”, añadiendo que se entiende “que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia, o no se puede recobrar”. En el caso que estamos analizando el piso, aunque existe y no está fuera del comercio, no se puede recobrar por haberse vendido a terceros de buena fe.

Así pues, la imposibilidad sobrevenida es imputable al deudor, que ha vendido el piso consciente de que no podría cumplir su obligación de entrega con las cedentes o vendedoras del terreno, por lo que no quedaría liberado sino que su obligación se convierte en la obligación de resarcir los daños y perjuicios, que más adelante veremos.

3. Inexistencia de novación.

No obstante todo lo anterior, el fiador, recurrente en casación, sostiene que no hubo incumplimiento por parte del deudor principal puesto que se produjo una novación del contrato por cambio del objeto.

Efectivamente, parece ser que en un determinado momento, cuando la compradora vio la imposibilidad de cumplir con la entrega pactada por haberse vendido el piso a un tercero de buena fe, ofreció a las vendedoras la entrega de otra vivienda, que aún no había sido vendida, en la misma finca construida.

Este ofrecimiento, como bien entiende el TS, no constituye la novación del contrato. Efectivamente, “la novación exige el concurso de voluntades de los contratantes”. Sólo habría novación o modificación de la relación obligatoria por cambio de objeto en el caso de que las partes así lo hubieran acordado. La novación es un efecto de la autonomía de la voluntad de las partes.

En ningún caso puede haber una novación en contra de la voluntad de una de las partes o sin constar su aceptación y como establece la sentencia “no consta ni se ha probado que las demandantes compradoras aceptaran una modificación, que se refería exclusivamente a una rectificación en el objeto del contrato (una vivienda de menor tamaño que la pactada) “modificación forzada” dice la sentencia de instancia, que nunca fue aceptada por las compradoras demandantes”.

En otro orden de cosas, llama la atención que las sentencias se refieran a las demandantes como compradoras, como si estuvieran comprando la vivienda, cuando la vivienda que se les debería haber entregado forma parte del precio por la venta del solar. Venta en la que actúan como vendedoras.

4. Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso.

Si consideramos que se trata de un contrato de compraventa, como hemos hecho en la primera parte del comentario, y que la obligación de la demandada consiste en una pluralidad de prestaciones, vemos que no ha habido un incumplimiento total de la obligación del comprador; sino parcial, puesto que parte del precio, la consistente en dinero, sí que se pagó, como han reconocido las partes. Sólo la parte de la prestación consistente en la entrega de la vivienda con la plaza de garaje y trastero es la que ha sido incumplida y, por tanto, así considerado podríamos afirmar que se ha producido un incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso.

III. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

Ante el incumplimiento de la obligación de entrega a las vendedoras les queda la posibilidad, conforme al art. 1124 CC, de resolver el contrato o pedir el cumplimiento forzoso. Puesto que nos encontramos con que la obra prometida ha sido vendida a terceros de buena fe, protegidos en su adquisición por ser terceros registrales del art. 34 LH, no será posible el cumplimiento *in natura*.

Conscientes de esta situación, como indica la sentencia al decir que “las actoras son conscientes de la imposibilidad de hacer tal petición (pedir la entrega del piso) una vez transmitida la propiedad a otros compradores...”, las vendedoras reclaman la indemnización de daños y perjuicios con apoyo en lo pactado en el compromiso.

También el TS en otras sentencias sostiene que si el cumplimiento en forma específica no puede ya realizarse, se debe sustituir por una indemnización que constituye lo que se conoce como cumplimiento por equivalente [STS 12 febrero 1979 (RJ 1979, 1979), 30 diciembre 1991 (RJ 1991, 9607), 22 julio 1993 (RJ 1993, 6276), 13 marzo 1997 (RJ 1997, 2475) y 16 diciembre 2002 (RJ 2002, 10749)]. En alguna de estas sentencias puede leerse que “el efecto retroactivo de la resolución, sea por condición resolutoria expresa, sea por incumplimiento de las obligaciones bilaterales, no alcanza a terceros adquirentes de buena fe..., por lo cual la disposición a terceros de buena fe se resuelve en indemnización de daños y perjuicios”.

Igualmente, la doctrina considera que en los casos en que se produce un incumplimiento definitivo de la obligación por resultar sobrevenidamente imposible, la obligación de entrega se transforma en una obligación de indemnizar los daños y perjuicios (DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 682).

A la vista de todo lo anterior, pese a que el TS desestima los motivos del recurso de casación al considerar que está mal formulado pues en ambos alega preceptos heterogéneos, si se hubiera entrado en el fondo del asunto tampoco se habría casado la sentencia. Partiendo de los hechos probados, se observa que se incumplió la parte de la obligación principal de la compradora sin que se haya producido la situación de mora ni se haya novado la obligación. El fiador recurrente, por tanto, tendrá que hacer frente al pago de la correspondiente indemnización.



EL PLAZO DE ACEPTACIÓN DE LA OFERTA COMO LÍMITE DE
VIGENCIA. COMENTARIO A LA STS NÚM. 506/2013, DE 17 DE
SEPTIEMBRE (RJ 2013, 6826)

*PERIOD OF ACCEPTANCE OF THE OFFER AS LIMIT VALIDITY. COMMENT
ON STS NO. 506/2013, OF SEPTEMBER 17 (RJ 2013, 6826)*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 608-617



Raquel
GUILLÉN
CATALÁN

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de septiembre de 2014
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: Carácter recepticio de la revocación de la oferta. El contrato queda perfeccionado si la aceptación se produce en el plazo de vigencia de la oferta y antes de que la revocación llegue a conocimiento del destinatario de la misma.

PALABRAS CLAVE: Oferta contractual, plazo de aceptación, vigencia, teoría de revocabilidad de la oferta y excepciones.

ABSTRACT: Reciprocal character of the revocation of the offer. The contract is concluded if acceptance occurs within the term of the offer and before the revocation becomes known to the recipient thereof.

KEY WORDS: Contractual offer, acceptance period, validity, theory of revocation of the offer and exceptions.

SUMARIO: I. Introducción sobre la definición y características de la oferta.- II. La duración de la oferta.- III. La terminación de la oferta. Especial referencia a la revocación y a la caducidad.- IV. Conclusión.

SUPUESTO DE HECHO

La demandante, a través de su mandatario, se dirigió a una agencia inmobiliaria para adquirir una finca y al tener conocimiento de que los demandados tenían en venta su propiedad entró en contacto con los mismos a finales de 2006.

Tras visitar las fincas, la demandante, por medio de su mandatario, comenzó las negociaciones con los demandados.

El mandatario de la actora remitió a los demandados, por medio de fax, el 23 de abril, un borrador de contrato en el que consignaba la fecha de 27 de abril de 2007. Los vendedores contestaron remitiendo un fax el 24 de abril, al que se adjuntaba un documento que según la carátula del fax era un “contrato de compraventa”, en el que figuraba la fecha de 25 de abril de 2007, se mantenía el precio pero cambiaban algunas de las condiciones.

El mandatario de la demandante comunicó telefónicamente a su mandante las condiciones ofertadas, a las que ésta dio su asentimiento y la mañana del 25 de abril procedió a la liquidación-venta de fondos de inversión, para hacer frente a los primeros pagos de la compraventa.

La tarde del día 25 de abril, el mandatario de la demandante llamó por teléfono al vendedor para comunicarle que ya se había dado orden de venta de los fondos de inversión para poder firmar el contrato el día siguiente, aceptando de este modo las condiciones de la contraoferta, y fue entonces cuando el vendedor le comunicó

• Raquel Guillén Catalán

Es Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, Acreditada a Profesora Titular de Universidad. Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia en 2008 y Premio Extraordinario de Doctorado. Autora y coautora de múltiples publicaciones, destacando la publicación de tres monografías como autora única (SPAM y Comunicaciones Comerciales No Solicitadas, Aranzadi, 2005; Oferta Contractual y Nuevas tecnologías, Aranzadi, 2009 y La oferta contractual dirigida a consumidores, Colegio Nacional de Registradores, 2010) y una monografía realizada en coautoría con el Prof. Orduña Moreno dedicada a la Insolvencia: concepto, régimen jurídico y tratamiento jurisprudencial de la editorial Thomson-Reuters, 2010. Además, ha realizado contribuciones a congresos, tanto a nivel nacional como internacional, y ha participado en Programas de Movilidad para Profesorado y ha realizado estancias de investigación en Europa y América. Correo electrónico: raquel.guillen@uv.es.

que esa misma mañana habían firmado un contrato por el que vendían las fincas a un tercero.

La demandante presentó demanda ante el JPI solicitando que se declarase la ineficacia del contrato de compraventa celebrada por los demandados con un tercero respecto de las fincas objeto de litigio y se cancelara la inscripción registral a que hubiera dado lugar y, subsidiariamente, de no ser posible esto último, se les condenara al pago de 300.000 euros en concepto de sanción por incumplimiento contractual.

En la audiencia previa, al tener la demandante conocimiento de que se había inscrito en el Registro de la Propiedad la venta de las fincas a un tercero, renunció a los pedimentos de la demanda relativos a la condena a los demandados al cumplimiento del contrato y la ineficacia del contrato concertado con un tercero.

La Sentencia del JPI estimó la demanda interpuesta y declara que entre los demandados y la demandada se perfeccionó el contrato de compraventa referente a las fincas objeto de controversia. Así mismo, la mencionada Sentencia declaró la resolución de dicho contrato y condenó a los demandados a indemnizar a la actora en la cantidad de trescientos mil euros como indemnización por incumplimiento contractual por ser la prevista en la cláusula penal del contrato, así como a los intereses legales correspondientes, y con imposición a la parte demandada de las costas procesales causadas.

La AP desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y confirmó la Sentencia de Primera Instancia, con imposición a la parte apelante de las costas procesales del recurso.

Los demandados- apelantes interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El TS declara haber lugar en parte al recurso interpuesto y anula en parte la Sentencia de la AP acordando revocar la condena a los recurrentes a pagar la cantidad de trescientos mil euros a la demandante como indemnización por incumplimiento contractual y sus intereses legales, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia relativos a la declaración de perfección del contrato y a su resolución por incumplimiento, sin expresa imposición de las costas de primera instancia ni de la apelación. Tampoco procede imposición de costas correspondientes a los recursos interpuestos.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En esta Sentencia el TS realiza una extraordinaria aplicación de la doctrina hermenéutica sobre la oferta contractual. Concretamente, respecto a la fijación de

un plazo de vigencia para la oferta y el carácter recepticio de la revocación de la oferta.

La importancia de su planteamiento radica en que la Sentencia entiende que “la revocación, al igual que la propia oferta, ha de consistir en una declaración de voluntad recepticia, aunque no requiera ninguna forma especial. Debe ser dada a conocer por el oferente al destinatario antes de la aceptación de la oferta”.

En consecuencia, el TS declara perfeccionado el contrato.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN SOBRE LA DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA OFERTA.

La oferta contractual se define, tanto por la doctrina [MORENO QUESADA, B.: *La oferta de contrato*. Barcelona (1963): Nereo, pp. 59 y ss.], como por la jurisprudencia [por ejemplo, SSTS 10 octubre 1980 (RJ 1980, 3623), o 2 febrero 1990 (RJ 1990, 652)], como la “declaración de voluntad dirigida por una de las partes, llamada oferente, a la otra u otras, conocidas como destinatarios, con el fin de concluir un contrato una vez se reciba la aceptación”.

Atendiendo a este concepto, la oferta es, en primer lugar, una declaración de voluntad unilateral que contiene todos los elementos esenciales del futuro contrato y que el oferente emite con una seria intención de obligarse y dar a conocer al destinatario, puesto que si el destinatario del mensaje acepta la oferta, momento en el cual se produce la perfección del contrato, se cumplirán satisfactoriamente los intereses del oferente [MENÉNDEZ MATO, J.C.: *La oferta contractual*. Pamplona (1998): Aranzadi, pp. 46-59; o MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.: *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*. Barcelona (2001): Marcial Pons, pp. 38-51].

La Convención de Viena se pronuncia en similares términos a la definición doctrinal de la oferta en el ámbito nacional, ya que el párrafo primero del art. 14 de dicha Convención establece como oferta aquella propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

Por su parte, los Principios de derecho contractual europeo establecen como oferta contractual, la propuesta que muestre la voluntad de convertirse en contrato si la otra parte acepta y contiene términos y cláusulas suficientes para formar un

contrato [Artículo 2.201. (1). DÍEZ PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES A. M.: *Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid (2002): Civitas].

Por último, señalar que el art. 13 del Código Europeo de Contratos establece que la oferta es “la declaración dirigida a la conclusión de un contrato si contiene todas las condiciones del contrato a estipular o indicaciones suficientes en cuanto a la posibilidad de determinar el contenido, en modo de poder ser objeto de una aceptación pura y simple, y si además expresa, al menos implícitamente, la voluntad del autor de la oferta de considerarse vinculado en caso de aceptación”.

II. LA DURACIÓN DE LA OFERTA.

La oferta precisa de un periodo de tiempo de vigencia a fin de que pueda recaer la aceptación, puesto que el destinatario debe disponer del tiempo suficiente para adoptar una decisión al respecto.

La cuestión estriba en determinar cuál es el tiempo de vigencia de la oferta. Al respecto, se pueden distinguir dos supuestos claramente diferenciados: que la oferta contenga su propia duración fijada, o, por el contrario, no tenga plazo alguno determinado por el oferente.

Respecto al primer supuesto no existe ninguna duda de que la oferta tendrá vigencia durante el plazo determinado en la misma oferta, bien estableciendo un término inicial a partir del cual la oferta tendrá eficacia, o bien un término final de la oferta, también llamado plazo de vigencia o de caducidad, durante el cual desplegará su eficacia y deberá producirse su correspondiente aceptación para dar nacimiento al contrato, tal y como ocurre en la Sentencia comentada.

Atendiendo al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, la oferta puede establecer, por decisión del propio oferente, tanto el momento inicial de vigencia de la misma, como el plazo final de validez.

Sobre esta cuestión no se pronuncian ni la Convención de Viena ni los Principios UNIDROIT, en cambio, los Principios de derecho contractual europeo recogen expresamente la posibilidad de que el oferente establezca un plazo para que el destinatario manifieste su oferta. Concretamente, el art. 2.206 (1) de los Principios de derecho contractual europeo señala que para que la aceptación tenga efecto debe llegar al oferente en el plazo dispuesto por él.

En relación a la fijación de un término, el problema radica principalmente en determinar si el establecimiento de un término de vigencia en la oferta supone la eliminación del derecho a revocar la oferta que se analizará posteriormente.

En el segundo supuesto planteado sucede lo contrario: la oferta no hará referencia alguna al plazo de duración en ninguna de sus cláusulas. Por tanto, se discute por parte de la doctrina y de la jurisprudencia si la oferta conlleva un plazo implícito de vigencia para su aceptación.

No cabe duda que el momento inicial de la oferta queda establecido cuando ésta llega a su destinatario y respecto al momento final, debido a que excede del objeto de análisis de esta sentencia, sólo señalar que tanto la doctrina [MORENO QUESADA, B.: "La oferta de contrato", *RDN* (1956), p. 184; y CAPILLA RONCERO, F.: "Oferta-Derecho Civil", en *Enciclopedia Jurídica Básica, III*. Madrid (1995): Civitas, p. 4561], como la jurisprudencia [STS 3 noviembre 1993 (RJ 1993, 8963) y STC 16 noviembre 1981 (RTC 1981, 37)], entiende que cuando la oferta no recoja el plazo de vigencia en la misma, se aplicará el criterio de razonabilidad para su determinación atendiendo a las específicas circunstancias que rodean a cada oferta.

III. LA TERMINACIÓN DE LA OFERTA. ESPECIAL REFERENCIA A LA REVOCACIÓN Y A LA CADUCIDAD.

La oferta se extingue como consecuencia de ser rechazada por su destinatario, ser revocada por el oferente, haber caducado por el lapso de tiempo sin haber existido respuesta de su destinatario, por la muerte o la incapacidad sobrevenida del oferente antes de producirse la perfección del contrato y por devenir imposible el objeto de la oferta antes ser aceptada la misma.

Atendiendo a los aspectos relevantes de la Sentencia objeto de comentario se va a prestar atención al análisis de la revocación y caducidad de la oferta.

Respecto a la revocación de la oferta, es la declaración de voluntad unilateral del oferente, dirigida al destinatario de la oferta, por medio de la cual le comunica su voluntad de no mantener la oferta, es decir, su deseo de que la oferta realizada desaparezca del mundo jurídico [DÍEZ-PICAZO, L.: *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*. Madrid (1998): Civitas, p. 175; o MORENO QUESADA, B.: "La oferta de contrato", cit., p. 176).

La posibilidad de revocar la oferta contractual encuentra su justificación jurídica en el hecho de que no existe ninguna vinculación contractual por parte del oferente; él ha emitido una declaración de voluntad con la intención de favorecer la formación de un contrato, pero éste todavía no se ha perfeccionado [PERALES VISCASILLAS, M^a. P.: *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*. Valencia (1996): Tirant Lo Blanch, p. 397].

Además, la revocación, como declaración de voluntad, al igual que la oferta, aunque con la intención de iniciar los efectos contrarios a la anterior, debe ser exteriorizada por el oferente al destinatario de la oferta.

En relación a la figura de la revocación en los documentos de derecho internacional, el párrafo primero del art. 16 de la Convención de Viena reconoce el principio de la revocabilidad de la oferta hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación. En los mismos términos se pronuncia el párrafo cuarto del art. 2 de los Principios UNIDROIT.

Continuando con el análisis de esta figura, el art. 2.202 de los Principios de derecho contractual establece que se podrá ejercitar el citado derecho de revocación, siempre y cuando no suceda uno de los siguientes supuestos y la revocación llegue a su destinatario antes de que el mismo haya remitido su aceptación.

1º) La oferta sea declarada como irrevocable,

2º) se indique un plazo determinado para su aceptación,

3º) el destinatario de la misma pudiera creer de manera razonable que se trataba de una oferta irrevocable y hubiera actuado en función de dicha oferta.

En cuanto a la figura de la revocación en el Código Europeo, de conformidad con el párrafo primero del art. 15, el oferente puede ejercitar su derecho mientras su destinatario no haya expedido su aceptación.

Para finalizar con las cuestiones generales referentes a la revocación de la oferta, se debe mencionar que, aunque el oferente es libre de revocar su oferta al estar en ejercicio de un derecho, tal y como se ha mencionado anteriormente, en concordancia con la buena fe incurriría en responsabilidad precontractual si actuara de manera intempestiva, puesto que el destinatario de la misma confía en que la formación del contrato depende sólo de su aceptación y debe ser indemnizado por los daños que esa confianza le produzca si el oferente le impide que el contrato llegue a nacer [MORENO QUESADA, B., *La oferta de contrato*, cit., pp. 41-51].

Junto a la posibilidad de ejercitar la revocación de la oferta, se debe plantear si cabe en derecho español la posibilidad que el oferente renuncie temporalmente a su derecho de revocación, asumiendo, por tanto, la obligación de no realizar ninguna acción con el propósito de anular su oferta.

En el ordenamiento jurídico español, a pesar de que no existe ninguna referencia general a la oferta irrevocable, se admite esta figura tanto por la doctrina [DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I. Madrid (1983): Tecnos, p. 281], como por la jurisprudencia [vid. las SSTs 22 diciembre 1956, 16 marzo 1961 y 7 marzo 1968].

La oferta de carácter irrevocable consiste en una declaración de voluntad que el oferente dirige al destinatario renunciando, al mismo tiempo que realiza una propuesta contractual, a su derecho de revocarla por un plazo determinado.

En la citada declaración existe un verdadero compromiso por parte del oferente de no ejercitar su derecho de revocación, por lo que cualquier manifestación efectuada por él para dejar sin efecto la oferta, en contradicción a su promesa de irrevocabilidad, se considerará ineficaz.

No existe ninguna duda sobre la posibilidad de que se realice la renuncia a su derecho de revocación de modo expreso en la propia oferta, pero, hay que plantearse si es posible que se deduzca la irrevocabilidad de la oferta de una manera tácita como, por ejemplo, a través del establecimiento de un plazo de aceptación.

Al respecto la doctrina se encuentra dividida. Mientras parte de los autores consideran que resultará tácitamente irrevocable cuando se fije un plazo para su aceptación [LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: "Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil", *La Ley* (1989), núm. 2, p.1148], en cambio, para la mayoría de los autores la condición de irrevocabilidad de la oferta no se debe al establecimiento de un plazo para su aceptación sino a la presencia de una clara voluntad del oferente de autolimitar su poder de revocación [DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I., cit., p. 284; y CAPILLA RONCERO, F.: "Oferta-D.º Civil", cit., pp.4561-4562].

Se debe concluir en cuanto a estas tendencias que estoy de acuerdo con la necesidad de que conste expresamente la irrevocabilidad de la oferta en la misma, por lo que el establecimiento del plazo de vigencia no basta para considerar irrevocable una oferta, atendiendo a los principios generales del ordenamiento jurídico español recogidos en el art. 1289 CC y el párrafo segundo del art. 6 CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la renuncia de derechos.

Del estudio de los documentos internacionales, concretamente del art. 16.2 de la Convención de Viena, al art. 2.1.4 (2) de los Principios UNIDROIT, el art. 2.202 (3) de los Principios de derecho contractual europeo y el art. 17 del Código Europeo de Contratos, se puede concluir que el carácter irrevocable de una oferta contractual puede establecerse expresamente o desprenderse tácitamente de la interpretación de la misma, de las conversaciones que hayan mantenido los contratantes, de las prácticas que ellas hayan mantenido entre sí o de los usos acordados o conocidos y observados en el tráfico comercial.

En consecuencia, se puede observar que el mayor problema que surge en relación a los supuestos contemplados como excepciones al principio de revocabilidad de la oferta, es el concerniente a la fijación de un plazo determinado para que el destinatario de la oferta manifieste su aceptación. Cuestión que no ha sido resuelta por los textos internacionales ni ha sido mencionada en la Sentencia analizada.

Por todo lo expuesto hasta ahora, no cabe, sino afirmar, a mi parecer, que por el sólo hecho de que el oferente fije un tiempo para que el destinatario de la propuesta acepte la misma, se entienda implícitamente que la citada oferta conlleva, necesariamente, un plazo de irrevocabilidad, sería desacertado y supondría una ruptura con el principio general y una inversión del mismo.

IV. CONCLUSIÓN.

Tanto en el ordenamiento jurídico español, como en las normas internacionales y los documentos originados por la labor armonizadora de la Unión Europea, la oferta contractual es la declaración de voluntad, unilateral, recepticia, completa (contiene todos los elementos del futuro contrato), dirigida por el oferente a otra persona, llamada destinatario, con el objetivo de concluir un contrato si se emite la correspondiente aceptación.

La oferta precisa de un período de tiempo de vigencia a fin de que sobre ella pueda recaer la aceptación, puesto que el destinatario debe disponer del tiempo suficiente para adoptar una decisión al respecto.

La duración de la oferta será la que determine las leyes o el proponente en la misma oferta estableciendo un término inicial a partir del cual la oferta tendrá eficacia o un término final durante el cual desplegará su eficacia la oferta y a su cumplimiento la oferta dejará de tener validez.

En defecto de fijación de un plazo determinado, la eficacia de la oferta se inicia cuando la misma sea conocida por el destinatario de la misma y finaliza su vigencia en un plazo razonable, atendiendo a distintos factores, como la naturaleza de las cosas objeto de la oferta, los usos vigentes, la expectativa del oferente, el comportamiento previo de las partes, la actuación del oferente después de la formulación de la oferta, etcétera.

A pesar de existir un plazo de duración en la propia oferta, no supone que el oferente rechace su derecho a revocar la oferta.

La oferta se extingue como consecuencia de ser revocada por el oferente, salvo si éste ha declarado expresamente que la oferta es irrevocable, o por haber caducado por el lapso de tiempo sin haber existido respuesta de su destinatario.

En consecuencia, el contrato queda perfeccionado si la aceptación se produce en el plazo de vigencia de la oferta y antes de que la revocación llegue a conocimiento del destinatario de la misma.

EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE CUENTAS EN
PARTICIPACIÓN. COMENTARIO A LA STS DE 29 DE MAYO DE 2014

*OBLIGATIONS UNDER A PARTICIPATION AGREEMENT. A COMMENT ON
THE SPANISH SUPREME COURT'S DECISION OF 29 MAY 2014*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 618-629



Paola N.
RODAS
PAREDES

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de septiembre de 2014
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: La naturaleza jurídica del contrato de cuentas en participación ha sido objeto de amplio debate en la doctrina y jurisprudencia española. El debate actual debe analizarse a la luz del Anteproyecto de Código Mercantil, la cual propone la definitiva adscripción de esta figura al Derecho contractual, alejándolo del de las sociedades mercantiles.

PALABRAS CLAVE: Contrato de cuentas en participación, naturaleza jurídica, resolución de contrato, autonomía de la voluntad, Anteproyecto de Código Mercantil.

ABSTRACT: The legal nature of the Participation agreement has been widely discussed by scholars and courts in Spain. This comment focuses on this discussion, particularly in the light of the draft Commercial Code currently under preparation. The proposed draft clarifies that this contract should be classified as a Business Law contract, independent from Company Law.

KEY WORDS: Participation agreement, legal classification, termination of contract, Freedom of contract, Proposed Commercial Code.

SUMARIO: I. Introducción.- II. El contenido actual y futuro de la regulación normativa en la materia.- 1. Antecedentes.- 2. La regulación vigente y su interpretación doctrinal y jurisprudencial.- 3. El Anteproyecto de Código Mercantil.- A) Sistemática.- B) Fundamento.- C) Contenido.- III. Conclusión.

SUPUESTO DE HECHO

D. Gabino interpuso demanda solicitando la declaración de resolución de un contrato de cuentas en participación, de conformidad con la cláusula novena del mismo, por incumplimiento contractual de la sociedad Inmo Otxango, S.L., que actuaba como sociedad gestora. La cláusula controvertida señalaba la obligación de la sociedad gestora de cumplir con las condiciones estipuladas en el contrato.

En este caso, el partícipe demandante señalaba que Inmo Otxango, S.L. habría incumplido el deber de llevar una contabilidad acorde a lo establecido en el contrato de cuentas en participación. La sociedad gestora demandada habría acordado con el demandante llevar una contabilidad clara y separada del resto de sus actividades. Igualmente, el demandante señalaba que tampoco se habría respetado el calendario previsto para otorgar al partícipe información puntual sobre la marcha del negocio, ni realizado ninguna otra actividad llamada a informarle sobre las actividades de la sociedad gestora respecto del negocio objeto del contrato.

En la misma demanda, se insta la declaración del derecho del demandante a recuperar las sumas dinerarias entregadas en su día como aportación a las cuentas en participación, así como el derecho a percibir los intereses legales correspondientes a dicha suma.

La SJPI de Barakaldo desestimó la demanda, absolviendo al demandado, pues consideró que la naturaleza del negocio jurídico en disputa era la de sociedad civil irregular, de manera que, como señalaba la contestación a la demanda, ésta debía ser liquidada según las normas que rigen estas sociedades.

Frente a esta resolución, el demandante instó recurso de apelación ante la AP de Bilbao, cuya Sección 4 dictó sentencia el 26 de enero 2012, estimando el recurso de

• Paola N. Rodas Paredes

Profesora Lectora del Área de Derecho Mercantil en la Universidad Rovira i Virgili. Doctora en Derecho con Mención Europea por la Universidad de Valencia (2010). Sus principales líneas de investigación atañen al Derecho del contrato de seguro y también al Derecho de sociedades. Es autora de diversas publicaciones científicas en estas materias, además de haber contribuido con ponencias a Congresos internacionales especializados en ambas materias. Ha realizado estancias de investigación pre- y post-doctorales en el Reino Unido y Alemania.

apelación interpuesto por el demandante y revocando, de esta manera, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. La resolución declara resuelto del contrato de cuentas en participación suscrito por las partes en litigio y condena a la sociedad demandada a pagar 450.759,08€ al demandante, además de los intereses legales correspondientes.

Antes esta resolución, la sociedad demandada interpuso recurso de casación ante el TS.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TS desestimó el recurso de casación, pues consideró correcta la calificación de la naturaleza de la obligación como un contrato de cuentas en participación y no una sociedad irregular como había determinado el juez de Primera Instancia. Esta cuestión, que no fue recurrida en el recurso y por tanto fue aceptada por los litigantes, mereció del Alto Tribunal una breve remisión a la reiterada doctrina jurisprudencial respecto de este contrato y de sus características particulares que la diferencian de los entes societarios. En concreto, recuerda el Tribunal que este negocio jurídico no cuenta con autonomía patrimonial, dado que no genera un patrimonio social, como sí ocurre con las sociedades [como así lo señalaba, entre otras, la STS 6 octubre 1986 (RJ 1986, 5240)], pues en las cuentas en participación las aportaciones del partícipe pasan a formar parte del patrimonio del gestor, quien será el responsable de aplicar los fondos recibidos al negocio pactado entre las partes. Por otra parte, este contrato no da lugar a la constitución de un ente con personalidad jurídica propia, como sí ocurre con los contratos societarios (STS 8 abril de 1987).

Aclarado el contenido básico de la relación jurídica [formulado según señala el art. 239 CCom], el Tribunal analiza el motivo del recurso, éste es, a saber, la determinación de si se debe aplicar a la liquidación y extinción del contrato de cuentas en participación el régimen legal previsto en el CCom (como solicitaba el recurrente demandado en primera instancia) o la aplicación del régimen previsto en el contrato firmado por las partes, y por tanto la declaración de la resolución del contrato como había hallado procedente la resolución de la AP recurrida.

Al respecto, señala el Alto Tribunal que, en efecto, la regulación normativa prevé que, en este contrato –en el que pueden interesarse comerciantes y no comerciantes– las partes puedan definir libremente el contenido de las obligaciones contractuales, así como buscar sistemas alternativos o particulares de resolución y extinción del contrato de cuentas en participación. En este caso, el Tribunal encuentra que las causas de extinción previstas en el contrato firmado por los litigantes es perfectamente válido pues ha sido convenido por las partes de manera expresa.

También señala que, a pesar de que el contenido del contrato no se avenga a una estructura contractual *típica*, la capacidad de las partes de normar sus relaciones es indiscutible (pues le son aplicables las normas generales de contratación, contenidas en el art. 1255 CC) permitiéndose por tanto pactar convenciones correspondientes a otras categorías jurídicas (art. 1089 y 1091 CC). Por esta razón es por la que estima el Tribunal que es pertinente desestimar el recurso presentado, pues en este caso, incumplidas las obligaciones pactadas por las partes en el contrato firmado por los litigantes, ha lugar a la aplicación del régimen de resolución contractual previsto en el mismo en tanto que se ha frustrado el fin económico del contrato por incumplimiento continuado e injustificado de las obligaciones señaladas, además de la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Por último, señala el Tribunal que de no existir una previsión expresa en el contrato controvertido, en caso de incumplimiento, el efecto obligado hubiera sido el de la liquidación de las cuentas en participación, a realizarse por la sociedad gestora (art. 243 CCom). Sin embargo, dado que en las disposiciones del contrato se encuentra regulado este aspecto, además del atinente a la forma de realizar la liquidación, la forma prevista en el mismo no contraría la doctrina del TS, razón por la cual el motivo se desestima.

I. INTRODUCCIÓN.

Las cuentas en participación constituyen, en nuestro Derecho, un elemento de planificación económica de la empresa. Este trabajo intenta contribuir a la clarificación de su régimen legal, tan discutido por la doctrina y la jurisprudencia.

Así, en este estudio se analiza la naturaleza de este contrato como *contrato de colaboración empresarial* –pues tal es su calificación en el Anteproyecto de Código Mercantil, con la que además, por los motivos posteriormente mencionados, estamos de acuerdo– superando, por tanto, su siempre discutida naturaleza jurídica como *contrato societario*. Para ello, este trabajo realizará un breve repaso a la interpretación jurisprudencial del contrato de cuentas en participación tal cual ha sido realizado de acuerdo con la legislación vigente, sin dejar de lado los posibles cambios –si los hay– en dicha interpretación de acuerdo con el Derecho proyectado según el actual borrador del Anteproyecto de Código Mercantil.

II. EL CONTENIDO ACTUAL Y FUTURO DE LA REGULACIÓN NORMATIVA EN LA MATERIA.

I. Antecedentes.

Como ya hemos adelantado, la calificación de la naturaleza jurídica de las cuentas en participación ha sido ampliamente discutida por nuestra doctrina científica [véanse

por todos las valoraciones de GUAL DALMAU, M.A.: *Las cuentas en participación*. Madrid (1993): Civitas, p. 93; y más recientemente MARTÍNEZ BALMASEDA, A.: *Las cuentas en participación y su vertiente interna*. Granada (2011): Comares, p. 59 y ss.]

Por el contrario, el encuadre sistemático de este contrato ha sido objeto de menores divergencias interpretativas por parte de la jurisprudencia en la materia, que tradicionalmente ha mostrado una consistente visión del contrato de cuentas en participación como un contrato mercantil *distinto* de los negocios societarios. Por todo ello, resulta necesario comenzar haciendo una somera referencia al desarrollo de esta figura contractual en nuestro Derecho.

La divergencia interpretativa doctrinal en relación con la naturaleza jurídica del contrato de cuentas en participación, y la consistente interpretación jurisprudencial del mismo, queda patente en la sentencia comentada, en la cual el Tribunal, al incidir sobre el ámbito de la autonomía contractual de las partes litigiosas y la adscripción de los fondos del partícipe entregados a la gestora para la realización de un proyecto inmobiliario concreto, cita la regulación en la materia, vigente en el CC italiano de 1942 –erróneamente citado como CCom italiano– el cual es un exponente claro del modelo contractual, desdeñando, a su vez, la regulación alemana de la *stille gesellschaft* o sociedad oculta tácita (véase, F.D. 3º, núm. 2, de la sentencia en estudio).

Sin duda, los antecedentes legislativos del contrato estudiado han dado lugar a tal contraposición de interpretaciones, pues si bien el CCom de 1829 dejaba pocas dudas respecto de su calificación como contrato societario, no ocurrió lo mismo con la regulación posterior:

En efecto, la regulación anterior del contrato de cuentas en participación se encontraba regulada en el Libro II –*de los contratos de Comercio en general, sus formas y efectos*– Título II –*de las compañías mercantiles*– Sección IV –*de la sociedad accidental o cuentas en participación*– del Código Sainz de Andino. Éste, fuertemente influenciado por el modelo francés, plasmado en el Código de homónima denominación, hacía reiteradas referencias a las cuentas en participación como “sociedad”, utilizando el apelativo de “socio” para referirse tanto al gestor como al partícipe (así lo destaca MARTÍNEZ BALMASEDA, A.: *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, cit., p. 60), además de entenderse subsidiariamente aplicable al contrato, la regulación societaria [SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*. Navarra (2009), 32ª ed.: Civitas, p. 353 y ss.].

Así pues, puede entenderse que nuestra normativa legal se adscribía de lleno en el modelo societario de cuentas en participación –también seguido, entre otras, por la legislación belga (art. 53 y ss., Código de sociedades), y la legislación alemana, esta última con características especialmente precisas (§230 a §237 HGB)– que aplicando un concepto de sociedad *amplio*, prescindía de ciertos elementos característicos de

los tipos societarios –patrimonio separado de los socios, personalidad jurídica– en aras de dar cobertura a una realidad práctica cercana a las sociedades comanditarias.

2. La regulación vigente y su interpretación doctrinal y jurisprudencial.

Como ya hemos podido adelantar, la situación anterior se vio sensiblemente modificada con la adopción del Ccom de 1886, puesto que en este caso la regulación pertinente dejó de formar parte de la regulación de las “compañías mercantiles” –incluidas en el Título I del Libro II de los contratos especiales del comercio– para conformar un apartado independiente –Título II de las cuentas en participación– cuestión que denota la intención del legislador de realizar una recalificación sistemática de este negocio jurídico eliminando su carácter societario, y por tanto, las referencias explícitas al régimen societario y a su terminología concreta.

A pesar de ello, la doctrina mayoritaria ha expresado en múltiples ocasiones la pervivencia del modelo anterior [en detalle GUAL DALMAU, M. A.: *Las cuentas en participación*, cit., p. 91; SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., p. 353; MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho mercantil*. Madrid (2010), 17ª ed., vol. I: Tecnos, p. 316], apoyándose sobre todo en la aplicación del concepto amplio de sociedad [promovido por GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades. Parte General*. Madrid (1976), p. 30; y apoyado entre otros por PAZ-ARES, C.: “Ánimo de lucro y concepto de sociedad”, en AA.VV.: *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*. Madrid (1991): Civitas, p. 731 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., p. 220; MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho mercantil*, cit., p. 318] que permite atribuir carácter societario a aquellos contratos de base comercial que propugnen una finalidad común que deba ser promovido en común por todos los socios.

De acuerdo con esta acepción, las cuentas en participación dan lugar a un contrato de naturaleza societaria debido a su origen en un acuerdo de voluntades por medio del cual las partes se obligan entre sí con interés común entre las partes, pues el partícipe delega en el gestor un capital llamado a ser invertido por éste en sus negocios, procurando para ambos la obtención del máximo de ganancias posible. Teniendo en cuenta, además, que esta finalidad lucrativa común es promovida conjuntamente por las partes a través de la obligación de ambos contratantes de realizar aportaciones a la actividad que realiza el gestor.

Sin embargo, con anterioridad al desarrollo de esta conceptualización, la base legal del concepto de sociedad partía del art. 1665 CC, en el cual se determinan como elementos propios del contrato de sociedad la existencia de un patrimonio propio de la sociedad y separado en un cierto grado –aunque no siempre de manera absoluta– del patrimonio particular de los socios. El patrimonio así conseguido debe

destinarse a la consecución del fin común. Por último, debe añadirse un elemento característico de las sociedades civiles: la manifestación externa de su existencia [véase CAPILLA RONCERO, F.: "Arts. 1665–1708", en ALBALADEJO, J., DÍAZ ALABART, S. (dirs.): *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Madrid (1986): Edersa, T. XXI, Vol. 1, 68; VICENT CHULIÀ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia (2010): Tirant lo Blanch, 22ª ed., p. 258], este concepto, en concordancia con los arts. 35 y 36 CC considera a la sociedad civil como fuente supletoria aplicable a aquellas figuras societarias cuyos elementos tipológicos no coincidan con los diferentes tipos sociales regulados por el Derecho positivo.

Ésta es, sin duda la base de la interpretación jurisprudencial mayoritaria en relación con las cuentas en participación. Así, en la mayoría de las sentencias se exige – para considerar existente este contrato – la ausencia de un patrimonio común entre los litigantes. Véase, entre las más recientes, por ej., la STS 28 noviembre 1980 (RJ 1980, 4215), en la que el Tribunal deniega la existencia de dicho patrimonio común y por tanto declara existente y válidas las cuentas en participación. Por otra parte, la falta de *affectio societatis* es, también, un motivo recurrente en la doctrina jurisprudencial, para declarar su existencia, en este sentido la STS 22 mayo 1987 (RJ 1987, 3555) y también la STS 30 mayo 2008 (RJ 2008, 3192).

En relación con el contenido básico del contrato, el Alto Tribunal es consistente en denegar la existencia de cuentas en participación cuando concurren elementos societarios claros como el nombre y/o patrimonio común y separado del de sus integrantes, tal y como señala la STS 20 julio 1992 (RJ 1992, 6442), y también en la STS 4 diciembre 1992 (RJ 1992, 10393). En esta última, el Tribunal declara la inexistencia de cuentas en participación pues considera probado que los litigantes habían acordado la co-titularidad de todos los bienes adquiridos con el dinero aportado para el negocio común, instituyendo de esta manera una sociedad irregular en la que, además intervenían todos en la gestión. En el mismo sentido, más recientemente la STS 5 febrero 1998 (RJ 1998, 407).

En particular, en relación con la existencia de configuraciones atípicas de las cuentas en participación, la doctrina jurisprudencial se ha mostrado claramente partidaria de su legalidad al señalar en diversas ocasiones –a modo de ejemplo, la STS 6 octubre 1986 (RJ 1986, 5240)– que la libertad contractual opera en los mismos términos que en el resto de contratos, de manera que estas cláusulas atípicas estarían sometidas solamente a los límites establecidos por el art. 1255 CC.

3. El Anteproyecto de Código Mercantil.

A nuestro entender, de todo lo anteriormente expuesto podemos destacar la utilidad de la fundamentación legal del concepto amplio de sociedad, pues el mismo ha permitido, en muchos ámbitos distintos al tratado en este estudio, establecer

un mayor grado de seguridad jurídica a los fenómenos asociativos. Sin embargo, la falta de unanimidad en la doctrina iusprivatista y entre la doctrina mercantil y jurisprudencial denota la debilidad del sistema y por tanto la necesidad de permanecer abiertos a las teorías alternativas a la calificación de las cuentas como contrato societario. De ello es clara muestra la regulación proyectada en la materia. En efecto, tanto la Propuesta de Código Mercantil (PCM) –presentada al Ministerio de Justicia en junio 2013– como el más reciente Anteproyecto de Código Mercantil (ACM), informado ante el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014, han optado por dejar absolutamente clara la adscripción de las cuentas en participación al modelo contractual de inspiración italiana, eliminándolo definitivamente del marco regulatorio societario mercantil.

A) Sistemática.

El ACM se encuentra organizado en siete libros, las sociedades mercantiles se encuentran reguladas en el Libro Segundo –en cuyo articulado se desarrolla la regulación de dos categorías de sociedades, las de personas y las de capital– mientras que los Contratos mercantiles en particular (diferentes de los societarios) hallan su regulación en el Libro Quinto, cuyo Título IV trata de los contratos de colaboración entre los cuales, en el Capítulo V –*del contrato de participación*– encontramos la regulación aludida. Ésta no es especialmente extensa –art. 545-I al 545-5– y sin embargo permite perfilar con mayor exactitud el contenido del contrato estudiado, sobre todo si se tiene en cuenta que, una de las novedades introducidas.

B) Fundamento.

Sin duda la calificación de este contrato en la categoría de los contratos de colaboración se ha visto fuertemente influenciada no sólo por el modelo contractual italiano, sino también por cierto sector doctrinal [GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho Mercantil*. Madrid (1964), T. III, p. 191 y ss., y también FERNÁNDEZ NOVOA: “Las notas distintivas de las cuentas en participación”, citado por MARTÍNEZ BALMASEDA, A.: *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, cit., p. 80], que encuentra en la consecución del fin común entre gestor y partícipe el fundamento básico de los contratos de colaboración empresarial en los que la cooperación entre empresarios permite el desarrollo de actividades complementarias.

Al respecto señala la Exposición de Motivos que cada título del Libro V se refiere a un contrato determinado o a un grupo de contratos caracterizados por el hecho de que la prestación principal que constituye su objeto tiene un contenido que coincide en los contratos en él incluidos en los aspectos sustanciales, en este caso, serán estas otras características las que deberán aplicarse supletoriamente al contrato de participación.

En particular, los redactores del ACM nos indican (véase el párrafo VI-79 de la Exposición de Motivos que acompaña al articulado) que la regulación prevista para este contrato obedece en su contenido esencial a la regulación anteriormente prevista para las cuentas en participación, señalando a continuación la opción legislativa de evitar un pronunciamiento expreso relativo a la naturaleza jurídica del contrato regulado, cuestión que nos parece una carencia importantísima de la regulación propuesta, dada la necesidad de ofrecer un criterio unificador o prevalente a las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que, como hemos destacado a lo largo de este trabajo, distan mucho de ser armoniosas.

C) Contenido.

En cuanto al contenido concreto del texto propuesto, además de realizar una actualización de la terminología empleada por el CCom 1886, el ACM propone, al igual que en otros contratos mercantiles, una noción de contrato de participación en la que se identifican los elementos personales además de los elementos típicos del contrato regulado. Esta conceptualización pretende dejar clara la irrelevancia de la proyección externa de la relación contractual, además de una expresa prohibición de usar atributos propios de la personalidad jurídica, como una denominación o razón social distinta del nombre del gestor, o la creación de un patrimonio común entre los contratantes.

La nueva normativa introduce un contenido normativo básico de los derechos y obligaciones de las partes –cuestión no regulada por el CCom 1886– entre los que destaca la prohibición de partícipe de intervenir en la gestión de la actividad desarrollada por el operador del mercado en la que realiza la inversión, declarando la nulidad expresa de cualquier acuerdo entre las partes que pretenda modificar este aspecto del contrato.

Entre las obligaciones del gestor se establece de manera novedosa un *deber de información* al partícipe cuyo mínimo se realizara al cierre del ejercicio económico, pero que las partes podrán ampliar según convengan. Por otra parte, la propuesta también incluye una regulación del derecho del partícipe a *percibir las ganancias pactadas*, estableciendo que éstas deberán responder a un porcentaje fijado por las partes, y obligando al gestor a realizar este reparto de beneficios como mínimo al término de cada ejercicio. En relación a las pérdidas que debe soportar el partícipe, la regulación otorga libertad a las partes para modular su peso –cuestión que la jurisprudencia en la materia ya había declarado, entre otras, en la sentencia comentada en este trabajo– estableciendo un régimen supletorio para el caso de que los contratantes no hubieran fijado una regulación específica.

Por otra parte, en relación a los efectos frente a terceros, la normativa propuesta prohíbe la adopción de un nombre comercial, razón o denominación social que sea

distinta a la que ostente el gestor; aunque señalando que la publicidad ante terceros de la relación contractual entre gestor y partícipe no hace a ambos responsables ante éstos, sino que, en todo caso, el único responsable de la actividad desarrollada en participación será del gestor. Por último en relación a los derechos que el partícipe pudiera ostentar contra el gestor; en ningún caso tendrá acción contra quienes hubieran contratado con el gestor; excepto en caso de que éste hubiera cedido sus derechos a terceros.

Para finalizar; el ACM prevé como causas de extinción del contrato, las comunes a los contratos y, de manera novedosa, por el cese de la actividad participada. Sin embargo, donde puede apreciarse un mayor grado de intervención legislativa es, sin duda, en la regulación de los efectos de la extinción. En efecto, si bien es cierto que en otros apartados el texto de la PCM fue trasladado al ACM sin modificaciones, no ocurrió lo mismo en esta materia. Así el art. 547-5.2 comenzaba estableciendo de manera clara la libertad de pactos –*Los efectos de la extinción serán los previstos en el contrato*– mientras que el art. 545-5.2 del ACM, elimina esta referencia, cuestión que, a nuestro entender; rebaja la calidad del texto, en cuanto que el mantenimiento del texto original habría eliminado la necesidad de recurrir a una interpretación judicial de su contenido, pues con el texto del ACM no parece claro si son o no válidas las cláusulas contractuales que regulen los efectos de la extinción de manera distinta a la fijada en el texto del anteproyecto.

III. CONCLUSIONES.

La construcción doctrinal mayoritaria mantiene adscrito este contrato al derecho societario, en tanto que considera que el concepto amplio de sociedad permite su sistematización como una *sociedad interna* mercantil. Rechazando, al mismo tiempo, casi unánimemente, su clasificación como contrato mercantil de colaboración.

La jurisprudencia, por el contrario, ha venido propugnando la aplicación del concepto estricto de sociedad y, en consecuencia, niega la adscripción de las cuentas en participación al Derecho societario, aunque no ha apoyado expresamente la tesis de su adscripción a los contratos de colaboración empresarial.

El Anteproyecto de Código Mercantil parece haberse decantado por la opción *contractual*, en cuanto que propone la reubicación sistemática de las normas relativas al contrato de cuentas en participación, a su Libro V, dedicado a los contratos mercantiles especiales, excluyéndolo por tanto, del Libro II que viene a regular a las Sociedades mercantiles y señalando con intensa claridad el contenido esencial del denominado *contrato de participación*.

Si finalmente esta normativa es adoptada en los términos que se comentan en este trabajo, se habrá esclarecido, en cierta medida, la naturaleza y contenido del

contrato, aunque ello no obsta para que también puedan vislumbrarse algunos de los problemas interpretativos de la regulación propuesta. En todo caso, dado que la doctrina jurisprudencial en la materia –y de ello es buena prueba la sentencia aquí comentada– parte de un criterio distinto al modelo societario de cuentas en participación, es posible que pueda subsistir como principios interpretativos válidos para el nuevo texto legal.

CONTRATO DE DESCUENTO: TITULARIDAD Y CALIFICACIÓN
DEL CRÉDITO ANTICIPADO CON ANTERIORIDAD AL
CONCURSO DEL CEDENTE. COMENTARIO A LA STS NÚM.
238/2014, DE 26 DE MAYO (RJ 2014, 2831)

*DISCOUNT CONTRACT: OWNERSHIP AND QUALIFICATION OF THE
CREDIT WHICH WAS ANTICIPATED PREVIOUSLY TO THE INSOLVENCE OF
THE ASSIGNOR. COMMENT ON STS NO. 238/2014, OF MAY 26
(RJ 2014, 2831)*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 630-639



M^a Rosa
ISERN
SALVAT

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de septiembre de 2014
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: Crédito descontado previamente a la declaración de concurso del cedente: la cesionaria es la titular del crédito cedido, que deberá calificarse como crédito contingente.

PALABRAS CLAVE: Crédito descontado, cedente, cesionaria, crédito contingente.

ABSTRACT: Credit which is discounted before the insolvency of the assignor: the assignee is the legal holder of this credit, which should be qualified as standby credit.

KEY WORDS: Discounted credit, assignor, assignee, standby credit.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares: el contrato de descuento.- II. La titularidad del crédito anticipado.- III.- La eficacia de la cláusula salvo buen fin.- IV. La calificación del crédito pendiente de vencimiento después de la declaración de concurso de la descontataria.

SUPUESTO DE HECHO

En el ámbito de un contrato para la negociación de documentos y créditos mercantiles, la mercantil Infraestructura Construcción y Planeamiento, SL, obtuvo de Bankia, SA, el anticipo de dos letras de cambio por un importe total de 229.862,82 €, libradas el día 5 de junio de 2008 por Construcciones Tabuena, SA, las cuales vencían el 20 de noviembre de 2008.

Por otra parte, el 2 de julio de 2008 Caixabank, SA, celebró un contrato de descuento comercial con Infraestructura Construcción y Planeamiento, SL, por el que ésta obtuvo el anticipo de un pagaré firmado por Construcciones Hídricas del Ebro, SL, por importe de 440.000 € y vencimiento el 30 de diciembre de 2008; recibiendo a cambio la citada entidad bancaria, en cesión "pro solvendo", el derecho de crédito incorporado al pagaré.

Por Auto de 4 de noviembre de 2008 Infraestructura Construcción y Planeamiento, SL, fue declarada en concurso voluntario. El día 8 de noviembre de ese mismo año Bankia, SA, declara vencido el contrato para la negociación de efectos, procede al cargo en la cuenta asociada de los efectos descontados, y a su cierre y liquidación, con un saldo favorable a la entidad bancaria por un importe de 229.862,82 €, saldo que insinúa en el concurso como crédito ordinario y que le es reconocido como tal. Así mismo, Caixabank, SA, procedió a liquidar de forma anticipada la relación de descuento con la concursada, comunicando por escrito de 12 de diciembre de 2008 a la administración concursal el referido crédito con la condición de ordinario, siéndole igualmente reconocido con dicha calificación.

Los dos obligados cambiarios pagaron sus respectivos importes, consignados en las letras de cambio y en el pagaré, a las entidades bancarias, que comunicaron tal hecho a la administración concursal. Realizado el pago, y reconocido el crédito de cada una de las entidades bancarias resultante de la liquidación de las respectivas

• **M^a Rosa Isern Salvat**

Profesora del área de Derecho Mercantil del Departamento de Derecho Privado, Procesal y Financiero de la Universitat Rovira i Virgili. Doctora en Derecho por la citada Universidad. Sus actividades de investigación se centran en el Derecho de seguros y Derecho bancario. Es autora de diversas publicaciones en revistas y obras colectivas y de la monografía *El derecho de subrogación en el seguro de transporte terrestre de mercancías por carretera* (2013).

cuentas asociadas a los contratos de negociación de efectos, la concursada reclamó a éstas el reintegro de las sumas percibidas en pago de los efectos en su día negociados.

El JM núm. 1 de Zaragoza, mediante Sentencia de 1 de febrero de 2012, estimó la demanda de incidente concursal interpuesta por la concursada contra Bankia, SA, y Caixabank, SA, declarando improcedente las compensaciones operadas por las demandadas por las sumas respectivas, y condena a éstas a abonar a la concursada las sumas indicadas. Contra esta sentencia, las demandadas interpusieron recurso de apelación en defensa de sus intereses.

La Sección 5ª de la AP de Zaragoza resolvió el recurso de apelación en Sentencia de 2 de mayo de 2012, en la que se desestimaban los recursos interpuestos y se confirmaba íntegramente la sentencia apelada. La resolución de la Audiencia parte de la consideración de que “cuando el descontante procede a deshacer el anticipo de los efectos descontados y a insinuar su crédito en el concurso, su cesión se convierte desde ese momento en cesión para gestión de cobro, en tanto que deja de ser titular de los créditos incorporados a los títulos, y no puede cobrar de los terceros deudores en su propio nombre, por lo que ha de restituir lo indebidamente percibido”.

Por parte de Caixabank, SA, se interpuso recurso de casación contra la citada sentencia ante al TS, en el que denuncia la infracción de los arts. 57 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque (LCCH) y 1144 CC. Alega la recurrente que el Tribunal de apelación, al desestimar su recurso, se había alejado de la jurisprudencia relativa a los efectos del descuento bancario y del significado de la cláusula salvo buen fin. Así mismo, alega que la Audiencia había impedido injustificadamente la posibilidad de conservar la doble posición, favorecida por la solidaridad, que el tenedor del título tiene contra el cedente –por el descuento- y el cedido –por la acción cambiaria-.

El recurso fue admitido a trámite por la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del TS. La Sentencia de fecha 26 de mayo de 2014, estimó los motivos del recurso, declarando haber lugar al recurso de casación. Se declaró dejar sin efecto la sentencia apelada, y, en su lugar se desestimó íntegramente la demanda interpuesta por Infraestructura Construcción y Planeamiento, SL, contra Caixabank, SA.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TS estima el motivo del recurso plantado por Caixabank, SA, acerca del error en que incurre la sentencia apelada al valorar la eficacia de la operación de descuento y el significado de la cláusula salvo buen fin.

En este sentido alude al contenido del contrato de descuento bancario describiéndolo como aquél en que una entidad bancaria, previa deducción de un interés o de un porcentaje, anticipa a su cliente el importe de un crédito pecuniario no vencido que éste tiene contra un tercero, a cambio de la cesión del crédito mismo, salvo buen fin. A este respecto destaca, como uno de los elementos que configuran el contrato de descuento, la cesión al descontante del crédito del descontatario contra el tercero, subrayando que esta cesión sólo es "pro solvendo". A lo que añade que la realización de la cesión "pro solvendo" y con la cláusula salvo buen fin, impide que a tal cesión pueda atribuírsele una eficacia extintiva de la deuda que sería propia de un pago o de una dación "pro soluto". Consecuentemente, manifiesta el TS, que el cedente o descontatario sigue siendo deudor del cesionario descontante en tanto no se haga efectivo el crédito cedido. De ahí que, si llegado el vencimiento, el crédito resulta insatisfecho, será exigible al cedente la restitución del importe anticipado.

Por esta razón, subraya que "el derecho del banco a recuperar el importe que anticipó a su cliente existe desde que la entrega de la cantidad tuvo lugar, pero no es exigible hasta que siéndolo, haya resultado insatisfecho el crédito cedido 'pro solvendo' o para pago". De ahí que, una vez declarado el concurso de Infraestructura Construcción y Planeamiento, SL, Caixabank, SA procedió correctamente y conforme a los arts. 21 y 85 de la Ley 22/2003 Concursal (LC) a comunicar a la administración concursal su crédito contra la concursada nacido del descuento.

En definitiva, y de conformidad con lo expuesto, Caixabank, SA, era la titular del crédito incorporado al título valor y por ello la destinataria del pago efectuado por el deudor con los efectos extintivos propios del cumplimiento, lo cual notificó oportunamente a la administración concursal.

En cuanto a la razón aducida por la AP para desestimar el recurso de apelación, conforme a que la comunicación del crédito implica para el descontante el cese del buen fin a que se hallaba sometido el descuento, de manera que la cesión del crédito se transforma en una mera gestión de cobro, afirma el TS que carece de apoyo en la voluntad de los contratantes y en la ley.

La otra cuestión en la que incide el TS es en la calificación que merecía el crédito insinuado por Caixabank, SA. A este respecto, señala que, al estar suspensivamente condicionado a un supuesto negativo, esto es, al previo incumplimiento del deudor cedido, la administración concursal debería haberlo calificado como contingente.

COMENTARIO

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: EL CONTRATO DE DESCUENTO.

En el ordenamiento jurídico español el contrato de descuento carece de una regulación concreta y de una definición legal, por lo que ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina quienes han determinado los principales caracteres que lo conforman (su noción se apoya en la definición dada en el art. 1858 CC italiano). Así, el descuento bancario se caracteriza porque el banco (descontante) anticipa al cliente (cedente o descontatario) el importe del crédito que éste tiene con un tercero, previa deducción de los intereses correspondientes por el tiempo que falta para su vencimiento, mediante la adquisición por el descontante de la titularidad del crédito cedido, y en que la cesión tiene lugar "pro solvendo" y con la cláusula salvo buen fin. A este respecto, la STS 28 junio 2001 (RJ 2001, 4080) indica que "precisamente, este doble mecanismo del anticipo y el derecho de reintegro en caso de fracaso del cobro del crédito constituye el aspecto más característico de la operación de descuento".

II. LA TITULARIDAD DEL CRÉDITO ANTICIPADO.

La obligación fundamental del cliente descontatario, característica del descuento, es la transmisión del crédito a favor de la entidad descontante, concediéndole los derechos derivados de la transmisión. Es decir, como consecuencia de la enajenación del crédito, sea por endoso de efectos cambiarios (arts. 14 y ss. LCCH), sea por cesión ordinaria (arts. 347 y 348 Cdc y arts. 1526 y ss. CC), la entidad descontante adquiere su titularidad; por lo que llegado el día del vencimiento del crédito será la única legitimada para recibir el pago efectuado por el deudor [véase, SSTS 28 junio 2001 (RJ 2001, 4080), 2 junio 2004 (RJ 2004, 3560), 10 febrero 2006 (RJ 2006, 548), 10 diciembre 2007 (RJ 2007, 8912) y 19 diciembre 2011 (RJ 2012, 49)].

Conforme a lo expuesto, la descontante Caixabank, SA, como así lo apreció el TS en la sentencia comentada, a tiempo de la declaración del concurso era la titular dominical del crédito cedido incorporado al pagaré cuyo importe descontó a la posteriormente concursada, por lo que era la única destinataria del pago realizado por el deudor firmante del pagaré.

III. LA EFICACIA DE LA CLÁUSULA SALVO BUEN FIN.

El contrato de descuento se caracteriza porque la transmisión del crédito se realiza "pro solvendo", es decir, para pago de la deuda y no "pro soluto" o en pago de ésta. Debido a ello, constituye un elemento esencial del contrato la cláusula salvo buen fin que permite a la descontante exigir a la descontataria el reintegro del importe anticipado en caso de que el deudor no atienda al pago. De esta

forma, si llegado el vencimiento el deudor cedido realiza el pago a requerimiento de la entidad descontante, la cesión "pro solvendo" alcanzará la finalidad solutoria que le es propia. Ahora bien, si el crédito resulta impagado por el deudor, como consecuencia de la cláusula salvo buen fin surge el deber para el descontatario de restituir al descontante el importe anticipado [SASTRE PAPIOL, S.: "El contrato de descuento bancario", en AA.VV: *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 2. Madrid (2007): Marcial Pons, pp. 263-356].

Como se ha indicado, en el contrato de descuento se produce la transmisión de los créditos representados por los efectos descontados de forma que la entidad descontante adquiere la plena titularidad de tales créditos. No obstante, la cesión "pro solvendo" no convierte al cesionario en titular definitivo de dichos efectos debido a que la cláusula salvo buen fin le permite exigir el reintegro a la entidad descontataria ante el impago del deudor. De ahí que, una vez obtenido de la descontataria el importe anticipado, tenga el deber de restituirle los efectos descontados con la misma eficacia jurídica que tenían cuando le fueron entregados en virtud del contrato de descuento [véase SSTs 2 marzo 2004 (RJ 2004, 805), 10 febrero 2006 (RJ 2006, 548), 3 julio 2006 (RJ 2006, 3752), 4 julio 2007 (RJ 2007, 3794), 10 diciembre 2007 (RJ 2007, 8912) y 19 diciembre 2011 (RJ 2012, 49)]. Precisamente, la actuación negligente de la entidad descontante dejando perjudicar los efectos descontados transforma la cesión "pro solvendo" que pasaría a ser "pro soluto", debiendo soportar en consecuencia los efectos de su propia negligencia, esto es, perdería el derecho de reintegro [SSTs 2 marzo 2004 (RJ 2004, 805), 10 febrero 2006 (RJ 2006, 548) y 10 diciembre 2007 (RJ 2007, 8912)].

Efectivamente, la transformación de la cesión "pro solvendo" en una cesión "pro soluto", cesando así el buen fin a que se halla sometido el descuento, "ocurre cuando se produce alguna de las circunstancias determinantes al respecto (pacto, prescripción de la acción de reintegro, no devolución al descontatario de los títulos o efectos descontados, o cuando se deja a éstos perjudicarse)" [STs 29 diciembre 2011 (RJ 2012, 49)]. Por lo tanto, carece de razón la AP de Zaragoza que resolvió el recurso de apelación al considerar que la mera comunicación del crédito por parte de las entidades descontantes a la administración concursal sea causa determinante para transformar la primitiva cesión "pro solvendo" en una mera gestión para cobro.

IV. LA CALIFICACIÓN DEL CRÉDITO PENDIENTE DE VENCIMIENTO DESPUÉS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA DESCONTATARIA.

Otra de las cuestiones que resuelve el TS en la sentencia analizada es la calificación que merece el crédito comunicado por Caixabank, SA, al ser declarado el concurso de Infraestructura Construcción y Planeamiento, SL. A este respecto manifiesta que tras su comunicación por parte de la entidad financiera, la administración concursal debería haberlo calificado como un crédito contingente puesto que su exigibilidad

a la concursada estaba condicionada al previo incumplimiento por parte del deudor cedido [véase, en esta misma línea, SAP A Coruña (Sección 4ª) 3 octubre 2012 (JUR 2012, 370506) y SAP Guipúzcoa (Sección 2ª) 9 mayo 2013 (JUR 2013, 261152)].

La cláusula salvo buen fin, inherente a la propia estructura del contrato de descuento, actúa como una condición suspensiva basada en el supuesto futuro e incierto de que los efectos descontados resulten impagados a fin de poder exigir el reintegro a la entidad descontataria. Efectivamente, esta condición suspensiva representada por la citada cláusula "se presenta como una 'conditio iuris', que supone un deber de restitución cuya exigibilidad se encuentra condicionada, de forma suspensiva, pero no por el *buen fin*, sino por lo contrario, el 'mal fin' del crédito descontado" [BAÑULS GÓMEZ, F.A.: "El concurso de acreedores y el contrato de descuento", *Anuario de Derecho Concursal* (2009), 17, pp.193-246]. El carácter suspensivo de la exigibilidad del crédito a la cedente concursada conlleva que éste deba ser calificado como crédito contingente ordinario [GARCÍA ARRUFAT, E.: "Letras descontadas en el momento de la declaración de concurso y aún no vencidas", *Anuario de Derecho Concursal* (2010), 19, pp. 473-479; SASTRE PAPIOL, S.: "El contrato de descuento bancario", en AA.VV: *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., p. 353].

No obstante, la calificación como contingente por sometimiento a condición suspensiva del crédito pendiente de vencimiento no es una cuestión pacífica. A este respecto, existen resoluciones judiciales en las que se niega tal calificación argumentando que un crédito aplazado no debe considerarse un crédito contingente. En este sentido, la SJM Madrid 16 febrero 2010 (JUR 2010, 90932) subraya que para que un crédito pueda considerarse contingente por sometimiento a condición suspensiva es necesario la presencia de una circunstancia impeditiva de la existencia y exigibilidad de la obligación, que limite su nacimiento, de modo que la condición determina el momento a partir del cual las obligaciones y los derechos resultan exigibles. Es decir, para que un crédito concursal pueda ser calificado de contingente es necesario que su existencia dependa de un suceso futuro e incierto en el momento de declararse el concurso. En términos similares, la SAP Zaragoza 24 julio 2013 (AC 2013, 2184) observa que un crédito aplazado no es un crédito contingente porque no está sujeto a condición ni se duda de su existencia (crédito litigioso). Añadiendo que el carácter contingente tampoco puede estimarse porque no se sepa el obligado a su pago, esto es, el deudor cedido o el cedente, puesto que la responsabilidad de ambos es solidaria y habrán de responder de la misma obligación.

El art. 87.3 LC regula la eficacia de los créditos sometidos a condición suspensiva, a los que califica como créditos contingentes, junto con los créditos litigiosos. Estos créditos son reconocidos en el concurso sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio

sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro.

De esta forma, los créditos sometidos a condición suspensiva carecen de contenido patrimonial, por lo que se verán provisionalmente privados de los derechos de adhesión y de voto, así como del derecho a la cuota de liquidación, a la espera de que se verifique el hecho suspensivo, y sólo tendrán derecho a que se les garantice su posición [BERMEJO, N. "Artículo 87. Supuestos especiales de reconocimiento", en AA.VV.: *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid (2004): Civitas, pp. 1559-1577].

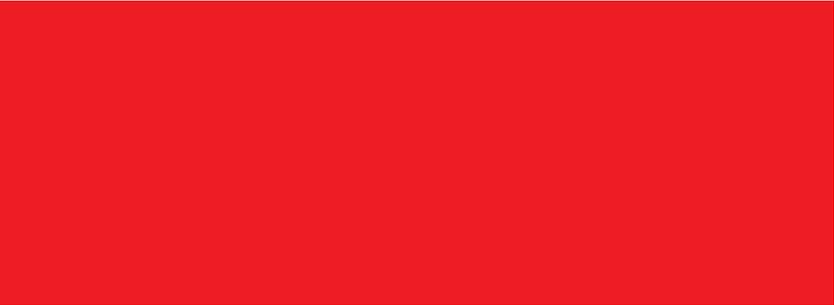
En caso de verificarse la condición suspensiva, esto es, que el deudor cedido no satisfaga su deuda a la fecha del vencimiento, el crédito comunicado será exigible frente a la cedente concursada mereciendo el calificativo de ordinario, por lo que la entidad bancaria podrá pedir a la administración concursal que se le reconozca los derechos de voto y de adhesión y de obtención de una cuota de liquidación.



PERIODISTA TERTULIANO: DE NUEVO SOBRE EL CARÁCTER
LABORAL DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL. COMENTARIO A
LA STS 19 FEBRERO 2014 (RJ 2014, 2075)

*TERTULLIAN JOURNALIST: AGAIN ABOUT THE LABOR CHARACTER OF
THE CONTRACT. COMMENT ON STS OF FEBRUARY 19 (RJ 2014, 2075)*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 640-653



Francisco
RAMOS
MORAGUES

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de agosto de 2014
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: La sentencia que ocupará las siguientes páginas viene referida a un periodista que colabora como tertuliano en diversos programas de una importante cadena radiofónica. En un momento determinado el Director de informativos de dicha cadena comunicará al colaborador la decisión de no contar con sus servicios para la siguiente temporada. Dicho cese motivará la interposición por parte del colaborador de la correspondiente demanda por despido. La cuestión debatida es si la prestación de servicios como colaborador reúne o no los rasgos definitorios de una relación jurídico-laboral.

PALABRAS CLAVE: Periodista, contrato de trabajo, naturaleza jurídica, presunción de laboralidad.

ABSTRACT: The Court ruling that we are analyzing is related to a journalist who cooperates as a Tertullian in different programmes of an important radio chain. In a certain moment, the information sheet's Director of this radio chain will communicate to the team member the decision about he will not need his services anymore for the next season. The mentioned cessation will cause the formulation, on the team member behalf, of the corresponding dismissal demand. The issue to take consideration is if the provision of his services as team member satisfies the distinctive conditions to consider it a legal-labour relationship.

KEY WORDS: Journalist, employment contract, legal nature, presumption of labour activity.

SUMARIO: I. Consideraciones previas: el sistema de indicios.- II. Colaboradores tertulianos: relación laboral o civil.- III. Una breve valoración final.

SUPUESTO DE HECHO

Don Carlos Alberto, cuya profesión principal es la de periodista, venía prestando servicios de forma constante desde el año 1994 hasta el año 2011 como contertulio en distintos programas de una importante cadena nacional de radiodifusión, principalmente, en uno de ellos denominado “La Ventana”. Fruto de la colaboración en dichos programas a Don Carlos Alberto no se le retribuía directamente sino mediante facturas mensuales con I.V.A cuyo importe se ingresaba en la cuenta corriente de una sociedad de la que el periodista era el administrador único. Por otro lado, para llevar a cabo tales colaboraciones no se exigía a Don Carlos Alberto su presencia física en la emisora de radio sino que su participación, en cualquiera de los programas en que intervenía, se hacía mediante un sistema de comunicación RDS, facilitado por la empresa radiofónica, lo que le permitía intervenir en los programas desde diferentes ciudades –La Habana, Buenos Aires, Londres y Madrid– en las que aquél tiene fijado su domicilio. Respecto al horario y, concretamente, en relación al programa “La Ventana”, el periodista intervenía en el mismo una vez a la semana y la duración de la tertulia era de una hora. Asimismo, podía entrar en el programa cualquier día de la semana según se decidiera por el grupo si bien se le ofrecía la posibilidad cambiar el día. Por lo demás, en cuanto al contenido de la intervención, al Sr. Carlos Alberto se le comunicaba la temática de la que se iba a hablar en la tertulia pero no se le daban directrices al respecto, disponiendo libertad para decir lo que estimara oportuno.

El pasado 18 de julio del año 2011, el Director de Informativos de la Cadena de radio comunicó a Don Carlos Alberto que no contarían con él para la siguiente temporada. Frente a dicha decisión el colaborador demandó por despido a la empresa ante la jurisdicción social y la controversia se resolvió por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid de 5 de marzo del año 2012, en la que se

• Francisco Ramos Moragues

Es Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Valencia y Doctor Europeo en Derecho del Trabajo por la Universidad de Bolonia (Italia). Ha sido galardonado con el premio extraordinario de Licenciatura en Derecho así como con el premio extraordinario de Doctorado, concedidos ambos por la Universidad de Valencia. Actualmente desempeña su labor docente como profesor contratado doctor en la Universidad de Extremadura, siendo autor de diversas monografías y múltiples artículos y capítulos de libro en materia de Derecho laboral y de la Seguridad Social.

decidirá desestimar la demanda interpuesta por el periodista al considerar dicho Juzgado que la acción debiera haberse sustanciado ante la jurisdicción civil, en tanto en cuanto, la relación jurídica que unía a Don Carlos Alberto con la emisora de radio no era laboral, es decir, no se trataba de un contrato de trabajo.

Contra la citada sentencia dictada por el Juzgado de lo Social se interpuso por la parte demandante –Don Carlos Alberto– el correspondiente recurso de suplicación ante la Sala de lo Social, Sección 6ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que mediante Sentencia dictada con fecha 8 octubre 2012, corregirá el fallo dictado por aquél, declarando la competencia de la jurisdicción social y devolviendo las actuaciones al Juzgado de instancia para que resolviese sobre el fondo del asunto.

Disconforme con esta última resolución judicial, la empresa radiofónica formalizará recurso de casación para la unificación de doctrina aportando como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ Madrid en fecha 24 septiembre 2007 (RJ 2007, 3336). Dicho recurso fue resuelto por la STS 19 febrero 2014 (RJ 2014, 2075), dictada por el pleno de la Sala y que constituye el objeto de nuestro análisis.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

A diferencia de la resolución judicial acaecida en instancia y en la que se desestimó la pretensión del Sr. Carlos Alberto por considerar aplicable la excepción de incompetencia de jurisdicción, la sentencia que resolvió el recurso de suplicación interpuesto por el periodista, por el contrario, sí entenderá que la relación entablada con la empresa radiofónica es de carácter laboral; o, lo que es lo mismo, que en el contrato celebrado entre las partes concurren los presupuestos de ajenidad y dependencia, así como retribución, establecidos en el art. 1.1 en relación con el 8.1 ET.

En efecto, respecto a la ajenidad, se argumenta por el Tribunal que en el supuesto enjuiciado existe un “encargo previo del trabajo” y mediante el concurso del Sr. Carlos Alberto en ciertos programas la empresa “adquiere el fruto del trabajo de aquél y lo comercializa en espacios radiofónicos”. Mayores controversias planteará la exigencia de dependencia, presupuesto que, tal y como reconoce el propio órgano judicial, resulta ciertamente atenuada en el presente caso, si bien ello no resultará, a su juicio, impedimento para calificar tal relación como laboral. Y es que, según el parecer del Tribunal, la libertad profesional que la empresa reconocía al tertuliano, limitada únicamente respecto a la temática concreta pero no en cuanto al contenido de la intervención, no será un dato determinante de la no laboralidad. Antes al contrario, dicha circunstancia es inherente a la actividad de los profesionales de la información, quienes gozan de un elevado grado de libertad en este sentido. Sin embargo, la presencia de datos como el que se fije el tema a debatir, el que se haya

de intervenir en los días señalados, el que deba hacerse en el horario previsto de los programas en que se interviene o la continuidad, regularidad y permanencia de la relación en el tiempo, son elementos, todos ellos, que denotan "[...] la existencia del presupuesto de dependencia o integración en el ámbito de organización y dirección de la empresa". Por último, sobre el aspecto retributivo, destaca el Tribunal Supremo que el Sr. Carlos Alberto percibía una cantidad fija y unitaria mensual por su participación en los programas, lo cual, sin ser una condición *sine qua non*, sí refuerza la laboralidad de la relación.

Así las cosas, se planteará recurso por la empresa ante el Tribunal Supremo aportando como sentencia de contraste la citada del propio TSJ Madrid 24 septiembre 2007. La mencionada sentencia analizará también la prestación de servicios de una colaboradora en tertulias radiofónicas para llegar a la conclusión de que la relación que une a ésta y a la empresa de radio no es de naturaleza laboral. En este supuesto, el Tribunal se detendrá en la comprobación del modo de efectuar la prestación, afirmando al respecto que lo determinante para resolver este tipo de asuntos es distinguir si aquélla se realiza con la independencia propia de un profesional libre o mediante la integración en una organización ajena. Pues bien, la conclusión alcanzada en este caso es que no hay integración en el ámbito organizativo o directivo de la empresa, faltando la nota de dependencia aun en un sentido laxo, al tratarse de una mera colaboración externa que no configura relación laboral.

Planteado el debate en estos términos, el Tribunal Supremo a través de su STS 19 febrero 2014 confirmará la resolución dictada en suplicación por el TSJ Madrid 8 octubre 2012 y, acogiendo todos y cada uno de los argumentos aportados por ésta, llegará a la conclusión de que en la colaboración llevada a cabo por el Sr. Carlos Alberto concurren los rasgos definitorios de laboralidad establecidos en el mencionado art. 1 ET.

COMENTARIO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: EL SISTEMA DE INDICIOS.

Según se desprende del art. 1 ET a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de la norma estatutaria, el contrato de trabajo se caracteriza por la concurrencia de cinco elementos o notas definitorias, a saber; voluntariedad, carácter personal de la prestación, carácter retribuido y, en especial, la dependencia y ajenidad. Únicamente cuando estemos en presencia de estos rasgos o notas puede afirmarse que el vínculo contractual que une a las partes pertenece al ámbito laboral.

Aun cuando el Estatuto de los Trabajadores no define expresamente cada uno de estos conceptos, es lo cierto que a lo largo de los diferentes pasajes que conforman la norma estatutaria el legislador trata de delimitar con mayor o menor precisión algunos de ellos, ofreciendo pautas o ideas que permiten determinar cuál ha de ser su alcance. Prueba de lo dicho, entre otros muchos ejemplos, son las alusiones a que la prestación laboral ha de desempeñarse “por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario” (art. 1.1 y 8 ET) –aludiendo claramente al significado que hay que conceder a la nota de dependencia–; al carácter necesariamente voluntario –voluntariedad– que se deduce de la exclusión del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores de las «prestaciones personales obligatorias» (art. 1.3 b) ET); y a la ajenidad y carácter retribuido, notas que se deducen también implícitamente, en el primer caso, de las exclusiones de los trabajos llevados a cabo por mediadores mercantiles cuando responden que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma (art. 1.3 f) ET); y, en el segundo, “[...] de los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad” (art. 1.3 d) ET).

Sin embargo, dicha labor delimitadora, como es bien sabido, resulta en ocasiones enormemente compleja, ya sea por la flexibilidad o amplitud con la que se pueden configurar algunos de estos rasgos definitorios, señaladamente, el carácter dependiente de la prestación de servicios; ya sea porque determinadas relaciones se insertan en lo que tradicionalmente se ha calificado por la doctrina científica como “zona gris o frontera” del Derecho del Trabajo, como sucede, precisamente, y luego volveremos sobre ello con más detalle, con los colaboradores o tertulianos en los medios de comunicación.

Precisamente por ello, en aras de delimitar con mayor precisión cuáles son las fronteras del contrato de trabajo, ha resultado esencial –y continúa siéndolo en la actualidad– la labor de la jurisprudencia y de la doctrina judicial, a través de la cual, se viene recurriendo desde tiempo atrás a un sistema o método indiciario para aquellos casos problemáticos; sistema que consiste, básicamente, en la búsqueda por parte del Tribunal de determinados indicios o criterios cuya presencia será determinante para fijar la verdadera naturaleza de la relación entablada por las partes. Estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales. Siendo esto así, parece conveniente referirse, siquiera sea brevemente, a algunos de los principales indicios que manejan los tribunales del orden social para valorar la presencia o no de las notas de laboralidad antedichas. Vaya por delante que por razones de oportunidad tan solo aludiré a los indicios relativos a las notas de dependencia y ajenidad, pues son éstos los que constituyen los elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato.

Ahora bien, antes de aludir a esta cuestión entiendo necesario efectuar un par de consideraciones fundamentales: la primera de ellas es que el sistema o método de indicios al que se ha hecho referencia no se ha mantenido impermeable al paso del tiempo, sino que, de la misma forma que algunas notas esenciales del contrato de trabajo han experimentado una cierta evolución conceptual en su interpretación jurisprudencial, un tanto de lo mismo ha sucedido con determinados indicios clásicos que se venían exigiendo por los tribunales para determinar o no la laboralidad de la prestación de servicios y cuyo valor en la actualidad también ha sufrido una reinterpretación más acorde a los nuevos métodos y formas de organización del trabajo. La segunda consideración, en cambio, viene referida a que la apreciación de la naturaleza laboral de una relación no exige que estén presentes todos y cada uno de los indicios que manejan los Tribunales sino que será suficiente con la presencia de algunos de ellos; y, a *sensu* contrario, la existencia de algún indicio de laboralidad no determina necesariamente que se trate de un contrato de trabajo. En suma, habrá que estar al caso concreto y hacer una valoración conjunta de los indicios presentes en el supuesto de hecho de que se trate.

Aclarados tales extremos y comenzando por la dependencia, ya hemos visto como el Estatuto de los Trabajadores requiere que el trabajo asalariado se preste bajo la órbita del poder de organización y dirección del empresario. En este sentido, los indicios comunes de dependencia más habituales que tradicionalmente ha manejado y maneja la doctrina jurisprudencial son “la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a una jornada y horario” (STS 9 diciembre 2004, Rec. núm. 5319/2003); también se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el “desempeño personal del trabajo” [STS 23 octubre 1989 (RJ 1989, 7310)]; compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones [STS 20 septiembre 1995 (RJ 1995, 6784)]; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que será quien se encargue de programar su actividad [STS 8 octubre 1992 (RJ 1992, 7622)]; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador [STS 22 abril 1996 (RJ 1996, 3334)]. También se utilizan otros indicios clásicos como la existencia de exclusividad (STS 20 septiembre 1995, Rec. núm. 1463/1994) o la de dar publicidad del nombre de la empresa en la indumentaria de trabajo (STS 29 diciembre 1999, Rec. núm. 1093/1999).

A mayor abundamiento, en relación al concepto de dependencia conviene significar que se trata de un ejemplo notorio de esa evolución conceptual anteriormente señalada. Y es que, frente a unas primeras interpretaciones jurisprudenciales rigurosas en las que se vinculaba la existencia de dependencia a una subordinación evidente referida casi exclusivamente al lugar y al modo en que se prestaba el trabajo, se ha procedido en los últimos tiempos a una flexibilización de la nota de dependencia que permite considerar su existencia incluso en determinados

profesionales liberales cuya actividad requiere, por razones obvias, de una cierta autonomía profesional (SSTS 16 diciembre 2008, Rec. núm. 4301/2007; y 11 mayo 2009, Rec. núm. 3704/2007); cambio de enfoque conceptual que como se verá en el siguiente epígrafe ha sido determinante para la resolución del caso objeto de este comentario. En cualquier caso, más allá de la mencionada flexibilización, habrá que estar para valorar si se trata de un trabajo dependiente o subordinado a cualquier circunstancia o indicio que denote que ese trabajador está sujeto a la organización y dirección del empresario (STS 10 julio 2000, Rec. núm. 4121/1999).

Otro de los rasgos diferenciales del contrato de trabajo y que lo singulariza frente a otro tipo de figuras contractuales es el referido a la ajenidad. Tal y como ha subrayado la doctrina iuslaboralista, la ajenidad es un rasgo que puede ser entendido desde diversas perspectivas. De este modo, la ajenidad puede venir referida a los riesgos –*ajenidad en los riesgos*– lo que implica que el trabajador tiene garantizada una retribución, es decir, la misma resulta ajena a los riesgos empresariales; asimismo, con dicha nota también se puede estar haciendo referencia a los frutos del trabajo –*ajenidad en los frutos*– lo cual, a grandes rasgos, supone que el trabajador cede el fruto de su trabajo a la empresa a cambio de una contraprestación. De ahí que la jurisprudencia hable de «cesión anticipada de los frutos del trabajo [STS 31 marzo 1997 (RJ 1997, 3578)]; igualmente, cabe hablar de *ajenidad en la titularidad* de la organización, la cual, corresponde como es obvio al empresario; y, por último, *ajenidad en el mercado*, en el sentido de que es la empresa y no el trabajador quién participa en aquél y, por ende, quien asume las posibles pérdidas, beneficios, etc.

Sentado lo anterior y sin pretensiones de exhaustividad, la jurisprudencia ha señalado que son indicios comunes a la nota de ajenidad inherente al contrato de trabajo los siguientes: la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados [STS 31 marzo 1997 (RJ 1997, 3578)]; la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como por ejemplo la fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender [SSTS 11 abril 1990 (RJ 1990, 3460); 29 diciembre 1999 (RJ 2000, 1427)]; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo [STS 20 septiembre 1995 (RJ 1995, 6784)]; el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones [STS 23 octubre 1989 (RJ 1989, 7310)]; la no titularidad de la organización y los medios de producción (STS 7 noviembre 2007, Rec. núm. 2224/2006).

Igual que sucedía con respecto al concepto de dependencia, la noción de ajenidad también ha experimentado una cierta flexibilidad con el paso de los años;

de ahí que, por ejemplo, hoy por hoy no desvirtúa el carácter ajeno de la prestación el hecho de que el trabajador perciba una retribución de naturaleza variable (SSTS 31 mayo 1991, Rec. núm. 29/1991 y 12 junio 2006, Rec. núm. 1173/2005); o que ostente una participación en los beneficios de la empresa (STS 30 mayo de 2000, Rec. núm. 2433/1999).

Junto a las notas definitorias del contrato de trabajo y los diversos indicios señalados para apreciar su existencia es importante tener en cuenta para terminar con este epígrafe que la jurisprudencia suele emplear de forma recurrente una serie de criterios generales a la hora de enjuiciar supuestos controvertidos. En primer lugar, los Tribunales parten de una premisa básica: “los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son”. Utilizando las palabras del Tribunal Supremo “[...] la naturaleza jurídica de las instituciones viene determinada por la realidad del contenido que manifiesta su ejecución, que debe prevalecer sobre el *nomen iuris* que errónea o interesadamente puedan darle las partes, porque los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo” [SSTS 20 marzo 2007 (RJ 2007, 4626); 7 noviembre 2007 (RJ 2008, 299); 12 febrero 2008 (RJ 2008, 3473); y 25 marzo 2013 (RJ 2013, 4757), entre muchas otras].

En segundo lugar, el cumplimiento o incumplimiento de determinados actos formales, como sucede con las obligaciones de afiliación y alta en la Seguridad Social —en el régimen que corresponda— es irrelevante a efectos de calificar la naturaleza de la relación contractual. Así lo ha afirmado en infinidad de ocasiones el Tribunal Supremo, manifestando que no imprime tal carácter —el de relación laboral— “[...] el hecho del abono de cuotas a la Seguridad Social” [STS 24 septiembre 1987 (RJ 1987, 6381)]. Más recientemente, dicho órgano ha recalcado que “las altas en el Régimen Especial de Autónomos, el pago de la licencia fiscal y la facturación con inclusión del I.V.A son sólo datos formales, que no se corresponden con la naturaleza del vínculo, ni definen su carácter” [STS 18 octubre 2006 (RJ 2006, 8986)].

Por último, debe tenerse en cuenta que el art. 8.1 ET establece una presunción *iuris tantum* de laboralidad. Concretamente, el citado precepto señala que “[...] se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”. En todo caso, es lo cierto que tal presunción solamente opera cuando la prestación de servicios es realizada bajo las notas de voluntariedad, ajenidad, dependencia, de manera personal y mediante retribución correspondiente, existiendo, pues, una clara identidad entre los requisitos de la denominada presunción

de laboralidad y los rasgos definidores del contrato de trabajo recogidos en el art. 1.1 ET, lo que le resta operatividad a la misma [SSTS 10 abril 1990 (RJ 1990, 3447); 3 abril 1992 (RJ 1992, 2593); y 26 enero 1994 (RJ 1994, 380), entre otras].

II. COLABORADORES TERTULIANOS: RELACIÓN LABORAL O CIVIL.

Uno de los colectivos de trabajadores en torno a los cuales se suelen plantear mayores dificultades a la hora de calificar su relación como laboral o no es el colaborador o tertuliano periodístico. Estamos en presencia de una de esas zonas grises aludidas con anterioridad en las que la determinación de la naturaleza laboral o civil de la prestación de servicios resulta harto compleja. La sentencia del Tribunal Supremo que comentamos da buena cuenta de esa dificultad y prueba de ello será la existencia de dos votos particulares que discreparán del parecer mayoritario manifestado por la Sala. Pero vayamos por partes.

Para empezar, interesa significar que hasta la sentencia del Tribunal Supremo aquí comentada y sin perjuicio, insisto, de que en este tipo de supuestos la línea de separación entre el contrato de trabajo y otras figuras contractuales civiles es borrosa y de fronteras imprecisas, debiendo valorarse con cuidado las circunstancias de cada caso concreto, la realidad es que la tendencia habitual era la de negar el carácter laboral de este tipo de relaciones –colaboradores periodísticos, tertulianos, etc.–. En efecto, respecto a los colaboradores periodísticos, la jurisprudencia viene afirmando desde antaño que la integración dentro del ámbito de la organización y de dirección de la empresa es el “[...] carácter vertebral que se viene perfilando como el más decisivo en la relación laboral, este rasgo, junto a la ajenidad y la prestación voluntaria del trabajo retribuido, constituyen el marco configurador del contrato de trabajo”; es por ello que, de conformidad con esta doctrina jurisprudencial, “aquellos meros colaboradores de los diversos medios de comunicación, tanto literarios como gráficos, no están incursos en el contrato de trabajo, pues por frecuente y concertada que sea esta colaboración, si el que la presta realizaba su trabajo sin sujeción a la dirección de la empresa, ésta se reserva la aceptación de la colaboración y el colaborador no está integrado en la organización de la misma, la relación que les vincula no es un contrato de trabajo” [SSTS 20 octubre 1982 (RJ 1982, 6209); 23 mayo 1985 (RJ 1985, 2746); 18 marzo 1987 (RJ 1987, 1632); 17 mayo 1988 (RJ 1988, 4238); y 14 mayo 1990 (RJ 1990, 4314)].

Sin embargo, y volviendo a la sentencia objeto del presente comentario, el órgano judicial se aparta de aquella doctrina y asume plenamente los argumentos vertidos por la sentencia de suplicación, manifestando, por ende, su posición favorable respecto a la presencia de las notas de dependencia y ajenidad. En el primer caso, nota de dependencia, aun reconociendo su carácter “atenuado”, considerará que la presencia de datos como la fijación del tema de la tertulia y de los días y horario en que debe participar en los programas, son circunstancias que, unidas a otras

como la permanencia en el tiempo de la relación y el carácter personal de la misma, denotan la existencia del presupuesto de dependencia o integración en el ámbito de organización y dirección de la empresa; elemento que, como se ha dicho, constituye la pieza clave a la hora de valorar la naturaleza laboral del contrato.

A la misma conclusión llega el Tribunal Supremo respecto de la ajenidad. En particular, el máximo órgano judicial entiende que en la prestación de servicios del Sr. Carlos Alberto se observa claramente tanto la *ajenidad en los frutos*, esto es, en los resultados del trabajo, ya que se produce la participación del periodista en un programa diseñado y dirigido por la empresa de comunicación; como la *ajenidad en el mercado*, en tanto en cuanto, no es el periodista quien ofrece directamente el producto de su trabajo a los clientes, es decir, la audiencia, sino que es la empresa quien lo hace llegar a dicha audiencia, al mercado.

Por último, respecto al régimen retributivo, el Tribunal Supremo destaca que Don Carlos Alberto percibía una cantidad fija y unitaria mensual por participar en los programas, extremo éste que, aun sin ser un requisito indispensable, pues es perfectamente admisible en el ámbito laboral la retribución por resultado, sí refuerza la laboralidad de la relación. Niega relevancia, en fin, a que el periodista no cobrara directamente sino por medio de una sociedad mercantil de la que aquél era administrador único; a la existencia o no de vacaciones anuales; a su participación en otros programas; y, por último, a su condición de consejero en otras sociedades mercantiles con objetos similares; datos que, en opinión del órgano judicial, no perturban la laboralidad de dicha relación.

Siendo éstos los fundamentos en los que se basa el Tribunal Supremo para desestimar el recurso interpuesto por la empresa radiofónica y, de esta manera, confirmar la naturaleza laboral del contrato suscrito entre las partes, considero, sin perjuicio de volver a incidir sobre la dificultad que encierra la cuestión debatida, que una valoración conjunta y global de los diferentes indicios que se desprenden del presente supuesto de hecho permiten alcanzar una solución distinta, a mi entender mucho más acorde con la verdadera naturaleza de este contrato. La clave reside, como se ha indicado párrafos atrás, en que cuando se trata de colaboradores periodísticos el carácter dependiente de la prestación constituye si no el único, sí el principal parámetro de referencia para valorar si estamos o no ante un contrato de trabajo.

Para delimitar entre el contrato de trabajo y otras figuras contractuales, en particular, del contrato civil de arrendamiento de servicios, la ajenidad carece de virtualidad diferenciadora, pues la transmisión originaria de los frutos o de la utilidad patrimonial del trabajo se produce tanto a favor del empresario como del arrendatario de servicios [STS] Madrid 24 septiembre 2007 (AS 2008, 820)]. Si se parte de esta premisa básica, el examen ha de centrarse prioritariamente en

la comprobación del modo en que se ejecuta la prestación, distinguiendo si ésta se realiza con independencia o, por el contrario, mediante la integración en una organización ajena.

Pues bien, entendiendo la dependencia como la prestación de servicios dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, comparto plenamente el criterio mantenido en el voto particular formulado a la sentencia por el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, en el que se niega la concurrencia de este requisito indispensable para que se trate de una relación laboral. Y es que, como bien afirma el mencionado Magistrado, por más que se haya flexibilizado por la jurisprudencia el concepto de dependencia, la misma ha de estar presente aunque sea mínimamente; circunstancia que no acontece en el presente caso.

No existen instrucciones o directrices sobre el contenido de las opiniones, ni sobre la manera de preparar la intervención, ni, en general, sobre como ejecutar la actividad, en la que rige plenamente la espontaneidad de los contertulios. Cabe la posibilidad de cambiar el día de intervención por parte del periodista –aunque en la práctica no conste que se haya materializado dicha opción– o, incluso, entrar en cualquier día de la semana. En suma, no parece que la actividad de tertuliano, en este concreto supuesto, se integre en el círculo rector, organizativo y disciplinario del empresario como se requiere ex art. 1.1 ET. Es verdad, y así se recoge en el relato fáctico de la sentencia, que la temática de la tertulia y el horario del programa aparece predeterminada por la empresa. Ahora bien, como se argumenta en el referido voto particular –a mi modo de ver, acertadamente– aquellos datos, más que evidenciar una dependencia en el sentido que aquí interesa, únicamente suponen elementos de “coordinación” propios de cualquier contrato de colaboración.

Junto a lo ya señalado, existen otros datos que irían en esa línea de negar el carácter laboral de la relación –o, a lo sumo, declarar su carácter especial– algunos de los cuales son puestos de relieve tanto por el citado voto particular como por el también formulado por el Magistrado Excmo. Sr. Don José Manuel López García de la Serrana y al que se adherirá el Magistrado Excmo. Sr. D. José Luís Gilolmo López. Es el caso, sin pretensiones de exhaustividad: de la libertad absoluta que tiene D. Carlos Alberto para fijar el lugar de prestación de servicios; del no sometimiento al control y poder disciplinario de la empresa; de la renuncia indefinida a las vacaciones; o, incluso, de la forma y cuantía de la retribución. En relación a lo primero, recuérdese que el pago se efectúa mediante ingreso en cuenta a través de una sociedad mercantil interpuesta; y, en cuanto a la cuantía, la misma resulta enormemente desproporcionada (aproximadamente 1400 € la hora) si se compara con el salario medio percibido por la prestación de servicios de esta naturaleza en el marco de una relación laboral.

Es cierto que ninguno de los indicios señalados en el párrafo anterior es, por sí solo, determinante a la hora de calificar la naturaleza del contrato; sin embargo, si llevamos a cabo una valoración global de todos ellos sí parece razonable concluir que la relación entablada entre el Sr. Carlos Alberto y la empresa radiofónica se debería situar extra muros del Derecho del Trabajo, más concretamente, debiera canalizarse a través del contrato civil de arrendamiento de servicios. Esa parece, atendiendo a todo lo expuesto, la verdadera voluntad de ambas partes a la hora de vincularse contractualmente.

III. UNA BREVE VALORACIÓN FINAL.

La cuestión relativa a la delimitación de los presupuestos sustantivos del contrato de trabajo constituye un tema clásico en la rama social del Derecho y que, pese a ello, continúa a día de hoy planteando dificultades respecto a determinados supuestos especialmente controvertidos como el aquí analizado. Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción elevado que, además, se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción. Sin duda, tales dificultades se acrecentarán en aquellas actividades en las que la ejecución de la prestación de servicios exija por su propia naturaleza una cierta autonomía profesional. En estos supuestos, la labor de la jurisprudencia, mediante la aplicación del método indiciario tantas veces aludido, resultará fundamental en punto a concretar el alcance de esos rasgos definitorios del contrato de trabajo. Ahora bien, no cabe olvidar que la finalidad tuitiva inherente al Derecho del Trabajo está orientada al trabajador dependiente y por cuenta ajena, siendo la presencia de estos dos presupuestos sustantivos un requisito imprescindible para la puesta en marcha de las medidas de protección previstas en la normativa laboral. En otras palabras, una cosa es que pueda existir una cierta graduación o flexibilización de las notas de dependencia y ajenidad en sintonía con los avances en la forma y los medios de prestar servicios; y otra bien distinta es que la relación jurídica carezca de alguno de aquellos presupuestos, pues, de ser así –como creo que acontece respecto a la dependencia en el supuesto de hecho que se ha analizado– la tutela de los intereses de las partes contratantes resultará ajena al ordenamiento laboral.



ACCIDENTES SUFRIDOS EN EL HOTEL CUANDO EL
TRABAJADOR SE ENCUENTRA “EN MISIÓN”

ACCIDENTS SUFFERED BY A CASUAL WORKER IN A HOTEL

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 654-663

Eduardo
Enrique
TALÉNS
VISCONTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de septiembre de 2014
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: La Sentencia que ocupará las siguientes páginas resuelve el caso de un trabajador que es enviado por una empresa a Tel Aviv para realizar unas labores de carpintería para la nueva apertura de una tienda del Grupo Inditex en dicha ciudad. Estando en el hotel sufrió un ictus isquémico del que se derivó una incapacidad permanente. Se debate el carácter laboral o no de esta contingencia.

PALABRAS CLAVE: Ictus sufrido en hotel, accidente de trabajo, trabajador en misión, presunción de laboralidad, Seguridad Social.

ABSTRACT: The Court ruling that we are analyzing decides the case of a worker who was sent by his employer to Tel Aviv in order to do some carpentry work for the new Grupo Inditex's magasin in that city. When the employee was at the hotel, he suffered an ischaemic stroke and, eventually, a permanent disability. It argues with the labour character or not of this legal matter.

KEY WORDS: Troke suffered in a hotel, accident at work, casual worker, presumption of labour activity, Social Security.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares.- II. El accidente de trabajo “en misión”.- III. Contingencia sufrida en el hotel, ¿accidente de trabajo o enfermedad común?- IV. Conclusiones.

SUPUESTO DE HECHO

Don Pablo, con cargo de Oficial de ebanista y que trabaja en una empresa española es enviado a la ciudad de Tel Aviv (Israel) para realizar allí unos trabajos de carpintería en un local del Grupo Inditex. El periodo inicial de las obras, y por tanto, el tiempo que en principio éste debía de permanecer trabajando fuera de su país era desde el 25 de junio de 2008 hasta el 3 de julio de ese mismo año. Sin embargo, las obras se llevaron con retraso, por lo que la empresa acordó ampliar su estancia en el extranjero hasta el día 10 de julio. Con todo, el día 7 de julio, Don Pablo quedó para ir a trabajar por la mañana junto con otro compañero, en el lugar y hora en el que lo solían hacer. Puesto que éste no bajaba, el referido compañero decidió subir a la habitación y encontró a D. Pablo echado en el suelo inconsciente y procedió a trasladarlo a un centro hospitalario, donde le diagnosticaron un ictus isquémico de la arteria cerebral media derecha.

La Mutua comunicó el correspondiente parte en fecha 17 de julio de 2008 donde se consideró que la incapacidad derivada de esta circunstancia no provenía de una contingencia profesional. En fecha de 3 de noviembre de 2008 el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) dictó resolución por la que se declaró como enfermedad común la contingencia padecida por el trabajador. La reclamación administrativa previa interpuesta por el trabajador fue desestimada con fecha de 23 de enero de 2009. Don Pablo fue declarado en situación de gran invalidez derivada de enfermedad común por resolución del 3 de marzo de 2009.

El trabajador demandó a la Mutua, al INSS, a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y a la empresa ante la jurisdicción social y la controversia se resolvió por Sentencia del 23 de julio de 2009 del Juzgado de lo Social número 3 de Pontevedra, mediante la cual se consideró que el proceso de incapacidad derivó de una contingencia profesional. La Mutua recurrió en suplicación esta sentencia ante

• **Eduardo Enrique Taléns Visconti**

Es investigador en formación “Atracció de Talent” en la Universidad de Valencia. Es licenciado en Administración y Dirección de Empresas y en Derecho por la Universidad de Valencia y Máster en Derecho, Empresa y Justicia también por ésta última. Galardonado en dos ocasiones con el Premio de Investigación Tomás y Valiente. Es autor de múltiples artículos y capítulos de libro sobre la disciplina laboral en general, en especial sobre temas relacionados con los derechos fundamentales.

la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que en fecha 22 de octubre de 2012 emitió su veredicto confirmando la sentencia de instancia.

La Mutua, disconforme con estas resoluciones judiciales, formuló recurso de casación para unificación de doctrina alegando contradicción con la STS 8 octubre 2009. El Tribunal Supremo dictó sentencia resolviendo este supuesto el día 11 de febrero de 2014.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Tanto la sentencia de instancia como la de suplicación llegaron al convencimiento de que la contingencia derivada de la Incapacidad Temporal sufrida en el hotel de Tel Aviv por parte del trabajador debía de ser calificada como accidente de trabajo. Ambas sentencias valoraron que el trabajador se encontrara en situación de desplazamiento, por cuenta de la empresa, cuando sufrió un ictus en el hotel y "sin que pueda apreciarse una conducta inusual o fuera de los patrones normales de comportamiento, realizando actividades normales como es descansar y levantarse a la mañana siguiente para acudir al trabajo." Por ello, ambas instancias concluyeron que la incapacidad permanente provenía de una contingencia profesional.

Por su parte, la sentencia de contraste, en este caso del propio TS (en concreto la STS 8 octubre 2009) conoció del caso de un trabajador que falleció tras sufrir un infarto de miocardio en un hotel de Marrakech mientras éste se encontraba como responsable de la implantación de una línea de productos de la empresa. En este supuesto la sentencia del Supremo entendió que el infarto tuvo lugar durante el tiempo en que el trabajador descansaba y se consideró que no era accidente de trabajo porque tuvo lugar fuera de las horas y del lugar de trabajo.

A continuación, se procede a conceptualizar la noción de accidente en misión, figura de creación jurisprudencial que debe de presentar, según se dice en la sentencia, dos elementos conectados con la prestación de servicios del trabajador: 1º) el desplazamiento para cumplir la misión y 2º) la realización del trabajo en que consiste la misión. Junto con ello, se sostiene que no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo y se termina aseverando que "no puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en el tiempo y el lugar de trabajo, aunque se trate de periodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado".

En lo sucesivo, la STS 11 febrero 2014 se dedica a realizar un somero repaso por algunas de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo relacionadas con este supuesto. Estas sentencias, así como otra serie de pronunciamientos, serán utilizadas más adelante cuando entre en la parte crítica de la sentencia.

En fin, el TS considera que el supuesto de hecho anteriormente referenciado, es decir, el del trabajador en misión que sufre un ictus en el hotel, guarda una estrecha relación con la sentencia de contraste (STS 8 octubre 2009), y por ende, acoge su doctrina. Por lo tanto, el Tribunal Supremo estima el recurso y considera, en contra de lo que se había decidido en la instancia y en suplicación, que la dolencia acaecida a causa del ictus isquémico sufrido por el trabajador en el hotel de Tel Aviv no puede ser calificada como accidente de trabajo.

COMENTARIO

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Determinar si una enfermedad o dolencia debe calificarse como contingencia profesional es una de las cuestiones más espinosas y que mayores debates jurisdiccionales ha suscitado en materia de Seguridad Social. Esto es así, en primer lugar, porque la calificación de un accidente o enfermedad como laboral o no laboral no es baladí. En este sentido, todas las prestaciones sociales que disciplina nuestro sistema de Seguridad Social quedan impregnadas por su inicial apreciación como accidente o enfermedad derivados del trabajo. En concreto, la balanza se inclina a favor de unas mayores ventajas cuando la contingencia sufrida es calificada como profesional y se encuentra relacionada con el trabajo. Así, en la mayoría de casos el periodo de carencia exigido para tener derecho a una determinada prestación social es menor (o directamente inexistente) cuando la contingencia ha sido profesional. También la base reguladora a partir de la cual se calcula la cuantía de una concreta prestación suele ser más elevada cuando el accidente o enfermedad han sido consecuencia del trabajo. Además, en muchos casos, es posible derivar la responsabilidad del empresario que, de estimarse, vendría obligado a indemnizar al trabajador.

En segundo lugar, porque la calificación de una contingencia es fruto de una labor eminentemente judicial. Debido a la parquedad con la que se regula esta cuestión, y a la multiplicidad de casos concretos que pueden suscitarse en la vida real, los tribunales han ido poco a poco perfilando los lindes de esta calificación y en especial de los accidentes denominados “in itinere” y “en misión” (figura, esta última, de creación jurisprudencial).

Las soluciones que nos brinda la normativa se encuentran reguladas en el art. 115 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Así, en concreto, el art. 115.1 LGSS define el accidente de trabajo como “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta

ajena". A continuación propone una somera lista sobre una serie situaciones que *ex lege* tendrán la consideración de accidente de trabajo. Por su parte, se excluyen en este precepto aquellos accidentes que, *a sensu contrario*, no tendrían la consideración de laborales y que, en esencia, serían aquellos debidos a una fuerza mayor extraña al trabajo y aquellos que hayan sido ocasionados mediando dolo o por la imprudencia temeraria del propio accidentado.

Especialmente interesante para el desarrollo de este breve comentario va a ser el apartado tercero del propio art. 115 LGSS que dispone que: "se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo". Regula este precepto la denominada "presunción de laboralidad" de los accidentes y enfermedades sufridas en el tiempo y lugar de trabajo. Esta precisión supone que cuando la dolencia, el fallecimiento o cualquier otra circunstancia que sea objeto de protección social acontezcan en el puesto y horario de trabajo se presume que ha sido ocasionada por el desempeño laboral, y por lo tanto, salvo prueba en contrario, la contingencia será calificada como profesional (con las indudables ventajas que de ello se derivan).

La "presunción de laboralidad" ha sido una cuestión especialmente discutida desde distintas perspectivas. En las siguientes líneas se ofrecerán unas breves anotaciones acerca de uno de los prismas sobre los que se han planteado algunos problemas interpretativos, como es el concerniente al "accidente en misión", en el que se han producido ciertos vaivenes jurisprudenciales hasta que, finalmente, el Tribunal Supremo parece haber cercado el problema.

II. EL ACCIDENTE DE TRABAJO "EN MISIÓN".

El accidente laboral "en misión" es una figura de creación jurisprudencial que no encuentra regulación expresa en la normativa legal. No se trata de un concepto jurídico nuevo, puesto que ya hace bastantes años que existe en el acervo iuslaboralista. Sin embargo, su concreta delimitación, tal y como sucede con todas las nociones jurídicas instituidas por los órganos judiciales, no permanece invariable en el tiempo y está expuesta a constantes cambios interpretativos y revisiones.

Lo que sí resulta inalterable es el significado de accidente de trabajo "en misión" que, de una manera simple, correspondería con todo aquel incidente o enfermedad sufrido por una persona mientras se encuentra desarrollando una actividad laboral en otra ciudad o localidad distinta a la que lo hace normalmente. Se trata, en suma, de una situación transitoria en la que un trabajador es enviado a realizar una serie de tareas a otro lugar durante un tiempo, para luego volver a su puesto originario. Por lo tanto, no tiene nada que ver con un traslado o con cualquier otra situación que implique un cambio de residencia o situación estable. Como se señaló por la STS 6 marzo 2007 (RJ 2007, 1867) la noción de accidente "en misión" es aceptada por

la doctrina como “una modalidad específica del accidente de trabajo, en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa”. Se configuran así dos elementos conectados con la prestación de servicios: “1º) el desplazamiento para cumplir la misión y 2º) la realización del trabajo en que consiste la misión”.

En este sentido, la protección del desplazamiento guarda una cierta similitud con la del accidente “in itinere” que sí que se encuentra mencionado expresamente, aunque de forma parca, en el art. 115.2 a) LGSS cuando se considera como accidente del trabajo “los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo”. Al respecto, la STS 24 diciembre 2001 (RJ 2002, 595) consideró el accidente “en misión” como una lógica derivación del concepto de accidente “in itinere”. De este modo, si se protege el obligado desplazamiento desde el domicilio al lugar de la prestación del servicio y viceversa “con mayor razón deberá extenderse tal protección cuando la prestación de los servicios y sus condiciones y circunstancias impiden al trabajador aquel regreso”. Se produce, por ende, una ampliación de “la presunción de laboralidad” que se extiende también durante el tiempo en que el trabajador permanece en otra localidad enviado por la empresa para desarrollar alguna tarea para ésta, si bien, como se verá en el siguiente epígrafe, han existido algunas discrepancias doctrinales sobre los concretos lindes que deben de ceñir la extensión sobre la “presunción de laboralidad” aplicable a los accidentes “en misión”.

III. CONTINGENCIA SUFRIDA EN EL HOTEL ¿ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD COMÚN?

Teniendo claro que la “presunción de laboralidad” que se contempla en el art. 115.3 LGSS se da también cuando el trabajador es enviado temporalmente a otra ciudad para desarrollar allí algunos cometidos, resta concretar el alcance preciso de esta presunción.

Sobre el particular han germinado dos posibles tesis o interpretaciones distintas. La primera de ellas pasará por considerar como accidente de trabajo o enfermedad profesional todas aquellas situaciones que por su habitualidad o por el carácter de normalidad de sus acciones guarden cierta conexión con el trabajo. De este modo, todo aquello que no se salga del comportamiento habitual del trabajador quedaría protegido como contingencia profesional, y en concreto, lo sería el hecho de que éste deba pernoctar fuera de casa, ya que esta situación vendría obligada por el trabajo. En todo caso, bajo esta interpretación no se podría considerar como accidente laboral, por ejemplo, la muerte de un trabajador por asfixia al ahogarse en una playa pública de Nigeria mientras éste se encontraba “en misión”. Así lo consideró acertadamente la STS 10 febrero 1983 (RJ 1983, 580) al no concurrir una relación de causalidad “clara, directa e inmediata, íntima conexión entre trabajo y hecho determinante de la muerte, inexistente en el caso contemplado”. En este

sentido, parece bastante evidente que aquellos accidentes sufridos en los días de descanso o en contextos de esparcimiento personal no pueden ser considerados como accidente de trabajo cuando se está "en misión".

La segunda interpretación pasaría por extrapolar la "presunción de laboralidad común" a las contingencias sufridas "en misión", sobre la base de que no todo lo que acontece durante este periodo tiene una conexión necesaria con el trabajo ni con la actividad laboral. En este sentido, solamente serían considerados como derivados de la actividad laboral las contingencias sufridas en el tiempo y en el lugar de trabajo, las acontecidas "in itinere", así como aquellas en las que se pudiera demostrar que la razón de la enfermedad o accidente trae causa o proviene de la propia actividad laboral.

Estas dos posturas se han desarrollado cuando la contingencia ha sucedido en el hotel en el que se encuentra hospedado el trabajador, apareciendo así discrepancias entre pronunciamientos judiciales. Como se podrá deducir, bajo la primera de las interpretaciones la contingencia sufrida en el hotel debería ser calificada como profesional. A esta solución llegó el TS en su sentencia de 24 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 595). En aquella ocasión, el TS resolvió el supuesto de un trabajador que padeció un infarto agudo de miocardio inferoposterior en el trascurso del descanso nocturno en un hotel de Londres mientras se encontraba en dicha ciudad "en misión". El Tribunal consideró que la dolencia provino de un accidente de trabajo puesto que no se había roto el nexo causal entre actividad profesional y la concreta enfermedad. En este sentido, el Supremo argumentó que la ruptura de referido nexo causal "no depende de que las propias tareas profesionales hayan concluido (dado que esa conclusión no reintegra al trabajador a su vida personal, familiar, privada y de la que dispone), sino porque se produzcan hechos que, en efecto, se apartan de la situación que es laboral por extensión. O sea cuando el trabajador rompe la dependencia y dispone de su tiempo y de su actuación".

Esta doctrina ha sido acogida recientemente por alguna sentencia de suplicación. Así, por referir un ejemplo, podría traerse a colación la STSJ Cataluña 4 mayo 2012 (JUR 2012, 222264). El supuesto de hecho era el de un trabajador desplazado a Gerona para supervisar una obra de remodelación de un restaurante y que encontrándose en hotel descansando por la noche sufrió un ictus cerebral. En esta ocasión el juzgador vinculó el estrés del contexto y del desplazamiento con el siniestro, tras reconocer que la tensión es un factor de riesgo para sufrir un ictus. En definitiva, se reconoció el carácter de contingencia profesional del ictus acaecido en el hotel. Como es sabido, también acogen esta doctrina las instancias inferiores que dan pie al pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Supremo que ocupa el eje de este comentario. El argumento utilizado por esta corriente interpretativa, que supone en última instancia que la contingencia va a ser declarada

como profesional, parte de la base de que cuando el trabajador se encuentra “en misión” no puede retornar a su vivienda habitual y si se encuentra pernoctando en un hotel es precisamente por imperativo laboral. En este sentido, tras la conclusión de la jornada laboral, el trabajador no se reintegra a su vida personal y familiar privada. Por esta razón, cualquier accidente sufrido “en misión” debería ser laboral, a excepción de que sea el propio trabajador el que rompa con sus actos el nexo causal entre desplazamiento y trabajo (recuerden el supuesto del trabajador que en su día de descanso y en pleno disfrute de su tiempo libre decide bañarse en una playa).

La solución será totalmente diferente si atendemos a la segunda de las tesis o argumentaciones que también ha ofrecido la práctica judicial. Esta es la utilizada por el TS en su sentencia de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1867). En la misma se resolvió el supuesto de un trabajador de Ponferrada que fue desplazado por motivos laborales hasta la localidad de Molina de Segura (Murcia) donde, mientras pernoctaba, falleció a causa de una hemorragia encefálica. En dicha sentencia se argumentaba que “no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral”. Junto con ello, se indicaba que el tiempo de disponibilidad se define por su oposición con los períodos de pausa y descanso y en el supuesto referenciado la lesión se produjo durante el tiempo de descanso, “un descanso que, por exigencias del tipo de trabajo, ocurre fuera del ámbito privado normal del trabajador; pero que no se confunde con el tiempo de trabajo en ninguna de sus acepciones y que, por tanto, no queda comprendido en la presunción del artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social”.

Esta doctrina fue acogida posteriormente por el propio TS en su sentencia de 8 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5666) que conoció del caso de un trabajador que falleció a causa de un infarto agudo de miocardio en un hotel de Marrakech, donde se encontraba de viaje de negocios. La sentencia concluyó que, “de una parte, el fallecimiento se produce fuera de horas y del lugar de trabajo entendiéndose por éste el que circunstancialmente venga determinado por las gestiones a realizar al tratarse de un viajante, y de otra, el fallecimiento se debe a un infarto de miocardio, lo que extrae el factor causante del accidente en sentido estricto cuando no concurren hora y lugar de trabajo”. También la reciente STS 11 febrero 2014, aquí sometida a debate, acoge esta interpretación y opta por considerar que el ictus isquémico padecido en el hotel de Tel Aviv no es fruto de un accidente de trabajo y la calificación que le corresponde sería la de enfermedad común, con los patentes perjuicios que de la misma se derivan.

IV. CONCLUSIONES.

Como se habrá tenido ocasión de apreciar a lo largo de esta breve disertación, el hecho de que la normativa sobre Seguridad Social no regule de forma expresa el accidente "en misión" ha obligado a que su configuración se realice a través de los Tribunales de Justicia. En este sentido, está totalmente aceptada en la práctica judicial la extensión de la "presunción de laboralidad" contenida en el art. 115.3 LGSS a las situaciones de desplazamiento laboral del trabajador; si bien, sus concretos límites son objeto de discusión. En todo caso, la opción que predomina en la doctrina del Tribunal Supremo es la acogida por esta reciente STS 11 febrero 2014. En concreto, esta última considera que la contingencia sufrida en el hotel, mientras el trabajador se encuentra descansando fruto de su desplazamiento por motivos laborales a otra localidad, no entraría dentro de la "presunción de laboralidad" y por lo tanto, salvo que se demuestre su consecuencia por motivos laborales, no puede ser calificada como accidente de trabajo.

Existen pronunciamientos judiciales -sobre todo de doctrina judicial menor, aunque también algún caso aislado del propio TS- que han considerado que el hecho de volver al hotel es consecuencia del trabajo, puesto que si el trabajador no se encontrara "en misión" retornaría a su habitual residencia y a su normal vida privada. Por lo tanto, de seguirse esta interpretación, la "presunción de laboralidad" ampliaría sus lindes y abarcaría también aquellas situaciones y contingencias padecidas en la residencia temporal en que debe permanecer el trabajador mientras dure "la misión" (por lo general hoteles). No obstante, como se ha expresado en el párrafo anterior el criterio dominante en la doctrina del TS es precisamente el contrario, y supone que una contingencia sufrida en el hotel (o lugar similar de descanso) no puede considerarse como accidente de trabajo. Cabe apuntar que la doctrina del TS sobre este menester ya cuenta con más de dos sentencias en el mismo sentido, y que por lo tanto ha sentado jurisprudencia en esta materia. Por ello, hay que tener en cuenta que, en principio, existe una presunción de que un accidente ocurrido en el lugar de descanso no va a ser una contingencia profesional. Ahora bien, si se demostrara en juicio que la dolencia o el padecimiento sufrido deviniera del desempeño laboral, la calificación debería de ser la de accidente laboral (si bien este es un extremo complicado de demostrar).

Por ejemplo, en el presente supuesto, debido a que la estancia en Tel Aviv se prorrogó unos días más de lo previsto, y por tanto, quizá se podría haber demostrado que el ictus padecido estaba relacionado con el estrés laboral ocasionado por esta situación. En ese caso, complejo de probar, la contingencia sí que sería profesional.

LAS POSIBILIDADES DE UN DESPIDO OBJETIVO DEL ART. 52.C)
E.T. DURANTE UN ERE TEMPORAL. COMENTARIO A LA STS DE
12 DE MARZO DE 2014

*POSSIBILITIES OF INDIVIDUAL DISMISSAL DURING A PERIOD OF
COLLECTIVE REDUNDANCIES. COMMENT ON STS OF MARCH 12, 2014*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 664-675



Héctor
CLARK
SORIANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de agosto de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: Un trabajador fue despedido mediante despido objetivo por causas económicas y productivas, durante la vigencia de un expediente de regulación de empleo temporal (ERTE) que afectaba también a dicho trabajador. La cuestión a debate es si una empresa a la que en el marco de un ERTE se le ha autorizado a suspender temporalmente contratos de trabajo, puede durante tal período, por las mismas causas alegadas y sin que haya habido un cambio relevante en las circunstancias, efectuar un despido objetivo de alguno de los trabajadores afectados por la suspensión de contrato.

PALABRAS CLAVE: Despido objetivo por causas económicas y productivas, suspensión del contrato de trabajo, periodo de consultas, buena fe, abuso de derecho.

ABSTRACT: The Court ruling that we are analyzing decides the case of a worker who has dismissed individually, during a period of collective suspensions of a various workers contracts, due to economical causes, which also affected the same employee. The key question is if a company who has been authorized to suspend the labour contracts of various workers, due to economical causes, can during the same period and alleging the same causes, without a relevant change of circumstances, individually dismiss one of the workers who has had his contract suspend.

KEY WORDS: Individual dismissal due to economical causes, suspension of the labour contract, consultation period, good faith, abuse of rights.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares.- II. Evolución legislativa.- III. La suspensión del contrato de trabajo y el despido objetivo: compatibilidades e incompatibilidades.- IV. Conclusiones.

SUPUESTO DE HECHO

Tres trabajadores, Leoncio, Juana y Franco venían prestando servicios para la empresa XXX S.A en el centro de trabajo sito en Chiclana de la Frontera (Cádiz). Por Resolución de la Consejería 3-3-2009 la empresa fue autorizada a suspender los contratos de trabajo de trece trabajadores, entre los que encontraban los ya mencionados, durante un máximo de 180 días, dentro del período 4-3-2009 a 4-3-2010.

Por una nueva resolución de 4-3-2010 se autorizó la suspensión por un periodo máximo de 180 días entre el 5-3-2010 y el 4-3-2011.

Mediante diferentes escritos los tres trabajadores fueron despedidos el 3-10-2010. En los referidos escritos se ponía de manifiesto por la empresa que se procedía a la extinción contractual por causas objetivas, económicas y productivas. Se señalaba que a pesar de haberse recurrido a la suspensión de los contratos de trabajo la situación era inviable, habida cuenta las pérdidas existentes y la mengua del volumen de negocio.

Después de celebrados los actos de conciliación sin avenencia, el Juzgado de lo Social número 3 de Cádiz en fecha 16 de marzo de 2011 desestima las demandas interpuestas por Leoncio, Juana y Franco recaída en procedimiento de reclamación por despido.

Anunciado e interpuesto el recurso de suplicación contra dicha sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, dictó Sentencia de fecha 31 de octubre de 2012 en virtud de la cual se desestimaba el recurso presentado y se confirmaba la Sentencia recurrida.

• Héctor Clark Soriano

Es licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia contando con un máster de abogacía por la misma universidad. Asimismo, es abogado en ejercicio teniendo como campo preferente de su actividad profesional el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Ha impartido charlas sobre las más recientes reformas laborales ejerciendo asimismo una actividad de divulgación a través de diversos artículos. Correo electrónico: clarkabogado@gmail.com.

Contra la Sentencia dictada en Suplicación se formalizó por la representación procesal de Don Franco recurso de casación para la unificación de doctrina, alegándose la contradicción existente entre la Sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de abril de 2011 (Rec. N° 707/2011). El Tribunal Supremo dictó Sentencia resolviendo este supuesto el 12 de marzo de 2014.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La sentencia de suplicación que confirma la de instancia declara la procedencia del despido llevado a término durante la vigencia de una suspensión del contrato de trabajo, pues no existe impedimento para despedir a un trabajador por causas objetivas en base a las mismas causas económicas, técnicas organizativas o de producción que justificaron la suspensión del contrato de trabajo, siempre que concurran los requisitos legales para ello.

Por su parte, la sentencia de contraste del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de abril de 2011 conoció el caso de un trabajador el cual es objeto de un despido por causas objetivas amparado en el art. 52 c) E.T. durante la vigencia de un ERE de suspensión de contratos de trabajo, apoyándose en las mismas causas económicas y productivas que después justificaron el despido. En este supuesto el TSJ del País Vasco consideró que el despido era improcedente: dado que se trataba incurso en un ERE suspensivo al que se le extinguía el contrato por iguales causas y concurriendo similares circunstancias a las que determinaron el ERE suspensivo.

La STS asume como propia la doctrina de la sentencia de contraste, señala el TS en primer lugar, que es dable que durante la vigencia de una suspensión contractual por razones económicas y productivas se pueda efectuar un despido objetivo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, sin embargo, ello no se puede realizar siempre y en todo caso, sino que a juicio de nuestro Tribunal Supremo ha de concurrir al menos uno de los siguientes requisitos: bien que exista una causa distinta y sobrevenida a la alegada para implementar la suspensión del contrato de trabajo, bien si se trata de la misma causa que se haya producido una variación substancial y relevante en las circunstancias que determinaron la suspensión. Hay que apuntar además que de no concurrir, cualquiera de los dos requisitos ya mencionados; y en el caso que la suspensión sea fruto del acuerdo en el período de consultas el despido ha de declararse nulo por atentado contra la buena fe y constituir abuso de derecho.

COMENTARIO

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El comentario de esta Sentencia nos obliga, en primer lugar, a reparar en el trascendente cambio legislativo que se ha producido en el espacio temporal que va desde el acaecimiento de los hechos que se juzgan hasta el momento en que se dicta la sentencia que hoy valoramos. Hasta 5 reformas legislativas han afectado tanto al art. 47 Estatuto de Trabajadores (ET) regulador de la suspensión del contrato de trabajo por causas económicas técnicas organizativas o de producción como al art. 52 c) ET, donde se ubica el despido objetivo por esas mismas causas en relación con el art. 51 del ET amén de la aparición de un nuevo reglamento.

Atendiendo, por un lado, a la desaparición de la necesidad de autorización administrativa para llevar a cabo un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE), y por otro, a la modificación del redactado del art. 51 ET en lo tocante a las causas que habilitan un despido por causas económicas: podríamos concluir que la jurisprudencia que se desprende de la sentencia ha quedado parcial o totalmente obsoleta, como suele suceder en la parcela social del derecho víctima habitual de una desenfundada actividad legislativa. Sin embargo, estos cambios lejos de restarle interés a lo manifestado por el Alto Tribunal le imprimen, a mi juicio, mayor vigor, actualidad y vigencia.

Las últimas reformas convierten al despido en una medida de gestión ordinaria de la empresa en orden a garantizar la maximización de los beneficios todo ello enmarcado en lo que ha venido en llamarse la empresarización del derecho del trabajo, una corriente que defiende la reorganización empresarial como un interés protegido.

Los argumentos con los que hoy cuenta un abogado para defender la improcedencia de un despido objetivo por causas económicas son menos que hace cinco años, lo que obliga al letrado a estudiar escrupulosamente y más que nunca si la carta de despido acusa deficiencias que pueden llevar aparejada la indefensión del trabajador y por ende su improcedencia. Indiscutiblemente, la observancia de los requisitos formales a la hora de llevar a efecto una suspensión del contrato de trabajo por razones económicas o un despido objetivo motivado por las mismas causas ha adquirido un mayor protagonismo hasta convertirse en esencial.

Pero no sólo los controles formales han ganado en protagonismo a cuenta de la desaparición o el debilitamiento de otros controles, sino que también y sobre todo hay que destacar: como figuras jurídicas que trascienden el derecho del trabajo y que forman parte de la teoría general del derecho como el abuso de derecho,

el principio de buena fe o el fraude de ley han reverdecido en la práctica forense siendo una muestra de ello la sentencia que hoy nos ocupa.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

En primer lugar, es necesario hacer mención de los cambios legislativos más significativos producidos en los arts. 47 y 52 c) ET y ponerlos en relación con el fallo.

La suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción está regulada en el art. 47 ET que establece: "El empresario podrá suspender el contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo a lo previsto en este artículo y al procedimiento que se determine reglamentariamente".

Sin embargo, el ERTE y la autorización administrativa tuvieron como marco legislativo otro sustancialmente distinto al art. 47 del ET en su redacción original que rezaba: "1. El contrato de trabajo podrá ser suspendido, a iniciativa del empresario, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51 de esta Ley y en sus normas de desarrollo, excepto en lo referente a las indemnizaciones, que no procederán. La autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa".

La regulación de la suspensión del contrato de trabajo por causas económicas ha experimentado una significativa independización legislativa del despido colectivo: ya no existe una remisión al art. 51 ET sino que es el propio art. 47 ET el que recoge una regulación específica. Asimismo, hay que señalar que el nuevo reglamento (1483/2012 de 29 de octubre) a diferencia del reglamento del año 1996, cuando se refiere a la suspensión no remite a lo establecido para el despido colectivo.

En segundo lugar en la regulación actual ya no se hace mención de la razonabilidad de la medida en relación con la necesidad de la superación de una situación coyuntural de la empresa. Sin embargo, la diferencia más llamativa entre la normativa vigente en el momento del ERTE al que se refiere la Sentencia y la actual es que ya no existe una autorización administrativa que determine que la suspensión se puede llevar adelante. Hoy es la empresa la que decide en última instancia, si lleva a término la suspensión sin perjuicio del posterior control judicial en su caso, dicha suspensión puede contar con acuerdo de los representantes de los trabajadores o no en el seno del período de consultas. A pesar de dicho cambio cualitativo, ello no afecta a la plena vigencia de la jurisprudencia pues es tanto la coincidencia de las

causas aducidas para la suspensión y el despido como el acuerdo en el período de consultas la apoyatura fáctica que sostiene la nulidad del despido.

Respecto al despido objetivo previsto en el art. 52 c) ET, si bien no podemos hablar de la desaparición de la autorización administrativa, pues ésta se produjo hace ya 20 años lo cierto es que del primer trimestre de 2010 en el que se autoriza el ERTE a la actualidad sí que ha se ha producido un cambio cualitativo en los despidos objetivos por causas económicas técnicas organizativas y de producción. El actual art. 51.I prescribe:

“Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”.

Respecto del momento de autos y la definición de causas económicas: han desaparecido el control de oportunidad de la medida, el control de la funcionalidad de la medida en relación a la mejora de la situación económica de la empresa y la mención expresa al criterio de la razonabilidad para valorar la procedencia del despido. Y a pesar de ello como veremos la procedencia del despido para el Alto Tribunal no dependerá de un mero resultado contable.

III. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y EL DESPIDO OBJETIVO: COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.

La cuestión controvertida que resuelve el Tribunal Supremo es si una vez obtenida por la empresa en el marco de un ERTE una autorización para suspender los contratos de trabajo, se puede ejecutar un despido objetivo por razones económicas basado en las mismas causas que fundamentaron la suspensión y sin que hayan variado sustancialmente las circunstancias.

El Alto Tribunal afirma, en primer lugar, que es perfectamente posible que un trabajador afectado por una suspensión por causas económicas pueda ser objeto de un despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Y ello es lógico, ya que la suspensión del contrato de trabajo en términos generales y de manera fundamental como prescribe el art. 45.2 ET “exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”, pero no constituye *prima facie* una restricción al poder disciplinario del empresario que impida a éste despedir y en particular despedir por causas económicas o productivas.

Para el Alto Tribunal durante la vigencia de un ERTE, sólo se puede despedir por las causas objetivas previstas en el art. 52 c) ET si se da una de estas dos condiciones: bien que la causa sea distinta y sobrevenida a la alegada para la suspensión del contrato de trabajo, bien, si se trata de la misma causa, que se haya producido un cambio sustancial y relevante de las circunstancias que sustentaron la suspensión.

Analicemos los precitados condicionantes: el primer requisito habilitante para despedir por causas objetivas vigente una suspensión del contrato de trabajo del art. 47 ET, en realidad son dos, se ha de tratar en primer lugar de una causa distinta a la que determinó la suspensión del contrato de trabajo, la referencia a una causa distinta nos recuerda el elemento que también impide la aplicación de la cláusula antifraude ubicada en el art. 51.1 *in fine*, que persigue las conductas que incurriendo en fraude de ley quieren evitar el procedimiento previsto para el despido colectivo a través de un goteo de despidos. Sin embargo, en este caso la coincidencia en las causas aducidas para la suspensión y para el despido llevaría aparejado la improcedencia y no la nulidad por no existir causa suficiente para el Tribunal Supremo, sin perjuicio, de lo que diremos más abajo respecto de la nulidad. Dicha causa distinta también ha de ser sobrevenida de lo que concluyo, que si dicha causa, a pesar de ser distinta, existía en el momento de instarse la suspensión y no se alegó en aquel momento, no puede alegarse después para fundamentar un despido objetivo del art. 52 c) ET. De otro modo, la empresa torticeramente podría reservarse la alegación de las distintas causas a conveniencia.

El segundo requisito que habilitaría un despido objetivo del 52 c) durante la vigencia de una suspensión es un cambio sustancial y relevante en las circunstancias que motivaron dicha suspensión. El Alto Tribunal no precisa ninguno de los dos conceptos, sin embargo, se colige por su referencia al supuesto de hecho: que debe haber un empeoramiento de los parámetros económicos o productivos según los casos y que dicho empeoramiento no puede ser anecdótico. En cualquier caso, a mi juicio, se impone una interpretación muy restrictiva de este supuesto habilitante incluso en el caso en que no exista acuerdo con los trabajadores. No es admisible que el empresario que pudiendo optar por otro tipo de medidas como despidos individuales o incluso un despido colectivo; y finalmente lo hace por la suspensión del contrato de trabajo en base a unos datos, unos resultados y una valoración de los mismos que le condujeron a la conclusión de que no son necesarios los despidos, tiempo después y durante la vigencia de una suspensión que alivia grandemente la carga económica asumida por la empresa resuelva en base a las mismas causas que ha de despedir.

Asimismo, hay que hacer notar que la suspensión del contrato de trabajo por causas económicas y productivas es la respuesta con vocación coyuntural a una situación coyuntural, aunque a diferencia de lo que sucedía en el pasado, la

ley no explicita tal extremo. Ello se puede inferir del hecho que la ley prevé que durante la suspensión se han de promover acciones formativas dirigidas a aumentar la polivalencia o incrementar la empleabilidad. El legislador no establecería la implementación de acciones formativas para trabajadores que en el curso de la suspensión van a ser despedidos, lo que sería un absurdo. Por ello entiendo que el cambio sustancial y relevante de las circunstancias ha de ser muy importante para habilitar el despido objetivo en base a las mismas causas que fundamentaron la previa suspensión, de otro modo, se estaría conculcando el espíritu de la ley. En el caso que la suspensión contara con el acuerdo de los representantes de los trabajadores en el período de consultas, cabría si cabe ser más restrictivo en la operatividad del cambio de circunstancias como causa habilitante de un despido objetivo, ya que ello supondría, en mi opinión, la aplicación de hecho de la cláusula *rebus sic stantibus*: que si es de aplicación excepcional en la parcela del Derecho civil más aún debe de serlo en la rama social del Derecho, en este sentido la STS de 12 de marzo de 2013.

La Sentencia repara, por último, en la valoración de un tercer elemento fundamental cual es el hecho del acuerdo existente en el período de consultas del ERTE entre la empresa y los representantes de los trabajadores: para el tribunal el despido durante la vigencia de este ERE acordado supone de acuerdo con el Código Civil (CC) un atentado contra el principio de la buena fe (art. 7.1 CC) “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”, ya que se quebranta la confianza de los trabajadores y asimismo constituye un abuso de derecho (art. 7.2 CC) “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso” y todo ello tiene como consecuencia que se declare la nulidad del despido. El acuerdo en período de consultas confiere a la suspensión una protección adicional, así de acuerdo con el ET, la impugnación de la medida queda limitada en sus motivos a la concurrencia de dolo, fraude, violencia o abuso de derecho. En el mismo sentido de sobreprotección de lo pactado la consecuencia de despedir sin concurrir las circunstancias arriba expresadas comportan no la improcedencia, sino la nulidad del despido efectuado durante la vigencia de la suspensión. Ello supone, a mi juicio, una defensa tácita por parte del Tribunal Supremo del principio *pacta sunt servanda*, en ese sentido la STS de 18 de marzo de 2014.

Pero la pregunta que se suscita es: ¿qué sucedería si el acuerdo de suspensión en el marco del período de consultas previera la posibilidad de llevar a efecto despidos por causas objetivas? Lo cierto es que el tribunal no se pronuncia sobre el particular; a mi juicio, la previsión expresa en el acuerdo de suspensión de la posibilidad de

despidos objetivos sería óbice para sostener el atentado contra la buena fe y abuso de derecho y por consiguiente para la declaración de nulidad de los mismos: habida cuenta que la posibilidad de despidos hubiera sido anunciada y no hubiese sido fruto de la voluntad unilateral del empresario, sino del acuerdo con los trabajadores. Ello, sin perjuicio, de que la concurrencia o no de alguno de los requisitos mencionados más arriba determinara la improcedencia de los despidos.

IV. CONCLUSIONES.

La Sentencia, a partir de una interpretación integral del ET establece una jurisprudencia que compele a la empresa, incluso atravesando una situación de incontrovertible crisis económica, si ha optado por la suspensión de los contratos de trabajo, a agotar las posibilidades de esta medida, ya de por sí traumática, antes de extinguir el contrato de trabajo, cuando no concurren los requisitos habilitantes para el despido objetivo arriba mencionados. Así, la adopción de una suspensión del contrato de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 47 ET imposibilitaría un despido objetivo del art. 52 c) ET, so pena de improcedencia, salvo que estuviera basado en una causa distinta y sobrevenida o hubiese acontecido un cambio sustancial y relevante de las circunstancias, ya que en palabras del tribunal “no existirá causa suficiente”; y de no concurrir ninguna de las condiciones referidas y además existir un acuerdo en el período de consultas el despido sería nulo. El Supremo modera de esta manera la flexibilidad a la carta anhelada por el legislador:

Por otro lado, el Alto Tribunal pone freno a una posible interpretación mecánica de los supuestos habilitantes del despido objetivo por causas económicas y productivas. A partir de una interpretación integral y sistemática del ET; y de la utilización de fuentes jurídicas que se sitúan extra muros de la normativa laboral como el Código Civil. Lo que supone, en mi opinión, enmendar la plana al legislador por partida doble: de un lado porque el tribunal huye de una valoración desnuda de los hechos como quería el legislador; que en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 señala “ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”; y de otro, porque amplía las posibilidades de un despido nulo frente obstinación del legislador, desde hace años, de condenar al despido nulo a ser una figura residual.

Asimismo, cabe destacar que con la declaración de nulidad del despido como consecuencia de la existencia de un acuerdo de suspensión en el período de consultas, el Tribunal Supremo alumbró, a mi juicio, lo que podríamos denominar un “deber de paz relativo inverso” frente al deber de paz relativo que se establece en la relación convenio colectivo-derecho de huelga: el sujeto obligado no son los trabajadores, sino el empresario y no afecta al derecho de huelga, sino al recurso equivalente en términos de contundencia en manos del empleador; el despido. Deber de paz inverso que decimos relativo: dado que no operaría en el caso del

despido disciplinario ni tampoco cuando se aducen en el despido objetivo causas distintas y sobrevenidas a las que aparecieron en la negociación del acuerdo de suspensión, o existe una modificación substancial de las circunstancias que rodearon el acuerdo, algo que parece lógico pues en tal caso no se afectaría las bases sobre las que éste se alcanzó.

Por último, quiero hacer notar las repercusiones que tiene la sentencia más allá de la relación suspensión/despido objetivo, ya que a pesar de que el Supremo no se manifiesta al respecto, considero que la jurisprudencia comentada es de aplicación no sólo a la suspensión del art. 47 ET en relación con el despido objetivo del art. 52 c) ET, sino que también es predicable de las reducciones de jornada del art. 47 ET seguidas del mismo tipo de despido objetivo, pues los mismos argumentos son perfectamente aplicables a este segundo caso.



EL DERECHO A LA IGUALDAD DE ACCESO EN EL EJERCICIO
DE OPOSICIÓN POR MATERNIDAD. COMENTARIO A LA STS DE
14 DE MARZO DE 2014 (JUR 2014, 971 I0)

EQUALITY LAW IN A PUBLIC EXAMINATION TO MATERNITY

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 676-685



Belén
ANDRÉS
SEGOVIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de septiembre de 2014
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: La Sentencia que será analizada en las siguientes páginas resuelve, de forma pionera, el caso de una mujer embarazada que expresa su deseo de realizar las pruebas correspondientes a una oposición para el acceso a la función pública. El Tribunal Supremo declara que el parto se considera una causa suficiente, para no participar en el examen en el día y hora reflejado en las bases. Se debate si se cumple el principio fundamental de igualdad garantizado constitucionalmente y si la respuesta de la Administración en este contexto es eficaz.

PALABRAS CLAVE: Mujer embarazada, acceso, función pública, igualdad, Administración.

ABSTRACT: The Sentence, that will be analysed in the following pages, determines, in a pioneer way, the case of the pregnant woman who expressed the desire to access to the corresponding tests for a public examination. The Supreme Court of Justice declares that the labour is considered an enough cause, to not carry out the tests at the established time and place. It is discussed whether the compliance with the fundamental equality principle, that is guaranteed by the constitution and if the answer of the administration, in that context, is effective. **KEY**

WORDS: Ipregnant woman, access, public examination, equal, administration.

SUMARIO: I. Introducción.- II. El parto: ¿enfermedad o casa natural?- III. Discriminación positiva por razón del sexo e igualdad de acceso al concurso-oposición por parto.- IV. Conclusión.

SUPUESTO DE HECHO

Doña Gloria es admitida para realizar las pruebas correspondientes al proceso selectivo convocado por el Servicio de Salud de Castilla y León (28 de mayo del 2008) para la constitución de la Bolsa de Empleo de esta categoría. El objeto de dicha convocatoria es la provisión de dos puestos trabajo de Diplomado en Enfermería.

Las bases de la convocatoria contemplan la superación de dos fases para la obtención de la plaza. La primera de ellas, la fase de *oposición*, consistente en la realización de un único ejercicio igual para todos los turnos o sistemas de acceso y que tendría carácter eliminatorio. La prueba consistía en contestar a un cuestionario que estaría formado por 90 preguntas relacionadas con el programa, con cuatro respuestas alternativas, siendo sólo una de ellas la correcta. El Tribunal calificador dispuso que el ejercicio se convocara con fecha 30 de noviembre de 2008 y que el lugar de celebración del concurso fuera León. Para acceder a la segunda de ellas, la fase de *concurso*, los aspirantes deberían haber superado previamente la fase de oposición.

La aspirante, que reside en Burgos, conocedora de su avanzado estado de gestación, ante la previsión de que en la fecha por la que se convocaba la oposición se encontrara de parto, solicitó al tribunal calificador con fecha de 18 de noviembre de 2008 celebrar el ejercicio en su domicilio o, en su caso, en el centro sanitario donde tuviera lugar el alumbramiento. Su solicitud fue denegada con base en el punto 7.6 de la convocatoria, con fundamento en el "llamamiento único" y se dispone que el lugar de celebración de la oposición será León. Doña Gloria dio a luz el 29 de noviembre de 2008 obteniendo el alta el 1 de diciembre de 2008.

La recurrente, disconforme con la denegación de su solicitud, formuló recurso Contencioso-administrativo sustanciado como Procedimiento Ordinario 700/2009

• Belén Andrés Segovia

Licenciada en Derecho por la Universidad Jaime I de Castellón, Máster Oficial en Derecho Administrativo y de la Administración Pública de la Universidad de Valencia y estudiante de Doctorado en Derecho Administrativo por la misma Universidad. Colabora en el Proyecto de Investigación "Pluralismo y contenidos en la nueva regulación española de los mercados audiovisuales" del Plan Nacional de I+D+i, del Ministerio de Economía y Competitividad, Gobierno de España (ref. DER2012-37122). Actualmente es becaria de la Generalidad Valenciana en prácticas profesionales en la Dirección General de Desarrollo Autonómico de la Consellería de Gobernación y Justicia. Correo electrónico: beanse@alumni.uv.es.

contra la decisión del tribunal calificador. En este sentido, impugnados los actos anteriores por la aspirante, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (25 de septiembre del 2012), estimó el recurso de la actora, anuló los actos que la dejaron fuera del examen, y reconoció su derecho a participar en el ejercicio de la oposición para que, en caso de superarlo pudiera continuar con las siguientes fases del procedimiento selectivo. Contra dicha sentencia se anunció recurso de casación por la letrada de la Comunidad Autónoma de Castilla y León ante el Tribunal Supremo el 7 de mayo del 2013. Finalmente, el Tribunal Supremo dictó sentencia sobre el particular el día 14 de marzo de 2014.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 25 de septiembre de 2012, llegó al convencimiento de que la contingencia procedente del alumbramiento de la aspirante a la oposición para una de las plazas correspondientes a la Diplomatura en Enfermería debía de ser calificada como causa suficiente para declarar su derecho a poder participar en el ejercicio correspondiente a la prueba de oposición y en el caso de superarlo poder continuar con las restantes fases. Para la resolución del caso, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León valoró que la opositora había sido admitida en una ciudad distinta a la que vivía y que solicitó (el 18 de noviembre anterior) ser examinada a título individual en su domicilio o en el hospital en que pudiera encontrarse el día del examen (30 de noviembre del 2008). Por ello, dicha instancia consideró probada la imposibilidad de realizar el examen en relación al punto 7.6 de la base de la convocatoria -"llamamiento único"-, por encontrarse indispuesta para la realización del mismo. Por tanto, reconoció el derecho de la recurrente al acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) y la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) proyectada por razón de maternidad.

Por su parte, el Tribunal Supremo realiza un exhaustivo repaso sobre su jurisprudencia, la cual no es uniforme. En este sentido, los indicios más comunes sobre el embarazo que tradicionalmente ha manejado la doctrina jurisprudencial se encuentran en las SSTs 6 marzo 2006 y 27 abril 2009. No obstante, será únicamente considerada la segunda de las sentencias citadas, por cuanto reconoció el derecho de una aspirante, tras superar la primera fase de oposición, a posponer el segundo ejercicio alegando "fuerza mayor". Tal consideración trae causa en el hecho de que la opositora no se encontraba en las condiciones físicas adecuadas -tras dar a luz- para realizar las pruebas oportunas para el acceso a una plaza de profesor de educación física en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE). En este supuesto la sentencia del Supremo entendió que el tribunal calificador debía excepcionar el contenido de las bases en relación con el "llamamiento único".

A continuación, se procede a valorar si concurre o no la noción de fuerza mayor. Esta figura, como es sobradamente predicado en la jurisprudencia del orden social -concepto que ahora se trae a sede contencioso-administrativa-, dispone de dos elementos sin los cuales no puede ser calificada: 1º) involuntariedad e 2º) inevitabilidad. El Tribunal Supremo entiende en este sentido que dar a luz no parece, en fin, una causa de fuerza mayor; ya que es el punto final de un proceso natural cuyo único extremo indeterminado es el momento concreto que se produce si bien se sitúa dentro de un período de tiempo delimitado.

Consecuentemente, el Tribunal Supremo en la citada STS 14 marzo 2014 estima el derecho de la aspirante a participar en la oposición anteriormente aludida en condiciones de igualdad con el resto de opositores admitidos a la misma. En este sentido, el Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León (7 de mayo de 2013).

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN.

La STS 14 marzo 2014 es pionera en cuanto al acceso a la función pública se refiere, en concreto, en lo que tiene que ver con el derecho de igualdad en el acceso al ejercicio de oposición por maternidad.

El art. 23 de la Constitución establece el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos. Este *status activae civitatis* no se agota en la elección de representantes, sino que se extiende al derecho a acceder a los cargos públicos. Para empezar, se compone de una doble vertiente: en primer lugar, los cargos públicos a proveer mediante elección –derecho de sufragio pasivo- y, en segundo lugar, respecto de funciones y cargos públicos de índole no representativa –acceso a la función pública-. En consecuencia, la Constitución española viene a reconocer este derecho en sus dos dimensiones de acceso a funciones, de cargos electivos o no, en su art. 23.2.

Asimismo, considera que “el [ciudadano], tiene derecho a acceder, en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”. Debe tenerse en cuenta el requisito adicional que se introduce por cuanto las bases establecen los requisitos necesarios para poder optar a la realización del examen –entre ellas se encuentra la posesión del título de Diplomado en Enfermería en la fecha en que queda convocado el examen- (de 28 de mayo de 2008). De ahí que no venga a configurarse el contenido del derecho como aplicable a todos los ciudadanos, puesto que no se trata de un derecho subjetivo a la plaza, sino de

un derecho que se puede adquirir tras superar las pruebas correspondientes al proceso de selección. En cualquier caso, las bases pueden restringir el ámbito o requisitos para el acceso de los cualificados a optar por una función o cargo público.

Sentado lo anterior y sin pretensiones de exhaustividad, ello no supone la absoluta libertad de acción a la hora de determinar los requisitos en cuestión. Éstos no pueden ser discriminadores en sí mismos –excluyendo en este caso *a priori* a personas de determinado sexo-, ni podrán suponer la vulneración de otros preceptos constitucionales, así como, por ejemplo, los arts. 3, 4, 5, 8 y 10 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres. Por último, se considerará el punto 6.5 de la Orden por cuanto autorizaba al tribunal calificador a resolver los extremos no previstos por las demás bases, así como también para interpretarlas.

II. EL PARTO: ¿ENFERMEDAD O CAUSA NATURAL?

La aspirante presentó una solicitud dirigida al tribunal calificador el día 18 de noviembre de 2008 con el fin de poder realizar –en caso de dar a luz- las pruebas correspondientes al ejercicio de oposición en su domicilio, ubicado en Burgos, o en el hospital donde se tenga por efectivo el alumbramiento, *a sensu contrario* de lo establecido en el apartado 7.6 de las bases de la convocatoria. En suma, se pretende restablecer las condiciones de igualdad que la inminencia de parto había alterado en perjuicio de la recurrente. Señala a continuación el Tribunal Supremo –frente a la denegación del tribunal calificador- que no estamos ante una enfermedad, ya que ni el embarazo ni el parto lo son, ni tampoco es equiparable a una intervención quirúrgica urgente en el sentido que se le da a esta expresión. Vaya por delante que la cesárea en tales casos no será considerada, como una operación quirúrgica, sino como posible consecuencia del alumbramiento. Por lo tanto, el parto no constituye *per se* una causa de fuerza mayor.

Aclarados tales extremos, la circunstancia por la que se produce el parto, no se configura como una causa de *enfermedad*, sino como el punto final de un proceso natural cuyo único extremo es la inexactitud temporal del alumbramiento. Sin embargo, la opositora sí que puede prever, tal y como lo demuestra su solicitud, el lapso de tiempo en el cual podría situarse el mismo. Este gesto demuestra una actuación de buena fe por parte de la recurrente respecto al proceso selectivo. Estamos por tanto ante el análisis jurídico de un supuesto de hecho muy específico cual es el de la mujer que va a dar a luz en vísperas (29 de noviembre del 2008) o coincidiendo con la fecha señalada para la prueba (30 de noviembre del 2008), situación que solamente puede darse respecto de la mujer que se encuentra a punto de ser madre y por este solo motivo.

III. DISCRIMINACIÓN POSITIVA POR RAZÓN DEL SEXO E IGUALDAD DE ACCESO AL CONCURSO-OPOSICIÓN POR PARTO.

El razonamiento del Tribunal Supremo en esta ocasión se desarrolla en torno a dos términos: la discriminación positiva por razón del sexo y la igualdad de acceso al concurso oposición por parto. En el primer caso, la solemne proclamación de este principio se prevé en el Estatuto Básico del Empleado Público (art. 61.1.) y en el art. 23.2 CE, por cuanto determina que los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizaran la libre concurrencia en el mismo, sin perjuicio de la discriminación positiva prevista en las leyes, que en todo caso velarán por el principio de igualdad de oportunidades entre sexos.

La sentencia propone una exhaustiva lista de casos similares al fallo del caso descrito por la STSJ Castilla y León (Valladolid) 25 septiembre 2012. El Tribunal Supremo muestra su falta de uniformidad en el planteamiento de las SSTS 6 marzo 2006 y 27 abril 2009. Esta última cuenta con el respaldo de la doctrina del Tribunal Constitucional, que se muestra contraria a los tratamientos peyorativos, que traen causa en determinadas situaciones de ámbito laboral y del embarazo (SSTC 173/1993, 240/1999 y 20/2001).

Piénsese -en el caso del embarazo-, que el supuesto que subyace de la STS 6 marzo 2006, no es idéntico al que nos ocupa. Los antecedentes de hecho de la sentencia describen como la aspirante al cuerpo de maestros -especialidad educación física- se encontraba embarazada, por lo que solicitó el aplazamiento, o sustitución por prueba análoga, de la prueba física a la que tenía que presentarse por entrañar la misma, un riesgo para su salud y la de su futuro hijo.

Por su parte, la STS 27 abril 2009 trataba de determinar si el concepto de fuerza mayor se podía intuir de la operación a la que fue sometida el 27 de febrero una aspirante de oposición tras haber dado a luz, teniendo en cuenta el lapso de tiempo transcurrido desde el alumbramiento hasta que fue convocada la oposición (4 de marzo del 2009). Por lo tanto, la recurrente solicitaba un aplazamiento de la fecha por las molestias e inflamaciones que le provocaba la intervención a la que fue sometida.

Cabe recordar que los supuestos resueltos por estas dos sentencias se caracterizan por presentar rasgos de involuntariedad e inevitabilidad. En concreto, la sentencia del 2009, a la cual se acoge la recurrente, atendió los criterios jurisprudenciales de fuerza mayor que ante una falta de prueba pericial en contrario se pronunció en el sentido de que, el aplazamiento del examen de oposición justificado en este caso no afecta a la seguridad jurídica ni rompe las condiciones de igualdad entre los participantes.

Por su parte, la Sala del TSJ de Valladolid no pronunció un fallo anulatorio sino que se limitó únicamente a expresar el derecho de la opositora a participar en la convocatoria y a seguir, en caso de superar la primera, con ulteriores fases previstas por las bases. No son relevantes para resolver el recurso de casación ni el hecho de que el proceso selectivo hubiera concluido más de un año antes de que se dictara la sentencia, ni las consecuencias que de su fallo estimatorio pudieran derivarse para quienes fueron nombrados a su conclusión. Lo primero porque esa circunstancia no sana las infracciones al ordenamiento jurídico que pudieren haberse cometido por la Administración autonómica y lo segundo porque la Sala del TSJ de Valladolid no pronunció un fallo anulatorio, sino que se limitó a declarar el derecho de la opositora a realizar el ejercicio de la fase de oposición y a seguir las ulteriores fases selectivas. Tampoco tiene que ver con la legalidad de la sentencia el mayor o menor número de participantes admitidos o de aspirantes que se presentaron a la fase de oposición. La cuestión reside, en cambio, en su interpretación.

El Tribunal Supremo, en fecha de 14 de marzo de 2014 concluye, de igual modo que el fallo de las referidas sentencias y en el mismo sentido en que lo hizo en su momento la sentencia de instancia, con un pronunciamiento de índole positiva a favor de la recurrente. Se entiende que, denegando la solicitud de la recurrente, el tribunal calificador hizo una aplicación desproporcionada del punto 7.6 de las bases de la convocatoria contraviniendo las normas señaladas y cometiendo por tanto, una discriminación directa por razón del embarazo y la maternidad. Sin embargo, no puede atenderse de forma exhaustiva a los criterios de tales sentencias, al referirse a mujeres que se encuentran en estado de gestación y no de casos específicos de parto.

En segundo lugar, dispone el art. 1.1 de la CE, el genérico “valor” que guarda el concepto de igualdad por cuanto se transforma en principio en su art. 14 CE y cobra naturaleza de “derecho fundamental” cuando se refiere a la igualdad en el acceso al ejercicio de las funciones públicas en las condiciones legalmente establecidas (art. 23.2 CE).

En este sentido, hay dos grandes manifestaciones de ese principio: a) en un primer lugar, la igualdad de contenido de la norma –que es la misma para todos y tiene un contenido general y abstracto, por lo que no está destinada a concretos estamentos privilegiados-; y b) en segundo lugar, la igualdad en la aplicación de la norma –que debe ser interpretada de forma uniforme por sus potenciales destinatarios-. Ahora bien, la igualdad de trato no debe diferenciarse de la identidad, pues los ciudadanos no son iguales en sus cualidades o circunstancias individuales o sociales, tal es el caso del derecho a la igualdad de acceso al concurso-oposición por parto.

Se alega al respecto, en relación a los dos principios, que una mujer embarazada puede verse limitada en sus derechos como consecuencia de su situación física y

la no previsión del mismo puede ser objeto de una discriminación por razón de su sexo y por lo tanto, constituye un claro impedimento para acceder a las pruebas propias de un proceso de selección público.

Finalmente, en este supuesto se ha considerado que la denegación por parte del tribunal calificador de la solicitud de la recurrente de realizar las pruebas oportunas para acceder a una de las plazas correspondientes a la Diplomatura en Enfermería, constituye una medida discriminatoria por cuanto no dispone de un razonamiento objetivo o racional que justifique que la recurrente no pueda presentarse a la convocatoria en igualdad de condiciones que el resto de los participantes.

IV. CONCLUSIÓN.

Huelga decir, para concluir este análisis, que la igualdad es entre unos y otros gobernados y no se refiere a la comparación entre gobernantes y gobernados, es decir, a la situación de la Administración Pública y la del ciudadano que con ella se relaciona, sino a la igualdad entre los ciudadanos. La desigualdad se encuentra entre los medios utilizados por la Administración Pública para convocar un procedimiento de concurso oposición para la provisión de dos plazas de Diplomados en Enfermería, en la Comunidad Autónoma de Castilla y León y los ciudadanos que solicitan su participación. Por tanto, el derecho de una mujer en estas circunstancias -parto- obliga a tener en consideración principios fundamentales tan relevantes como lo son el principio a la igualdad (art. 14 CE) y a la no discriminación por razón de sexo (art. 23.2 CE).

Tal es así que expuestos los aspectos principales de las tres sentencias invocadas por las partes, es decir, la STSJ Castilla y León (Valladolid) 25 septiembre 2012, y las SSTS 6 marzo 2006 y 27 abril 2009, debemos considerar que no está en discusión si media o no fuerza mayor.

En estos supuestos, el Tribunal Supremo declara en su STS 14 marzo 2014 que el embarazo no puede ser considerado como una enfermedad. Por lo tanto, el parto es la consecuencia natural del mismo y, en consecuencia, no debe ser un impedimento para poder acceder a las pruebas públicas en condiciones de igualdad. En otras palabras, si la Administración interviene en la libertad del ciudadano para limitarla -tal y como pretende la Comunidad Autónoma al recurrir el fallo de la STSJ Castilla y León (Valladolid) 25 septiembre 2012-, esa intervención debe ser igual para todos, pues no se admiten ni privilegios, ni discriminaciones individuales en razón del sexo.



LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y LAS
CLÁUSULAS ABUSIVAS. COMENTARIO A LA STJUE DE 14 DE
MARZO DE 2013 (TJCE 2013, 89). CASO MOHAMED AZIZ
CONTRA CATALUNYACAIXA (ASUNTO C-415/11) *

*OBJECTION TO THE MORTGAGE ENFORCEMENT PROCEEDINGS
AND UNFAIR TERMS. COMENTARY TO THE JUDGEMENT OF THE COURT
14TH MARCH 2013. CASE MOHAMED AZIZ VS. CATALALUNYACAIXA
(CASE C-415/11)*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 686-705

* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación "Hacia un nuevo espacio europeo de justicia: reconocimiento mutuo, aproximación de legislaciones y e-justicia" (DER2011-27970).



Rosa
PASCUAL
SERRATS

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de septiembre de 2014
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: La Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular las particularidades de la ejecución hipotecaria, limita de forma extraordinaria las posibilidades de oposición del ejecutado. La STJUE de 14 de marzo de 2013 pone de manifiesto la no conformidad de tal regulación con la Directiva 93/13/CEE. Como consecuencia, se aprobó la Ley 1/2013 que modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil estableciendo el posible control, de oficio y a instancia de parte, de las cláusulas abusivas en el seno del propio proceso de ejecución.

PALABRAS CLAVE: Consumidores. y usuarios, cláusulas abusivas, ejecución hipotecaria, oposición a la ejecución hipotecaria, Directiva 93/13/CEE.

ABSTRACT: The Code of Civil Procedure (Ley de Enjuiciamiento Civil), when regulating the particularities of mortgage enforcement proceedings, limited extraordinarily the possibilities of objection to enforcement by the defendant. Judgement of the Court of Justice, 14th March 2013, reveals the disagreement of such regulation with Directive 93/13/EEC. As a consequence, Law 1/2013 on modification of the Code of Civil Procedure was approved. This new Rule establishes the control, of its own motion and by motion of the party, of the unfair terms inside the mortgage enforcement proceedings.

WORDS: Onsumers and users, unfair terms, mortgage enforcement proceedings, objection to enforcement by the defendant, Directive 93/13/CEE.

SUMARIO: I. La regulación de la oposición a la ejecución hipotecaria con anterioridad a la Ley 1/2013.- 1. El incidente de oposición del art. 695 LEC.- 2. El proceso declarativo del art. 698 LEC.- 3. La oposición a la ejecución hipotecaria y la STJUE de 14 de Marzo de 2013.- II. La regulación de la oposición a la ejecución hipotecaria tras la Ley 1/2013.- 1. Control de oficio de las cláusulas abusivas.- 2. El incidente de oposición del art. 695 LEC.- 3. El proceso declarativo del art. 698 LEC.

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea comentada tiene su origen en una cuestión prejudicial, planteada al amparo del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores*. Se propone por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, mediante Auto de 19 de julio de 2011, en el proceso entre el Sr. Aziz y Catalunyaixa.

El Sr. Aziz, el 19 de julio de 2007, suscribió con Catalunyaixa un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, siendo el inmueble que constituía dicha garantía su vivienda habitual. El capital prestado era de 138.000 euros, debiendo amortizarse en 33 anualidades, con 396 cuotas mensuales, a partir del 1 de agosto de 2007.

El contrato contenía entre sus cláusulas: a) unos intereses de demora anuales de 18,75% automáticamente devengables respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de realizar ningún tipo de reclamación; b) la facultad de Catalunyaixa de declarar exigible la totalidad del préstamo en el caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor hubiese cumplido su obligación de pago de una parte del capital o de los intereses del préstamo; c) el pacto de liquidez, en el cual se preveía no sólo la posibilidad de que Catalunyaixa recurriera a la ejecución hipotecaria para cobrar una posible deuda sino también que pudiera presentar directamente la liquidación.

El Sr. Aziz abonó con regularidad las cuotas mensuales desde junio de 2007 hasta mayo de 2008, dejando de hacerlo a partir de junio de 2008. Catalunyaixa, ante la falta de pago, acudió a un notario para el otorgamiento del acta de determinación de deuda. Posteriormente, tras requerir infructuosamente el pago de lo debido al

• Rosa Pascual Serrats

Es Profesora Agregada de Derecho Procesal en la Universidad CEU Cardenal Herrera de Valencia y acreditada por la AVAP como Profesora de Universidad Privada. Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia. Ha escrito varias monografías, algunas sobre el Derecho Boliviano, y numerosos capítulos y artículos. Ha formado parte de proyectos de investigación nacionales y europeos. Compagina la labor investigadora con la docente y de gestión de la Universidad, habiendo sido Decana de la Facultad de Derecho, Empresa y Ciencias Políticas de la Universidad CEU Cardenal Herrera.

Sr. Aziz, inició un procedimiento de ejecución hipotecaria contra el mismo el 11 de marzo de 2009.

El Sr. Aziz no compareció ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Martorell, despachándose ejecución el 15 de diciembre de 2009. Requerido de pago judicialmente, no atendió al mismo ni formuló oposición por lo que el 20 de julio de 2010 se celebró subasta judicial para proceder a la venta del inmueble. Convocada la subasta, no se presentó ninguna oferta y, conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Catalunyacaixa se adjudicó el inmueble por el 50% de su valor. El Juzgado fijó para la transmisión de la posesión el día 20 de enero de 2011, expulsándose al Sr. Aziz de su vivienda.

El día 11 de enero de 2011, días antes de la expulsión, el Sr. Aziz presentó demanda de proceso declarativo solicitando la anulación de la cláusula 15 del contrato de préstamo hipotecario por considerarla abusiva y, consecuentemente, la anulación del procedimiento de ejecución.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, a la vista de la demanda, manifestó dudas en cuanto a la conformidad del Derecho español con el marco jurídico establecido por la Directiva 93/13/CEE. Por ello, suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales:

Primera.- Si el sistema de ejecución de títulos no judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el art. 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor, por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

Segunda.- Que se determinen los elementos constitutivos del concepto de "cláusula abusiva" para apreciar si tienen carácter abusivo las cláusulas que constituyen el objeto del litigio principal y que se refieren al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración, a la fijación de los intereses de demora y al pacto de liquidez.

La Sala Primera del TJUE admite las cuestiones prejudiciales planteadas y resuelve:

1º.- Que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el litigio principal.

2º.- No tener competencia para pronunciarse sobre el carácter abusivo o no de las cláusulas del contrato objeto del litigio principal. Por ello, se limita a interpretar el concepto de “desequilibrio importante” al que se refiere el art. 3 apartado 1 de la citada Directiva, estableciendo cuáles son los criterios a tener en cuenta por el juez nacional para determinar si una cláusula es abusiva.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Nos vamos a centrar en la doctrina jurisprudencial sobre la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas dado que es la que va a ser objeto de nuestro comentario, esto es, la conformidad de la normativa española sobre la ejecución hipotecaria a la Directiva antes citada.

El TJUE parte de la premisa de que el sistema de protección de la Directiva se basa en que los consumidores se hallan en una situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. Por eso, el art. 6.1 de la misma prescribe con carácter imperativo que “las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor”, tratando de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que puede establecer la igualdad entre las partes.

Tras analizar la regulación de la oposición a la ejecución hipotecaria en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto, los arts. 695 y 698, el Tribunal considera que vulnera la protección que pretende garantizar la Directiva. Afirma en la sentencia que, a falta de armonización de los mecanismos de ejecución forzosa, la determinación de los motivos de oposición en un procedimiento de ejecución hipotecaria y de las facultades del juez que conozca del proceso declarativo posterior –competente para pronunciarse sobre la legitimidad de las cláusulas contractuales en virtud de las cuales se estableció el título ejecutivo-, forman parte del ordenamiento interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal del los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que:

a) no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia).

b) no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

La normativa española no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos

últimos. Y ello porque la normativa española de la ejecución hipotecaria, al mismo tiempo que no prevé la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de la cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo posterior -competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula- adopte como medida cautelar la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tal medida sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

Con tal regulación, basta con que los profesionales inicien, si concurren los requisitos, el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva. Esto resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del mismo Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva.

COMENTARIO

I. LA REGULACIÓN DE LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA CON ANTERIORIDAD A LA LEY 1/2013.

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 regula la ejecución forzosa en su Libro III (arts. 517 a 520), centrándose el Capítulo V del Título IV -"Ejecución dineraria"- en la ejecución hipotecaria, bajo la rúbrica "De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados". En el Apartado XVII de su Exposición de Motivos establece: "Esta Ley, a diferencia de la de 1881, presenta una regulación unitaria, clara y completa. Se diseña un proceso de ejecución idóneo para cuanto puede considerarse genuino título ejecutivo, sea judicial o contractual o se trate de una ejecución forzosa común o de garantía hipotecaria, a la que se dedica especial atención. Pero esta sustancial unidad de la ejecución forzosa no debe impedir las particularidades que, en no pocos puntos, son enteramente lógicas".

La LEC prevé, pues, un procedimiento general o común para títulos judiciales o extrajudiciales y un procedimiento especial para el caso de ejecución sobre bienes hipotecados y pignorados, especial en la medida en que presenta particularidades respecto del régimen común, como ocurre en materia de oposición a la ejecución.

En el proceso de ejecución hipotecaria, conforme al art. 681.1 LEC, "la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo

dispuesto en este título [Título IV. De la ejecución dineraria] con las especialidades que se establecen en el presente Capítulo”. Por tanto, se trata de un proceso que puede iniciar el acreedor de un crédito hipotecario en aquellos casos en que pretenda dirigir la ejecución exclusivamente contra los bienes hipotecados o pignorados, siempre que se cumplan los requisitos previstos al efecto en la LEC. A este proceso se aplicará con carácter supletorio la normativa de la ejecución común.

La especialidad de la ejecución hipotecaria se encuentra fundamentalmente en la regulación de la oposición, en la extraordinaria limitación de los motivos en que puede fundarse. Como declara la LEC en su Exposición de Motivos, “el incidente de oposición previsto en la ley es común a todas ejecuciones, con la única excepción de las que tengan por finalidad exclusiva la realización de una garantía real, que tienen su régimen específico”.

Tal limitación tiene su razón de ser en la idea de otorgar al acreedor hipotecario una tutela privilegiada, en el objetivo de la rápida realización de los bienes para proceder al pago del acreedor hipotecario, lo cual es incompatible con la previsión de amplias posibilidades de oposición y la consiguiente suspensión del proceso. Es opinión extendida que la eficacia del procedimiento hipotecario depende fundamentalmente de la amplitud con que el ejecutado pueda oponerse a la ejecución.

En esta línea, el art. 695 LEC establece tan sólo tres motivos de oposición de forma que, cualquier otra reclamación, de acuerdo con el art. 698 de la misma, deberá plantearse en el juicio que corresponda, sin que este último produzca nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria. Por tanto, el ejecutado no podrá iniciar un incidente de oposición por motivos distintos a los previstos en el art. 695 LEC, cualquier otro deberá alegarlo en un proceso declarativo, incluso cuando versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, siguiendo en tal caso la ejecución su curso.

Tal limitación de las posibilidades de defensa del deudor llevó a que surgieran dudas respecto de la constitucionalidad de tal regulación, planteándose cuestiones de inconstitucional ante el Tribunal Constitucional por entender que vulneraba el art. 24 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional en Sentencia 41/1981¹, 18 diciembre, ha apreciado la constitucionalidad de tal normativa, en concreto de los arts. 579, 695 y 698 LEC, afirmando:

1 STC 41/1981, de 18 de diciembre (RTC 1981, 41). En la misma línea, STC 64/1985, de 17 de mayo (RTC 1985, 64), STC 8/1991, de 17 de enero (RTC 1991, 8), STC 6/1992, de 16 de enero (RTC 1992, 6), STC 217/1993, de 30 de junio (RTC 1993, 217), STC 21/1995, de 24 de enero (RTC 1995, 21), STC 69/1995, de 9 de mayo (RTC 1995, 69), ATC 113/2011, de 19 de julio (RTC 2011, 113).

“En procedimiento de ejecución hipotecaria se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión. Hay que reconocer, con la doctrina, que en el procedimiento debatido falta la controversia entre las partes. En puridad, es un proceso de ejecución. Más en concreto, es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición. Tal estructura resulta lógica, a partir de la naturaleza del título (...). El hecho de que el procedimiento de ejecución sumario se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte anticonstitucional por ser contrario al artículo 24 de la Constitución. Existen poderosos argumentos que apoyan la conclusión opuesta. El primero es de índole sistemática. La situación del deudor o del titular del dominio de la finca hipotecada no se puede enjuiciar sólo a partir de la regulación de la ejecución, sino que viene decidida por el conjunto de las relaciones procesales posibles. Lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. En rigor, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor; hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más (...). Desde esta perspectiva, es claro que no puede haber violación del artículo 24 de la Constitución, porque el deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos, ni privados de tutela”.

I. El incidente de oposición del art. 695 LEC.

Las causas de oposición que puede alegar el ejecutado hipotecario, expresadas de forma sucinta y teniendo en cuenta que en cada una deben concurrir los requisitos que al efecto establece el art. 695 LEC, son: 1ª) extinción de la garantía o de la obligación garantizada; 2ª) error en la determinación de la cantidad exigible; 3ª) sujeción de los bienes hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento.

Los motivos anteriores son de fondo sin que exista en la regulación específica de la ejecución hipotecaria un artículo que prevea la posibilidad de alegar motivos procesales. La cuestión que se plantea es si debe interpretarse esta falta de previsión en el sentido de que su alegación deberá realizarse en un proceso declarativo, conforme al art. 698 LEC. Entendemos que la respuesta debe ser negativa siendo aplicable supletoriamente las disposiciones generales, en concreto, el art. 559 LEC que establece los motivos de oposición por defectos procesales. En esta línea se manifiesta MONTERO AROCA afirmando que “cuando la Exposición de Motivos de la LEC de 2000, dice, más de una vez, que en la oposición a la ejecución hay especialidades necesarias cuando la ejecución se dirige exclusivamente contra

bienes hipotecados, o que el incidente de oposición a la ejecución es común a todas las ejecuciones, con la única excepción de las que tengan por finalidad exclusiva la realización de bienes hipotecados (...) creemos que se está refiriendo a la oposición a la ejecución por motivos de fondo pero desde luego no a la oposición por razones procesales" [MONTERO AROCA, J.: *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*. Valencia (2012): Tirant lo Blanch.Tratados, p. 276, a quien pertenecen los entrecomillados siguientes]. Además, como también ha manifestado el citado autor, debe tenerse en cuenta la diferencia entre lo previsto en el viejo art. 132.VI de la Ley Hipotecaria y en el art. 698 LEC. Este último ya no establece que se ventilarán en el juicio que corresponda las reclamaciones que versen sobre nulidad de actuaciones, pudiendo deducirse que estas cuestiones deberán resolverse en el proceso de ejecución. Por tanto, "para la reclamación que pueda formular el deudor, el tercer poseedor o cualquier interesado, y relativa a la nulidad de actuaciones, ya no debe estarse al juicio declarativo que corresponda. Eso tiene que significar que en el proceso de ejecución en el que se persiguen exclusivamente bienes hipotecados ha de quedar resuelto todo lo relativo a lo procesal, sin que cuestión procesal alguna deba quedar referida a un proceso declarativo posterior".

En la sentencia comentada, el Sr. Aziz, ante la imposibilidad de oponerse a la ejecución alegando la existencia de cláusulas abusivas, por no estar prevista tal causa en el art. 695 LEC, pendiente el proceso de ejecución y poco antes de que se produjese la transmisión de la posesión al adjudicatario, presentó demanda solicitando que se anulara la cláusula 15 del contrato de préstamo hipotecario por estimarla abusiva y, en consecuencia, que se declarara la nulidad del proceso de ejecución.

Siguiendo con la regulación de la oposición a la ejecución prevista en el art. 695 LEC, alegada alguna de las causas de oposición posibles, se inicia un incidente limitado a una comparecencia en la que las partes formulan sus alegaciones y se admite como prueba tan sólo la documental. Este incidente tiene carácter sumario en la medida en que se limitan las posibilidades de alegación y de prueba, por lo que su resolución no produce efecto de cosa juzgada material pudiéndose iniciar un proceso plenario en el que el objeto podría ser el mismo motivo de oposición alegado en la ejecución. A más abundamiento, aunque no se establezca en el art. 695 LEC, con carácter general el art. 561 LEC dispone que "oídas las partes sobre la oposición a la ejecución no fundada en defectos procesales y, en su caso, celebrada la vista, el tribunal adoptará, mediante auto, a los solos efectos de la ejecución, alguna de las siguientes resoluciones". Entendemos aplicable este precepto al incidente de oposición en la ejecución hipotecaria de modo que la resolución del mismo sólo tiene efectos en el proceso de ejecución en que ha sido dictada, no tiene efectos más allá del mismo. Consecuentemente, si el motivo de oposición alegado

es desestimado, nada impediría al ejecutado iniciar un proceso declarativo para que se decidiera de nuevo sobre el mismo.

2. El proceso declarativo del art. 698 LEC.

El art. 698 LEC establece:

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

La competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias.

2. Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso del juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo con retención de todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este Capítulo, deba entregarse al acreedor (...).”

Interesa examinar algunas cuestiones que plantea el artículo. En primer lugar en cuanto su ámbito, qué puede ser objeto de este proceso. Literalmente el precepto se refiere a “cualquier reclamación que no se halle comprendida en los artículos anteriores”, es decir, un motivo de oposición no previsto en el art. 695 LEC. Al no poder alegarlo en el mismo proceso de ejecución se le abre la posibilidad al ejecutado de plantearlo en un proceso de declaración. No obstante el tenor literal del precepto, consideramos que al amparo del mismo podrían plantearse cuestiones que han sido objeto del incidente de oposición, de modo que no debe interpretarse en sentido estricto. Como afirma MONTERO AROCA, una interpretación en sentido estricto, literal, “no es admisible y no lo es porque:

1º) El incidente declarativo intercalado en el proceso de ejecución especial es sumario también por la limitación de los medios de prueba, aparte por la brevedad y simplificación del trámite, y no sería admisible que, lo que debería ser resuelto en un juicio ordinario con todas las garantías, quedara decidido con cosa juzgada material en una simple comparecencia con limitaciones.

2º) Si en el proceso de ejecución ordinario se dice que las causas de oposición por motivos de fondo se deciden a los solos efectos de la ejecución (art. 561.I), y la sustanciación de esa oposición (regulada en el art. 560) es más compleja que la del proceso especial de ejecución hipotecaria, no tendría sentido que la oposición de ésta fuera plenaria. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que según el artículo 681.I la regulación de la ejecución especial en el Capítulo V (del título IV del Libro III) comprende sólo las especialidades con relación a la ejecución dineraria común, de modo que para lo no previsto en ese Capítulo V debe estarse a las normas comunes de este tipo de ejecuciones" [MONTERO AROCA, J.: *Ejecución de la hipoteca*, cit., p. 1247].

En segundo lugar, respecto a sus efectos, el hecho de que se inicie un proceso declarativo no afecta al proceso de ejecución. En el art. 698.I LEC expresamente se establece: "sin producir el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente Capítulo". No se prevé la posibilidad de solicitar en el proceso declarativo como medida cautelar la suspensión del proceso de ejecución a fin de asegurar la efectividad de una posible sentencia estimatoria. La única posibilidad que establece el mismo art. 698 en su apartado 2 es que en el momento de formular la reclamación o durante la tramitación del proceso se solicite, para asegurar la efectividad de la sentencia, la retención del todo o de una parte de la cantidad que tras la tramitación del proceso de ejecución deba entregarse al acreedor. Es decir, que si en el proceso declarativo recae sentencia estimatoria, ésta no afectará a los actos que se hayan realizado en el proceso de ejecución, si se ha procedido a la enajenación y adjudicación del bien, ésta tiene carácter irreversible, no tendrá ningún efecto sobre la misma. El ejecutado tan sólo tendrá derecho a una indemnización que podrá haber garantizado solicitando la retención a que se refiere el art. 698 LEC. Además, debemos tener en cuenta que, para que se acuerde esa medida por el órgano judicial que conoce del proceso de declaración, resulta necesario que estime bastantes las razones alegadas, que el solicitante tenga solvencia notoria y suficiente o, en su defecto, afiance la cantidad cuya retención solicita.

Otra medida que podría solicitarse es la anotación preventiva de la demanda pero, de acuerdo con el art. 131 LH, "las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el art. 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas"; por tanto, como la certificación de cargas se solicita al principio del procedimiento de ejecución hipotecaria y el proceso declarativo se inicia normalmente después, dicha medida tiene escasa efectividad.

En el supuesto de la sentencia comentada, el proceso de declaración se inicia una vez adjudicado el bien hipotecado, consecuentemente, aunque el Sr Aziz hubiese solicitado la anotación preventiva de demanda y aunque obtuviese en el proceso declarativo una resolución estimando el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, esa sentencia no conllevaría la nulidad de la realización del bien, no afectaría a la adjudicación del bien ni le aseguraría la recuperación del mismo, sino que debería conformarse con la restitución del dinero obtenido con su adjudicación.

3. La oposición a la ejecución hipotecaria y la STJUE de 14 de Marzo de 2013.

El TJUE en la sentencia comentada analiza la regulación de la oposición a la ejecución hipotecaria en nuestra LEC, en concreto, los arts. 695 y 698 a los que nos hemos referido en los apartados anteriores. Tras este análisis, concluye que tal regulación es contraria a la normativa europea, a la Directiva 93/13/CEE, menoscabando la protección que la misma pretende garantizar al deudor ejecutado.

Entiende el Tribunal que el régimen de oposición en la ejecución hipotecaria es contrario a la Directiva en la medida en que restringe extraordinariamente los motivos de oposición, no establece como tal el carácter abusivo de una cláusula contractual prevista en título ejecutivo y, al mismo tiempo, en el proceso declarativo en el que puede solicitarse tal declaración no prevé, o más bien excluye, la posibilidad de adoptar como medida cautelar la suspensión del proceso de ejecución, cuando acordar tal medida resulte necesaria para garantizar la plena eficacia de la sentencia recaída en el proceso declarativo.

En la sentencia comentada el Tribunal no aprecia contrario a la Directiva el art. 695 LEC o el art. 698 LEC, considerados cada uno de ellos de forma aislada, sino la concurrencia de ambos preceptos. El consumidor ejecutado se encuentra con que en el proceso de ejecución hipotecaria no puede oponer la existencia de cláusulas abusivas, que debe alegarlo en un proceso declarativo sin que ello pueda conllevar la suspensión del proceso de ejecución a efectos de evitar que el inmueble hipotecado se realice con la consiguiente pérdida irreversible del mismo. El consumidor ejecutado tiene que contentarse, en su caso, con una compensación económica, solución que no parece ser la acertada.

Por tanto, no existe una protección eficaz del consumidor: Como afirma el Tribunal, esta regulación resulta contraria al principio de eficiencia o efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demanda, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos. No constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula. Porque como afirma BALLUGERA GÓMEZ, "el efecto útil de la declaración de nulidad de la cláusula fundamento de la ejecución no puede ser otro

que obtenida la primera nulidad –la de la cláusula- conseguir la segunda, es decir, la nulidad de la propia ejecución” [BALLUGERA GÓMEZ, C.: “La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013”, *Diario La Ley*, núm. 8088, Sección Doctrina, 22 de Mayo 2013].

A la luz de la sentencia comentada, resultaba necesaria una reforma de la regulación de la oposición a la ejecución hipotecaria para adecuarla a la normativa europea. A la hora de abordar tan reforma, el legislador disponía de tres posibilidades:

a) añadir un nuevo motivo de oposición modificando el art. 695 LEC e incluyendo como 4ª causa de oposición la existencia de cláusulas abusivas.

b) modificar el art. 698 LEC estableciendo la posibilidad de solicitar y acordar en el proceso declarativo la suspensión de la ejecución.

c) modificar ambos preceptos en el sentido apuntado.

Cualquiera de estas opciones podría conllevar una protección más eficaz del consumidor y aportar mayor equilibrio al desequilibrio contractual. Ahora bien, no son todas igualmente válidas y eficaces.

II. LA REGULACIÓN DE LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA TRAS LA LEY 1/2013.

La necesidad de una reforma legislativa, surgida tras la sentencia comentada, se hizo realidad con la promulgación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de *medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*. El objetivo de esta Ley es adoptar medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. En concreto, por lo que se refiere a la ejecución hipotecaria, afirma en su Exposición de Motivos que “en el Capítulo III recoge diferentes modificaciones a la LEC con el fin de garantizar que la ejecución hipotecaria se realiza de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario sean protegidos de manera adecuada y, en su conjunto, se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución. (...) Este Capítulo recoge también la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas. Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo

Mercantil nº 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993”.

De las distintas posibilidades antes apuntadas, nuestro legislador ha optado por la primera, la modificación del art. 695 de la LEC, dejando inalterado el art. 698. Además, como novedad, se introduce la posibilidad de controlar el órgano judicial de oficio la concurrencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo.

Por tanto, con la nueva regulación, el ejecutado, si no ha sido apreciado de oficio, puede plantear el carácter abusivo de alguna cláusula contractual en el propio proceso de ejecución, sin necesidad de acudir a un proceso declarativo para ello. Su alegación, como el resto de causas de oposición, abre un incidente de oposición con la suspensión del proceso hasta su resolución.

Consideramos que es la solución legislativa más apropiada pues, como ha afirmado ANTA GONZÁLEZ, “la segunda alternativa (modificación del art. 698 LEC) difícilmente se hubiera conciliado con el principio de eficiencia porque existe el riesgo nada desdeñable de que no se acuda a ese procedimiento separado o que tal recurso sea inefectivo o tardío. La tercera era posible pero daba lugar a innumerables problemas de delimitación de competencia y a un difícil ajuste a la regla básica de la cosa juzgada” [ANTA GONZÁLEZ, J.: “Una aproximación crítica a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios”, *Diario la Ley*, núm. 8237, Sección Tribuna, 27 de Enero de 2014]

Cabe avanzar que esta regulación es acorde con la Directiva citada puesto que da preferencia a la protección del deudor y a la no vinculación de las cláusulas frente al acreedor hipotecario y la rapidez del procedimiento. El deudor resulta protegido en la medida en que se le va a permitir alegar en el proceso de ejecución, con efectos suspensivos, la existencia de una cláusula abusiva. De este modo se cumple el principio de eficiencia, dado que la resolución estimando la existencia de dicha cláusula va a resultar útil al poder determinar el archivo del procedimiento o la inaplicación de la cláusula.

I. Control de oficio de las cláusulas abusivas.

La LEC, antes de la reforma operada por la Ley 1/2013, no preveía como facultad del órgano judicial de la ejecución, la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas contenidas en el título ejecutivo.

La necesidad de control de oficio de las cláusulas abusivas no se manifiesta por el TJUE por primera vez en la sentencia comentada sino que ya lo había hecho en sentencias anteriores. La STJUE 14 marzo 2013 reitera que, “al margen de la normativa establecida, el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo

de una cláusula contractual incluida en el ámbito de la Directiva". Esta idea la viene manifestando desde el año 2000, afirmando "la protección que la Directiva otorga a los consumidores implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos judiciales nacionales (...) al aplicar disposiciones de Derecho nacional anteriores o posteriores a la mencionada Directiva, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretarlas, en toda la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de dicha Directiva. La exigencia de interpretación conforme requiere en particular que el Juez nacional dé preferencia a aquella que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva"².

A raíz de esta jurisprudencia, ha venido siendo práctica habitual en algunos de nuestros Juzgados y Tribunales, a pesar de la falta de previsión legal, la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas. Ello ha llevado a actuaciones y resoluciones contradictorias precisamente por la ausencia de una norma específica, "posiciones encontradas, a veces demasiado radicales, y sobre todo llevadas por la inmediatez y por la búsqueda de respuestas judiciales consideradas "justas" en abstracto, que con frecuencia acaban prescindiendo de la aplicación de la ley misma, y de los distintos mecanismos que ésta pone al alcance de los intérpretes y aplicadores del Derecho" [RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.: "El debido tratamiento de las ejecuciones hipotecarias a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE", *Diario La Ley*, núm. 8139, Sección Doctrina, 2 septiembre 2013. En este artículo se recogen los criterios jurisprudenciales empleados por nuestros tribunales con relación a la declaración de oficio del carácter abusivo de una cláusula contractual]. La inseguridad jurídica derivada de esta situación constituía una razón más y de peso para abordar la reforma legislativa materializada en la Ley 1/2013.

En esta línea, el art. 552.I párrafo 2º LEC, tras la reforma, dispone: "Cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el art. 557.I pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas estas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles, conforme a lo previsto en el artículo 561.I.3ª". Aunque este artículo no se encuentra en sede de ejecución hipotecaria, debe entenderse aplicable pues las normas contenidas en el Capítulo III del Título III del Libro III, relativas al despacho de la ejecución son aplicables a los procesos de esa naturaleza, incluido el hipotecario.

2 STJCE 27 junio 2000, caso Océano Grupo Editorial, S.A. y otros contra Rocío Murciano Quintero y otros (TJCE 2000, 144). En el mismo sentido, STCE 21 noviembre 2002, caso Cofidis SA contra Jean-Louis Fredout (TJCE 2002, 345); STJUE 26 octubre 2006, caso Elisa María Mostaza Claro contra Centro Móvil Milenium, S.L. (TJCE 2006, 299); STJUE 4 junio 2009, caso Pannon GSM Zrt contra Erzsébet Sustikné Györfi (TJCE 2009, 155); STJUE 3 junio 2010, Caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (TJCE 2010, 162); STJUE 14 junio 2012, Caso Banco Español de Crédito, S.A. contra Joaquín Calderón Camino (TJCE 2012, 143); STJUE 21 febrero 2013, caso Banif Plus Bank Zrt contra Csaba Csipai y otros (TJCE 2013, 46).

En cuanto al momento de llevar a cabo el control, el legislador está pensando en el momento de resolver sobre el despacho de la ejecución. Así, el art. 552.I LEC remite al art. 56 I.1.3ª, el cual dispone: "Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, declarando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquellas consideradas abusivas". Si la resolución, como establece el precepto, es en el sentido de acordar la improcedencia o despacho ejecución, esta resolución se adopta *in* momento que consideramos el más apropiado para ello.

El mismo art. 552.I LEC, dando cumplimiento al principio de contradicción, prevé la audiencia a las partes con carácter previo a decidir sobre el carácter abusivo de la cláusula. En este momento, el ejecutado todavía no tendrá conocimiento de la existencia de la demanda ejecutiva, no se habrá personado pues, tal y como prevé el art. 557 LEC, la demanda ejecutiva se notifica junto con el auto despachando ejecución y el decreto que en su caso se hubiera dictado por el Secretario.

La necesidad de audiencia previa se venía exigiendo por el propio Tribunal. En la STJUE 4 junio 2009 (TJCE 2009, 155) después de establecer la obligación del juez nacional de examinar de oficio la naturaleza abusiva de una cláusula contractual, afirma: "A la hora de cumplir la mencionada obligación, sin embargo, el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula", y la STJUE 21 febrero 2013 (TJCE 2013, 46) se pronuncia en similares términos, declarando que "al aplicar el Derecho de la Unión, el juez nacional debe observar también las exigencias de una tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, conforme se garantiza en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Entre esas exigencias figura el principio de contradicción, que forma parte del derecho de defensa y que el juez debe respetar; en particular cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio (...) el principio de contradicción no confiere sólo a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales éste tiene intención de fundamentar su decisión".

Por tanto, presentada demanda ejecutiva, el Tribunal antes de resolver sobre el despacho de la ejecución debe examinar si concurren los presupuestos y requisitos procesales y además, las cláusulas contenidas en el contrato para determinar si alguna puede calificarse como abusiva. Si entiende que no concurre alguno de dichos presupuestos o requisitos dictará auto denegando el despacho de la

ejecución; si entiende que el título ejecutivo contiene una cláusula abusiva, no dictará inmediatamente auto denegando la ejecución sino que oír a las partes antes de resolver al respecto.

2. El incidente de oposición del art. 695 LEC.

Si el órgano judicial que conoce de la ejecución no apreciase de oficio el carácter abusivo de alguna cláusula del título ejecutivo, podrá el ejecutado alegarlo como motivo de oposición conforme a lo previsto en el art. 695.1.4ª LEC: "En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: "4ª. El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible". No cualquier cláusula considerada abusiva puede alegarse como motivo de oposición sino que exige una incidencia directa en la misma, bien porque la fundamenta o bien porque ha determinado la cantidad exigible. Una cláusula que constituya el fundamento de la ejecución podría ser la que prevé el vencimiento anticipado; como cláusula que hubiera determinado la cantidad exigible cabría señalar la cláusula de determinación unilateral del importe de la deuda o la que fije intereses moratorios excesivos.

La LEC continúa sin prever en sede de ejecución hipotecaria la posibilidad de oponer defectos procesales. Entendemos trasladables las consideraciones realizadas anteriormente respecto a su regulación previa a la Ley 1/2013.

Una vez formulada la oposición, el Secretario Judicial suspenderá la ejecución y se dará cumplimiento al principio de contradicción convocando a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución. En la comparecencia el Tribunal oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente, es decir, dictará auto estimatorio o desestimatorio de la oposición.

Si se estima el carácter abusivo de la cláusula contractual se acordará el sobreseimiento de la ejecución, cuando fundamente la ejecución; si la cláusula abusiva hubiere determinado la cantidad exigible se continuará la ejecución con inaplicación de la cláusula abusiva. Si la oposición es desestimada, el auto acordará la continuación de la ejecución.

El régimen de recursos frente al auto que resuelve el incidente de oposición es el mismo que antes de la reforma operada por la Ley 1/2013: a) el auto estimatorio es recurrible en apelación; b) el auto desestimatorio es irrecurrible.

El auto que desestime la oposición, tal y como dispone el art. 695.4 LEC no será susceptible de recurso y "sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso

de ejecución en que se dicten". Por lo tanto, no produce efecto de cosa juzgada material, de modo que el deudor ejecutado podría iniciar un proceso declarativo cuya pretensión sea precisamente la declaración de la misma cláusula como abusiva.

La posibilidad de iniciar un nuevo proceso declarativo tiene otro fundamento, esto es, el carácter sumario del incidente de oposición en la medida en que se limitan las posibilidades de alegación y prueba, sólo documental. Por tanto, alegada la existencia de una cláusula abusiva en la ejecución y desestimada la oposición, el ejecutado podría acudir a un proceso declarativo solicitando que se declare el carácter abusivo de la cláusula.

3. El proceso declarativo del art. 698 LEC.

La Ley 1/2013 no modifica el art. 698 LEC, manteniendo su redacción anterior a reforma. La modificación del art. 698 LEC era otra de las opciones de las que disponía el legislador para adecuar nuestra normativa sobre la ejecución hipotecaria a la Directiva 93/13/CEE. Por el contrario, como ya hemos visto, la opción elegida fue su mantenimiento modificando tan sólo el art. 695 LEC, opción que consideramos la más adecuada y segura para el consumidor ejecutado.

Se ha afirmado que "existe para el deudor la carga —con efectos preclusivos— de plantear la oposición a la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas, porque de no hacerlo, no podrá intentarlo posteriormente en el declarativo que inste impugnando el contrato dado que se trata de una reclamación "comprendida" en la regulación de la LEC relativa al procedimiento hipotecario y, por consiguiente que ha de plantearse necesariamente en el trámite de oposición" (BANACLOCHE PALAO, J.: "Cláusulas abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria: una práctica equivocada", *Diario La Ley* núm. 8312, Sección doctrina, 16 de mayo de 2014).

Entendemos que el momento apropiado para alegar la existencia de cláusulas abusivas y el que mayor utilidad va a tener para el ejecutado es el incidente de oposición, en la medida en que conlleva la suspensión de la ejecución y, por tanto, evita la realización del bien de forma irreversible. Constituye una carga porque si no lo alega en ese momento puede resultarle perjudicial en cuanto que pierde posibilidades de defensa pero no le va a impedir iniciar un proceso de declaración en el que solicite la declaración de la existencia de una cláusula abusiva sin suspensión del proceso de ejecución. No obstante, que el ejecutado actúe de este último modo resulta extraño aunque no imposible.

Si el ejecutado ha alegado en la ejecución la existencia de cláusula abusiva y no ha sido apreciada como tal, podría iniciar un proceso plenario solicitando tal declaración por dos razones ya manifestadas anteriormente: a) el carácter sumario del incidente de oposición; b) porque como dispone el ya citado art. 694.4 LEC, los efectos de tal resolución se limitan al proceso de ejecución en que ha sido dictada.

BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑÉN, M^a. J.:

- "Soluciones para la mejora del procedimiento de ejecución hipotecaria", *Diario La Ley*, núm. 7966, Sección Doctrina, 16 Noviembre 2012.

- "Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013", *Diario La Ley*, núm. 8065, Sección Tribuna, 18 Abril 2013.

- "Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales", *Diario La Ley*, núm. 8127, Sección Doctrina, 16 Julio 2013.

ADAN DOMÉNECH, F.: "La oposición y la suspensión en la ejecución hipotecaria", *ID vLex: 57717541*, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/oacute-hipotecaria-57717541>.

ÁLAMO GONZÁLEZ, D. P.: "El Derecho comunitario y la protección del consumidor en los procedimientos de reclamación de crédito", *Diario La Ley*, núm. 8275, Sección Doctrina, 20 Marzo 2014.

ANTA GONZÁLEZ, J.F.: "Una aproximación crítica a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios", *Diario La Ley*, núm. 8237, Sección Tribuna, 27 Enero 2014.

BALLUGERA GÓMEZ, C.:

- "La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (I). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013", *Diario La Ley*, núm. 8088, Sección Doctrina, 22 Mayo 2013.

- "Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II)", *Diario La Ley*, núm. 8092, Sección Doctrina, 28 Mayo 2013.

BANACLOCHE PALAO, J.: "Cláusulas abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria: una práctica equivocada", *Diario La Ley*, núm. 8312, Sección Doctrina, 16 Mayo 2014.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.: "El debido tratamiento de las ejecuciones hipotecarias a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE", *Diario La Ley*, núm. 8139, Sección Doctrina, 2 Septiembre 2013.

GIMENO SENDRA, V.: "Las cláusulas abusivas (1)", *Diario La Ley*, núm. 8116, Sección Doctrina, 1 Julio 2013.

LETE ACHIRICA, J.: "Proceso monitorio y determinación de la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Comentario a la STJUE de 14 de junio de 2012", *Diario La Ley*, núm. 7976, Sección Tribunal, 30 Noviembre 2012.

MIRALBELL GUERIN, L. M^a.: "El revuelo de las cláusulas abusivas en las hipotecas", *Diario La Ley*, núm. 8235, Sección Doctrina, 23 Enero 2014.

MONTERO AROCA, J.: *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*. Valencia (2012): Tirant lo Blanch. Tratados.

RAMÍREZ GARCÍA, E.: "Estudio de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores en Derecho comunitario y español a la luz de la Ley 1/2013", *Diario La Ley*, núm. 8148, Sección Tribuna, 13 Septiembre 2013.

RAMÓN CHORNET, J.C.: "La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000", *ID vLex: 328103*, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/oposicion-ejecucion-hipotecaria-lec-328103>.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M. Y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.: "El debido tratamiento de las ejecuciones hipotecarias a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE", *Diario La Ley*, núm. 8139, Sección Doctrina, 2 Septiembre 2013.

SÁNCHEZ MARTÍN, C.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11", *Diario La Ley*, núm. 8081, Sección Tribuna.

VILALTA NICUESA, A.E. Y MÉNDEZ TOMÁS, R.M.: *Procedimientos de ejecución hipotecaria*. Barcelona (2001): Bosch.

ACCIONES DECLARATIVAS NEGATIVAS Y LITIGACIÓN
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE PATENTE: ¿PROBLEMA
RESUELTO? CAMBIO JURISPRUDENCIAL A PARTIR DE LOS
ASUNTOS SOLVAY Y FOLIEN FISCHER

*ACTIONS FOR A NEGATIVE DECLARATION AND INTERNATIONAL
PATENT RIGHT LITIGATION: PROBLEM SOLVED? CHANGES AFTER THE
SOLVAY AND FOLIEN FISCHER JUDGMENTS*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 706-725

C. ORÓ
MARTÍNEZ
y M^a A.
GANDÍA
SELLENS

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de septiembre de 2014
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: En este comentario de jurisprudencia se examinan distintas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para dilucidar si son subsumibles en el ámbito de aplicación del *forum delicti commissi* del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I (art. 7.2 del Reglamento Bruselas I bis) las acciones declarativas negativas cuando, en el marco del proceso de no infracción de patente en el que se planteen, se alegue la invalidez del derecho de patente afectado.

PALABRAS CLAVE: Acciones declarativas negativas, infracción de patentes, competencia judicial internacional, acción torpedo, validez de los derechos de patente.

ABSTRACT: This case-law comment analyzes several judgments of the Court of Justice of the European Union in order to assess whether the *forum delicti commissi* rule contained in art. 5(3) of the Brussels I Regulation -art. 7(2) of the Brussels I Recast- covers actions for a negative declaration when, in the framework of a process of non-infringement of a patent right, the question of invalidity of the patent at stake is risen.

WORDS: Actions for a negative declaration, patent infringement, international jurisdiction, torpedo actions, validity of patent rights.

SUMARIO: I. Introducción.- II. La postura jurisprudencial previa a los asuntos Solvay y Folien Fischer.- 1. Las acciones declarativas negativas no tienen cabida en el *forum delicti commissi*: Duijnsteet, Kalfelis, Réunion européenne y Henkel.- 2. El conocimiento de la validez de los derechos de patente a título incidental pertenece al foro de competencia judicial exclusiva: GAT, Roche y BVG.- III. Cambio jurisprudencial: los asuntos Solvay y Folien Fischer.- 1. La posibilidad de pronunciamiento sobre la validez a título incidental en fase cautelar: Solvay.- 2. Las acciones declarativas negativas se incluyen en el *forum delicti commissi*: Folien Fischer.- IV. Valoración.

I. INTRODUCCIÓN.

Las acciones declarativas de no infracción en el ámbito de la litigación internacional de los derechos de patente constituyen una estrategia procesal clásica, que permite que el presunto infractor gane tiempo y bloquee el proceso a su favor. Mucho ha llovido desde el momento en que este problema fue advertido y denunciado por la doctrina y, además, han sido varios los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJ) al respecto.

Sin embargo, desde la perspectiva de la competencia judicial internacional y a la luz de la jurisprudencia del TJ, se advierten varias incoherencias que dan lugar a incógnitas todavía no resueltas. En el presente comentario nos ocuparemos de una de ellas, para tratar de dilucidar si el *forum delicti commissi* del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I¹ (que a partir del 10 de enero de 2015 será sustituido por el art. 7.2 del Reglamento Bruselas I bis²) incluye en su ámbito de aplicación las acciones

- 1 Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L núm. 12 de 16 de enero de 2001).
- 2 Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L núm. 351 de 20 de diciembre de 2012), modificado por el Reglamento (UE) núm. 542/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 en lo relativo a las normas que deben aplicarse por lo que respecta al Tribunal Unificado de Patentes y al Tribunal de Justicia del Benelux (DO L núm. 163 de 29 de mayo de 2014).

• **Cristian Oro Martínez**

Es Senior Research Fellow en el Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law. Es Licenciado en Derecho (2002, premio extraordinario) por la Universidad Autónoma de Barcelona y Doctor (2009, cum laude, premio extraordinario y Mención Doctor Europaeus) por la misma Universidad. Asimismo, se graduó cum laude en el LL.M. in International Business and Trade Law de la Fordham Law School de Nueva York (2008). Sus áreas de especialización son el Derecho procesal civil internacional, el Derecho procesal europeo y el Derecho internacional privado europeo y español. Correo electrónico: cristian.oro@mpi.lu.

• **María Aránzazu Gandía Sellens**

María Aránzazu Gandía Sellens es Licenciada en Derecho con Premio Extraordinario (2010) por la Universidad de Valencia y Máster en Estudios Internacionales y de la Unión Europea con Premio Extraordinario (2012) por la misma Universidad. En la actualidad es investigadora en formación del programa FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España, adscrita al Departamento de Derecho internacional de la Universidad de Valencia. Sus principales áreas de investigación son los derechos de propiedad industrial e intelectual, el Derecho procesal europeo y el Derecho internacional privado. Correo electrónico: m.aranzazu.gandia@uv.es.

declarativas negativas cuando, en el marco del proceso en el que se planteen, se alegue la invalidez del derecho de patente afectado.

En cuanto a las acciones declarativas negativas, se trata de acciones planteadas por el potencial autor de un daño de carácter extracontractual mediante las cuales éste pretende exonerarse de una eventual demanda de responsabilidad por parte del potencial perjudicado, ya sea solicitando que se declare la inexistencia de dicha responsabilidad, o bien solicitando que se declare que al demandado no le corresponde ninguna acción para exigir tal responsabilidad³. En las acciones declarativas negativas, por lo tanto, se invierten las posiciones habituales en las acciones de responsabilidad extracontractual, puesto que la presunta víctima se sitúa, desde una perspectiva procesal, en posición pasiva. Así, de resultas de esta inversión, en estas acciones el demandante no va a exigir el reconocimiento de un derecho de contenido positivo, sino una declaración de exoneración frente a quien eventualmente podría alegar tal derecho⁴. Se trata de un tipo de acciones habituales en ámbitos como el de la propiedad intelectual, por ejemplo cuando se solicita la declaración de que una determinada acción no vulnera los derechos de patente del demandado, si bien son perfectamente posibles en otros sectores tales como el de la responsabilidad por daños medioambientales, por infracción del Derecho de la competencia, o por vulneración de los derechos de la personalidad⁵.

En el concreto campo de la infracción de los derechos de patente, las acciones declarativas negativas se utilizan a menudo como estrategia procesal dilatoria, para tratar de frustrar el proceso de declaración de infracción de un derecho de patente mediante su dilación temporal excesiva. Así, el presunto infractor, previendo que va a ser demandado, se adelanta y procede a interponer una demanda negativa de infracción ante los tribunales de un Estado caracterizado por su lentitud en la administración de justicia (normalmente, Italia o Bélgica). De este modo, el tribunal ante el que posteriormente el titular del derecho de patente interponga demanda por infracción de su derecho habrá de suspender el procedimiento hasta que el órgano judicial ante el que se interpuso la demanda de no infracción se pronuncie sobre su competencia⁶. El problema se acentúa, lógicamente, cuando el demandante

3 Para COLLINS, L.: "Negative Declarations and the Brussels Convention", *The Law Quarterly Review*, (1992), vol. 108, p. 545. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento «Roma II». Granada (2008): Comares, pp. 12-13. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y GARCÍA CASAS, M.: "Capítulo III – Fueros especiales de competencia internacional (I). Los fueros en materia contractual y extracontractual (artículos 5.1 y 5.3 RB)", en AA.VV.: *Derecho procesal civil europeo – Volumen I. Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea* (dir. por A. DE LA OLIVA SANTOS). Cizur Menor (2011): Aranzadi/Thomson Reuters, p. 112.

4 Cf. BELL, A.S.: "The Negative Declaration in Transnational Litigation", *The Law Quarterly Review* (1995), vol. 111, p. 680.

5 Véase ORÓ MARTÍNEZ, C.: "Las acciones declarativas negativas y el art. 5.3º del Reglamento Bruselas I", *Anuario español de Derecho internacional privado* (2011), t. XI, pp. 186-187.

6 FRANZOSI, M.: "Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo", *European Intellectual Property Review* (1997), núm. 7, pp. 384-385. KONO, T.: "Jurisdiction and Applicable Law in Matters of Intellectual Property", en AA.VV.: *General Reports on the XVIIth Congress of the International Academy on Comparative Law* (ed.

alega que la patente es inválida, por el juego del foro de competencia exclusiva para pronunciarse sobre la validez de los derechos de patente del art. 22.4 del Reglamento Bruselas I (art. 24.4 del Reglamento Bruselas I bis).

II. LA POSTURA JURISPRUDENCIAL PREVIA A LOS ASUNTOS SOLVAY Y FOLIEN FISCHER.

El foro de competencia judicial internacional exclusiva en materia de validez de los derechos de patente ha condicionado, desde antaño, la litigación internacional relativa a los derechos de patente. Analizaremos ahora, brevemente, las distintas resoluciones del TJ que pueden incidir en el problema del que nos ocupamos en este comentario.

I. Las acciones declarativas negativas no tienen cabida en el *forum delicti commissi*: Duijnstee, Kalfelis, Réunion européenne y Henkel.

En primer lugar, conviene referirse a la STJ Duijnstee⁷. En esta decisión se estableció que la noción de litigio en materia de inscripción o validez de patentes contenida en el art. 16.4 del Convenio de Bruselas⁸ (en adelante, "CB"), -predecesor del art. 22.4 del Reglamento Bruselas I y del art. 24.4 del Reglamento Bruselas I bis, así como del art. 22.4 del Convenio de Lugano⁹-, debe responder a un concepto autónomo de aplicación uniforme para todos los Estados firmantes¹⁰. De modo que "[...] han de considerarse litigios «en materia de inscripción o de validez de patentes» aquéllos en los que la atribución de una competencia exclusiva a los Jueces del lugar en que se otorga la patente está justificada a la luz de los elementos [...] tales como los litigios relativos a la validez, la existencia o la caducidad de la patente o a la reivindicación de un derecho de preferencia fundado en un depósito anterior"¹¹. En esta línea, se estableció que otras cuestiones, como la infracción de

por BROWN, K. B. y SNYDER, D.V). Nueva York (2012): Springer, p. 403. GARDELLA, A.: "Torpedoes and Actions for Negative Declarations in International IP Law Litigation", en AA.VV.: *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology* (ed. por NUYTS, A.). Alphen aan den Rijn (2008): Wolters Kluwer, p. 186. FAWCETT, J.J. y TORREMAN, P.: *Intellectual Property and Private International Law*. Nueva York (2011): Oxford University Press, 2ª ed., p. 209. JANDOLI, V.: "The "Italian Torpedo"", *International Review of Intellectual Property* (2000), vol. 31, p. 788. SIMONS, T.: "Cross-Border "Torpedo" Actions", *The European Legal Forum* (2003), núm. 5-6, pp. 287-288.

7 STJ (Sala Cuarta) de 15 de noviembre de 1983, Duijnstee, asunto 288/82 (todas las SSTJ que se citan en el presente trabajo han sido consultadas en el buscador de la web del TJ: curia.europa.eu).

8 Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (para la versión codificada, vid. DOCE C núm. 27, de 26 de enero de 1998, pp. 1-27).

9 La interpretación del TJ de los preceptos del CB es válida también para los preceptos equivalentes del Reglamento Bruselas I (así como de los instrumentos que le suceden). Vid. SSTJ de 16 de julio de 2009, *Zuid-Chemie*, asunto C-189/08, párr. 18; de 10 de septiembre de 2009, *German Graphics Graphische Maschinen*, asunto C-292/08, párr. 27; de 18 de octubre de 2011, *Realchemie Nederland*, asunto C-406/09, párr. 38 y de 12 de julio de 2012, *Solvay c. Honeywell*, asunto C-616/10, párr. 42.

10 STJ (Sala Cuarta) de 15 de noviembre de 1983, Duijnstee, asunto 288/82, párr. 19.

11 *Ibid.*, párr. 24.

patentes, vendrían regidas por las reglas generales de competencia judicial¹². A partir de esta afirmación, varios autores habían formulado la hipótesis de que, en caso de plantearse una cuestión sobre validez de forma incidental en el marco de un proceso de infracción de patentes, ésta debería resolverse, sin efecto de cosa juzgada, por el mismo órgano judicial que estuviera conociendo de la infracción¹³. Sin embargo, como veremos, el TJ se pronunció en la dirección opuesta.

Siguiendo el orden cronológico de la jurisprudencia del TJ, la siguiente decisión que aquí interesa es la dictada en el asunto Kalfelis¹⁴, en el que el TJ, para dar su respuesta, se detuvo previamente en la noción de “materia delictual”, estableciendo no sólo el carácter de concepto autónomo que ha de predicarse de dicha noción¹⁵, sino aventurándose asimismo a dar una definición específica de la misma. De este modo, el TJ dispuso que el concepto en cuestión “[...] comprende toda demanda que se dirija a exigir la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la «materia contractual» en el sentido del apartado 1 del artículo 5”¹⁶. El TJ afirmó, por tanto, la necesidad de que la declaración de responsabilidad se focalizara en el sujeto pasivo del proceso, esto es, el demandado.

Ciertamente, las acciones declarativas negativas se caracterizan por el hecho de que en ningún caso al demandado se le va a exigir responsabilidad alguna, puesto que es justamente el demandante quien, ante el temor o la sospecha de que se le vaya a requerir hacer frente a una acción de responsabilidad, acude a los tribunales para que se declare *ex ante* la inexistencia de dicha responsabilidad, consiguiendo de este modo exonerarse con carácter preventivo. La duda que surge, en consecuencia, es la de saber si la exigencia de responsabilidad del demandado debe tratarse como una condición *sine qua non* para poder acudir al foro de competencia especial del art. 5.3 RB I; o bien si en cambio no es necesaria la concurrencia de dicha exigencia en sentido estricto.

Podría parecer que, en realidad, lo único que pretendía el Tribunal en el asunto Kalfelis era dejar claramente sentado el carácter residual de este concepto respecto de la noción de “materia contractual”¹⁷. No en vano, en muchos de los supuestos en los que el TJ se ha visto llamado a ocuparse del concepto de “materia delictual”, la cuestión debatida era la de saber si un determinado litigio debía considerarse

12 *Ibid.*, párr. 23.

13 Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: Nulidad e infracción de patentes en la Comunidad Europea. Madrid (1996): Eurolex, pp. 130-131. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Procesos por violación de patente extranjera y competencia judicial para conocer de la excepción de nulidad (GAT contra LuK)”, Diario La Ley (30 de marzo de 2007), núm. 6683, nota núm. 4.

14 STJ (Sala Quinta) de 27 de septiembre de 1988, Kalfelis, asunto 189/87.

15 *Ibid.*, párr. 16.

16 *Ibid.*, párr. 17 (el destacado es nuestro).

17 Como se indicó en ORÓ MARTÍNEZ, C.: “Las acciones”, cit., pp. 190-191.

una controversia en materia contractual o, en su defecto, en materia delictual¹⁸. De acuerdo con esta visión, la noción de “materia delictual” sería poco más que un concepto-cesto, meramente residual, en el que se recogerían los litigios descartados del ámbito de la materia contractual¹⁹. Sin embargo, a nuestro entender resulta evidente que la definición elaborada por el TJ no se limita a esa vertiente negativa (demanda no relacionada con la materia contractual), sino que consta también de una vertiente positiva (demanda que se dirige a exigir la responsabilidad de un demandado)²⁰. Y este último aspecto, el elemento positivo, no es un simple formulismo vacío y carente de relevancia práctica: en efecto, el propio TJ lo ha utilizado como criterio argumentativo para descartar la aplicabilidad del art. 5.3 RB²¹.

Posteriormente, en el asunto Reichert²², el TJ reiteró tanto el carácter autónomo de la noción de “materia delictual”²³ como la definición dada en el asunto Kalfelis²⁴. Además, debe señalarse que en posteriores sentencias el TJ no sólo ha mantenido y reiterado de modo inalterado la definición de “materia delictual”, sino que ha seguido prestando atención, a la hora de incardinar un supuesto en el ámbito material del art. 5.3 RB I, a los dos elementos que conforman dicho concepto. Esto es, ha concedido relevancia no sólo al carácter no contractual del litigio (elemento negativo), sino también a la cuestión de si las acciones estaban dirigidas a exigir la

18 Piénsese, por ejemplo, en la STJ (Sala Tercera) de 27 de octubre de 1998, Réunion Européenne y otros, asunto C-51/97, caso en el que varias compañías aseguradoras, subrogadas en los derechos del destinatario de unas mercancías, reclamaban la reparación de los daños sufridos por dichas mercancías durante su transporte, y lo hacían frente a los transportistas marítimos efectivos, no mencionados en el conocimiento de embarque en el que se basaba la reclamación; en la STJ (Sala Sexta) de 11 de julio de 2002, Gabriel, asunto C- 96/00, supuesto en el que un consumidor reclamaba la entrega de un premio a una sociedad de venta por correo, por haber recibido de ésta una comunicación que daba a entender que si el consumidor realizaba un pedido recibiría un premio que finalmente no le fue remitido; en la STJ (Sala Segunda) de 20 de enero de 2005, Engler, asunto C-27/02, en un supuesto similar –aunque no idéntico– al que acabamos de exponer; o en la STJ de 17 de septiembre de 2002, Tacconi, asunto C-334/00, asunto en el que debía decidirse sobre la calificación contractual o delictual de una acción de responsabilidad precontractual basada en una supuesta infracción de las obligaciones de lealtad y buena fe durante la fase de negociación de un contrato.

19 En la doctrina existen voces que abonan en cierto modo esta visión: así, por ejemplo, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: Las obligaciones, cit., p. 12, apdo. 6.

20 BONOMI, A.: “Art. 5.3 CL”, en AA.VV.: Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano (ed. por BUCHER, A.). Basilea (2011): Helbing Lichtenhahn Verlag, p. 1840, apdo. 113, destaca la existencia y relevancia en esta definición de un elemento positivo junto al elemento negativo.

21 Véase ORÓ MARTÍNEZ, C.: “Las acciones”, cit., pp. 191-193.

22 STJ (Sala Quinta) de 26 de marzo de 1992, Reichert y Kockler, asunto C-261/90.

23 *Ibid.*, párr. 15.

24 STJ (Sala Quinta) de 27 de septiembre de 1988, Kalfelis, asunto 189/87, párr. 16.

responsabilidad del demandado (elemento positivo). Así ha sucedido en la sentencia Réunion européenne²⁵, y también en la sentencia Henkel²⁶.

Llegados hasta aquí, podría parecer claro que la consecuencia de la aplicación del “concepto Kalfelis” –tal y como fue elaborado y según ha sido aplicado por el Tribunal– a las acciones declarativas negativas es evidente: puesto que no están dirigidas a exigir la responsabilidad del demandado, no se ajustan a la definición de la materia delictual elaborada por el TJ, y por ende, deberían considerarse excluidas del ámbito material del art. 5.3 RB I²⁷.

Sin embargo y, sorprendentemente, como veremos en el epígrafe III.2, en Folien Fischer el TJ decidió ignorar completamente la existencia de la doctrina Kalfelis, o más en general, la existencia de un concepto autónomo de materia delictual y cuasidelictual y concluyó que las acciones declarativas negativas eran subsumibles en el ámbito del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I.

2. El conocimiento de la validez de los derechos de patente a título incidental pertenece al foro de competencia judicial exclusiva: GAT, Roche y BVG.

Así las cosas, el día 13 de julio de 2006 marcó un hito en la interpretación del foro de competencia judicial internacional exclusiva para la declaración de validez de los derechos de patente. En efecto, ese día el TJ dictó dos resoluciones que marcarían un antes y un después en la litigación internacional de los derechos de patente, los asuntos GAT²⁸ y Roche Nederland y otros²⁹.

25 STJ (Sala Tercera) de 27 de octubre de 1998, Réunion Européenne y otros, asunto C-51/97, párrs. 22 y 23: “[u]na acción mediante la cual los aseguradores subrogados en los derechos del destinatario de mercancías, que sufrieron daños como consecuencia de un transporte marítimo y posteriormente terrestre, reclaman la reparación del perjuicio, basándose en el conocimiento que ampara el transporte marítimo, a unas personas a las que consideran como los verdaderos transportistas marítimos está dirigida, en efecto, a exigir la responsabilidad de estos últimos” (el destacado es nuestro). El propio AG Georges Cosmas, en sus conclusiones presentadas en este asunto el 5 de febrero de 1998, apdos. 35 y 36, incidió en esta cuestión, al subrayar que el objeto de la demanda era determinar si los demandados eran responsables por la avería sufrida por las mercancías durante su transporte.

26 STJ (Sala Sexta) de 1 de octubre de 2002, Henkel, asunto C-167/00, párrs. 41 y 42, asunto en el que se debatía si era subsumible en el art. 5.3 RB I una acción preventiva ejercitada por una asociación de protección de consumidores con el objeto de obtener la prohibición del uso por un comerciante de cláusulas abusivas en los contratos con particulares. El TJ consideró que se trataba de acciones dirigidas a exigir la responsabilidad del demandado “como consecuencia de la obligación extracontractual que incumbe al comerciante de abstenerse, en sus relaciones con los consumidores, de realizar determinados comportamientos que el legislador reprueba” (párr. 41), añadiendo que el concepto de “hecho dañoso” a efectos del art. 5.3 RB I “tiene un alcance muy amplio [...], por lo que, en relación con la protección de los consumidores, comprende no solamente las situaciones en las que un particular ha sufrido un perjuicio a título individual, sino también, en particular, los menoscabos del ordenamiento jurídico que resultan del uso de cláusulas abusivas que asociaciones como [la demandante] tienen encomendado evitar”. Este enfoque concuerda con las conclusiones del AG Francis G. Jacobs en este asunto, apdo. 35, donde puede leerse que el término “responsabilidad” comprende “sin ninguna dificultad tipos de responsabilidad distintos de la obligación de resarcimiento pecuniario, como la obligación [...] de evitar determinados tipos de conductas ilícitas”.

27 Esta es justamente la opinión del AG Jääskinen en sus conclusiones en el asunto Folien Fischer, párr. 44-71.

28 STJ (Sala Primera) de 13 de julio de 2006, GAT, asunto C-4/03.

29 STJ (Sala Primera) de 13 de julio de 2006, Roche Nederland y otros, asunto C-539/03.

En el asunto GAT, el TJ decidió no permitir que el órgano judicial competente para conocer de un proceso de infracción de patente pudiera pronunciarse, ni siquiera con efecto *inter partes*, sobre una cuestión incidental relativa a la validez de la patente en cuestión. Los argumentos esgrimidos por el TJ fueron los siguientes: 1) la naturaleza imperativa de las normas que establecen las competencias judiciales exclusivas³⁰; 2) la multiplicación de foros y la consecuente falta de previsibilidad y seguridad jurídica³¹; 3) el riesgo de adopción de resoluciones contradictorias³²; y 4) la disparidad entre los ordenamientos nacionales de los Estados contratantes en cuanto al tratamiento de los efectos de las resoluciones dictadas con carácter incidental sobre la validez de un derecho de patente³³.

A nuestro entender, el TJ yerra en cada uno de los argumentos utilizados. En primer lugar, en relación con la naturaleza imperativa de los foros exclusivos de atribución de competencia judicial, consideramos que ese carácter imperativo solo se puede predicar de aquellas disputas erigidas a título principal³⁴, pero no respecto a las planteadas por vía de incidente. Así se infiere del art. 19 CB, conforme al cual “[e]l tribunal de un Estado contratante, que conociere a título principal de un litigio para el que los tribunales de otro Estado contratante fueren exclusivamente competentes en virtud del artículo 16, se declarará de oficio incompetente”. El TJ indica, en la propia sentencia del asunto GAT, que este precepto no atribuye competencias, sino que se limita a exigir al juez que compruebe su competencia y se declare incompetente si procede³⁵.

Consideramos que el CB, precisamente al determinar que el juez debe declararse incompetente cuando la competencia exclusiva se suscite en relación a una pretensión erigida a título principal, aclara el funcionamiento de los foros de competencia exclusiva y, *a contrario*, excluye de su ámbito de aplicación las cuestiones planteadas a título incidental. La misma idea se encuentra en el Informe Jenard³⁶ y así lo ha entendido también la doctrina³⁷. Asimismo, el TJ liga este argumento de la

30 STJ (Sala Primera) de 13 de julio de 2006, GAT, asunto C-4/03, párr. 27.

31 *Ibid.*, párr. 28.

32 *Ibid.*, párr. 29.

33 *Ibid.*, párr. 30.

34 Así lo entienden también DROZ, G.A.L.: *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Paris (1972): Librairie Dalloz, p. 99 y GOTHOT, P. y HOLLEAUX, D.: *La convention de Bruxelles du 27.9.1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Paris (1985): Jupiter, p. 83. FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.: “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *Recueil des Cours* (2006), vol. 323, pp. 98-99.

35 STJ (Sala Primera) de 13 de julio de 2006, GAT, asunto C-4/03, párr. 19.

36 Informe sobre el convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968) elaborado por el Sr. P. Jenard (DO C núm. 189 de 28 de julio de 1990).

37 FAWCETT, J.J. y TORREMANS, P.: *Intellectual Property*, cit., p. 348. ARENAS GARCÍA, R.: “El Reglamento 44/2001 y las cuestiones incidentales: dar vueltas para (casi) volver al mismo sitio”, *Diario La Ley* (29 de julio de 2011), núm. 7684, p. 8.

imperatividad de las competencias exclusivas a la intervención de las administraciones nacionales en el proceso de validez³⁸.

En el caso de las patentes “puramente” nacionales (como contrapuestas a las patentes europeas, que también dan lugar a patentes nacionales, pero a las cuales se aplica el Convenio de Múnich³⁹), entendemos que podría haber cierta justificación para que las cuestiones de validez se reservaran a los órganos judiciales del Estado de registro, debido a que por una parte cada Estado es libre de regular los requisitos exigidos para el registro, y por otra, se presume que los propios órganos judiciales del Estado interesado van a ser los mejores conocedores del ordenamiento jurídico de ese Estado.

Sin embargo, esta exclusividad no tiene sentido cuando se trate de patentes nacionales que deriven del sistema de patente europea sin efecto unitario configurado por el Convenio de Múnich, pues este instrumento ha unificado los requisitos para el otorgamiento de estas patentes y, además, los mismos se basan más en cuestiones técnicas que jurídicas⁴⁰.

En segundo lugar, en cuanto a la multiplicación de foros y la consecuente falta de previsibilidad y seguridad jurídica, conviene señalar que esa multiplicación de foros encuentra su base en el propio CB (como en los instrumentos que le han sucedido) y, por ende, forma parte del propio sistema⁴¹.

Además, el propio TJ se contradice en esta idea al permitir el llamado “torpedo de nulidad”⁴², de modo que, al limitar el conocimiento de las cuestiones incidentales de validez al tribunal del Estado de registro, merma la previsibilidad inherente al principio de seguridad jurídica, pues en la práctica es muy frecuente que se planteen este tipo de incidentes en los procesos sobre infracción de patentes. Es más, el Tribunal no indica qué hacer en esas situaciones: esto es, si el litigio se debe trasladar al Estado del registro o si hay que suspender el procedimiento de infracción hasta que el órgano exclusivamente competente se pronuncie en relación con la validez de la patente cuestionada. Esta última parece la solución más apropiada por ser la

38 STJ (Sala Primera) de 13 de julio de 2006, GAT, asunto C-4/03, párr. 23.

39 Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas, de 5 de octubre de 1973 (BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 1986).

40 Véase, en este sentido, GONZÁLEZ BELFUSS, C.: Nulidad e infracción, cit., p. 275. DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Cross-Border Adjudication of Intellectual Property Rights and Competition Between Jurisdictions”, *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo* (2007), vol. 16, p. 146. KUR, A.: “A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions GAT v. LuK and Roche Nederland v. Primus and Goldenberg”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* (2006), vol. 37, p. 844-855.

41 GONZÁLEZ BELFUSS, C.: Nulidad e infracción, cit., p. 276. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Procesos por violación”, cit., p. 1716. KUR, A.: “A Farewell”, cit., p. 848.

42 GONZÁLEZ BELFUSS, C.: Nulidad e infracción, cit., p. 277. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual*. Madrid (2008): Dykinson, p. 208. FAWCETT, J.J. y TORREMANS, P.: *Intellectual Property*, cit., pp. 349-350.

más respetuosa con el sistema de foros configurado para los supuestos de infracción, además de ser la que más apoyos ha recibido en la doctrina⁴³.

A mayor abundamiento, y en relación con el argumento de la previsibilidad y la seguridad jurídica aducido por el TJ para fundamentar la falta de competencia del tribunal que conoce de la infracción para pronunciarse sobre una cuestión de validez erigida *incidenter tantum*, conviene aludir a la sentencia BVG⁴⁴. En dicha decisión, el TJ falla en sentido contrario, aceptando la competencia para conocer a título incidental de una materia de competencia exclusiva, aunque no en relación a la validez de patentes, sino a la validez de acuerdos sociales (art. 22.2 del Reglamento Bruselas I y 24.2 del Reglamento Bruselas I bis).

En BVG, el TJ señala que si se reconociera la competencia exclusiva siempre que se planteara una cuestión relativa a la validez de acuerdos sociales, “[...] bastaría que una sociedad invocase, con carácter previo, una supuesta invalidez de las decisiones de sus órganos que condujeron a la celebración de un contrato o a que se realizara un hecho supuestamente perjudicial, para que se le atribuyese, de manera unilateral, una competencia exclusiva al foro de su propio domicilio social [...]”⁴⁵, cosa que ello en contra de la previsibilidad inherente al Reglamento Bruselas I, pues se condicionaría la aplicabilidad de su sistema de foros al hecho de que se planteara, en cualquier momento, una cuestión incidental⁴⁶. Por ende, ello comportaría cambiar toda la doctrina del caso GAT.

Sin embargo, el propio TJ alude en la sentencia BVG al asunto GAT, matizando que la materia de la validez de patentes “[...] es una premisa indispensable [...] en el marco de toda acción por violación de un derecho de patente, [e] interesa a una buena administración de la justicia que se reconozca una competencia exclusiva para conocer de todo litigio en el que se impugne dicha validez a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se ha solicitado o efectuado el depósito o el registro de

43 HESS, B.; PFEIFFER, T.; SCHLOSSER, P.: The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States. Munich (2008):Verlag C.H. Beck, p. 195. FAWCETT, J.J. y TORREMANNS, P.: Intellectual Property, cit., p. 101. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: Litigios transfronterizos, cit., p. 208. DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Cross-Border Adjudication”, cit., p. 151. VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional. Cizur Menor (2007): Aranzadi, 2ª ed., p. 260: aducen una regla de “prejudicialidad implícita”, consistente en que el órgano judicial que esté conociendo de la infracción suspenda el proceso e inste a la parte que haya alegado la cuestión sobre la validez a acudir a los tribunales competentes; de modo que, si el demandado no plantea la cuestión de la nulidad, el proceso sobre infracción continúe tomando la patente como válida. Sobre este último extremo véase también DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Commercial Practices: Convergence or Divergence?”, en AA.VV.: Intellectual Property and Private International Law (ed. por LEIBLE, S. y OHLY, A.).Tübingen (2009): Mohr Siebeck, p. 145. HESS, B.; PFEIFFER, T.; SCHLOSSER, P.:The Heidelberg Report, cit., p. 194. DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Cross-Border Adjudication”, cit., p. 151. En nuestra opinión, la exigencia de instancia de parte para tomar en consideración la cuestión de la validez nos parece coherente con el juego de foros del sistema del Convenio de Bruselas y los instrumentos posteriores, pues de otro modo la materia de la infracción de patentes se hubiese regulado como competencia exclusiva.

44 STJ (Sala Tercera) de 12 de mayo de 2011, BVG, asunto C-144/10.

45 *Ibid.*, párr. 34.

46 *Ibid.*, párr. 35.

dicha patente, ya que éstos son los que están en mejores condiciones para conocer de ellos [...]”⁴⁷.

Por tanto, el TJ hace una distinción en función de la materia, poco argumentada⁴⁸ y, en nuestra opinión, algo arriesgada cuando afirma que resulta indispensable aclarar la cuestión de la validez en los litigios sobre infracción de patentes, pues si bien es cierto que puede considerarse una cuestión recurrente en las disputas de esta naturaleza, nada obsta para que en un caso sobre infracción de patentes no se plantee la cuestión de la validez de la patente violada, bien porque la parte interesada no la haya planteado, bien porque el propio órgano judicial que conoce parta de su validez si esta no se impugna por las partes. Esta argumentación lleva a que se haya de estar al caso concreto y a que el tratamiento de las cuestiones incidentales varíe en función de la materia, lo que a nuestro entender perjudica, precisamente, la seguridad jurídica y la previsibilidad que se persigue en el modelo de foros de competencia instaurado por el sistema Bruselas I.

Respecto al riesgo de la adopción de resoluciones contradictorias sobre la validez de los derechos de patente, debe señalarse que en caso de permitirse un pronunciamiento sobre la validez de la patente por un órgano radicado en un Estado distinto al del registro, el efecto de la resolución habría de ser limitado a las partes en la disputa, sin afectar a terceros, de modo que el monopolio del pronunciamiento *erga omnes* se reservara a los órganos judiciales con competencia exclusiva⁴⁹. Así pues, no habría lugar a resoluciones contradictorias al respecto.

Finalmente, en cuanto a la disparidad entre los ordenamientos nacionales de los Estados miembros en cuanto al tratamiento de los efectos de las resoluciones dictadas con carácter incidental sobre la validez de un derecho de patente, consideramos que, si bien -como el propio TJ indica en la sentencia del asunto GAT⁵⁰- ese efecto dependerá del Derecho procesal de cada Estado, cabría, no obstante, que se efectuara una revisión del Reglamento Bruselas I bis y se introdujera la posibilidad de que las cuestiones erigidas a título incidental sobre una de las materias de competencia exclusiva pudiesen dirimirse por el tribunal que conoce de la cuestión principal con efecto *inter partes*⁵¹. Es más, el propio TJ podría haber aprovechado esta ocasión para

47 Ibid., párr. 46.

48 ARENAS GARCÍA, R.: “El Reglamento”, cit., p. 12.

49 LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: Litigios transfronterizos, cit., pp. 212-213. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y REQUEJO ISIDRO, M.: “Litigación internacional sobre patentes en Europa. El sistema de competencia judicial internacional interpretado por el TJCE”, *Actas de Derecho Industrial (2006-2007)*, núm. 27, p. 671. KUR, A.: “A Farewell”, cit., p. 848.

50 Párr. 30.

51 EUROPEAN MAX-PLANCK GROUP FOR CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY: “Exclusive Jurisdiction and Cross-Border IP (Patent) Infringement Suggestions for Amendment of the Brussels I Regulation”, 20 de diciembre de 2006, pp. 10-11, disponible en la página web del Instituto Max Planck de Múnich: http://www.cl-ip.eu/files/pdf2/clip_bussels_i_dec_06_final4.pdf (visitada el día 12 de septiembre de 2014). GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: Nulidad e infracción, cit., p. 277. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: Litigios transfronterizos, cit., pp. 53 y 211. HESS, B.; PFEIFFER, T.;

decidir en este sentido, de modo que en la modificación del Reglamento Bruselas I bis ya pudiera haberse incluido.

Por su parte, la sentencia en el asunto Roche Nederland y otros reforzó, en relación con las competencias exclusivas, la idea de que las cuestiones de validez de patentes, ya se planteen por vía de acción o de excepción, son de competencia exclusiva del Estado del registro⁵². Además, es relevante señalar que el caso tratado en el asunto Roche Nederland y otros era relativo a una patente europea⁵³ (a diferencia del caso GAT, en el que el litigio versaba sobre una patente nacional “pura”).

III. CAMBIO JURISPRUDENCIAL: LOS ASUNTOS SOLVAY Y FOLIEN FISCHER.

Tras las decisiones en los asuntos Solvay y Folien Fischer, se observa un tímido cambio jurisprudencial respecto a las posturas anteriores sostenidas por el TJ: en efecto, tanto respecto al alcance de la competencia judicial internacional exclusiva del art. 22.4 del Reglamento Bruselas I, como respecto al concepto de “materia delictual”, se atisba un cambio de orientación que, pese a no ser del todo satisfactorio, avanza en la dirección adecuada para simplificar los problemas que la práctica revela en la litigación internacional en materia de patentes.

I. La posibilidad de pronunciamiento sobre la validez a título incidental en fase cautelar: Solvay.

En la sentencia dictada en el asunto Solvay el TJ indicó, tras invocar la jurisprudencia del caso GAT, que la competencia exclusiva en materia de validez de patentes no supone ningún obstáculo a la hora de adoptar una medida cautelar por un órgano judicial radicado en un Estado distinto al del registro; de modo que, aun cuando en el procedimiento cautelar se invoque la cuestión de la validez de la patente, el órgano judicial competente para la adopción de la medida cautelar podrá pronunciarse legítimamente sobre la cuestión de la validez. Las razones enumeradas por el TJ para llegar a esta solución fueron: 1) el alcance autónomo de los preceptos relativos a competencias exclusivas y a la adopción de medidas cautelares⁵⁴; 2) la decisión no definitiva sobre la validez de la patente invocada⁵⁵, y 3) la característica de cuestión incidental que no prejuzga la resolución⁵⁶.

SCHLOSSER, P.: *The Heidelberg Report*, cit., p. 194. DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Cross-Border Adjudication”, cit., p. 148. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Procesos por violación”, cit., p. 1717.

52 STJ (Sala Primera) de 13 de julio de 2006, Roche Nederland y otros, asunto C-539/03, párr. 40.

53 *Ibid.*, párr. 2.

54 STJ (Sala Tercera) de 12 de julio de 2012, Solvay c. Honeywell, asunto C-616/10, párr. 40.

55 *Ibid.*, párr. 49.

56 *Ibid.*, párr. 50.

Este último asunto, aunque referido solo a la tutela cautelar, es incoherente con la doctrina sentada en el caso GAT, en el que el TJ negó la posibilidad de que un órgano distinto al del Estado de registro pudiera pronunciarse, aun con carácter incidental, sobre la validez de la patente.

Entendemos que tanto la competencia para adoptar medidas cautelares como los foros especiales para las materias contractual y extracontractual deben ser tratados de la misma forma, pues tienen la misma naturaleza de foros especiales de competencia. Por ello, no tiene sentido permitir que en el plano del proceso cautelar sea posible un pronunciamiento incidental sobre la validez de la patente, pero que no lo sea en las fases posteriores. Aunque el TJ arguya que la decisión definitiva se tomará en el proceso principal, en nuestra opinión lo realmente relevante son los efectos que se logran. Tanto en un caso como en el otro la resolución tendría simplemente efectos *inter partes*, siendo acorde con la configuración del sistema actual (es decir, respetando la competencia exclusiva del Estado de registro para pronunciarse sobre la validez de la patente, pese a que existen argumentos que permiten afirmar que su mantenimiento está poco justificado en la actualidad).

A la vista de esta resolución solo cabe alabar el fallo del TJ, a pesar de que su acertada argumentación es un tanto incoherente con la sentencia GAT⁵⁷. En efecto, en el caso Solvay el TJ indica que el órgano competente para dictar medidas cautelares puede conocer de la cuestión de la validez de la patente, aunque no esté revestido de la competencia exclusiva requerida por el art. 22.4 del Reglamento Bruselas I, en tanto en cuanto esa resolución es provisional. Y, en cambio, en el asunto GAT señala que ni siquiera en el supuesto de que se plantee incidentalmente la cuestión en un proceso principal, ni aun con efecto limitado solo a las partes de la controversia, se permite que otro tribunal distinto del del Estado de registro se pronuncie al respecto. La incoherencia es, pues, palmaria. De todos modos, lo relevante tras esta sentencia es que no cabe plantear el "torpedo de nulidad" como táctica procesal fraudulenta en los procesos cautelares.

2. Las acciones declarativas negativas se incluyen en el *forum delicti commissi*: Folien Fischer.

En este asunto, el tribunal supremo alemán (Bundesgerichtshof) planteó al TJ una cuestión relativa a la interpretación del ámbito de aplicación del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I: en efecto, debía resolverse si las acciones declarativas negativas (acciones planteadas por el potencial autor de un daño de carácter extracontractual para exonerarse de una eventual demanda de responsabilidad

57 En el mismo sentido, TRIMBLE, M.: "GAT, SOLVAY, and the Centralization of Patent Litigation in Europe", *Emory International Law Review* (2012), vol. 26, 2015, pp. 532-533.

por parte del potencial perjudicado) pueden entablarse con base en el art. 5.3 del Reglamento Bruselas I.

Como hemos adelantado, en *Folien Fischer*, el TJ decidió ignorar completamente la existencia de la doctrina *Kalfelis*, o más en general, la existencia de un concepto autónomo de materia delictual y cuasidelictual. Resulta sorprendente que en una sentencia planteada como un examen del ámbito de aplicación del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I, el asunto *Kalfelis* ni siquiera sea mencionado, tratándose como se trata de un asunto fundamental en este ámbito: el primero en el que el TJ se ocupó del ámbito material del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I, y en el que creó el concepto autónomo de “materia delictual o cuasidelictual”. Por ello, esta omisión nos parece muy significativa, ya que difícilmente puede ser no intencionado el “olvido” de una sentencia tan relevante; y además, porque se consigue así eliminar el principal obstáculo a la posibilidad de responder afirmativamente a la cuestión planteada.

Por si no bastara con la omisión recién señalada, el TJ introduce todavía otra inconsistencia en su decisión. Y es que, a pesar de haber planteado —correctamente— la cuestión prejudicial en términos de ámbito de aplicación del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I, termina convirtiendo su sentencia en un examen de los problemas de localización del lugar de producción del hecho dañoso. Es decir, en vez de examinar si el art. 5.3 del Reglamento Bruselas I puede o no aplicarse para entablar acciones declarativas negativas, analiza cómo se aplica el art. 5.3 del Reglamento Bruselas I (o, más propiamente, cómo se localiza el criterio de vinculación retenido por la norma) en el caso de las acciones declarativas negativas; cuestión ciertamente importante, pero que debía resolverse, en su caso, en segundo lugar, tras haberse ocupado del problema de delimitación del ámbito material de la norma⁵⁸.

De este modo, para responder al interrogante relativo a si son subsumibles en el art. 5.3 del Reglamento Bruselas I las acciones declarativas negativas, lo que hace el TJ es tratar de ver si en dichos supuestos es posible identificar el lugar de manifestación del daño y/o el de producción del hecho causal⁵⁹.

Por ello, la decisión final del TJ es correcta en cuanto al fondo pero incorrecta en su motivación. Lo que debería tenerse en cuenta a la hora de determinar la aplicabilidad de un foro especial por razón de la materia, como es el art. 5.3 del Reglamento Bruselas I, es justamente la delimitación de dicha materia; esto es, determinar si cabe incluir el objeto del litigio dentro de su ámbito de aplicación

58 Para BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “Acciones declarativas negativas y *forum delicti commissi*. ¿Galgos o podencos?: La litispendencia. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012. *Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama SpA*”, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 5, núm. 1, p. 246, el TJ confunde las nociones de punto de conexión y competencia judicial internacional.

59 STJ (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012, *Folien Fischer*, asunto C-133/11, párr. 41.

material⁶⁰. En cambio, lo que hace el TJ es examinar cuál es el resultado al que conduce el vínculo de conexión utilizado por el foro (el *locus delicti commissi*), para ver si es o no posible identificar un órgano judicial al cual atribuir competencia judicial internacional en base a dicho criterio⁶¹.

La argumentación que proponemos, focalizada en delimitar el concepto de materia extracontractual, ha sido, a mayor abundamiento, adoptada por el TJ en el ámbito contractual, señalando que las acciones negativas y positivas tienen el mismo objeto⁶², lo que ha sido interpretado en el sentido de que los foros de competencia judicial internacional a aplicar en caso de una acción negativa son los mismos que si la acción fuere positiva⁶³.

IV. VALORACIÓN.

Los asuntos Solvay y Folien Fischer suponen un cambio en la jurisprudencia del TJ, pese a no permitir afirmar, todavía, que se posibilite al órgano del *forum delicti commissi* pronunciarse sobre la validez de una patente cuya existencia se ha alegado como base de una acción declarativa negativa de infracción.

El asunto Solvay solo permite la declaración *inter partes* de la validez de una patente en la fase de tutela cautelar, mientras que la sentencia del asunto Folien Fischer se limita a entender incluidas las acciones declarativas negativas en el ámbito de aplicación del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I, solución fundamentada en una deficiente argumentación de dudosa continuidad. En efecto, la sentencia ÖFAB⁶⁴ –posterior a la sentencia Folien Fischer– confirmó la vigencia del concepto Kalfelis, al afirmar que “[...] el concepto de «materia delictual o cuasidelictual» [...] abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no estén relacionadas con la «materia contractual» [...]”⁶⁵.

A la vista de estas resoluciones cabe concluir que el TJ está adoptando, poco a poco, una postura flexibilizadora de la rigidez del foro de competencia judicial

60 BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “Acciones declarativas”, cit., p. 252.

61 Vid. ORÓ MARTÍNEZ, C.: “Legitimación del presunto autor de un hecho dañoso para demandar a la víctima potencial ante el tribunal del lugar en que tal hecho supuestamente se ha producido o pudiera producirse”, *Anuario español de Derecho internacional privado* (2012), t. XII, pp. 848-850. También, ORÓ MARTÍNEZ, C.: “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala I.º) de 25 de octubre de 2012, asunto C-133/11, Folien Fischer AG y Fofitec AG c. Ritrama SpA”, *Revista española de Derecho internacional* (2013), vol. 45, núm. 1, pp. 209-211.

62 STJ (Sala Sexta) de 8 de diciembre de 1987, Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo, asunto 144/86, párrs. 15-17, si bien el litigio que da lugar a esta sentencia no se enmarca en el ámbito de las patentes, sino que se refiere al conflicto entre una acción de ejecución de un contrato de compraventa y una acción de nulidad y resolución del mismo contrato.

63 WILDERSPIN, M.: “La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle. Les arrêts de la Cour de justice dans les affaires C-4/03, GAT c. LUK et C-539/03 Roche Nederland c. Primus et Goldberg”, *Revue critique de droit international privé* (2006), p. 797.

64 STJ (Sala Quinta) de 18 de julio de 2013, asunto C-147/12, ÖFAB.

65 *Ibid.*, párr. 32.

exclusiva que rige para la declaración de validez de los derechos de patente. Camina pues, a nuestro modo de ver, en la dirección correcta, si bien lo hace tímidamente (asunto Solvay) y por caminos que no son del todo adecuados (asunto Folien Fischer), pero que, sin embargo, deberían conducir a la solución que en la actualidad precisa un sistema fuerte de litigación internacional de derechos de patente, capaz de atraer inversiones tecnológicas al territorio de la Unión Europea.

No obstante, el peligro que esta jurisprudencia entraña es que no llegue a consolidarse o que lo haga con retraso. El campo de las invenciones tecnológicas avanza diariamente a pasos de gigante y, ante esa obvia realidad, el sistema de tutela judicial debe responder a una protección efectiva, de la que forma parte esa necesaria flexibilidad de los foros de competencia judicial internacional. Mantener la rigidez del foro de competencia judicial exclusiva, basada en concepciones que giran en torno al principio de territorialidad, va en contra del necesario progreso que caracteriza al objeto de protección de los derechos de patente: las invenciones.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y REQUEJO ISIDRO, M.: "Litigación internacional sobre patentes en Europa. El sistema de competencia judicial internacional interpretado por el TJCE", *Actas de Derecho Industrial* (2006-2007), núm. 27, pp. 661-678.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Procesos por violación de patente extranjera y competencia judicial para conocer de la excepción de nulidad (GAT contra LuK)", *Diario La Ley* (30 de marzo de 2007), núm. 6683, pp. 1715-1720.

ARENAS GARCÍA, R.: "El Reglamento 44/2001 y las cuestiones incidentales: dar vueltas para (casi) volver al mismo sitio", *Diario La Ley* (29 de julio de 2011), núm. 7684, pp. 1-23.

BELL, A.S.: "The Negative Declaration in Transnational Litigation", *The Law Quarterly Review* (1995), vol. 111, pp. 674-695.

BLANCO-MORALES LIMONES, P.: "Acciones declarativas negativas y *forum delicti commissi*. ¿Galgos o podencos?: La litispendencia. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012. Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama SpA", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 1, pp. 240-253.

BONOMI, A.: "Art. 5.3 CL", en AA.VV.: *Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano* (ed. por BUCHER, A.). Basilea (2011): Helbing Lichtenhahn Verlag, pp. 1838-1847.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento «Roma II»*. Granada (2008): Comares.

COLLINS, L.: "Negative Declarations and the Brussels Convention", *The Law Quarterly Review* (1992), vol. 108, pp. 545-549.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: "Cross-Border Adjudication of Intellectual Property Rights and Competition Between Jurisdictions", *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo* (2007), vol. 16, pp. 105-154.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: "The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Commercial Practices: Convergence or Divergence?", en AA.VV.: *Intellectual Property and Private International Law* (ed. por LEIBLE, S. y OHLY, A.). Tübingen (2009): Mohr Siebeck.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y GARCÍA CASAS, M.: "Capítulo III – Fueros especiales de competencia internacional (I). Los fueros en materia contractual y extracontractual

(artículos 5.1 y 5.3 RB)”, en AA.VV.: *Derecho procesal civil europeo – Volumen I. Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea* (dir. por DE LA OLIVA SANTOS, A.). Cizur Menor (2011): Aranzadi/Thomson Reuters, pp. 99-116.

DROZ, G.A.L.: *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*. París (1972): Librairie Dalloz.

EUROPEAN MAX-PLANCK GROUP FOR CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY: “Exclusive Jurisdiction and Cross-Border IP (Patent) Infringement Suggestions for Amendment of the Brussels I Regulation”, 20 de diciembre de 2006, pp. 1-15.

FAWCETT, J. J. y TORREMANS, P.: *Intellectual Property and Private International Law*. Nueva York (2011): Oxford University Press, 2ª ed.

FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.: “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *Recueil des Cours* (2006), vol. 323, pp. 9-260.

FRANZOSI, M.: “Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo”, *European Intellectual Property Review* (1997), núm. 7, pp. 382-385.

GARDELLA, A.: “Torpedoes and Actions for Negative Declarations in International IP Law Litigation”, en AA.VV.: *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology* (ed. por NUYTS, A.). Alphen aan den Rijn (2008): Wolters Kluwer, pp. 181-206.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Nulidad e infracción de patentes en la Comunidad Europea*. Madrid (1996): Eurolex.

GOTHOT, P. y HOLLEAUX, D.: *La convention de Bruxelles du 27.9.1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*. París (1985): Jupiter.

HESS, B.; PFEIFFER, T.; SCHLOSSER, P.: *The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States*. Munich (2008): Verlag C.H. Beck.

JANDOLI, V.: “The “Italian Torpedo””, *International Review of Intellectual Property* (2000), vol. 31, pp. 783-796.

KONO, T.: “Jurisdiction and Applicable Law in Matters of Intellectual Property”, en AA.VV.: *General Reports on the XVIIth Congress of the International Academy on Comparative Law* (ed. por BROWN, K. B. y SNYDER, D.V.). Nueva York (2012): Springer, pp. 393-421.

KUR, A.: "A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions GAT v. LuK and Roche Nederland v. Primus and Goldenberg", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* (2006), vol. 37, pp. 844-855.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual*. Madrid (2008): Dykinson.

ORÓ MARTÍNEZ, C.: "Las acciones declarativas negativas y el art. 5.3º del Reglamento Bruselas I", *Anuario español de Derecho internacional privado* (2011), t. XI, pp. 185-206.

ORÓ MARTÍNEZ, C.: "Legitimación del presunto autor de un hecho dañoso para demandar a la víctima potencial ante el tribunal del lugar en que tal hecho supuestamente se ha producido o pudiera producirse", *Anuario español de Derecho internacional privado* (2012), t. XII, pp. 846-850.

ORÓ MARTÍNEZ, C.: "Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala I.ª) de 25 de octubre de 2012, asunto C-133/11, Folien Fischer AG y Fofitec AG c. Ritrama SpA.", *Revista española de Derecho internacional* (2013), vol. 45, núm. 1, pp. 208-211.

SIMONS, T.: "Cross-Border "Torpedo" Actions", *The European Legal Forum* (2003), núm. 5-6, pp. 287-289.

TRIMBLE, M.: "GAT, SOLVAY, and the Centralization of Patent Litigation in Europe", *Emory International Law Review* (2012), vol. 26, pp. 515-533.

VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*. Cizur Menor (2007): Aranzadi.

WILDERSPIN, M.: "La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle. Les arrêts de la Cour de justice dans les affaires C-4/03, GAT c. LUK et C-539/03 Roche Nederland c. Primus et Goldberg", *Revue critique de droit international privé* (2006), pp.777-809.

LA INFLUENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN
LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. A PROPÓSITO DE UN CASO
MEDIÁTICO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE
MENORES DE SEVILLA, NÚM. 1. SENTENCIA DE 24 MARZO 2011
(ARP 2011, 2870)*

*THE INFLUENCE OF THE MEDIA IN THE ADMINISTRATION
OF JUSTICE. A PURPOSE OF A MEDIA EVENT. COMMENT ON THE
JUDGMENT OF THE JUVENILE COURT OF SEVILLE, NO. 1 JUDGMENT OF
MARCH 24, 2011 (ARP 2011, 287)*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 726-747

* Este trabajo ha sido realizado al amparo del Proyecto de Investigación: "Justicia social, exigibilidad de los derechos humanos e integración". PROMETEO/2014/078.



Asunción
COLÁS
TURÉGANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de septiembre de 2014
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: La sentencia objeto de este comentario condena al menor juzgado por la comisión de un delito de encubrimiento a una medida de internamiento en régimen cerrado al considerar la concurrencia de la agravante de actuación en grupo. No se considera probada su participación en los delitos de asesinato y agresión sexual de los que era acusado al no admitir como prueba la declaración del coimputado.

PALABRAS CLAVE: Delincuencia juvenil, derecho penal y medios de comunicación, declaraciones coimputado, menores y grupo.

ABSTRACT: The sentence condemns the child for the commission of a crime of concealment to a closed internment considering the concurrence of the aggravating action group regime. Considered unproven participation in the crimes of murder and sexual assault of which he was accused by not admitting into evidence a statement by co-defendant.

WORDS: Juvenile delinquency, criminal law and media, co-defendant statements, children and group.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Los medios de comunicación y el Derecho Penal.- III. El valor de las declaraciones del coimputado.- IV. Actuación en grupo y menores.

SUPUESTO DE HECHO

El día 24 de enero de 2009 el menor acusado se reúne con la víctima y otra persona mayor de edad en una plaza de la ciudad de Sevilla, lugar habitual de encuentro del grupo, uniéndose posteriormente a la reunión otros amigos comunes permaneciendo en el mencionado lugar aproximadamente una hora y media.

Posteriormente, la víctima junto con otra persona mayor de edad que no se enjuicia en el presente procedimiento, abandona la reunión dirigiéndose al domicilio de la Calle 001 número 001 de esta ciudad. Una vez en el interior del mencionado domicilio, la persona mayor de edad, guiado por motivos y en circunstancias que no se enjuician en la presente resolución, dio muerte a la víctima. Con posterioridad a este hecho, la persona mayor de edad llamó por teléfono móvil al menor acusado y a otra persona mayor de edad cuya conducta tampoco se enjuicia en el presente procedimiento para que acudieran al domicilio de la Calle 001.

Una vez que llegaron al mencionado domicilio, el menor acusado y esta segunda persona mayor de edad entraron en el mismo en cuyo interior se encontraba la persona mayor de edad que había dado muerte a la mujer así como un hermano de éste (igualmente mayor de edad y cuya conducta no se enjuicia tampoco en el presente procedimiento) así como el cuerpo sin vida de la víctima. El menor acusado y las tres personas mayores de edad decidieron, actuando de mutuo acuerdo y con la finalidad de evitar que se descubriera la muerte de la víctima, hacer desaparecer el cuerpo de la misma.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La sentencia que es objeto del presente comentario valora la responsabilidad penal del menor implicado en la muerte y posterior desaparición de una joven

• Asunción Colás Turégano

Es Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia, en enero de 1996 defendió su Tesis Doctoral dirigida por el profesor D. Tomás Vives Antón sobre los problemas de constitucionalidad planteados por los delitos contra el medio ambiente. Desde 1993 imparte clases de Derecho penal en la Universidad de Valencia, siendo profesora titular de derecho penal desde enero de 1999. Ha participado en diferentes proyectos de investigación y tiene monografías y artículos científicos en materias como protección penal del medio ambiente, delincuencia juvenil, diversidad cultural, derechos de la mujer, derecho a la imagen. E-mail: asuncion.colas@uv.es.

sevillana. El suceso tuvo un gran eco mediático, lo que pudo influir en la resolución que se adoptó. En la sentencia el magistrado no consideró la petición del ministerio fiscal de condenar al menor expedientado por los delitos de asesinato y agresión sexual, cuya base probatoria descansaba en una de las muchas declaraciones que prestó el adulto -imputado por los mismos hechos- ante el juzgado de instrucción. La decisión jurisprudencial exculpatoria se toma por dos motivos fundamentales, en primer lugar al no haberse respetado la garantía de la necesaria contradicción en la declaración inculpatoria, al no estar presente el menor ni su abogado y, en segundo lugar, con apoyo en la jurisprudencia del TC y del TS, por considerar que nos hallamos -pese a que la declaración se prestó en otro procedimiento- ante la declaración de un coimputado, prueba necesitada, por su parcialidad, de corroboración objetiva por otras pruebas. No superando, en opinión del juzgador, la mencionada declaración el juicio de corroboración mínima. Es cierto que la existencia de perfiles genéticos del menor, mezclados con los de la víctima, acreditan la presencia de aquel en el lugar de los hechos, pero no su participación en los graves delitos de los que es acusado por el ministerio fiscal y la acusación particular. No obstante, la existencia de dicha prueba, unido a las propias declaraciones del menor que en un primer momento, tanto ante la policía, como posteriormente ante el fiscal afirmó haber ayudado a hacer desaparecer el cuerpo de la joven, sirven de base al juzgador para condenar por delito de encubrimiento.

Resulta especialmente interesante el análisis de los criterios utilizados por el Juez de menores para decidir la medida aplicable así como para concretar su extensión. El menor es condenado a una medida de internamiento en régimen cerrado, la más grave prevista en la LORRPM, al considerar el juzgador la concurrencia de la agravante de actuar en grupo recogida en el art. 9.2 LORRPM, precepto en el que se concretan los supuestos en los que se da la posibilidad al juez de menores de aplicar la medida de internamiento cerrado. Se toma dicha decisión al considerar que, pese a ser el delito de encubrimiento un delito menos grave, la actuación en grupo implica, al parecer del magistrado una mayor lesividad que vendría a justificar tan dura sanción.

Por otra parte se decide aplicar tal medida en la máxima extensión permitida por la ley atendiendo a la actitud del menor al no revelar el lugar donde enterraron el cuerpo de la víctima. Si bien se plantea en la sentencia que dicha actitud no puede dar lugar a la existencia de un delito contra la integridad moral (art. 173 CP), como habían solicitado las acusaciones, por el sufrimiento que el desconocimiento del paradero del cuerpo de la víctima ha provocado en sus familiares, al estar el menor en el ejercicio de su derecho a no declarar y no confesarse culpable. Tal contumacia negativa sí se tiene en cuenta para aplicar la medida en la máxima extensión que la ley establece.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN.

Se ha destacado en los últimos tiempos la importante presión que se ejerce desde los medios de comunicación provocando una gran alarma social ante hechos delictivos puntuales. Se genera de esta manera una falsa sensación de impunidad, elevando el debate en la sociedad que, como reacción, reclama un endurecimiento en la respuesta. En algunos supuestos ello ha dado lugar incluso a la reforma de la legislación, como la introducción de la acusación particular, vetada inicialmente en el procedimiento de menores y que se incorpora en el año 2003 a raíz de un desdichado caso mediático (BERNUZ BENEITEZ, M^a.J./FERNÁNDEZ MOLINA, E.: "La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo. Indicadores de un nuevo modelo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2008), 10-13, p. 5).

Si el legislador se deja influir por dicha corriente imparable que llega a cierta obscenidad en el tratamiento informativo de algunos temas, tampoco es sencillo el papel que han de desempeñar los jueces, cuyas resoluciones se ven constantemente cuestionadas por una sociedad espoleada por el ansia punitiva de la que hacen gala algunos medios.

Aunque todo el derecho penal se ve expuesto a dicho espectáculo mediático, el derecho penal de menores lo ha sido de una manera particularmente intensa. Desde la aprobación de la ley actualmente vigente en España el 12 de enero del año 2000 (LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en adelante LORRPM) y especialmente tras su entrada en vigor un año más tarde, se han ido sucediendo las informaciones sensacionalistas respecto a delitos en los que aparecían como responsables sujetos menores de edad.

Uno de los sucesos que recientemente ha atraído la atención de los medios es el de la joven sevillana cuyo cuerpo no ha podido ser localizado pese a la intensa búsqueda que del mismo se ha realizado, merced a las contradictorias declaraciones que al respecto llevaron a cabo los sujetos implicados en su desaparición. En el episodio se vio implicado un menor que fue juzgado, tal y como establece el art. 16 de la LORRPM separadamente de los adultos implicados en el hecho. Es el fundamento educativo de la norma el que justifica tal separación.

Hay que tener en cuenta que la conocida como ley penal del menor supuso la consolidación de un proceso de cambio iniciado con la reforma de la vieja ley de tribunales tutelares de menores de 1948, llevada a cabo mediante la LO 4/92 de 5 de julio, por la que se incorporan, entre otras novedades, las garantías constitucionales, desconocidas hasta ese momento en la justicia de menores española. Uno de los principios clave que inspira la actual regulación es la importancia de la educación

que se erige en clave para superar los motivos que llevaron al menor a tener un conflicto con la ley.

El objetivo del presente comentario es el análisis de la sentencia por la que se juzgó al menor implicado en los hechos, quien finalmente no fue condenado por delito de asesinato tal como solicitaba la acusación, ejercida por el ministerio fiscal y por la acusación particular; al no existir, a juicio del magistrado, prueba de cargo suficiente respecto a la participación del menor en tal delito. Sin embargo, el menor fue condenado por la comisión de un delito de encubrimiento, al considerar el juzgador que sí había elementos probatorios suficientes para acreditar la participación del menor en dicho delito, delito por el que fue castigado con la máxima sanción que permitía en este caso la LORRPM: medida de internamiento en régimen cerrado por una duración de tres años divididos en 2 años y 11 meses de internamiento efectivo y un mes de libertad vigilada.

La lectura de la sentencia nos desvela unos cuantos temas de especial interés. En primer lugar, quisiera incidir de manera particular en la influencia que pudo haber tenido en la resolución judicial el escarnio mediático que supuso el hecho juzgado en la sentencia. Se va a intentar precisar de qué manera dicho eco pudo haber influido en la actuación de los diferentes actores procesales, pero de manera particular en las decisiones del ministerio fiscal y en la resolución del juez de menores que dictó la sentencia.

Precisamente con relación a la actuación del ministerio fiscal sobresale su petición de condena por delito de asesinato y agresión sexual, basándose para ello en una de las diferentes declaraciones prestadas por el adulto imputado ante el juzgado de instrucción. Dicha postura nos va a dar pie para abordar la segunda de las cuestiones en las que centremos el comentario, la trascendencia de las declaraciones del coimputado, recogiendo la sentencia consideraciones importantes sobre la jurisprudencia dictada al respecto, tanto por el TC como por el TS.

Por último, como se señaló, el menor fue condenado por la comisión de un delito de encubrimiento con la más grave sanción que, dentro del marco legal, se le podía imponer. Ello fue posible por la consideración de la agravación de actuación en grupo, que de manera un tanto cuestionable permite que cualquier delito (en ningún caso falta) cometido en grupo por un menor pueda ser castigado con la medida de internamiento en régimen cerrado.

II. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y EL DERECHO PENAL.

La especial truculencia con la que los medios -unos más que otros-, se suelen cebar en la cobertura mediática de ciertos delitos protagonizados por menores de edad puede llevar al desconocimiento de las garantías que tanto costó alcanzar en el

procedimiento de menores. El punto de inflexión viene marcado por la declaración de inconstitucionalidad de la ley de tribunales tutelares de menores de 1948 por la STC 14 febrero 1991 en la que se declaró contrario a la CE el art. 15 de la Ley por el que se privaba cualquier tipo de garantía procesal a los menores responsables de un delito y sometidos a los tribunales regulados en la ley. Ello dio pie a una serie de modificaciones claramente influidas por las corrientes reformistas patrocinadas desde diferentes organismos internacionales que culminó con la aprobación de la LO 1/96 de protección jurídica del menor y la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Dichas leyes representan la asunción por el ordenamiento jurídico español de un elenco de garantías que venían siendo exigidas por parte de organismos internacionales especialmente sensibilizados con la posición jurídica de los menores y, de manera particular, por los menores responsables o involucrados en un hecho delictivo. Así, en la propia convención de los derechos del niño aprobada el 20 de noviembre de 1989, en la que, además de recoger en sus arts. 8 y 16 referencias genéricas a la intimidad y protección de la vida privada de los menores, contiene también una mención expresa a los menores involucrados en un proceso penal pues su art. 40.2.b).vii) indica que: "... los Estados partes garantizarán, en particular: b) que todo niño del que se alegue ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento".

El necesario respeto a la privacidad del menor se reproduce en tantos otros textos internacionales y nacionales desde los que se pretende articular un ámbito de tutela de la dignidad y derechos del sujeto menor de edad, con independencia de cuál sea su situación jurídica [un completo repaso de la normativa nacional e internacional sobre la cuestión en: JIMÉNEZ MARTÍ, J.: "La protección del menor infractor ante los medios de comunicación", *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia* (diciembre 2012), n°1]

Sin embargo la exagerada preocupación mediática impulsó la reforma de la ley aprobada en el año 2000 en diferentes ocasiones, al calor del clamor popular en pos del "necesario castigo" de los rebeldes menores. Sin embargo, despojado del componente emocional, el frío análisis de los datos no evidenciaba la necesidad de un reforzamiento de los mecanismos de control penal frente a la delincuencia protagonizada por menores. El incremento de la respuesta punitiva no casa bien con el espíritu de la ley, fundado en la imperiosa necesidad de educar a los menores y además se presenta como inútil, estudios estadísticos realizados en Alemania y España evidencian la inoperancia de la medida de internamiento como mecanismo de evitación de la reincidencia, más bien todo lo contrario, se ha demostrado que suelen reincidir con mayor facilidad los sometidos a la misma que a medidas

reeducadoras y socioeducativas (GARCÍA-PÉREZ, O.: "La reforma de 2006 del sistema español de justicia penal de menores", *Política criminal* (2008), nº 5, pp. 9 a 11).

A pesar de todas las críticas doctrinales, el legislador, movido por la supuesta alarma social ante "graves hechos" protagonizados por menores, reforma la ley en reiteradas ocasiones, siempre con la finalidad de agravar la respuesta. Así nos encontramos con dos primeras reformas en diciembre de 2000 -antes incluso de que la ley entrara en vigor-, para endurecer la respuesta ante la delincuencia más grave: se introduce la disposición adicional cuarta en la que se agravan las consecuencias para los menores responsables de los delitos más graves, se suspende la aplicación de la ley a los jóvenes de entre 18 y 21 años y se atribuye la competencia en segunda instancia a un órgano judicial no especializado, las audiencias provinciales, en lugar de las llamadas salas de menores, que nunca llegaron a constituirse.

La secuencia de reformas continuó en el año 2003, cuando se vuelve a modificar el texto para eliminar una de las manifestaciones singulares del principio del superior interés del menor recogido en la ley: la prohibición en estos procedimientos de la acusación particular. La idea educativa que preside la ley casa mal con los postulados vindicativos que van a guiar las peticiones de la acusación particular. El mentado principio no supone que se vaya a dar al hecho delictivo cometido por el menor la respuesta que él desee, no es eso lo que significa el principio, muy al contrario, se tomará aquella decisión que a juicio de los expertos más contribuya a su reinserción, resocialización y reeducación.

Por último, el texto se vuelve a reformar en diciembre de 2006, con un endurecimiento general de la respuesta punitiva basada, según rezaba en la exposición de motivos de la misma, en la supuesta alarma social ante hechos protagonizados por menores. Además del incremento general en la duración de las medidas, destaca la definitiva supresión de la posibilidad de aplicar la ley a los jóvenes, la posibilidad de ingresar en prisión para cumplir allí la medida de internamiento cerrado desde los 18 años y la introducción de una cuestionable agravante por actuar en grupo.

Así pues, como se puede constatar tras este rápido repaso de las modificaciones de la ley en sus escasos 13 años de vigencia, la presión mediática se manifiesta de una manera tan potente propiciando una reducción de las garantías y una búsqueda de la sanción ejemplar para los responsables de los casos más difundidos.

Es el escenario que nos encontramos cuando analizamos el procedimiento por el que se juzgó al menor implicado en la muerte y desaparición de la joven sevillana. La fuerte presión popular que suscitó el suceso influyó de manera decisiva en el papel que jugaron los distintos agentes del proceso. Incluso motivó declaraciones del Ministro de Justicia, nuevamente a golpe de presión popular para anunciar una

nueva reforma que permitiera juzgar de manera conjunta a menores y adultos en supuestos delictivos cometidos conjuntamente (El País, 26 de enero de 2012).

Es comprensible el tremendo dolor de los familiares de la víctima, pero ello no puede de ninguna manera pervertir los principios del Estado de Derecho. Y tampoco debe aligerar las garantías y principios de la legislación penal juvenil.

Una de las actuaciones más discutibles fue la llevada a cabo por el ministerio fiscal. Ciertamente, es un tanto ambiguo el papel que el mismo desempeña en el procedimiento de menores pues, por un lado, como concreta el art. 6 de la ley, corresponde a éste “la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes”, correspondiéndole asimismo la dirección de la instrucción y, en su caso el ejercicio de la acusación, siempre dentro del más escrupuloso respeto al principio de legalidad, principio rector de su actuación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio fiscal, en el que expresamente se establece que éste “tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad”. Concretando el art. 3, ap. 13 del mentado texto al desarrollar sus funciones que, en el ámbito del procedimiento regulado en la LORRPM, el ministerio fiscal ha de “ejercer... las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor”.

En el supuesto concreto quizás se puede achacar una excesiva postulación del ministerio fiscal con la tesis más vindicativas, pues, pese a la carencia de pruebas incriminatorias, salvo las contradictorias declaraciones prestadas por el coimputado mayor de edad, se alinea con la acusación particular y no duda en solicitar para el menor la condena por los delitos de asesinato y agresión sexual.

III. EL VALOR DE LAS DECLARACIONES DEL COIMPUTADO.

Una de las cuestiones más debatidas en el supuesto comentado, es la escasez de pruebas. Al no localizarse el cuerpo de la víctima, la base probatoria descansa en las declaraciones de los propios imputados y en algunos vestigios biológicos, de ahí que cobre especial interés el valor incriminatorio que pueda tener como prueba de cargo la declaración de los coimputados. El tema es considerado de manera especial en la sentencia pues constituye la principal prueba incriminatoria en la que basan las acusaciones, pública y privada, su petición de condena.

Ello lleva al magistrado autor de la resolución a desarrollar en la sentencia la postura actual respecto al valor incriminatorio de las declaraciones de los coimputados, declaraciones que gozan de una presunción de parcialidad por lo que la jurisprudencia tanto del TS como del TC, así como la del TEDH, exige una serie de requisitos adicionales para que puedan tener dicho valor. En concreto se precisa que

dicha declaración pueda ser mínimamente corroborada mediante otras pruebas para poder dotarla de eficacia.

En el caso se da la particularidad que los sujetos son imputados en diferentes procedimientos al ser uno mayor de edad y otro menor; y en tratar la acusaciones de fundar su petición de condena en la declaración llevada a cabo por el adulto imputado ante el juez de instrucción. Dicha declaración -uno de las muchas que prestó el adulto imputado, dado que dio diversas versiones del hecho- se prestó sin la debida garantía de contradicción pues ni el menor, su abogado y representante pudieron estar presentes, por lo que no pudieron defender su postura. A la dudosa validez de la declaración de un coimputado se suma, en este caso, la vulneración de la garantía de la necesaria contradicción en el proceso.

Es por lo que el magistrado considera que dicha prueba, la declaración que hacía al menor responsable de haber asesinado a la joven, habiéndola previamente violado, no era admisible basándose en los siguientes argumentos.

Además de la vulneración de la necesaria contradicción, como ya se ha señalado y en lo que respecta al valor como prueba de cargo de la declaración del coimputado, con base en la jurisprudencia del TC recuerda que "carecen de consistencia plena como pruebas de cargo, cuando siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas". No exige la doctrina del TC que la corroboración sea plena, basta una mínima corroboración, mas se debe examinar caso por caso para concluir si la misma concurre; postura que se mantiene también por la jurisprudencia del TS.

Si bien como se subraya en la sentencia, la doctrina del constitucional no ofrece un concepto de corroboración, de la misma se pueden extraer pautas para delimitarlo, en concreto el TC "ha señalado tres reglas esenciales sobre el concepto de corroboración:

1. La primera de ellas es que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto de la declaración del co-imputado, sino en relación a la participación del co-imputado inculcado en los hechos objeto de acusación [SSTC 207/2002 (RTC 2002, 207), 147/2004 (RTC 2004, 147) y 10/2007 (RTC 2007, 10)].

2. La segunda regla viene a definir el alcance de la corroboración en el sentido de que ésta no constituye una prueba autónoma o en sí misma considerada pues, en otro caso, bastaría sin necesidad de la declaración del co-imputado [STC 198/2006 (RTC 2006, 198)] y en el mismo sentido no es necesario que sea plena sino que basta con que sea mínima [STC 340/2005 (RTC 2005, 340)].

3. Por último, el elemento de corroboración debe ser externo a la propia declaración que se trata de avalar o de validar como prueba de cargo [STC 134/2009 (RTC 2009, 134)]" (F) 3º de la sentencia comentada).

El juzgador aplica tal doctrina a la declaración del coimputado adulto realizada en marzo de 2009, entendiendo que no reúne los requisitos exigidos para destruir la presunción de inocencia. Existen cuatro elementos que inciden de manera negativa sobre la credibilidad subjetiva de la declaración:

- 1.- Ausencia de mínima persistencia.
- 2.- Existencia de móviles espúreos o de venganza.
- 3.- Falta de credibilidad sobre secuencia horaria.

4.- Absoluto dominio del coimputado mayor sobre los hechos. Restos biológicos del coimputado mayor y la víctima.

Es significativo y se pone de manifiesto en la sentencia, como la fiscalía y la acusación particular cuestionan ante la jurisdicción de adultos la declaración que, sin embargo, luego ante la jurisdicción de menores consideran irrefutable.

IV. ACTUACIÓN EN GRUPO Y MENORES.

La tercera cuestión que me parece de especial interés abordar es la relativa a la aplicación de la agravante específica del derecho penal de menores recogida en el art. 9.2 LORRPM que permite la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado cuando: c) los hechos cometidos por el menor estén tipificados como delito -en ningún caso ante la comisión de una falta- "se cometan en grupo o el menor pertenciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades".

La misma fue incorporada en la reforma de diciembre de 2006 acorde con la tendencia represiva de la ley, justificada por el legislador ante el pretendido aumento de los delitos cometidos por los menores, afirmación que, sin embargo, no confirmaban las estadísticas que el mismo gobierno promotor de la reforma había publicado (COLÁS TURÉGANO, A.: *Derecho penal de menores*. Valencia (2011): Tirant lo blanch, p.48).

Su introducción fue especialmente polémica y discutida por los expertos en delincuencia juvenil, al desconocer uno de los rasgos más característicos del comportamiento del adolescente, al ser propio en esa etapa de la vida que el sujeto actúe en grupo. Es un elemento más de su socialización, el menor se integra en la sociedad a través de su grupo de pares, de su pandilla, también el joven que comete

actos desviados, algo que como también desvelan las investigaciones criminológicas no es nada raro a estas edades. Por ello criminalizar a los menores por ser como son, por conducirse de una determinada forma puede ser una clara manifestación del denostado derecho penal de autor: Castigamos al menor por ser diferente, no por la gravedad de lo que ha realizado.

Además supone la introducción de una agravante específica para el menor, con efectos más gravosos que en el régimen general del CP. Por ello, desde la doctrina se intenta limitar la aplicación para procurar la educación del menor y alejarlo de ambientes perniciosos, mas en ningún caso con finalidad retributiva (así se expresa CERVELLÓ DONDERIS, V.: "El principio de no diferencia con los adultos en la actuación en grupo de los menores de edad", en AA.VV.: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (coord. por CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENQUER, E., CUERDA ARNAU, M. L.), Vol. I. Valencia (2009): Tirant lo Blanch, p. 352).

En el supuesto de hecho valorado en la sentencia, se considera probado que el menor ayudó a esconder el cuerpo de la víctima, basando dicha condena en las declaraciones del propio menor y de los otros imputados y en el hallazgo de rasgos biológicos con los perfiles genéticos del menor y de la víctima en el escenario de los hechos. Tales hechos son subsumibles en el delito de encubrimiento tipificado en el art 451 del CP en el que se establece que: "Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: 1º... 2º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito para impedir su descubrimiento".

Hay que tener en cuenta que en la jurisdicción de menores no se valoran los mismos criterios que recoge el CP para fijar la medida que corresponde por la comisión de un delito. Como es sabido, en el CP cada delito tiene fijada previamente la pena que corresponde por su comisión. Sin embargo, la LORRPM, al perseguir en todo momento la educación del menor, no establece una concreta correlación entre delito y medida, siendo determinada ésta en un momento posterior, valorándose como criterios los enumerados en el art. 7.1: se tiene en cuenta el hecho que se ha cometido pero, de manera muy especial las circunstancias personales, familiares y sociales, sobresaliendo entre todos estos criterios el principio del superior interés del menor.

Por tanto, no siempre que el CP castigue un hecho con una pena privativa de libertad será ésta la adecuada ante el hecho cometido por el menor, pues habrá que analizar todos los elementos mencionados. Siendo ello así, la ley contempla una serie

de excepciones fundamentadas en la gravedad del delito cometido, en concreto y en relación a la aplicación de la medida más grave contemplada en el derecho penal de menores: el internamiento en régimen cerrado, es de obligatoria imposición si el menor es responsable de un delito de: asesinato, homicidio, agresiones sexuales agravadas, todos aquellos delitos castigados con pena de prisión de 15 o más años o en supuestos de terrorismo. Por otro lado, el art. 9.2 enumera los supuestos que permiten –no es obligatorio– aplicar tan severo castigo. En concreto los supuestos son: delito grave, delito menos grave en que se haya utilizado violencia, intimidación o grave riesgo para la vida e integridad de la víctima y, por último, cuando el delito ha sido cometido en grupo.

El delito por el que fue condenado el menor es un delito menos grave al estar castigado con una pena de prisión inferior a 5 años [art.33.3.a) CP], por lo que en principio no podría ser castigado con la medida de internamiento en régimen cerrado, de no ser por la aplicación de la agravante de actuación en grupo, argumento esgrimido por el magistrado autor de la sentencia.

Como ya se ha señalado, la doctrina se ha mostrado especialmente crítica con la misma, pues como ya se ha afirmado una de las notas características de la delincuencia juvenil es la de actuar en grupo, supone pues establecer una agravante basada en el criticable derecho penal de autor. La propia fiscalía general del Estado en la Circular 1/2007 “sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006”, mantiene un criterio restrictivo respecto a la aplicación del supuesto. Como expresamente se recuerda (p. 28), el art 9.2 da la posibilidad, pero no es obligatorio imponer la medida de internamiento en régimen cerrado, como sí lo es en los supuestos previstos en el art. 10, de extrema y máxima gravedad. De esta manera la doctrina de la FGE se hace eco del principio de desinstitucionalización recogido en el art. 37.b) de la convención de los derechos del niño, en el que se indica que las privaciones de libertad a niños deben ser utilizadas como medida de último recurso y durante el periodo más breve posible.

Como en la citada Circular se concreta, la regulación distingue dos supuestos, por un lado la actuación en grupo y, por otro, la pertenencia a una banda, organización o asociación incluso transitoria.

Respecto al primer supuesto que es en el que se fundamenta la sentencia para condenar al menor a la medida de internamiento en régimen cerrado, la propia fiscalía mantiene una interpretación restrictiva al excluir la aplicación de la regla en los casos en que “la actuación colectiva no revista especial lesividad y no sea más que una manifestación de las tendencias grupales tan frecuentes durante la adolescencia” (Circular 1/2007 “sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006”, p. 29).

Para la aplicación del supuesto agravado el juzgador se basa en la propia declaración del menor quien reconoce que actuó junto a tres personas mayores de edad. Paradójicamente, en el procedimiento paralelo a los adultos implicados, sólo se condenó al principal responsable por la comisión de un delito de asesinato, SAP Sevilla 13 enero 2012 (ARP 2012, 1213), sentencia que fue casada por el TS en la STS 29 enero 2013 (RJ 2013, 975), que añadió la condena al principal responsable por un delito contra la integridad moral. Respecto a la comisión por los otros encausados de un delito de encubrimiento, el TS anuló la sentencia de la AP en lo relativo a la posible implicación de uno de los adultos imputados por delito de encubrimiento. Tras la segunda sentencia absolutoria de la AP, el TS confirma la absolución en su sentencia de 25 marzo 2014 (RJ 2014, 2139).

Por tanto, dado que el juzgador sólo alcanzó el convencimiento respecto a la autoría del menor en un delito de encubrimiento, delito menos grave, evidentemente cometido sin violencia e intimidación puesto que la víctima había fallecido, la única posibilidad que cabía para aplicar la medida más grave era acudir a la agravante de actuación en grupo. Respecto a dicha posibilidad y de acuerdo con el criterio de la fiscalía asumido en la sentencia, no debería aplicarse el supuesto agravado de actuación en grupo si la actuación no reviste especial lesividad.

A la hora de argumentar la aplicación de la medida de internamiento cerrado -que debe ser excepcional y subsidiaria, puesto que si se puede aplicar una medida menos grave para hacer frente al reproche que el delito merece a ésta hay que acudir-, el juzgador hace referencia al informe del equipo técnico, fundamental a la hora de concretar las circunstancias personales, familiares y sociales, y, por supuesto el interés del menor; sin embargo, hay que tener en cuenta que por mucho que las necesidades personales, sociales, educativas apunten hacia el internamiento cerrado, este no se podrá imponer si los criterios legales no lo permiten -por muchas que sean las carencias de un menor si el hecho cometido no permite la imposición de un internamiento cerrado, este no se podrá imponer-. La ley recoge una serie de consecuencias penales y, como tales, las mismas han de ser respetuosas con el principio de proporcionalidad que impide castigar más gravemente a un menor por los mismos hechos que si fuera un adulto. Principio recogido en el art. 8 de la ley en el que expresamente se establece que "tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad... del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable de acuerdo con el Código Penal".

Las necesidades personales del menor, sus carencias habrán de resolverse acudiendo al régimen de protección jurídica pero en ningún caso habrán de redundar en la exasperación de la respuesta penal. El Derecho penal no es una

suerte de beneficencia social que viene a solventar aquellos problemas sociales que las instancias competentes no han querido o podido resolver.

El juzgador se apoya para decidir la medida en el informe del equipo técnico en el que se afirma:

“Se estima ajustado y proporcional imponer al menor acusado la medida de 3 años de internamiento en régimen cerrado debiendo cumplir 2 años y 11 meses en centro cerrado y el último mes en libertad vigilada. La medida impuesta se justifica a criterio de este juzgador por las siguientes razones:

I. Por lo que respecta a las circunstancias sociales, personales y familiares del menor constan en el expediente de reforma tres informes sobre el menor como son el informe de aproximación de fecha 16 de febrero de 2009, el informe definitivo (en principio) de fecha 24 de marzo de 2009 y finalmente el informe de actualización de fecha 19 de noviembre de 2009 cuyas fuentes son; por el lado; el resultado de la intervención educativa realizado sobre el menor en el centro de reforma durante el tiempo en que éste cumplió la medida cautelar de internamiento y; por otro lado; el resultado de la intervención educativa que se está llevando actualmente con el menor en el grupo de convivencia. De tales informes se concluye que el menor en la actualidad ha desarrollado un carácter reivindicativo y prepotente olvidando su imagen inicial de víctima debido a su inicial personalidad inmadura, infantil e influenciable, presenta un bajo nivel de tolerancia a la frustración, presenta escasa interiorización de normas y tendencia a implicarse en situaciones conflictivas con estilo de respuestas agresivas (inicialmente se relacionaba con grupos de iguales con tendencia a seleccionar iguales de alto riesgo así como existencia de alto riesgo de acomodación a conductas disociales) y sentimientos de ira fuerte contenida así como a nivel familiar se valoran vínculos afectivos sólidos y estables pero con existencia de falta de control e imposición de normas y límites claros manteniendo los referentes paternos fundamentalmente una actitud claramente sobreprotectora concluyendo los informes del representante del equipo técnico que la medida más adecuada en beneficio o interés del menor sería la de internamiento”.

Por tanto, pese a dicha recomendación del equipo técnico, lo que permite aplicar en este supuesto la medida de internamiento cerrado es la consideración de que el menor actuó en grupo. Sin embargo, cabe recordar que la propia fiscalía en su circular de 2007 se mostró especialmente restrictiva en su aplicación reservándola para casos de especial lesividad.

Así pues, desde dicha interpretación, solo se podrá aplicar tal agravante y, como consecuencia, la medida de internamiento cerrado, en casos de especial gravedad, tal es así que el propio legislador ha dejado fuera a las infracciones penales leves, pues como expresamente indica el art. 9.1, si los hechos cometidos por el menor

son constitutivos de falta sólo se podrá aplicar otras medidas, en ningún caso internamiento y mucho menos cerrado.

Por otro lado, también porque expresamente se contempla la posibilidad de aplicar la medida de internamiento en régimen cerrado en el caso de delitos graves y menos graves en cuya ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o integridad de las mismas.

Por lo que de la propia redacción legal, la agravante resulta operativa por sí sola, cuando se hayan cometido en grupo delitos menos graves sin violencia ni intimidación. El resto de supuestos que hemos revisado pueden también confluír con la actuación en grupo, en el caso de las faltas ya hemos visto que tal circunstancia será irrelevante a efectos de decidir qué medida se aplica, pues en ningún caso se podrá aplicar el internamiento cerrado y, en los otros dos supuestos: delitos graves y menos graves con violencia o intimidación, será un elemento más a valorar por el juez a la hora de decidir si aplica o no, no olvidemos que en este caso es potestativo y no obligatorio para el juez imponer internamiento en régimen cerrado.

Por tanto, en la aplicación de la agravante de actuar en grupo, de acuerdo con el criterio sugerido por la fiscalía, sólo se podrá plantear su aplicación cuando se haya cometido un delito menos grave que resulte especialmente lesivo y además no represente una manifestación típicamente adolescente de tendencia grupal. No parece una tarea sencilla el decidir a qué supuestos nos estamos refiriendo pues no se aportan criterios concretos en los que apoyar la decisión.

No obstante, la fiscalía, en un loable intento de concretar y dar certeza a los supuestos en los que es de aplicación la agravante, recurre al Código Penal y a la interpretación que de la misma se ha hecho en aquellos delitos en los que expresamente se recoge así en el art. 180 que la recoge como agravante específica en los delitos contra la libertad sexual, y en el art. 335 que tipifica una serie de conductas de caza y pesca ilegal, en ambos supuestos las conductas resultan agravadas de realizarse en grupo. De la interpretación conjunta de ambos supuestos en la circular se concluye que para la aplicación de la agravante el CP parte de la exigencia de, al menos, tres personas. (Circular 1/2007 "sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006", p. 30).

Por otro lado, el art. 22 2ª del CP define como agravante "ejecutar el hecho con auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente", se considera por la fiscalía que solo cabrá aplicar la agravante cuando se dé un plus de antijuridicidad o reprochabilidad por suponer la actuación en grupo un debilitamiento de la defensa del ofendido o facilite la impunidad. Sólo en dichos casos será de aplicación la agravante en el CP y en el

régimen de menores (Circular I/2007 “sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006”, pp. 30-31).

En el supuesto concreto el juzgador estimó que la agravante se podía aplicar pues el hecho, según la propia declaración del menor, se había cometido por más de tres personas, sin que representara un obstáculo a su aplicación la actuación conjunta de mayores y menores, recogiendo la doctrina sentada en la circular de fiscalía del año 2007, al entender que en este supuesto se da una “mayor reprochabilidad no sólo social sino jurídica de la conducta y que permite superar la interpretación restrictiva”.

La interpretación en orden a la aplicación del supuesto agravado es cuanto menos discutible por varios motivos, en primer lugar la certeza respecto al número de personas que intervinieron en la realización del delito se deduce de las declaraciones del propio menor quien reconoce parcialmente los hechos, siendo en este supuesto especial la dificultad de fijar tal extremo habida cuenta que los sujetos fueron juzgados en diferentes procedimientos habiendo sido absueltos los adultos respecto al delito que nos ocupa. Si bien la primera Sentencia absolutoria de la AP de Sevilla fue parcialmente anulada por el TS, en marzo de 2014 el Supremo confirma la segunda sentencia absolutoria dictada por la Audiencia de Sevilla, por lo que paradójicamente el único condenado por delito de encubrimiento es el menor implicado, al que se le condena a internamiento cerrado por “haber actuado en grupo”.

Por otro lado, además del dato cuantitativo, la agravante se aplica, en palabras del juzgador, por la “mayor reprochabilidad no sólo social sino jurídica de la conducta” lo que le permite superar la restrictiva interpretación plasmada en la circular de la FGE. La mayor reprochabilidad jurídica deriva, en los supuestos de actuación en grupo, de la especial indefensión de la víctima ante la superioridad numérica y por tanto mayor capacidad lesiva de los ofensores lo cual favorece la impunidad del hecho. Sin embargo, con relación al supuesto de hecho que nos ocupa, al haber fallecido ya la víctima mal puede hablarse en este caso de superioridad y en consecuencia de indefensión. Es cierto que la ayuda al autor del hecho para la ocultación del cadáver facilita la impunidad, dificultando la labor de la administración de Justicia, mas en ello consiste el delito de encubrimiento figura que castiga especialmente a quienes obstaculizan la labores de investigación del delito, se vulneraría por tanto el principio *non bis in idem* si tal finalidad obstaculizadora se tuviera en cuenta para la relevancia típica del delito de encubrimiento y para la aplicación de la agravante. Así pues, no parece que exista una mayor reprochabilidad jurídica que justifique la cualificación. Ello nos lleva a la conclusión de que el único elemento que puede criticablemente sustentar la misma es su reprochabilidad social ante la intensa censura mediática que el hecho despertó.

Censurable es también la decisión en cuanto a la duración de la medida, pues se optó por la más grave posible. Ya hemos apuntado que la medida aplicable al menor, por imperativo del principio de proporcionalidad recogido en el art. 8 de la LORRPM, no puede ser de mayor duración que la que se le hubiera impuesto de haber sido el sujeto mayor de edad en el momento de los hechos. Por tanto, el marco legal en que se puede mover el juzgador para decidir en concreto qué medida imponer viene fijado en el art. 451, concretamente pena de prisión de seis meses a tres años. Para fijar la duración exacta ha de estar a las circunstancias concurrentes y el máximo imponible no es tres años de prisión, sino la pena que de ser adulto se le hubiera impuesto en concreto.

Un repaso de la más reciente jurisprudencia en la aplicación del delito de encubrimiento pone de manifiesto que no es habitual imponer la pena en su máxima extensión aún en supuestos que desvelan una especial vileza y falta de humanidad, como el juzgado por la STSJ CV 5 julio 2007 (ARP 2007, 625), se impone una condena de 2 años, 5 meses y 12 días de prisión. O el caso juzgado en la SAP Huelva 27 febrero 2001 (JUR 2001, 160590), ayuda al autor a descuartizar a la víctima y a abandonar el cadáver; fue condenado a la pena de dos años de prisión, apuntando el juzgador a la especial falta de escrúpulos, pena que se aplica en más supuestos de encubrimiento de homicidio, así en las SSAP Madrid 1 marzo 2005 (ARP 2005, 683) y Alicante 3 junio 2009 (ARP 2009, 869).

Sin embargo, en el supuesto de hecho comentado se opta por la máxima extensión que la ley admite. Si atendemos a los razonamientos que se recogen en la sentencia, se afirma que los "criterios seguidos por este juzgador para la imposición de la pena máxima son; por un lado, los informes del representante del equipo técnico ya descritos y la orientación de medida propuesta por él mismo y; por otro lado; las circunstancias de que el menor se ha mostrado durante el acto de la audiencia, frío, ausente, con evidente falta de empatía e impasible ante el dolor de los padres de Mariana y de su durísima declaración en el acto de la audiencia, no ha mostrado ningún síntoma de arrepentimiento ni ha pedido perdón a los padres de Mariana e incluso continúa impidiendo conocer el destino del cuerpo de Mariana ya que este juzgador no tiene duda alguna de que conoce el lugar exacto de su paradero, o que se hizo con el cuerpo o, al menos, dispone de datos ciertos y fiables que llevarían con toda seguridad a conocer el lugar en el que el cuerpo se encuentra con los devastadores efectos psicológicos que ello ha conllevado y conlleva en los familiares más cercanos a Mariana que; en opinión de este juzgador; no le hacen merecedor de ningún tipo de atenuación o moderación de la medida sino, por el contrario, su imposición en la duración o extensión más grave que la Ley permite".

Como en la propia sentencia se había afirmado, dicha duración máxima se fundamenta no en una mayor antijuridicidad o culpabilidad en la actuación del menor;

criterios que son los únicos que debe manejar el juzgador a la hora de determinar la concreta duración de la medida, sino paradójicamente, en el incumplimiento de una obligación moral, al no desvelar el paradero del cuerpo de la víctima con lo que se mitigaría el sufrimiento de sus familiares. Dicho incumplimiento debe dar lugar a un reproche ético, mas no puede ser utilizado como argumento para agravar la respuesta sancionadora en una criticable confusión entre derecho y moral.

De manera muy gráfica lo expresa el juzgador, en una contradicción *in terminis* puesto que el ejercicio de un derecho, en este caso el derecho de toda persona a su propia defensa y a defender su inocencia, nunca puede ser el fundamento de una agravación que, sin embargo, en este caso sí se aplica.

“En el caso que nos ocupa el menor acusado ha optado en el ejercicio de su legítimo derecho de defensa por negar toda su participación en los hechos que se le imputan y, en concreto y en coherencia con sus derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, negando saber el destino o paradero del cuerpo de Mariana. Entiende este juzgador que el menor acusado con su actitud a no revelar el destino o paradero del cuerpo de Mariana está ejerciendo (se admite que de manera abusiva o desproporcionada) los derechos constitucionales que le amparan y que revelar el destino o paradero del cuerpo supondría obligar al menor acusado a realizar una declaración de contenido auto-incriminatorio. Es cierto que el menor acusado tiene una obligación moral, primero con los padres y hermanas de Mariana y segundo con la sociedad en su conjunto de revelar el destino o paradero del cuerpo de la misma, pero no es menos cierto que no existe en nuestro ordenamiento penal una concreta norma específica que contemple como consecuencia de la negativa del menor acusado a revelar el destino o paradero del cuerpo de Mariana la comisión de un delito aunque es obvio, como después se razonará en el siguiente fundamento de derecho de la presente resolución, que esta circunstancia va a ser tomada en consideración por este juzgador a la hora de fijar la duración de la medida que procede imponer al menor acusado como autor de un delito de encubrimiento”.

El propio TC ha dejado sentado este principio en su jurisprudencia “el imputado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar o confesarse culpable (SSTC 68/2001, de 17 de marzo (RTC 2001, 68) 233/2002, de 9 de diciembre (RTC 2002, 233, 312/2005, de 12 de diciembre, RTC 2005, 312) y que no pueden extraerse consecuencias negativas derivadas exclusivamente de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable (STC 76/2007, de 16 de abril, RTC 2007, 76).

Por tanto, es cuanto menos dudoso el que se optara, tanto por la aplicación de la medida más gravosa que contempla la LORRPM, como que ésta se aplicara en su máxima extensión. Retomando las consideraciones iniciales de este comentario, cabe dejar para la reflexión la siguiente cuestión: ¿hasta qué punto influyó en la decisión judicial el revuelo mediático que el mismo generó? Probablemente la respuesta hubiera sido distinta de no haber sido objeto de especial atención por los medios de comunicación. Así lo evidencia la lectura de la jurisprudencia sobre el delito de encubrimiento castigado, en hechos similares, con penas de duración sensiblemente inferior.

Para concluir, resulta necesario seguir reflexionando sobre la importancia del derecho a la información en las sociedades democráticas, pero también la forma cómo se trasmite la misma y las negativas consecuencias para el Estado de Derecho del populismo informativo.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R.: "El imputado que declara como testigo en otro procedimiento: ¿coimputado o testigo? (Comentario a las SSTC 111/2011, de 4 de julio, y 126/2011, de 18 de julio)", *La Ley Penal* (junio-Julio 2012), N° 94-95.

BERNUZ BENEITEZ, M^a. J./FERNÁNDEZ MOLINA, E.: "La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo. Indicadores de un nuevo modelo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2008), 10-13.

CALVO GONZÁLEZ, J.: "Verdades difíciles. Control judicial de hechos y juicio de verosimilitud", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* (2007), n° 15.

CARNEVALI, R./KÄLLMAN, E.: "La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Art. 456 bis N° 3 del Código Penal." *Política criminal* (2007), n° 4.

CERVELLÓ DONDERIS, V.: "El principio de no diferencia con los adultos en la actuación en grupo de los menores de edad", en AA.VV. *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (coord. por CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E., CUERDA ARNAU, M. L.), Vol. I. Valencia (2009): Tirant lo Blanch.

COLÁS TURÉGANO, A.: *Derecho penal de menores*. Valencia (2011): Tirant lo Blanch.

DE BLAS MESÓN, I.: "Populismo punitivo y tratamiento informativo en la justicia de menores". *Anales de la Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones de la Universidad de la Laguna* (2012), n° 28.

FERNÁNDEZ MOLINA, E./TARANCÓN GÓMEZ, P.: "Populismo punitivo y delincuencia juvenil: mito o realidad". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2010), 12-08.

FGE. Circular 1/2007. "Sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006".

GARCÍA-PÉREZ, O.: "La reforma de 2006 del sistema español de justicia penal de menores", *Política Criminal* (2008), N° 5.

JIMÉNEZ MARTÍ, J.: "La protección del menor infractor ante los medios de comunicación", *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia* (diciembre 2012), n°1.

MARTÍNEZ GALINDO, G.: "Valor probatorio de declaraciones de coimputados", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* (2004), N°7.

MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: "Menores y medios de comunicación", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* (Diciembre 2012), n° 1.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: "El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2005), 07-05.

VIGILANCIA DEL TRABAJADOR MEDIANTE DISPOSITIVO
GPS COLOCADO EN EL VEHÍCULO DE LA EMPRESA: LÍMITES Y
GARANTÍAS. COMENTARIO A LA STSJ MADRID NÚM. 260/2014,
DE 21 DE MARZO (AS 2014, 823)

*MONITORIZATION OF EMPLOYEES BY MEANS OF GPS DEVICE
PLACED IN COMPANY VEHICLE: LIMITS AND GUARANTEES. COMMENT
ON STSJ MADRID NO. 260/2014, OF MARCH 21 (AS 2014, 823)*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 748-757



Daniel
TOSCANI
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de septiembre de 2014
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: La sentencia objeto de este comentario condena al menor juzgado por la comisión de un delito de encubrimiento a una medida de internamiento en régimen cerrado al considerar la concurrencia de la agravante de actuación en grupo. No se considera probada su participación en los delitos de asesinato y agresión sexual de los que era acusado al no admitir como prueba la declaración del coimputado.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales, Derecho a la intimidad, Vigilancia de los trabajadores, Dispositivo de localización GPS

ABSTRACT: The Court ruling that we are analyzing decides the case of a worker whose company places, without him knowing and supposedly for safety reasons, a GOS device in the company car that the employee uses exclusively for professional reasons, only to be used by him and remaining under his custody at all times. The Court ruling analyzes the possibility that the company has of not only knowing at all times the location of the vehicle but also the exact place where the employee is situated. As well as the treatment of this information by the company.

WORDS: Fundamental Rights. Fundamental right of privacy, Monitorization of employees, GPS device.

SUMARIO: I. Introducción.- II. El juicio de ponderación.- III. Las expectativas de derecho del trabajador.- IV. El uso de medios tecnológicos de vigilancia.- V. El uso de dispositivos de localización de GPS.

SUPUESTO DE HECHO

Las funciones encomendadas al actor consistían en pasar por determinadas gasolineras a fin de promocionar la venta de productos financieros (tarjetas de crédito). Para el desempeño de esas funciones la empresa puso a disposición del actor el vehículo modelo Volkswagen Golf al que seguidamente se hará mención.

El 25/04/12 la empresa puso a disposición del actor un vehículo modelo Volkswagen Golf matrícula 0930HLB. Este vehículo llevaba instalado un Sistema de Gestión de Flotas de la compañía DETECTOR, S.A. Este sistema permite la localización y seguimiento continuo del vehículo mediante un dispositivo GPS.

Mediante carta de fecha 24/07/12 la empresa comunicó al actor lo siguiente:

“Con motivo del nuevo cambio de vehículo de Empresa y para mayor seguridad tanto del vehículo como del usuario, hemos implantado un GPS avalado por el Cuerpo Nacional de Policía. Como ya es de su conocimiento el vehículo que tiene en su poder es exclusivamente para uso laboral, por lo que su utilización para fines personales está prohibido, tal y como se expone en el documento de cesión del vehículo”.

El 25/06/12 la empresa comunicó al actor el siguiente “documento de uso de empresa”:

“Con la firma de este documento, el abajo firmante (en adelante cesionario), declara estar de acuerdo y asumir los siguientes puntos sobre la cesión del automóvil de empresa:

1.-El vehículo es un elemento que la empresa cede para el uso profesional del cesionario, y no constituye, en ningún caso, parte del salario.

2.-La responsabilidad del mal uso del vehículo es exclusivamente del cesionario.

• **Daniel Toscani Giménez**

Es Profesor Titular de Universidad del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Valencia. Asimismo, es autor de más de 25 monografías sobre todas las especialidades de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Prevención de Riesgos Laborales, así como más de 60 artículos en revistas especializadas de la materia. E-mail: Daniel.Toscani@uv.es.

3.-Las infracciones de tráfico, accidentes u otros percances que no cubra el seguro del vehículo serán responsabilidad personal y económica del cesionario.

4.-La cesión del vehículo durará como máximo, el tiempo de relación laboral del cesionario con Redes de Fuerzas de Ventas, pudiendo la empresa, reclamar la entrega inmediata del mismo, sin haber terminado la relación laboral. La devolución del vehículo se podrá reclamar sin previo aviso.

5.-Es responsabilidad del cesionario mantener el vehículo en perfecto mantenimiento, siguiendo las instrucciones del fabricante, y efectuando las revisiones periódicas en centros autorizados.

6.-El uso del vehículo es exclusivo del cesionario, no pudiendo hacer uso de él ningún otro conductor que no sea éste.

7.-El uso del vehículo de la empresa obliga al cesionario a mantenerlo en un estado de limpieza y decoro que no perjudique a la imagen de Redes de Fuerzas de Ventas”.

Por carta de fecha 07/09/12 la empresa comunicó al actor su despido disciplinario de conformidad con lo previsto en el art. 54.2 d) E.T., con efectos de ese día; esta carta obra en autos y su tenor se tiene aquí por reproducido.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

No obstante haberle facilitado el nuevo automóvil el 25 de abril anterior (hecho probado cuarto, en relación con el documento al folio 53), poniendo en su conocimiento el 25 de junio de ese año con notable pormenor las condiciones de su uso, no le comunicó, empero, la instalación de tan repetido dispositivo de localización hasta el 24 de julio de 2012 (hecho probado quinto) y, por cierto, como si acabase de hacerlo este día, lo que no era así, circunstancia que no puede por menos que llamar la atención, máxime cuando según este último escrito su finalidad no era otra que propiciar una mayor seguridad del coche y del usuario. Es más, tal como dice el documento aportado por la demandada obrante al folio 241, se trata de sistema de seguridad dirigido a la “localización de vehículos robados” que “localiza, hace seguimiento y recupera tu vehículo”. En otras palabras, nada más lejos de la finalidad para la que, a la postre, se destinó.

Como es natural, nadie cuestiona el poder de vigilancia y control del empresario sobre el cumplimiento de las obligaciones del trabajador a que se refiere el art. 20.3 E.T. Mas, obviamente, su ejercicio, de igual modo que, incluso, el de los derechos fundamentales no es absoluto, sino que tiene límites que no pueden traspasarse so pena de resultar abusivo e ilícito.

En resumen: la posibilidad de conocer en todo momento, mediante un sistema de geolocalización que permite un continuo y permanente seguimiento del vehículo durante su uso, no sólo el posicionamiento de éste por razones de seguridad, sino también el lugar exacto en donde se halla el trabajador y, a su vez, el posterior tratamiento de los datos obtenidos con una finalidad completamente distinta de la anunciada y, por ende, sin conocimiento del conductor, hacen que las conclusiones extraídas merced a este dispositivo tecnológico y su aportación como medio de prueba en sede judicial para demostrar un pretendido incumplimiento contractual constituyan un procedimiento que lesiona los derechos fundamentales de constante cita. Así lo consideró la propia Agencia Española de Protección de Datos en su Informe 193/2.008, atinente a la instalación de un sistema GPS en el automóvil facilitado a un trabajador; en el que tras reproducir el mandato del art. 20.3 E.T. dice con rotundidad:“(…) No obstante, la existencia de esta legitimación no excluye el cumplimiento del deber de informar, por parte del empresario previsto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica. En consecuencia, la actuación descrita en la consulta, genera el correspondiente fichero y en todo caso, será obligatoria su inscripción en el Registro General de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 26 de la Ley Orgánica”.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN.

El art. 4.2 e) E.T. afirma que los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad. Hay que diferenciar entre Derecho a la intimidad y el Derecho Fundamental a la Protección de Datos [ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El derecho de los trabajadores a la intimidad*. Pamplona (2006): Aranzadi; GOÑI SEIN, J. L.: *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Pamplona (2007): Aranzadi; y ROQUETA BUJ, R.: “El derecho a la intimidad y el control audiovisual del empresario”, en AA.VV. *La protección jurídica de la intimidad* (dir. BOIX REIG, J.). Madrid (2012): lustel, p. 406]. La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (SSTC 142/1993, 144/1999, 202/1999 y 241/2012). En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin (STC 196/2004, de 15 de noviembre).

Se ampara todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona y que puedan servir para la confección de su perfil (ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole) o para cualquier otra utilidad que, en determinadas circunstancias, constituya una amenaza para el individuo (STC 292/2000, de 30 de noviembre), como enfermedades que padezca.

La forma más habitual que puede verse afectada la intimidad de los trabajadores es a través de la facultad legítima de la empresa de controlar y vigilar el cumplimiento de las obligaciones laborales. De este modo se crea un conflicto entre los poderes de vigilancia y control del empresario y el derecho a la intimidad de los trabajadores que debe ser resuelto fijando los límites de esos poderes de control y vigilancia, para establecer cuando son legítimos y cuando no a través de un juicio de ponderación [STC 186/2000. Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", *Revista Relaciones Laborales* (1990), núm. 8, p. 9].

II. EL JUICIO DE PONDERACIÓN.

El conflicto se resuelve mediante la ponderación a través de un juicio de proporcionalidad en sus tres elementos: cuando está justificado, es proporcional y estrictamente necesario e imprescindible para satisfacer tal interés (SSTC 199/1999, de 8 de noviembre y 126/2003, de 30 de junio). Siempre que no haya otra forma de hacerlo (SSTC 99/1994, de 11 de abril, 6/1995, de 10 de enero, 204/1997, de 25 de noviembre, 55/1998, 98/2000, de 10 de abril, 186/2000, de 10 de julio y 125/2007, de 21 de mayo).

De esta forma se debe llevar a cabo un juicio de proporcionalidad que pondere todas estas circunstancias, para determinar si la limitación del Derecho Fundamental del trabajador está justificada [SSTC 14/2003, de 28 de enero, 270/1996, de 6 de diciembre, 37/1998, de 17 de febrero, 186/2000, de 10 de julio, 198/2003, de 10 de noviembre, 173/2004, de 18 de octubre. Véase, VALDÉS DAL-RÉ, F., "Poderes del empresario", cit., p. 100, GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.: "Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio", en AA.VV., *El modelo social en la Constitución Española de 1978* (dir. SEMPERE NAVARRO, A.), Madrid (2003): Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, p. 258; TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*. Valencia (2004): Tirant Lo Blanch; BALLESTER PASTOR, I.: "Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral", *TS* (2005), núm. 169, p. 32; y SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva*. Pamplona (2011): Aranzadi, p. 279].

Además, en ocasiones, la jurisprudencia añade un cuarto elemento, que el ejercicio del derecho se haga de acuerdo con el principio de buena fe y sin abuso de derecho (STC 6/1988). No obstante, este cuarto elemento ha sido duramente criticado por la doctrina, acertadamente, ya que de este modo, el principio de buena fe, que supone un principio general de interpretación, se convierte en un criterio determinante para la resolución de conflictos de derechos fundamentales [VALDÉS DAL-RE, F.: "Poderes del empresario", cit., p. 293, y BAYLOS GRAU, A.: *El Derecho del Trabajo: modelo para armar*. Madrid (1991): Trotta, p. 99]. Se acaba por resucitar, de épocas anteriores, el genérico deber de lealtad del trabajador; en la práctica (GOÑI SEIN, J. L.: Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación? Primera Ponencia de las XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizadas por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Pamplona, días 29 y 30, de 2014, p. 50), por mucho que formalmente la jurisprudencia insista que éste deber ya no está vigente (SSTC 120/1983, 186/1996, 213/2002).

III. LAS EXPECTATIVAS DE DERECHO DEL TRABAJADOR.

En la actualidad, sin embargo, parece que las sentencias más recientes de la jurisprudencia hayan añadido un quinto elemento que, en realidad, tendría preferencia sobre los demás elementos, para dirimir el conflicto de intereses, al menos en cuanto a la utilización de medios tecnológicos para controlar el cumplimiento de los deberes laborales, a saber, las expectativas de derechos derivadas de las reglas de uso de esos medios que la propia empresa haya establecido (SSTS 26 septiembre 2007 y 8 marzo 2011 y SSTC 241/2012 y 170/2013). De tal forma que dependerá de las reglas que la empresa haya previamente establecido y comunicado como veremos.

IV. EL USO DE MEDIOS TECNOLÓGICOS DE VIGILANCIA.

Este derecho fundamental a la intimidad es especialmente vulnerable frente a las nuevas tecnologías que la empresa puede utilizar para vigilar a los trabajadores. Por lo tanto cabe fijar unos criterios para su legítima utilización, evitando el abuso del poder y la vulneración de la intimidad:

Se podrán utilizar, siempre que sea indispensable para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y se sujete al principio de proporcionalidad e intervención mínima (SSTC 98/2000 y 186/2000, de 10 de abril y 10 de julio respectivamente). De tal forma que para garantizar que la medida sea proporcional y lo menos entrometida posible se exigen ciertos límites.

Así, en primer lugar, se diferencia entre lugares de trabajo y lugares de descanso, ocio o recreo, propios estos últimos de la esfera privada del trabajador. De este

modo, mientras se pueden emplear medios tecnológicos de control de la actividad laboral en los lugares de trabajo, no se podrá hacer en los lugares pertenecientes a la esfera personal del trabajador. Así, vestuarios, baños, cafeterías, habitaciones de recreo y otros análogos (SSTJ Madrid 12 marzo 1992, Andalucía 17 enero 1994, Galicia 21 abril 1995, Valladolid 18 septiembre 2006).

En segundo lugar, debe ser proporcional y lo menos entrometido posible (STC 98/2000, de 10 de abril). De este modo, por ejemplo, no se grabará audio cuando sean suficientes los medios meramente visuales para asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales. De este modo se prohíbe la grabación continuada, genérica e indiscriminada de todas las conversaciones realizadas en la empresa mediante micrófonos (STC 98/2000). Sólo cuando sea imprescindible se empleará también el audio y se grabarán las conversaciones (STC 231/1988 y STC 197/1991). De tal modo, que por regla general, no se podrán interceptar las comunicaciones, grabar conversaciones telefónicas, salvo que sea estrictamente necesario para asegurar el cumplimiento de la actividad laboral. Así, por ejemplo, trabajador de telemarketing, teleoperador, que trabaja a través del teléfono, siempre previo conocimiento del trabajador (STS 5 diciembre 2003).

En tercer lugar, la existencia de los medios tecnológicos deben ser conocidos por los trabajadores, tanto su existencia, como su ubicación. No se podrán colocar medios clandestinos para grabar a los trabajadores sin que éstos los sepan (GOÑI SEIN, J. L.: *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Pamplona (2007): Aranzadi). De tal modo que tanto la existencia de los medios, como su concreto emplazamiento deben ser comunicados a los representantes de los trabajadores, en su caso, como a los propios trabajadores (STSJ Madrid 20 diciembre 2006).

Si bien, en contra, podemos encontrar otras pronunciamientos que consideran que no es necesario notificar la existencia de estos medios tecnológicos si únicamente controlan los puestos de trabajo, ya que el trabajador debe cumplir las obligaciones concretas de su puesto de trabajo de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia, lo que lógicamente excluye la realización en horario laboral de actividades ajenas al puesto de trabajo (STSJ Cataluña 5 julio 2000).

Este conflicto ha sido resuelto por la jurisprudencia del TC, en el sentido de que no es necesario que el trabajador ni sus representantes conozcan el emplazamiento exacto de los medios tecnológicos, siempre que estos se limiten a grabar los puestos de trabajo, pero sí es necesario que los trabajadores y sus representantes conozcan la existencia de estos medios (STC 186/2000). Esta postura es respetuosa además con la legalidad ordinaria que como hemos visto, conforme al art. 64.5 E.T., se establece que la empresa debe recabar informe previo, aunque no vinculante, de la representación legal de los trabajadores, entre otras materias, antes de la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo.

Así como, cuando el empresario pretenda valerse de las grabaciones captadas por las cámaras de seguridad o de la información obtenida por los dispositivos de control, para fines de control laboral, debe previamente informar a los trabajadores de esa posibilidad, esto es, "en qué casos las grabaciones y la información pueden ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos". En particular, el empresario debe informar en forma expresa, clara e inequívoca que las grabaciones o la información pueden utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo. De lo contrario, las sanciones, entre las cuales puede encontrarse un posible despido, serán nulas (STC 29/2013, de 11 de febrero).

En cuarto lugar, su utilización debe ser generalizada e indiscriminada, para controlar todo un colectivo de trabajadores, no puede ser discriminatoria, para controlar a un trabajador en concreto (STSJ Valladolid 18 septiembre 2006), ni se puede provocar el incumplimiento para grabarlo. Así, el mal llamado test de honestidad, como por ejemplo, la empresa le pone un billete grande en la caja a la cajera, que no conste, para ver si la cajera se lo queda o no.

El empresario no puede publicar, ni difundir las imágenes captadas ni la información obtenida y por lo tanto no puede utilizarlas, salvo como medio de prueba si se considera que el trabajador ha incurrido en una infracción sancionable (STSJ Galicia 21 abril 1995), siempre que hubiera comunicado la existencia de dichos medios previamente al trabajador. De lo contrario, la prueba será ilícita (STC 29/2013, de 11 de febrero).

En este sentido, también se han permitido el registro de la huella dactilar como medio de control de acceso al trabajo, con el argumento de que no se hace en forma de fotografía, sino que se reconduce a una serie de datos numéricos, lo que la hace irreconocible a simple vista y por ende no supone una intromisión de la intimidad del trabajador [véase al respecto SELMA PENALVA, A.: "El control de acceso por medio de huella digital y sus repercusiones prácticas sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (2013), núm. 9].

V. EL USO DE DISPOSITIVOS DE LOCALIZACIÓN GPS.

Del mismo modo, el dispositivo de localización por GPS instalado en el vehículo de la empresa, también sería un medio de vigilancia válida que no vulneraría la intimidad del trabajador, pero siempre que tal circunstancia haya sido comunicada por la empresa al trabajador con anterioridad. De lo contrario, los datos que emplea la empresa para sancionar tienen un carácter personal y por lo tanto, el haberlos obtenido y utilizado sin el conocimiento del trabajador, vulnera la intimidad personal del trabajador, consagrada en el art. 18.1 CE, así como su derecho a la protección de datos personales, consagrado en el art. 18.4 de la misma norma fundamental y

en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal. Es así porque le permite a la empresa tener acceso a parcelas de la vida privada del trabajador fuera del horario de trabajo, lo que incide directamente sobre su derecho a la intimidad.

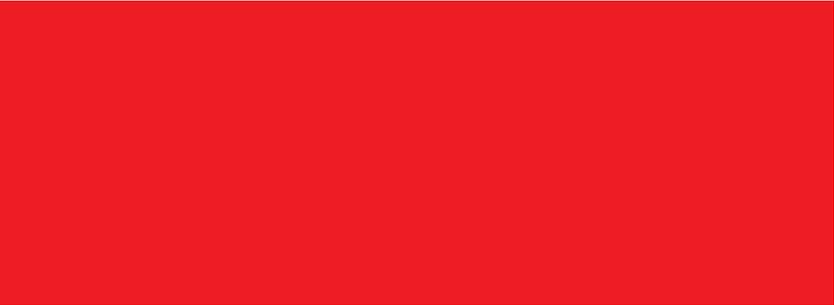
En resumen: la posibilidad de conocer en todo momento, mediante un sistema de geolocalización que permite un continuo y permanente seguimiento del vehículo durante su uso, no sólo el posicionamiento de éste por razones de seguridad, sino también el lugar exacto en donde se halla el trabajador y, a su vez, el posterior tratamiento de los datos obtenidos con una finalidad completamente distinta de la anunciada y, por ende, sin conocimiento del conductor; hacen que las conclusiones extraídas merced a este dispositivo tecnológico y su aportación como medio de prueba en sede judicial para demostrar un pretendido incumplimiento contractual constituyan un procedimiento que lesiona los derechos fundamentales, tanto a la intimidad, como a la protección de datos (STSJ Madrid 260/2014, 21 de marzo. En el mismo sentido, Agencia Española de Protección de Datos en su Informe 193/2.008, STEDH 2 septiembre 2010, STS 5 diciembre 2003 y STSJ País Vasco 10 mayo 2011).

Por último, cuando la empresa lo hubiera comunicado al trabajador, pero hubiera informado que la finalidad de la medida es otra, como por ejemplo, evitar el robo de los coches, tampoco puede entonces utilizar posteriormente la información para sancionar al propio trabajador:

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO LÍMITE AL
EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. COMENTARIO A LA STS
NÚM. 26/2013, DE 5 DE FEBRERO (RJ 2013, 928)

*THE HIGHER INTEREST OF THE MINOR AS A LIMIT TO THE
EXERCISE OF PARENTAL RIGHTS. COMMENT ON STS NO. 26/2013, OF
5 FEBRUARY (RJ 2013, 928)*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 758-767



Raquel
GUILLÉN
CATALÁN

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de septiembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: Invalidez del contrato de formación y contrato profesional de futbolista menor de edad, firmado con el consentimiento de los padres cuando tenía 13 años, con cláusula penal. Prevalencia del criterio del interés superior del menor sobre el principio pacta sunt servanda.

PALABRAS CLAVE: Contratación con menores de edad, interés superior del menor, libre desarrollo de la personalidad, representación de los padres.

ABSTRACT: Invalidity of contract formation and contract professional footballer with people under age, with signed parental consent, and with punitive clause. Prevalence of criteria "higher interest of the minor" on the principle pacta sunt servanda.

WORDS: Contract with people under age, higher interest of the minor, free development of personality, parental consent.

SUMARIO: I. Notas preliminares sobre el precontrato.- II. La representación legal de los padres.- III. La configuración del interés superior del menor.- IV. Conclusión.

SUPUESTO DE HECHO

El club de fútbol interpuso una demanda contra el futbolista (en su día menor) por cuantía de 3.489.000 euros en concepto de la cláusula penal pactada en el precontrato, al haberse incumplido los compromisos pactados en el mismo, atendiendo a que el futbolista se integró en la plantilla de otro club de fútbol.

La SJPI estimó parcialmente la demanda, condenando al demandado a abonar a la parte actora 30.000 euros en concepto de indemnización por extinción anticipada del precontrato y 500.000 euros en concepto de indemnización por aplicación de cláusula penal contenida en el precontrato.

La AP consideró que el contrato no era nulo, por cuanto la actuación de los padres del demandado se enmarcaba dentro del ámbito de la patria potestad y, en consecuencia, revocó parcialmente esta sentencia, condenando al pago de toda la suma solicitada en la demanda, es decir, la suma de 3.489.000 euros.

El futbolista interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, que no fue admitido a trámite, y recurso de casación. El TS estimó el mismo declarando la nulidad del precontrato y, en consecuencia, de la cláusula penal, pero se condena al recurrente al pago de 30.000 euros al Club de fútbol en concepto de indemnización por extinción anticipada del contrato de jugador no profesional, tal y como constaba en el clausulado del mismo.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En esta Sentencia el TS realiza una extraordinaria aportación respecto a la cuestión de la contratación de menores en el ámbito deportivo.

• Raquel Guillén Catalán

Es Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, Acreditada a Profesora Titular de Universidad. Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia en 2008 y Premio Extraordinario de Doctorado. Autora y coautora de múltiples publicaciones, destacando la publicación de tres monografías como autora única (SPAM y Comunicaciones Comerciales No Solicitadas, Aranzadi, 2005; Oferta Contractual y Nuevas tecnologías, Aranzadi, 2009 y La oferta contractual dirigida a consumidores, Colegio Nacional de Registradores, 2010) y una monografía realizada en coautoría con el Prof. Orduña Moreno dedicada a la Insolvencia: concepto, régimen jurídico y tratamiento jurisprudencial de la editorial Thomson-Reuters, 2010. Además, ha realizados contribuciones a congresos, tanto a nivel nacional como internacional, y ha participado en Programas de Movilidad para Profesorado y ha realizado estancias de investigación en Europa y América. Correo electrónico: raquel.guillen@uv.es.

La importancia de su planteamiento radica en que la Sentencia entiende que en este tipo de contrataciones de menores se debe prestar especial atención al principio del superior interés del menor y, por ello, "el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y que sirve al interés superior del menor; no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico que claramente puede materializarse a los 16 años (artículo 162.1º del Código Civil)".

En consecuencia, el TS declara la nulidad del contrato, aunque condena al jugador al pago de treinta mil euros al club de origen en concepto de indemnización por extinción anticipada del contrato de jugador no profesional.

COMENTARIO

I. NOTAS PRELIMINARES SOBRE EL PRECONTRATO.

La figura del precontrato no se encuentra específicamente regulada por el ordenamiento civil español, a excepción de la promesa de comprar y/o vender que se contempla en el art. 1451 CC y la promesa de constituir prenda o hipoteca del art. 1862 CC.

Esta ausencia de regulación ha motivado amplios debates en cuanto a su naturaleza jurídica, contenido, requisitos y efectos.

A modo de presentación, sin entrar a analizar detenidamente cada una de las teorías que han surgido en torno al precontrato, se van a exponer brevemente algunas ideas:

1º) El precontrato obliga como un contrato definitivo [ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho de Obligaciones. Derecho Civil*, t. II. Barcelona (1997): Bosch, pp. 440 y ss.].

2º) La doctrina mayoritaria defiende la existencia autónoma de esta figura frente al contrato definitivo, y que se subdivide en dos teorías:

a) El precontrato es un acuerdo en el que se establecen las directrices básicas que las partes deben desarrollar en el futuro, obligándose a colaborar para establecer el contrato definitivo cuyas bases han sido establecidas por aquél [ROCA SASTRE, R.: *Estudios de Derecho Privado, I, Obligaciones y contratos*. Madrid (1948): Edersa, p. 324].

b) El precontrato como un convenio por el que las partes crean a favor de una de ellas, o de ambas, la facultad de exigir la eficacia inmediata de un contrato

por ellas proyectado; existiendo, por tanto, dos etapas, una primera, la promesa de contrato, en la que se establece el contrato proyectado y las partes, o al menos una de ellas quedan facultadas para exigirlo y la segunda que surge con el ejercicio de la facultad de exigir el contrato proyectado por la parte o partes facultadas para ello [DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. I. Madrid (1996): Civitas].

La jurisprudencia, en STS 4 julio 1991 (RJ 1991, 5325), entiende que la esencia del llamado precontrato es la de constituir un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que por el momento no se quiere o no se puede celebrar:

En consecuencia, puede llegar a afirmarse que el precontrato consiste en “quedar obligado a obligarse”, según expresa la STS 24 julio 1998 (RJ 1998, 6393), es decir, las partes mediante un precontrato se comprometen a hacer efectiva la conclusión de un determinado contrato en el futuro y, por ello, tal contrato preliminar no se puede identificar con el posterior contrato que será definitivo, ni engendra otra obligación que la de prestar el consentimiento de las personas que se comprometieron [STS 2 febrero 1960 (RJ 1960, 456)].

Por tanto, en primer término, es imprescindible que las partes se obliguen a suscribir en el futuro un determinado contrato proyectado y, en segundo término, se plantea la cuestión de la obligatoriedad o no de determinar los requisitos esenciales del contrato definitivo que los interesados quieren.

En torno a esta segunda cuestión, se debe apuntar que se han suscitado diversas cuestiones que han supuesto la confrontación entre la teoría que considera la existencia del precontrato únicamente cuando en el mismo se recojan los elementos esenciales del contrato proyectado [SSTS 3 junio 1998 (RJ 1998, 3715) o 20 abril 2001 (RJ 2001, 5282)] y la teoría que realiza una interpretación amplia del concepto de precontrato, considerando su existencia aun cuando no figuren expresamente detallados los elementos específicos del contrato proyectado [STS 4 julio 1991 (RJ 1991, 5325), que a su vez se basa en los postulados de las SSTS 5 julio 1940 (RJ 1940, 684) y 9 julio 1940 (RJ 1940, 691)].

En definitiva, el precontrato es, en sí mismo, un contrato, cuyo objetivo es celebrar posteriormente un nuevo contrato.

II. LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS PADRES.

Los menores de edad, al no haber alcanzado la plena capacidad de obrar que se adquiere con la mayoría de edad o la emancipación, necesitan de la intervención de sus padres o tutores para que actúen en su nombre o administren sus bienes

[ATIENZA NAVARRO, M. L., en DE VERDA BEAMONTE, J. R. (coord.): *Derecho Civil I*. Valencia (2013): Tirant Lo Blanch, p. 106].

El poder de representación que ostentan los padres sobre los menores nace de la ley. Concretamente, el art. 162 CC establece que "los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados".

No obstante, el mismo precepto exceptúa los siguientes supuestos:

1º. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

2º. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3º. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres".

En consecuencia, la ley permite a los menores de edad no emancipados llevar a cabo determinadas actuaciones por sí solos, quedando excluida la representación legal que tienen los padres sobre ellos.

A los efectos de este comentario, se va a prestar especial atención a los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el menor, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

La Sentencia, en relación con este aspecto, entiende que la vinculación a una contratación laboral de una duración de 10 temporadas en el club sobrepasa, con creces, el derecho de decidir el menor por él mismo sobre su futuro profesional futbolístico, que se podría haber materializado con la mayoría de edad o a los 16 años, atendiendo a que el art. 1263 CC señala que no tienen capacidad contractual los menores no emancipados y los incapacitados. Teniendo, así mismo, presente que un contrato laboral de un menor de 16 años iría en contra del orden público atendiendo a que el art. 6 del Estatuto de Trabajadores prohíbe expresamente la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años.

Así mismo, no se debe olvidar que dicho derecho está intrínsecamente relacionado con el libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el art. 10 CE.

No sólo cabe mencionar ese aspecto, sino que hay que tener en cuenta que en el precontrato se hacía mención expresa a la cesión futura de los derechos de imagen del menor para cuando sea, en su caso, jugador profesional.

En este sentido, no cabe ninguna duda de que el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad que se regula en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de

Mayo, sobre protección civil del derecho al honor; a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La citada norma, en su art. 3, párrafo primero, establece, en la misma línea, que el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil y el párrafo segundo, a continuación, afirma que, en los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez.

Por tanto, en virtud de que la decisión sobre el futuro profesional futbolístico del menor se incardina dentro del ámbito del desarrollo de su libre personalidad, el menor contratante del supuesto de hecho analizado en este comentario debería haber podido claramente manifestar por él mismo su consentimiento cuando hubiera alcanzado los 16 años, cuestión que no pudo llevarse a cabo por la vinculación contractual con el club de origen que habían consentido sus padres.

En consecuencia, la Sentencia entiende que el poder de representación que ostentaban los padres, en virtud del art. 162 CC, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico y por ello entiende la nulidad del precontrato formalizado por los padres.

Así mismo, una vez analizados los actos relativos a la personalidad, se debe hacer referencia a los actos jurídicos que afectan a la esfera patrimonial del menor. En ese caso, la norma general es que los padres o el tutor del menor deben velar por la protección patrimonial de sus hijos actuando como representantes legales de los mismos.

Sin embargo, el art. 166, párrafo primero, CC establece que "los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal" y el párrafo segundo señala que "los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario".

Por tanto, en un primer momento puede afirmarse sin mucha dificultad que los padres, como representantes legales de sus hijos y administradores de sus bienes,

pueden, sin autorización judicial, realizar todos aquellos actos patrimoniales no mencionados en el citado precepto.

No obstante, si el objetivo de este artículo es la protección de los intereses patrimoniales de los menores, podría plantearse, tal y como muy acertadamente lo hace la Sentencia, si cabría la aplicación analógica del mismo al supuesto objeto de litigio, la formalización de un contrato con una cláusula penal de más de tres millones de euros.

Al ser una cuantía económica desproporcionada y que conllevaría, en caso de incumplimiento, la responsabilidad patrimonial del menor con carácter "perpetuo", siendo necesaria la enajenación o gravamen de sus bienes, creo que se debería haber exigido la autorización judicial.

Por ello, hay que mencionar las consecuencias jurídicas en el supuesto de que los representantes legales realizan los actos descritos sin la correspondiente autorización judicial.

En ese sentido, se debe señalar la numerosa y diversa jurisprudencia [vid. al respecto ATIENZA NAVARRO, M.L, en DE VERDA BEAMONTE, J.R. (coord.): *Derecho Civil I*, Valencia (2013):Tirant Lo Blanch, p. 109]. Mientras iniciales sentencias del TS entendían que el contrato realizado era nulo, posteriormente se fueron pronunciando a favor de la anulabilidad del contrato, dado que el mismo puede ser después confirmado por el menor, al alcanzar la mayoría de edad. Inclusive, la jurisprudencia más reciente afirma que se trata de un negocio jurídico que queda pendiente de la ratificación por el menor.

III. LA CONFIGURACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que se ha desarrollado frecuentemente en el Derecho de familia.

Por ello, la novedad de la sentencia comentada radica en que aplica por primera vez este principio al derecho patrimonial como medida de protección de los intereses de los menores en este ámbito.

Concretamente en el presente caso se ha articulado como criterio rector en orden a enjuiciar la posible validez de la contratación celebrada con menores, siendo, además, prevalente sobre el principio *pacta sunt servanda* en caso de conflicto.

La Sentencia considera que el interés superior del menor se debe situar en el centro de referencia y principio informador del conjunto de normas del ordenamiento jurídico [MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: "La necesaria observancia del interés

superior del menor en la contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2013), núm. 93, pp. 457-472].

Por ese motivo, para el TS, la procedencia del recurso de casación no se basaba simplemente en determinar el carácter abusivo o no de la cláusula penal y, en su caso, la posible moderación de la misma, sino en la incidencia de la aplicación del principio del interés superior del menor en la validez de la relación jurídica que conduce, necesariamente, al estudio de los límites de la autonomía privada reconocido en el art. 1255 CC, así como a la extensión de la representación de los hijos, explicada anteriormente.

En atención a todo lo anterior, el TS entiende que no puede verse vulnerado el derecho a decidir de los menores sobre su futuro profesional y, por tanto, ante la desmedida cláusula penal mencionada que impide, dado sus plenos efectos obligacionales, la libre elección que sólo puede ejercitar el menor por sí mismo, considera que en este ámbito no tiene validez la representación cuando impide el libre desarrollo de la personalidad [DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “La invalidez de los precontratos celebrados por los representantes legales de los menores para la práctica del deporte profesional: (a propósito de la STS de 5 de febrero de 2013)”, *Diario La Ley* (2013), núm. (8047)].

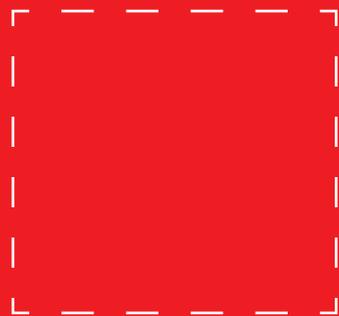
Por tanto, ello supondrá un radical cambio de proceder en la contratación de menores en el ámbito deportivo, especialmente, en el mundo del fútbol, ya que los clubs deberán respetar el interés del menor en la formalización de contratos y, por ende, adaptar el tipo de contrato a la edad del contratante, es decir, circunscribiendo, tal y como se ha mencionado, la perfección de precontratos o contratos de futbolista profesional a los mayores de 16 años, pudiendo formalizar únicamente contratos de formación para aquellos menores que no alcancen la citada edad.

En consecuencia, considero que la Sentencia está en conexión, no sólo con los instrumentos internacionales, como la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, o la Carta Europea de los Derechos del Niño, que dan un mayor protagonismo a la actuación de los menores, sino también con la actual tendencia doctrinal favorable a potenciar la autonomía del menor y a extender el poder de decisión del menor sobre aspectos de su propia personalidad.



BRASARGENT
RODIZIO

CRÓNICAS
LEGALES



LA LEY 5/2012, DE 15 DE OCTUBRE, DE UNIONES DE HECHO
FORMALIZADAS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA*

*THE VALENCIAN ACT OF 15 OCTOBER 2012 ON COMMON-LAW
UNIONS*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 770-789

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación MINECO DER2013-47577-R, "Impacto social de las crisis familiares".



José Ramón
DE VERDA y
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de septiembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: En el presente trabajo se examina la Ley Valenciana 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho, a la luz de los principios constitucionales de libre desarrollo de la personalidad y de igualdad, estudiando íntegramente sus preceptos, con especial incidencia en el régimen económico de los convivientes.

PALABRAS CLAVE: Familia, principio de igualdad y de no discriminación, libertad nupcial, unión de hecho, autonomía de la persona.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze the Valencian Act of 15 October 2012 on common-law unions, in view of the principles of autonomy of the person and non-discrimination, specially the partner economic relations.

WORDS: Family, principle of equality and non-discrimination, freedom to marry, common-law unions, autonomy of the person.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares.- 1. La inclusión de la unión de hecho en el genérico mandato de protección de la familia del art. 39.I CE.- 2. La distinta posición constitucional de las uniones de hecho y del matrimonio.- 3. Dudas acerca de la constitucionalidad de algunas leyes autonómicas sobre la materia.- A) El problema de la extralimitación competencial.- B) La necesidad de respetar el principio de libre desarrollo de la personalidad.- II. La Ley valenciana de uniones de hecho.- 1. Ámbito de aplicación de la Ley.- 2. La “unión de hecho formalizada”.- 3. El principio de libertad de regulación de la convivencia.- 4. El régimen económico de la unión de hecho.- A) Los gastos comunes.- B) El derecho de alimentos.- C) La disposición de la vivienda habitual.- D) La responsabilidad patrimonial.- E) El ajuar doméstico y el uso de la vivienda.- 5. Representación legal de la persona conviviente.- 6. Derechos sucesorios.- 7. Extinción de la unión de hecho.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

I. La inclusión de la unión de hecho en el genérico mandato de protección de la familia del art. 39.I CE.

El art. 39.I CE establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

El precepto habla de “familia”, y no de “familia legítima” (o “matrimonial”), por lo que la protección que el precepto otorga a la familia no debe identificarse, necesariamente, con la que tiene origen en el matrimonio, el cual se regula en un precepto específico (art. 32 CE), y en capítulo diverso.

Ésta es la posición mantenida por la jurisprudencia constitucional desde tiempos tempranos¹. Es, así, tajante la STC 116/1999, de 17 de junio de 1999², cuando afirma que “el concepto constitucional de familia (no) se reduce a la matrimonial”. Por lo tanto, dentro de la noción de familia contemplada en el art. 39.I CE hay que

1 V. en este sentido STC 222/1992, de 11 de diciembre de 1992 (Tol 82002), STC 47/1993, de 8 de febrero de 1993 (Tol 82070), STC 6/1993, de 18 de enero de 1993 (Tol 82029).

2 STC 116/1999, de 17 de junio de 1999 (Tol 13003).

• José Ramón de Verda y Beamonte

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

situar las uniones no matrimoniales que tienen su origen en una decisión libre de los convivientes (que realizan, así, una determinada opción vital en el ejercicio de la libertad nupcial negativa) y en las que concurren las notas de unidad, estabilidad y afectividad.

2. La distinta posición constitucional de las uniones de hecho y del matrimonio.

Ahora bien, la inclusión de la familia de hecho en el genérico mandato de protección que la norma dirige a los poderes públicos, no prejuzga la cuestión del “grado” de dicha protección.

Es, así, pertinente distinguir diversos grados de protección constitucional en el ámbito familiar:

a) La Constitución garantiza la protección integral de los hijos y de las madres, sin que quepa discriminar a aquéllos o a éstas, por razón de su filiación o su estado civil, respectivamente.

b) La Constitución no garantiza, en cambio, una protección uniforme para todo tipo de uniones entre personas situadas en posición de paridad (es decir, cónyuges o convivientes de hecho)³.

Así pues, las personas que, en el ejercicio de su libertad, deciden no contraer matrimonio no pueden esperar beneficiarse automáticamente de todas las consecuencias jurídicas que la ley atribuye a las personas que ejercitan el derecho constitucional a contraer matrimonio, pues, en tal supuesto, existe una razón objetiva que justifica el trato desigual.

Como afirma reiterada jurisprudencia constitucional, de la que se hace eco la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril⁴, “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional

3 La STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990 (Tol 81857), afirma que “lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14 sea acreedora al mismo tratamiento [...] que el dispensado por el legislador a quienes ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza”. La STC 66/1994, de 28 de febrero de 1994 (Tol 82474), afirma que “no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 C.E., ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras uniones convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorecen el derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 C.E.), siempre, claro está, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir ‘more uxorio’”. Más recientemente, la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), afirma que “constatado que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones jurídicamente equivalentes, el legislador, dentro de su libertad de decisión, puede deducir razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida”.

4 STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93).

(art. 32.2)”; por el contrario, la unión de hecho, “ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”.

Este argumento sirve al TC para considerar que la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables”, no incurre en una extralimitación competencial, vulnerando el art. 149.1., regla 8ª, CE, que, “en todo caso”, atribuye al Estado competencia exclusiva para regular “las relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio”.

Observa que, “Así como la competencia estatal en relación con el art. 32.2 CE se refiere en todo caso al matrimonio, la Ley Foral 6/2000 disciplina una realidad social diferente, ceñida a las parejas de hecho que reúnan determinados requisitos. Y aun cuando pueda encontrarse cierta conexión o paralelismo entre ambas realidades, su regulación difiere, entre otros aspectos sustanciales, en el relativo a los requisitos y formalidades que, para la celebración del matrimonio exige la formalización solemne de la prestación del consentimiento al efecto ante funcionario o autoridad, o, en su caso, en la forma prevista por la correspondiente confesión religiosa”. Y añade: “Estas evidentes diferencias, que se ponen de relieve desde la esencia misma de una y otra realidades jurídicas, impiden su equiparación conceptual, por lo que no se produce invasión alguna de la competencia exclusiva estatal sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio por el hecho de que la Comunidad Foral de Navarra haya decidido regular las parejas estables y atribuir determinadas consecuencias jurídicas a las uniones de hecho. Se trata, en definitiva, de situaciones que reciben un tratamiento específico y diferenciado, también a efectos competenciales que son los que, en este momento, interesan”.

Por lo tanto, la parificación de trato jurídico que, en algunos aspectos, establecen ciertas normas, es una pura opción del legislador; que, si bien puede encontrar cobertura en el art 10.1 CE (principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad), no es una exigencia constitucional desde el punto de vista del respeto al derecho fundamental a la no discriminación, por lo que no nos parece pertinente justificarla en el art. 14 CE.

A este respecto, hay que recordar la consolidada doctrina jurisprudencial, según la cual el antiguo art. 174 LGSS, que, a diferencia de lo acontece en la actualidad, reconocía el derecho a percibir pensión de viudedad, exclusivamente, al cónyuge (no al conviviente) supérstite, no era contrario al principio constitucional de igualdad.

Así lo constatan las recientes SSTC (Pleno) 92/2014, de 10 de junio⁵, y 93/2014, de 12 de junio⁶, que, respectivamente, desestimaron una cuestión de

5 STC (Pleno) 92/2014, de 10 de junio (RTC 2014, 92).

6 STC (Pleno) 93/2014, de 12 de junio (RTC 2014, 93).

inconstitucionalidad y un recurso de amparo, en los que se argumentaba que la denegación de la pensión de viudedad a la persona supérstite de una pareja homosexual vulneraba el art. 14 CE, toda vez que, al no existir en aquel momento posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, las parejas estables homosexuales nunca tenían derecho a percibir pensión de viudedad.

El TC reitera que “la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 CE, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales”, insistiendo en “el amplio margen de apreciación y configuración del legislador en cuanto al régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y las situaciones que han de considerarse merecedoras de protección”; y concluye: “Ha de ser, por tanto, el legislador – en modo alguno este Tribunal actuando de legislador positivo retrospectivo y comprometiendo desembolsos económicos del erario público- el que, en su caso, decida, al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance”.

3. Dudas acerca de la constitucionalidad de algunas leyes autonómicas sobre la materia.

En cualquier caso, en el Derecho civil común no existe una regulación sistemática de las uniones de hecho, sino, exclusivamente, algunas normas que, básicamente, las equiparan a los matrimonios en algunos aspectos concretos, como, por ejemplo, el art. 16.2 LAU 1994, en materia de subrogación en el arrendamiento urbano por muerte del conviviente del inquilino. Sí existe, en cambio, un conjunto de normas civiles autonómicas que establecen una regulación detallada, pero diferente, de las uniones de hecho, lo que se traduce en una indeseable dispersión normativa⁷ y en una inseguridad jurídica, máxime, cuando alguna de ellas, en clara contradicción con el

7 A saber, la Ley catalana, de 15 de julio de 1998, de “uniones estables de pareja”, sustituida por el art. 234-I a 14 del Código civil de Cataluña, la Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de “parejas estables no casadas”, sustituida por los arts. 303-315 del Código de Derecho Foral de Aragón; la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables” [de las que han sido declarados inconstitucionales, por la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), todos los preceptos de carácter estrictamente civil, que imponían a los convivientes una serie de obligaciones, por el mero hecho de la convivencia, prescindiendo de su voluntad de asumirlas], la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de “parejas estables”, la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001 sobre “uniones de hecho” [cuyos arts. 4 y 5 han sido declarados inconstitucionales por la STC (Pleno) 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013, 81)]; la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de “parejas estables”, la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de “parejas de hecho”, la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de “parejas de hecho, la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de “parejas de hecho, la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, “reguladora de las uniones de hecho” o la Ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, “reguladora de las parejas de hecho”. La Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, ha introducido modificaciones en el estatuto jurídico de las parejas de hecho, quienes en la redacción anterior se equiparaban *ope legis* al matrimonio, exigiéndose ahora, en cambio, una declaración expresa respecto a este extremo en el momento de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia. La norma autonómica sobre la materia más reciente es, precisamente, la Ley valenciana, de 15 de octubre de 2012, de “uniones de hecho formalizadas”, cuyo art. 14 ha sido suspendido por el ATC (Pleno) 280/2013, de 3 de diciembre (RTC 2013, 280, AUTO)].

art. 149.1, regla 8ª, determinan las reglas de solución de los conflictos interregionales cuando los convivientes tienen vecindades civiles diversas⁸.

Algunas de estas legislaciones autonómicas plantean dudas acerca de su inconstitucionalidad; y ello, en un doble sentido: por un lado, desde el punto de vista de la competencia de las Comunidades Autónomas (o de alguna de ellas) para regular aspectos estrictamente civiles de las uniones de hecho, que, en principio, según el art. 148.1, regla 8ª, CE son de competencia exclusiva del Estado (“sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”); por otro lado, desde la perspectiva del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 CE, desde el momento en que, algunas de las legislaciones, imponen imperativamente a los convivientes, en ciertas condiciones, una especie de estatuto jurídico semejante al matrimonio, prescindiendo de la voluntad de los mismos de someterse a las normas que lo integran.

A) El problema de la extralimitación competencial.

Desde el primer punto de vista, hay que observar que la STC (Pleno) 81/2013, de 11 de abril⁹, ha declarado inconstitucionales los arts. 4 y 5 de la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001 sobre “uniones de hecho”, que regulaban los requisitos de validez y contenido de los pactos encaminados a regular las relaciones patrimoniales entre los convivientes, durante la vigencia de la unión de hecho y a su cese (así como el procedimiento de inscripción registral de dichos pactos).

Dice, así, en un razonamiento que puede aplicarse a varias leyes autonómicas, cuya competencia en materia de Derecho civil es dudosa¹⁰, que en los preceptos se “contempla un régimen normativo generador de obligaciones económicas derivadas de dicha situación de hecho que pertenece al ámbito de las relaciones jurídico-privadas de los miembros” de la misma; y, “atendiendo a la finalidad que persigue- dicho efecto se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales

8 Es lo que sucedía con el art. 2.3 de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables”, declarado inconstitucional por la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), pues, al establecer su aplicación al supuesto en que uno de los dos miembros de la pareja estable tenga vecindad civil navarra, determina el ámbito personal de aplicación de una norma integrada en el ordenamiento navarro y dispone unilateralmente, por tanto, la eventual aplicación de la normativa de la Comunidad Foral al miembro de la pareja que no tenga la vecindad civil antes citada. Al definirse el ámbito de aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función de la ley personal de uno de los miembros de la pareja estable se contiene así una norma de solución de conflicto con otras leyes (aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función del criterio de la vecindad civil foral de uno de los miembros de la pareja estable) que expresa la preferencia por el propio ordenamiento foral, cuando la competencia de dictar normas para resolver los conflictos de leyes se halla reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.8 CE”.

9 STC (Pleno) 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013, 81).

10 Me refiero básicamente a la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de “parejas estables”, la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de “parejas de hecho”, la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”, la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”, o a la Ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, “reguladora de las parejas de hecho”.

y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil". En definitiva, concluye que con dichos preceptos la Comunidad Autónoma "se sitúa extramuros de sus facultades legislativas y vulnera las competencias del Estado, tal como las mismas se establecen en el art. 149.1.8 CE, debiendo ser declarado, por ello, inconstitucional y nulo".

Subiste, en cambio, la duda sobre la constitucionalidad de la Disposición Adicional de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (modificada por el artículo único de la Ley 10/2007, de 28 de junio), que equipara uniones de hecho y matrimonio (mediando voluntad de los convivientes en favor de dicha equiparación), ya que la STC (Pleno) 75/2014, de 7 de mayo¹¹, no ha entrado sobre el fondo del asunto.

El Tribunal proponente de la cuestión dudaba de su constitucionalidad, en la medida en que podía suponer una extralimitación competencial, por no suponer "un supuesto de conservación ni modificación del derecho foral de Galicia" y ser "más que dudoso que se pueda entender como desarrollo, pues no es fácil la conexión con ninguna institución ya regulada por el Derecho foral gallego a la que se esté actualizando o innovando, por lo que no cabe descartar la invasión de la competencia del Estado en materia de legislación civil".

Estamos, pues, ante un caso de una Comunidad Autónoma, que, como es Galicia, tiene indudablemente competencia para legislar en materia de Derecho civil, pero lo que se pone en duda (y es legítimo planteárselo) es si dicha competencia puede ejercerla sobre las uniones de hecho, por ser ésta una materia ajena al Derecho Foral gallego, que no está conectada con ninguna de las en él reguladas.

Como he dicho, no se entró en el fondo del asunto planteado, por entenderse que "la disposición cuestionada no es aplicable al litigio y en consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la existencia o inexistencia de fundamento competencial para la regulación de las parejas de hecho en el Derecho civil de Galicia, sería innecesario o indiferente para la decisión del proceso en el que, realmente, lo que se debate es la existencia misma de una situación de convivencia de hecho sometida a las previsiones de la norma"¹².

11 STC (Pleno) 75/2014, de 7 de mayo (RTC 2014, 75).

12 Y añade que "En un caso que tiene gran similitud con el aquí enjuiciado, este Tribunal declaró en la STC 18/2014, de 30 enero 2014, en relación con esta misma disposición adicional tercera de la Ley de Derecho civil de Galicia, que del razonamiento del órgano judicial no se desprendía que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional fuera necesario para resolver el caso sometido a su consideración, dado que no definía la aplicabilidad de la norma al caso por razones temporales".

En cambio, la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril¹³, no ha considerado que hubiera extralimitación competencial en la regulación sustantiva de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables”, afirmando que el legislador foral “puede regular determinados efectos jurídicos derivados de la relación entre los que conviven de hecho, en el ejercicio de las competencias de que dispone, atendiendo a las previsiones de la LORAFNA [Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra], en materia de derecho civil (art. 48), función pública [49.1 b)] o régimen tributario (art. 45.3)”.

¿Será extrapolable esta doctrina al resto de las regiones forales, incluida Galicia? Es dudoso. Como a continuación se observará, la referida sentencia ha considerado inconstitucionales (por ser contrarios al principio de libre desarrollo de la personalidad) todos los preceptos de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, que imponían una serie de obligaciones a los integrantes de la unión de hecho, por la mera circunstancia de la convivencia, prescindiendo de la voluntad de los convivientes de sujetarse a ellas; por lo tanto, tras ella, el nacimiento de dichas obligaciones se hace depender, exclusivamente, del principio de la autonomía privada; y no puede olvidarse la extensión con que el Fuero Nuevo de Navarra acoge dicho principio en el ámbito patrimonial, conteniendo una parte general de las obligaciones y una regulación de los principales tipos contractuales (ya existente en el momento de la promulgación de la Constitución), la cual no tiene parangón con la de los otros Derechos Forales.

B) La necesidad de respetar el principio de libre desarrollo de la personalidad.

La STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril¹⁴, con indudable acierto, ha declarado inconstitucionales diversos artículos de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables”¹⁵, de los que resultaba la imposición, con carácter imperativo, de una serie de derechos y obligaciones de carácter civil a los integrantes de la unión de hecho, derivados del puro hecho de convivir maritalmente durante un período ininterrumpido mínimo de un plazo que no era necesario, cuando tuvieran descendencia.

El TC, con buen criterio (que sirve para otras leyes autonómicas que se basan en el mismo criterio de imposición imperativa prescindiendo de la voluntad de los

13 STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93).

14 STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93).

15 Ha declarado, así, la inconstitucionalidad del art. 2, apartado 2, párrafo primero, inciso “hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que”; y párrafo segundo, y apartado 3; del art. 3, inciso “y el transcurso del año de convivencia”; del art. 4, apartado 4; del art. 5, apartado 1, inciso “respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles”; y apartados 2, 3, 4 y 5; del art. 6; del art. 7; del art. 9; del art. 11; y del art. 12.1.

convivientes¹⁶), afirma que “Elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es [...] su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal [...] Consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta [...] Pues bien, este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones -antes, durante y al extinguirse esa unión- conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional; y esta libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su constricción”.

Prosigue: “La unión de hecho, en cuanto realidad social relevante, sí puede ser objeto de tratamiento y de consideración por el legislador respetando determinados límites [...] el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja”.

II. LA LEY VALENCIANA DE UNIONES DE HECHO.

La más reciente de las leyes legislaciones autonómicas sobre la materia es la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalidad Valenciana, de uniones de hecho formalizadas (sustituye a la anterior Ley valenciana 1/2001, de 6 de abril¹⁷), la cual no

¹⁶ Esto es, el art. 234-1 del Código civil de Cataluña y los arts. 303 y 305 del Código de Familia de Aragón.

¹⁷ La Disposición Adicional Única de la Ley 5/2012 prevé que las uniones que, conforme a la normativa anterior, estuviesen inscritas en el actual Registro Administrativo de Uniones de Hecho (regulado por el Reglamento aprobado por Decreto 61/2002, de 23 de abril, pasen a regirse por la nueva ley, siempre que reúnan los requisitos del art. 2 de la misma y así lo acrediten ante el Registro de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana, “previa petición realizada por los interesados, en el plazo de los dos años siguientes a la entrada en vigor de esta ley”, la cual tuvo lugar el 18 de noviembre de 2012. La resolución debe dictarse por el órgano competente para la gestión de dicho Registro, “en el plazo de tres meses desde la petición, siendo los efectos del silencio administrativo negativos, sin perjuicio de la resolución posterior sobre aquélla”. “Las

plantea ningún problema de constitucionalidad desde la óptica del respeto al principio de libre desarrollo de la personalidad, puesto que, como veremos, sus normas sólo se imponen a los convivientes que libremente optan por someterse a ellas, mediante la inscripción de su unión en el Registro correspondiente¹⁸.

Queda, sin embargo, en duda su constitucionalidad desde el punto de vista de la competencia de la Comunidad Valenciana para regular los efectos civiles de las uniones de hecho. Actualmente la Ley está, así, pendiente de un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de España, por una presunta extralimitación competencial del legislador valenciano, pero su aplicación no está suspendida¹⁹, de manera que, por el momento, constituye Derecho vigente, con la excepción del art. 14 de la misma, que regula los derechos sucesorios del conviviente supérstite, que sí está suspendido²⁰.

1. **Ámbito de aplicación de la Ley.**

La Ley 5/2012, cuya finalidad es “la regulación de los derechos y deberes de quienes son miembros de las uniones de hecho formalizadas”, se aplicará cuando ambos tengan la vecindad civil valenciana o, cuando sólo uno de ellos tenga dicha vecindad, de conformidad a lo que resulte “de las disposiciones estatales sobre resolución de conflicto de leyes”.

El problema es que el art. 9 CC, al que se remite el art. 16.1 CC, nada dice sobre conflictos de leyes en materia de uniones de hecho. La norma más próxima a este tipo de conflictos es el art. 9.2 CC, que se refiere a los efectos económicos del matrimonio. Del precepto resulta que, cuando los cónyuges tengan vecindades civiles diversas, cabe que ambos pacten “en documento auténtico” que el régimen económico de su matrimonio se rija por la ley personal de cualquiera de ellos. Aun conscientes de que matrimonio y uniones de hecho no son realidades equivalentes y de que, por lo tanto, en estricta técnica jurídica, no cabe una aplicación analógica del art. 9.2 CC, parece prudente defender una solución semejante, entendiendo que, en el caso de que uno de los convivientes tenga la vecindad civil valenciana, ambos pueden acordar que los efectos económicos de su unión de hecho se rija por la Ley

resoluciones estimatorias de dicha petición concederán efectos retroactivos a dicha unión de hecho, a la fecha de entrada en vigor de esta ley”.

18 Así lo constata el ATC (Pleno) 280/2013, de 3 de diciembre (RTC 2013, 280, AUTO), que, al denegar la prórroga de la suspensión de la aplicación de la Ley, solicitada por el Estado, afirma que “Con todo, y sin prejuzgar la cuestión de fondo, frente al carácter imperativo que apreciamos en la invocada STC 93/2013, de 23 de abril, respecto de diversos preceptos de la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, incompatible con el régimen dispositivo que resulta acorde a las características de las uniones de hecho y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad recogido en el art. 10.1 CE, en el presente caso el art. 2.1 de la Ley valenciana ciñe su ámbito de aplicación a las uniones de hecho formalizadas [...] de modo que la formalización de la unión de hecho se hace depender de la voluntad de quienes la integran”.

19 Aunque lo estuvo, en virtud de la Providencia del TC (Pleno) de 10 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 290879).

20 Así lo acordó el ATC (Pleno) 280/2013, de 3 de diciembre (RTC 2013, 280, AUTO), aplicando el art. 30 LOTC, en relación con el art. 161.2 CE.

5/2002, acuerdo que debe presuponerse, cuando ambos soliciten la inscripción de la unión en el registro autonómico correspondiente.

2. La “unión de hecho formalizada”.

La Ley 5/2012 gira en torno a la noción de “unión de hecho formalizada”, supeditando el art. 3 de la misma su aplicación a que los convivientes, en ejercicio de su libertad, así lo decidan, solicitando su inscripción, que tendrá carácter constitutivo, en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana, debiéndose resolver sobre la petición en el plazo de tres meses, a contar desde la solicitud, siendo negativos los efectos del silencio administrativo (art. 3)²¹.

Ahora bien, el hecho de que la inscripción sea “constitutiva” no significa, obviamente, que la misma pueda convalidar una unión de hecho simulada, siendo necesario, en todo caso, que los solicitantes sean “dos personas que, con independencia de su sexo, convivan en una relación de afectividad análoga a la conyugal” (art. 1.2) y en los que, además, concurren los requisitos de capacidad legalmente exigidos para poder formarla.

Según el art. 4.1 de la Ley 5/2012, “No podrán formar una unión de hecho, a los efectos de esta ley: a) Las personas menores de edad no emancipadas. b) Quienes estén casados o casadas con otra persona, sin estar separados o separadas legalmente de la misma mediante sentencia judicial, y quienes mantengan una unión de hecho formalizada con otra persona. c) Quienes sean parientes en línea recta, por consanguinidad o adopción, o colateral, en los mismos términos, hasta el segundo grado”²².

Hay que advertir que la formalización de la unión de hecho es un requisito para la aplicación de la Ley 5/2012 y, en consecuencia, de los efectos que la misma le asigna (en el ámbito civil y administrativo)²³. Pero ello no significa que en el

21 La Disposición Transitoria Única de la Ley 5/2012, prevé que, hasta que se apruebe el Reglamento de dicho Registro la inscripción prevista en el art. 3 de ley se llevará a cabo en el actual Registro Administrativo de Uniones de Hecho. Por su parte, la Disposición Final Segunda, prevé la aprobación del Reglamento del nuevo Registro en el plazo de un año, a contar desde la entrada en vigor de la Ley, esto es, del 18 de noviembre de 2012.

22 El precepto, con clara similitud a lo que acontece en el matrimonio, viene a regular una especie de “impedimentos” para formar una unión de hecho, llegando el art. 4.2 de la Ley a prohibir “pactarse una unión de hecho con carácter temporal o condicional”, norma ésta que recuerda a la prevista en sede matrimonial por el art. 45.2 CC.

23 No lo es, para la percepción de una posible pensión de viudedad por el conviviente supérstite, pues la STC (Pleno) 40/2014, de 11 de marzo (RTC 2014, 40) ha declarado inconstitucional el párrafo 5º del art. 174.3 LGSS (por vulnerar los arts. 14 y 149.1.17 CE), que preveía que en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio la acreditación de la pareja de hecho se llevara a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica. El TC observa que “el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS no constituye una norma de legislación civil vinculada al art. 149.1.8 CE, sino una norma de Seguridad Social que, en principio y salvo justificación suficiente que no concurre en este caso, debería establecer los requisitos que las parejas de hecho tienen que cumplir para poder lucrar en su momento una pensión de viudedad con el más exquisito respeto al principio de igualdad, tal como ya hemos dejado sentado. Lo contrario conduce al resultado de introducir diversidad

ámbito de la Comunidad Valenciana las uniones no inscritas sean inexistentes. Si se prueba la existencia de una convivencia en la que concurren las notas de unidad, estabilidad y afectividad, aunque la unión de hecho no esté inscrita, cualquiera de sus miembros puede, p.ej., pedir que se declare la existencia de una comunidad o sociedad irregular tácita entre ellos (sobre la vivienda o respecto al ejercicio de una actividad económica o profesional conjunta) o solicitar una indemnización con apoyo en el principio de prohibición del enriquecimiento injusto, siempre que se den los requisitos exigibles para ello.

3. El principio de libertad de regulación de la convivencia.

El art. 7.1 de la Ley 5/2012 sanciona el principio de autonomía privada en la regulación de la convivencia.

Dice, así que “Quienes integren la unión de hecho formalizada podrán regular libremente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, los derechos y obligaciones respectivos constante la unión, y las normas para liquidar sus relaciones económicas tras su extinción, incluso previendo compensaciones económicas en caso de cese de la convivencia”.

Es, sin embargo, discutible la licitud de un pacto en el que se prevea que la mera ruptura unilateral de la unión de hecho, por parte de un conviviente, obligue a éste a pagar al otro una cierta cantidad de dinero en concepto de indemnización²⁴.

regulatoria en un ámbito en el que el mantenimiento de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional deriva del art. 14 CE en relación con el art. 149.1.17 CE. Con el precepto que enjuiciamos, el legislador introduce, siquiera por vía de remisión, un factor de diversidad determinante de la desigualdad de trato en el régimen jurídico de la pensión de viudedad, trato desigual que ya hemos considerado carente de justificación. Incluso, en cuanto la norma estatal remite a las legislaciones autonómicas, podría entenderse que el Estado, con dicha remisión, está obviando las atribuciones que le confiere el art. 149.1.17 CE, ignorando que, como hemos declarado reiteradamente, las competencias tienen carácter irrenunciable”.

Ahora bien, es indudable que la inscripción es un requisito que sirve para acreditar la existencia de una unión de hecho formalizada, en el sentido que exige el párrafo 4º del art. 174.3 LGSS, según el cual “La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja”. Las SSTC 44/2014, de 7 de abril (RTC 2014, 44), y 45/2014, de 7 de abril (RTC 2014, 45), han desestimado las cuestiones de inconstitucionalidad, en la que los órganos judiciales proponentes ponían en duda la constitucionalidad de la diferencia de trato normativo derivada de la circunstancia que las parejas de hecho hubieran cumplido, o no, los requisitos formales de acreditación previstos en el precepto (inscripción en registro o constitución en documento público). El TC afirma que estamos ante “una opción adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado que no resulta *prima facie* arbitraria o irracional”; y que, al igual que “el legislador puede establecer regímenes de convivencia *more uxorio* con un reconocimiento jurídico diferenciado al del matrimonio, estableciendo ciertas condiciones para su efectivo reconocimiento y atribuyéndole determinadas consecuencias, cabe razonar ahora que el reconocimiento de esas realidades familiares no impone al legislador otorgar un idéntico tratamiento a la convivencia *more uxorio* acreditada y a la no acreditada, o a la que se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados frente a la que carece de ellos, pues no es irrazonable definir a aquéllos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de la seguridad jurídica”.

24 Hay que tener en cuenta que la STS 31 marzo 2011 (Tol 2114961) admite la validez de un pacto por el cual los cónyuges acuerdan que, en el caso de separación, el marido deba indemnizar a la mujer con el pago de una cantidad. Quizás este razonamiento pueda extrapolarse a las uniones de hecho. No obstante, el problema que plantea es si por la misma razón habría de ser válido el pacto entre convivientes que excluyera toda indemnización en el caso de ruptura de la unión.

Es posible que dicho pacto supusiera un ataque a la libertad que tiene toda persona para poner fin a una convivencia de hecho, opción ésta, que, a nuestro entender, encuentra cobertura en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, del mismo modo que la encuentra la opción de formar una familia no basada en el matrimonio²⁵.

No obstante, el precepto establece límites al principio de autonomía privada:

a) En primer lugar; "Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley, a la moral o al orden público, o limitativos de la igualdad de derechos de quienes conviven"²⁶.

b) En segundo lugar; no puede pactarse la exclusión del derecho de alimentos previstos en el art. 9 de la Ley 5/2012, norma ésta, que tiene carácter imperativo.

No se exigen especiales requisitos de forma para los acuerdos de los convivientes, sin que, por lo tanto, sea necesario que consten en documento, público o privado. Los miembros de la unión de hecho pueden llegar a acuerdos puramente verbales y, así mismo, tal y como ya se ha explicado, constituir tácitamente una comunidad de bienes sobre la vivienda habitual o en relación al desempeño de una actividad económica que efectúen conjuntamente. No obstante, el art. 7.2 de la Ley 5/2012 exige que, para que los acuerdos puedan perjudicar a terceros de buena sean otorgados en escritura pública e inscritos en el Registro de Uniones de Hecho Formalizadas; y, además, si afectan a bienes inmuebles, en el Registro de la Propiedad. Entre este tipo de actos estarían, p. ej., aquellos orientados a excluir algún tipo de bienes de la responsabilidad patrimonial por los gastos comunes prevista en el art. 11 de la Ley 5/2012.

En defecto de pacto, la Ley 5/2011 dicta una extensa serie de normas, que paso a exponer, las cuales, a diferencia de lo que acontecía en la anterior Ley 1/2001, no sólo

25 Otras legislaciones autonómicas prevén la posibilidad de que los convivientes puedan pactar compensaciones para el caso de cese de la unión. Es el caso del art. 5.1 de la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de "parejas estables", del art. 4.1 de la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de "parejas estables", o del art. 5.2 de la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, "reguladora de las uniones de hecho".

En algunas legislaciones, sin embargo, se ponen restricciones al principio de la autonomía de la voluntad, respecto a la determinación de los referidos pactos.

El art. 4.2 de la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001, sobre "uniones de hecho" (declarado inconstitucional por extralimitación competencial), permitía que los convivientes pacten compensaciones económicas, "cuando tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento respecto de la situación anterior". Precisaba el precepto que tales compensaciones "habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil".

En el mismo sentido se pronuncia el art. 10.11 de la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de "parejas de hecho", que permite a los integrantes de las uniones de hecho pactar compensaciones económicas "cuando tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes, en relación a la posición del otro y que suponga una merma con respecto a su situación previa al establecimiento de la convivencia".

26 La redacción del precepto recuerda a lo que establece el art. 1327 CC en materia de capitulaciones matrimoniales.

tienen carácter administrativo, sino también civil, de las cuales se deduce una discutible tendencia a una aproximación de la situación del conviviente a la del cónyuge.

A los efectos administrativos se refiere el art. 15, que establece una equiparación entre los convivientes de hecho y los cónyuges a los siguientes efectos: "1. La regulación de la función pública que es competencia de la Generalitat, en cuanto a licencias, permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo y ayuda familiar. 2. Los derechos y obligaciones de derecho público establecidos por la Generalitat en materias de su competencia, tales como normas presupuestarias, indemnizaciones, subvenciones y tributos autonómicos. 3. En cuanto a los derechos a percibir pensiones de viudedad y a las indemnizaciones por accidentes laborales o enfermedades profesionales, se estará a lo dispuesto por la legislación aplicable en cada caso".

4. El régimen económico de la unión de hecho.

La Ley 5/2012 establece una especie de régimen económico de la unión de hecho, de carácter supletorio, en un intento evidente de establecer una cierta equiparación entre la misma con el matrimonio. Es, por ello, que, a pesar de ser que, como enseña constante jurisprudencia, la unión de hecho y el matrimonio son realidades jurídicas distintas, quepa, en algunos casos, acudir puntualmente a la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano para integrar algunas insuficiencias de la Ley 5/2012.

A) Los gastos comunes.

El art. 8.3 de la Ley 5/2012 define como gastos comunes de la unión de hecho "los necesarios para el mantenimiento de sus miembros y el de los hijos e hijas comunes que convivan en el hogar familiar": en especial, consideran como tales los "que tengan la consideración legal de alimentos" y "los de conservación o mantenimiento de la vivienda familiar u otros bienes de uso necesario de la pareja"²⁷).

La calificación como comunes de este tipo de gastos comporta dos consecuencias:

a) En primer lugar, que cualquiera de los convivientes pueda realizarlos por sí solo, siempre que se orienten a "atender las necesidades ordinarias de la unión, conforme a las circunstancias de la misma y a los usos sociales" (art. 8.4).

b) En segundo lugar, que los bienes de ambos convivientes están sujetos a su satisfacción (art. 8.3), lo que, a efectos internos, se traduce en el deber de contribuir a su pago, de conformidad con lo pactado, y, en su defecto, "en proporción a sus

27 El art. 8.2 de la Ley 5/2012 precisa que "No son gastos comunes los derivados de la gestión y defensa de los bienes propios de cada miembro, ni los que respondan a su interés exclusivo".

respectivas rentas y patrimonios (art. 11), pudiéndose también tener en cuenta a estos efectos el trabajo para la casa realizado por uno de ellos²⁸.

A tenor del art. 8.3 de la Ley 5/2012, "Cuando cualquiera de las partes incumpliere su deber de contribuir a dicha satisfacción, se podrá interesar de la autoridad judicial que adopte las medidas cautelares que estime convenientes a fin de asegurarla, así como los anticipos necesarios y la previsión de necesidades futuras".

B) El derecho de alimentos.

El art. 9 de la Ley 5/2012, que, como se ha dicho, tiene carácter imperativo, dispone que "Quienes convivan en una unión de hecho formalizada tienen la obligación de prestarse alimentos en la forma y cuantía previstas en el Código Civil con preferencia a cualquier otra persona obligada a prestarlos". La extensión del deber de alimentos será la determinada en el art. 142 CC, ocupando el conviviente la posición que el art. 143 CC atribuye al cónyuge, es decir, con preferencia a los descendientes y ascendientes.

C) La disposición de la vivienda habitual.

El art. 10 de la Ley 5/2012 traslada al ámbito de la unión de hecho el régimen legal establecido en el art. 16 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, sobre los actos de disposición sobre la vivienda habitual de la familia, aunque de manera más escueta, por lo que podrá acudir a él para suplir algunas de las deficiencias del precepto.

Así, según el art. 10.1 de la Ley 5/2012, "Para disponer de algún derecho sobre la vivienda habitual de la unión de hecho formalizada o sobre los muebles de uso ordinario de la misma, la persona titular necesitará el consentimiento del otro"²⁹. Obviamente, el precepto presupone que la vivienda habitual pertenece, exclusivamente, a uno de los convivientes, el que dispone de ella, pues, si pertenece a ambos, esto es, existe una comunidad de bienes, el acto de disposición requiere el consentimiento de ambos comuneros, por aplicación del art. 397 CC.

No obstante, en caso de negativa, "sin justa causa", por parte del otro conviviente o de incapacidad para prestar el consentimiento, éste podrá ser suplido por autorización judicial" (art. 10.3).

El acto de disposición realizado sin el preceptivo consentimiento o, en su defecto, sin autorización judicial, será anulable por el conviviente no titular. El art. 10.4 de

²⁸ Es lo que establecen los arts. 8.2 y 12 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, en materia de cargas del matrimonio.

²⁹ Parece lógico exigir, al igual que exige el art. 16.1 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, respecto al cónyuge, que el conviviente no titular haya de prestar el consentimiento, "con conocimiento de los elementos esenciales y de las circunstancias accidentales del concreto negocio dispositivo".

la Ley 5/2012 dice, así, que “El acto de disposición sobre la vivienda habitual de la unión efectuado por la persona titular sin el consentimiento del otro o de la otra conviviente o sin autorización judicial, podrá ser anulado a instancia de quien no sea titular dentro de los cuatro años siguientes desde que tuvo conocimiento de tal acto o, en su defecto, desde la inscripción del documento en el Registro de la Propiedad. Si antes de transcurrir dicho plazo se extinguiere la unión, el negocio dispositivo celebrado sin consentimiento de quien sea conviviente no titular quedará confirmado”³⁰.

Aunque nada diga la Ley 5/2012 al respecto, es evidente que la invalidez no es oponible al tercer adquirente de buena fe protegido por el art. 34 LH, el cual compra o adquiere un derecho real limitado sobre el inmueble, sin saber que se trataba de una vivienda familiar habitual³¹.

El art. 10.2 de la Ley 5/2012, establece que, si un conviviente “realizara un acto o negocio de disposición sobre un inmueble que pudiera constituir la vivienda habitual de la unión de hecho formalizada, habrá de manifestar en el documento en que lo formalice si concurre tal circunstancia en el inmueble objeto del acto o negocio. La manifestación errónea o falsa del disponente o de la disponente no perjudicará a quien adquiera de buena fe”³².

D) La responsabilidad patrimonial.

El art. 11 de la Ley 5/2012 contiene dos normas de carácter distinto, en relación con los gastos comunes de la unión de hecho, contemplados en el art. 8 de la misma, al que ya nos hemos referido.

a) La primera de ellas, de carácter interno, determina la medida en que cada uno de los convivientes, frente al otro, ha de contribuir a su pago. El art. 11.1 dice, así, que “Quienes convivan tienen la obligación de sufragar las deudas y cargas comunes en proporción a sus respectivas rentas y patrimonios” (siempre que no se haya pactado otra cosa, pues el precepto tiene carácter dispositivo).

b) La segunda de las normas tiene carácter externo, es decir, determina los bienes que responden frente a los acreedores. Según el art. 11.2, por dicho tipo de

30 El precepto va, pues, más allá que lo previsto por el art. 17 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, que, tras la reforma introducida por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre, con el fin de eliminar una posible extralimitación competencial, remite al CC el régimen de la acción de anulación que corresponde al cónyuge, cuyo consentimiento no se ha pedido.

31 V. a este respecto el art. 18 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, y la responsabilidad que el precepto establece a cargo del cónyuge que realiza un acto de disposición no oponible a un tercer adquirente de buena fe, la cual parece perfectamente trasladable al caso que nos ocupa.

32 Es una norma semejante a la contenida en el art. 16.2 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo.

gastos responden solidariamente los bienes comunes de ambos convivientes “y los de la persona que hubiera contraído la obligación”³³.

No obstante, el precepto deja a salvo, a efectos internos, “el derecho de quien satisfizo la deuda a reclamar de su conviviente la parte que legalmente le corresponda abonar” (conforme a lo pactado o, en su defecto, en proporción a su renta y patrimonio); y lo mismo, si ambos pagaron, pero uno de ellos pagó de más³⁴.

E) El ajuar doméstico y el uso de la vivienda.

El art. 12 de la Ley 5/2012 contiene también dos normas, relativas al ajuar y al uso de la vivienda familiar; en caso de muerte de uno de los miembros de la unión de hecho.

a) Según el art. 12.1, al fallecimiento de uno de los convivientes “se adjudicarán a la persona sobreviviente los bienes que constituyen el ajuar doméstico de la vivienda habitual de la unión de hecho formalizada, no computándose en su haber hereditario. No se incluyen los objetos de extraordinario valor; en relación con el caudal relicto de la persona causante y con el nivel de vida de la pareja”.

Parece pertinente presumir que, salvo prueba en contrario, “los bienes que constituyen el ajuar doméstico de la vivienda familiar pertenecen pro mitad y en pro indiviso” a ambos convivientes³⁵.

b) Conforme al art. 12.1, “Quien sobreviva tendrá derecho al uso de la vivienda habitual de la unión durante un año a contar desde el fallecimiento de su pareja”. Esta norma se dirige, evidentemente, a los herederos del otro conviviente. Precisa el precepto que, “En caso de arrendamiento, se aplicará la legislación en materia de arrendamientos urbanos”, por lo que el conviviente supérstite tendrá derecho a subrogarse en los términos previstos por el art. 16 LAU.

5. Representación legal de la persona conviviente.

A tenor del art. 13 de la Ley 5/2012, “Quienes integren la unión de hecho formalizada se considerarán equiparados a los cónyuges en cuanto al ejercicio de las acciones relacionadas con las declaraciones de incapacidad, prodigalidad, ausencia, fallecimiento y desempeño de las funciones de tutela y de curatela”.

El precepto, en lo que supone una clara extralimitación competencial por parte de la Comunidad Autónoma, tiene como finalidad equiparar al conviviente supérstite

³³ Esta solución coincide con la prevista en el art. 11.1 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo.

³⁴ V. en este sentido art. 11.2 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo.

³⁵ V. en este sentido art. 19.2 de la Ley 10/2007, de *20 de marzo.

con el cónyuge, no sólo a los efectos del ejercicio de acciones judiciales, sino también a los de ocupar la posición que, en su caso, le pueda corresponder a aquél como representante del desaparecido o ausente o como tutor o curador del incapacitado.

6. Derechos sucesorios.

Según el art. 14 de la Ley 5/2012 (cuya aplicación, recuérdese, está suspendida), “Si durante la unión de hecho formalizada tuviere lugar la muerte o la declaración de fallecimiento de alguna de las personas convivientes, quien sobreviva ocupará en la sucesión la misma posición que corresponde legalmente al cónyuge supérstite”.

Esta norma, cuya constitucionalidad es más dudosa, por incidir, como tantas otras, sobre un aspecto del Derecho civil, como es el sucesorio, sobre el que la Comunidad no parece tener competencia para legislar, supone la equiparación del conviviente supérstite con el cónyuge viudo a efectos de legítima, modificando, así, de lleno los arts. 834 y ss. CC; y, así mismo, la inclusión de aquél en el elenco de los llamados a suceder *ab intestato*, contrariando lo dispuesto en los arts. 943 y ss. CC.

7. Extinción de la unión de hecho.

Según el art. 5.1 de la Ley 5/2012, “La unión de hecho se extingue por las siguientes causas:

- a) Por común acuerdo de sus miembros.
- b) Por declaración de voluntad de cualquiera de ellos o ellas.
- c) Cuando cualquiera de los convivientes o las convivientes esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro o de la otra o de los hijos o hijas comunes o de cualquiera de ellos o de ellas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.
- d) Por muerte o declaración de fallecimiento de cualquiera de sus miembros.
- e) Por cese efectivo injustificado de la convivencia durante un plazo mínimo de tres meses.
- f) Por matrimonio de cualquiera de sus miembros.

El art. 5.2 de la Ley 5/2012, prevé que “En caso de extinción de la unión de hecho formalizada, cualquiera de sus miembros deberá solicitar, en el plazo de un

mes, la cancelación de la inscripción que conste en el Registro de Uniones de Hecho Formalizadas”.

“La cancelación de la unión de hecho en el Registro de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana se producirá mediante resolución del órgano competente para la gestión de dicho Registro, en el plazo máximo de tres meses desde la solicitud, siendo los efectos del silencio administrativo positivos, sin perjuicio de la resolución posterior sobre aquélla. Contra dicha resolución cabrá interponer el correspondiente recurso administrativo” (art. 5.3).

Según el art. 6 de la Ley 5/2012, “La extinción de la unión de hecho formalizada implica la revocación automática de los poderes que cualquiera de sus miembros hubiera otorgado a favor del otro o de la otra durante la unión.

Mientras no se cancele en el Registro de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana, la extinción de la unión de hecho inscrita no perjudicará a terceras personas de buena fe”.

EL INTERÉS DEL MENOR COMO CRITERIO DE APLICACIÓN
DE LA LEY VALENCIANA DE RELACIONES FAMILIARES

*MINOR'S BEST INTEREST AS APPLICATION CRITERION OF THE
FAMILIAR RELATIONS VALENCIAN LAW*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 790-803



Javier
BARCELÓ
DOMÉNECH

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de septiembre de 2014
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: El artículo analiza la forma en que los Tribunales vienen utilizando el concepto del interés del menor en la aplicación de la Ley valenciana 5/2011 después de algunos años desde su publicación.

PALABRAS CLAVE: Derecho de familia, custodia, interés superior del menor.

ABSTRACT: This paper analyzes the way in which the courts use the concept of minor's best interest of in the application of Valencian Act 5/2011 after some years from entry into force.

WORDS: Family law, custody, minor's best interest.

SUMARIO: I. Nota previa.- II. Las referencias al interés del menor en la Ley 5/2011, de 1 de abril.- III. La valoración del interés del menor en la aplicación de las medidas judiciales.- I. Orientación de estudio.- 2. Régimen de convivencia.- 3. Atribución del uso de la vivienda familiar.- 4. Otros casos.- 5. Reflexión final: el peligro de la excesiva discrecionalidad.

I. NOTA PREVIA.

El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, popularmente conocida como “ley valenciana de custodia compartida”, permite ya analizar los primeros resultados de la aplicación jurisprudencial de la norma. Como es bien sabido, la ley se encuentra actualmente recurrida ante el Tribunal Constitucional, estando pendiente la decisión sobre la misma, planteándose, como suele ocurrir con el Derecho civil foral valenciano, la competencia de la Comunidad Autónoma para legislar en esta concreta materia familiar¹.

Un tema interesante es la frecuente utilización del concepto jurídico “interés del menor” en las resoluciones jurisprudenciales, a pesar de que la ley, de manera expresa, apenas contiene referencias al mismo, circunstancia ciertamente curiosa si tenemos en cuenta que el criterio legal que preside esta materia y debe observar el juez consiste en procurar el beneficio del menor, pues el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, consagra como uno de los principios generales que “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir...”².

1 Las vicisitudes relativas a la entrada en vigor, suspensión de la vigencia y levantamiento de la suspensión tienen las siguientes fechas: la Ley fue publicada en el *Diari Oficial de la Comunitat Valenciana* el 5 de abril de 2011 y entró en vigor el 5 de mayo de 2011, siendo suspendida con efectos desde el día 4 de julio de 2011 (fecha de interposición del recurso de inconstitucionalidad) en virtud de resolución del TC de 19 de julio de 2011 publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 26 de julio de 2011; posteriormente, se levantó la suspensión por auto del TC de 22 de noviembre de 2011, publicándose en el *Boletín Oficial del Estado* de 3 de diciembre de 2011.

2 Al respecto, CONESA PÉREZ, C.: “¿Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida en el Código Civil? Algunas referencias jurisprudenciales y legales”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* (2011), 8, p. 26.

• Javier Barceló Doménech

Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Alicante (España) y Vocal del Observatorio de Derecho civil valenciano desde 2008. Es autor de diversas publicaciones en materia de Derecho civil valenciano: “La regulación de la venta a ojo y al peso en el Derecho civil foral valenciano” (2014); “La nueva regulación valenciana de las uniones de hecho” (2014); “El régimen de convivencia de los menores de edad con los progenitores: regla general y excepción en la legislación valenciana” (2014, en coautoría con Esther Algarra Prats); y “La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven” (2012). Correo electrónico: j.barcelo@ua.es.

Nuestro trabajo esquematiza los diferentes supuestos, sistematizando los criterios, para posteriormente reflexionar sobre la verdadera razón por la que, en algunos casos, se recurre a este concepto para llegar a determinadas soluciones en la aplicación de la Ley 5/2011.

II. LAS REFERENCIAS AL INTERÉS DEL MENOR EN LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL.

El Preámbulo vincula estrechamente la razón de ser de la Ley 5/2011 con el interés superior del menor: "La preocupación creciente por asegurar el más correcto y adecuado desarrollo del interés superior de cada menor ante las situaciones de crisis familiar; viene siendo especialmente sentida en nuestra sociedad. Y, de manera particular, existe una demanda creciente para que, en los casos de ruptura o no convivencia entre los progenitores, la convivencia con los hijos e hijas menores haga compatible ese principio fundamental del interés superior de cada menor; con el principio de igualdad entre los progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos, tal y como fue proclamado por la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990".

El interés del menor aparece también expresamente destacado en la referencia que contiene el Preámbulo a la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana. En esta Ley 12/2008, que sirve de base y antecedente, el art. 22, regulador del "derecho del menor a las relaciones familiares", configura el sistema de principios y valores que ahora se plasman en el articulado de la Ley 5/2011: "1. Principio de coparentalidad: "Los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de estos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses". 2. Derecho de cada menor a "crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos". 3. Derecho de cada menor, separado de un progenitor, "a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores". 4. Derecho de cada menor "a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados". 5. En la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social".

En lo que son las disposiciones concretas de la Ley 5/2011, llama poderosamente la atención que solamente exista una referencia al interés superior del menor, a pesar de haber sido calificado por el Preámbulo, como ya se ha visto, como principio fundamental que la ley hace compatible con el principio de igualdad entre progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos progenitores.

Evidentemente, esto no significa que las normas no atiendan o estén inspiradas en el interés superior del menor; pero es significativa la falta de mención expresa.

Encontramos esta referencia al interés superior del menor en el art. 5.4, al tratar de la medida judicial que, en defecto de pacto, decide a favor de la modalidad excepcional, que es el régimen de convivencia individual: "La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior; y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores".

El dato contrasta, como vamos a ver, con la utilización que se hace por Jueces y Tribunales del criterio del interés superior del menor en la aplicación concreta de las medidas sobre custodia, donde se vincula tanto a la individual como a la compartida.

Volvemos, finalmente, a insistir en una idea ya apuntada. El que la Ley no sea más explícita en la utilización del criterio o del principio del interés superior del menor no significa, obviamente, que sus normas no respondan al mismo. Así, por ejemplo, aunque el art. 5.3, al enumerar los factores (edad y opinión de los hijos, dedicación y capacidad de cada progenitor, informes, especial arraigo social, escolar o familiar; posibilidades de conciliación de vida familiar y laboral de cada progenitor; posibilidades de trato directo de cada progenitor con los hijos, y cualquier otra circunstancia) para decidir el régimen de convivencia, no tenga una expresa referencia al interés superior del menor; nadie dudaría que la autoridad judicial, al valorarlos, tomará en consideración que el principio fundamental que debe guiar su decisión es el interés superior del menor. Es el interés del menor y no otro u otros (como el de los padres) el que determina las medidas a adoptar. Esos factores sirven para fundar la medida en el interés del menor. El planteamiento de la SAP Alicante 10 junio 2013³ se mueve en esta dirección: "A diferencia del artículo 92 del Código Civil que establece la custodia compartida como excepción, sin perjuicio de los avances jurisprudenciales en esta materia, el artículo 5 de la Ley 5/2011, la establece como régimen normal, siendo la atribución de aquella a uno u otro de los progenitores la excepción, y todos los datos indicadores que señala el precepto son observados precisamente para no adoptarla, pero siempre teniendo en cuenta el interés de los menores; y añadiremos que no pueden aplicarse categorías generales a supuestos de hecho concretos, sino que para garantizar una decisión que supla cumplidamente las exigencias del "favor filii" se hace imprescindible escharbar en las raíces del problema analizando los hechos de manera casuística".

3 SAP Alicante 10 junio 2013 (JUR 2013, 278732).

Más allá de la interpretación de los factores concretos que indica el art. 5, no deberíamos tampoco olvidar lo que dice el Preámbulo cuando cita el antecedente del art. 22 de la Ley 2/2008, de protección integral de la infancia y de la adolescencia: la decisión judicial sobre el régimen de convivencia ha de aplicarse teniendo en cuenta los principios de coparentalidad, derecho del menor a crecer y vivir con sus padres y a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular; pero en la observancia de estos derechos "prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social"⁴.

III. LA VALORACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS JUDICIALES.

1. Orientación de estudio.

Una correcta aproximación al tema objeto de estudio exige, a nuestro juicio, clasificar las sentencias que aplican la Ley 5/2011, en torno a grupo de casos, ya que con ello se consigue obtener una visión global de los supuestos en los que se utiliza el criterio del interés superior del menor para resolver o decidir cuestiones concretas de las medidas judiciales que enumera la ley a partir del art. 5.

2. Régimen de convivencia.

El ámbito más propicio para la aplicación del criterio del interés del menor es, sin duda, el de la medida judicial sobre el régimen de convivencia. Suele, con relativa frecuencia, adoptarse la medida y situarla como la más adecuada al interés del menor. Un ejemplo reciente y bastante ilustrativo lo encontramos en la SAP Alicante 29 abril 2014⁵, al señalar que "la máxima protección del superior interés de los menores en este caso concreto se obtiene con el régimen de custodia compartida. Rigiendo aquí el principio del favor filii, consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española así como en la Ley Orgánica de Protección Jurídica de los Menores de 15 de enero de 1996 y sancionado por diversos Tratados y Resoluciones de Organizaciones Internacionales como la Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 29 de noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño de la ONU de 29 de noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño y la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, al tiempo que inspira numerosos preceptos del Código Civil (art. 92, 93, 94, 151, 154, 158 y 170)".

4 Son pocas las sentencias que aluden a esta parte del Preámbulo, a pesar de la importancia que consideramos tiene para basar la medida judicial que se adopte en cada caso concreto. Sí lo hace la SAP Valencia 31 julio 2013 (JUR 2013, 325623).

5 SAP Alicante 29 abril 2014 (JUR 2014, 199004).

Esta forma de proceder no debe, sin embargo, ser obstáculo para una motivación suficiente de la decisión que se toma, tal y como ponemos de manifiesto en el apartado final de este trabajo.

Ahora interesa detenerse, dentro de la decisión sobre el régimen concreto de convivencia, en un aspecto particular, como es el de los informes periciales, donde se aprecia, en algunas sentencias, una vinculación muy estrecha con el criterio del interés del menor.

La SAPValencia 28 octubre 2013⁶ confirma la custodia individual decidida por el Juzgado. La Audiencia realiza un extenso repaso a la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor⁷ y realiza una aproximación conceptual en los siguientes términos: "... este interés de los niños que no debe ser medido, en el caso que nos ocupa, bajo parámetros de confort material, a nivel de derecho comparado se valora dándose preferencia al aspecto psíquico –derecho francés, *son besoin de paix, de stabilité, de tranquillité ..c'est son équilibre psychique qu'il faut mettre au premier rang*" – o al amplio concepto de bienestar aplicando el "welfare principle" anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo, que corresponde cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor". Posteriormente, presta atención a que en el ámbito del proceso familiar "habrán de ser los informes periciales (que si en todos los campos son importantes, más aun lo son en esta esfera, hasta el punto de

6 SAPValencia 28 octubre 2013 (JUR 2014, 10432).

7 "En definitiva, a la hora de decidir a cuál de los progenitores debe atribuirse aquella guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales, y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales que ha de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos cuando sus padres se separan, pues como ya dijo la s. TS. 9-3-89 'es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, lo que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en materia de los hijos y la sociedad', pronunciándose en el mismo sentido las ss. TS. 5-10-78, 11-10-91 y 12-2-92, que, en definitiva, vienen a sentar la doctrina de que informada toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos en casos de separación de los padres en el criterio fundamental del relevante 'favor filiae' (arts. 92, 103, 154, 159 CC) los acuerdos sobre su cuidado y educación y además cuestiones que les afecten habrán de ser tomadas 'siempre en beneficio de los hijos', como taxativamente expresa el mismo de los preceptos legales citados.
Principio éste, igualmente reconocido en las declaraciones programáticas de algunos documentos supranacionales en esta materia, como son: La Declaración de Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, siempre que sea posible al amparo y bajo la responsabilidad de los padres, así como a recibir educación; la Resolución de 29-5-87 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que subrayó que 'en todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de estos...' y el Consejo de Europa en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Guarda de Niños y el Restablecimiento de la Guarda de Niños, de 1980, basa su contenido en que "la institución de medidas destinadas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de decisiones concernientes a la guarda de un niño tendrá por efecto asegurar una mejor protección del interés de los niños".

que toda causa matrimonial en la que existan hijos, debería ir acompañada de tales informes, máxime, si se cuenta con profesionales adscritos permanentemente a este cometido, que pueden ser utilizados sin dificultades de ningún tipo) los que, amén de la voluntad de los menores, cuando tengan capacidad para expresarla, los que ayuden al Juez a determinar en cada caso, cual es el interés del menor en cuanto a su custodia, convirtiéndose así, los informes periciales, en un instrumento necesario de conformación del interés del menor". En el caso concreto juzgado, no ve la Sala ninguna razón para discrepar de la medida del Juez de instancia favorable al régimen de convivencia individual, "no solo por el contundente informe del gabinete obrante en autos sino, asimismo, por cuanto, de lo actuado, se desprende que la madre, la figura de referencia, tiene un superior vínculo afectivo con sus hijos, se ha implicado en un porcentaje muy superior en las cuestiones diarias de la menor; y es una madre favorecedora de la relación paterno-filial...".

La SAP Alicante 30 octubre 2013⁸ establece, a diferencia de la del Juzgado, el régimen de convivencia compartida. A tal efecto, revisa de manera pormenorizada la prueba practicada sobre este extremo, considerando que "dado que se trata de determinar qué es lo que más beneficia al superior interés del menor; el medio de prueba que se presenta como más adecuado a tal finalidad es la pericia psicológica... sobre el núcleo familiar afectado por la medida". Tras el estudio del informe, concluye que no se observa obstáculo alguno para establecer la custodia compartida. Uno de los aspectos en los que incide para este cambio de medida (el Juzgado inicialmente decretó la custodia individual de la madre) fue el estilo educativo asertivo del padre, que se juzga más beneficioso para el interés del menor⁹.

3. Atribución del uso de la vivienda familiar.

No hemos hallado resoluciones judiciales en las que aparezca la referencia expresa al interés del menor en la adopción de la medida de atribución del uso de la vivienda familiar. No deja de sorprender el dato, pues el art. 6.1, si bien no menciona expresamente el interés del menor; sí señala que a falta de pacto, en los casos de régimen de convivencia compartida¹⁰, la preferencia en el uso de la vivienda familiar

8 SAP Alicante 30 octubre 2013 (JUR 2014, 7998).

9 Dice la sentencia: "El Sr. Lucio ha tenido gala de un estilo educativo asertivo que juzgamos más beneficioso para el interés del menor que el 'sobrepotección-permisivo' eventualmente empleado por la madre (f. 294). Como es sabido, la asertividad es una estrategia de comunicación a caballo entre la agresividad y la pasividad. Las personas asertivas no se comportan agrediendo ni sometiendo a nadie, sino expresando respetuosamente sus opiniones y manteniéndose firmes en su voluntad, que no cede necesariamente ante las ideas o pensamientos de los demás. Los menores, como personas en fase de desarrollo y educación suelen ser bastantes permeables a los estilos de comunicación de sus progenitores, en tanto que éstos constituyen referentes importantes a la hora de aprender cómo comportarse frente a los demás. Es por ello que no se puede negar que un contacto más regular y normalizado de Saturnino con su padre le va a ser muy beneficioso en este plano. La normalización de las relaciones incluye la pernocta habitual y equitativa del menor con su progenitor; pues es éste el contexto más frecuente de relaciones de aquellos otros menores cuyos padres no se encuentran inmersos en una situación de crisis convivencial".

10 Esta regla se aplica tanto en los supuestos de convivencia compartida como en los de convivencia atribuida a favor de uno solo de los progenitores, tal y como se desprende del último inciso del art. 6.1. En este sentido, De

se atribuirá “en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”. La expresión legal “lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores” es, sin duda, equivalente al interés del menor y la ley lo sitúa, como acabamos de ver, por encima de cualquier otro.

Sin salimos del art. 6, hay una norma, la del art. 6.3, que puede plantear situaciones contrarias al interés del menor; incluso podría ser puesta en duda su constitucionalidad si tenemos en cuenta que el principio de protección integral de los menores de edad consagrado en el art. 39.2 CE exige que los mismos tengan garantizada su necesidad de habitación mientras persista su minoría de edad¹¹. Este art. 6.3 señala que la atribución de la vivienda “tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario”. Habría, pues, que reflexionar si asignar el uso de la vivienda por un corto periodo de tiempo no sería contrario al interés del menor y lo más conveniente para él sería permanecer hasta cumplir la mayoría de edad. En la práctica jurisprudencial, encontramos variedad de soluciones: limitación temporal a un año¹², limitación temporal a cuatro años¹³, limitación temporal hasta la venta con un máximo de cuatro años¹⁴, limitación temporal a cinco años¹⁵, limitación temporal hasta la mayoría de edad¹⁶, limitación temporal hasta la independencia económica de los hijos¹⁷, y atribución a uno de los progenitores sin limitación¹⁸. Falta, sin embargo, la reflexión apuntada.

4. Otros casos.

El interés del menor aparece también en otras resoluciones judiciales para justificar la revisión de la medida en su día adoptada en torno a la guarda y custodia de los hijos.

Ocurre así en la SAP Alicante 12 julio 2013¹⁹. La juzgadora de instancia consideró procedente mantener en el juicio de divorcio (cuya sentencia es de 2013) la medida

VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Las crisis familiares en la legislación valenciana”, en AA.VV.: *Derecho Civil IV* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE). Valencia (2013): Tirant lo Blanch, pp. 118-119, nota 17.

11 Así lo advierte DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Las crisis familiares en la legislación valenciana”, cit., p. 119.

12 SAP Alicante 5 diciembre 2012 (JUR 2013, 116336).

13 SAP Alicante 12 julio 2013 (JUR 2013, 350502).

14 SAP Alicante 16 octubre 2013 (JUR 2014/7892).

15 SAP Alicante 28 febrero 2013 (JUR 2013, 201765).

16 SAP Alicante 7 mayo 2013 (JUR 2013, 279127).

17 SAP Valencia 18 enero 2012 (JUR 2012/75743).

18 SAP Alicante 12 julio 2013 (JUR 2013, 279787).

19 SAP Alicante 12 julio 2013 (JUR 2013, 279787).

dictada en juicio de separación (cuya sentencia es de 2009) conforme a la cual se atribuía la custodia de los hijos comunes a la madre. La Sala, que termina por revocar la sentencia de instancia en este extremo y otorgar la custodia compartida, acude al interés del menor para justificar la modificación de la medida y lo hace en los siguientes términos: "Cuando la medida definitiva que se pretende modificar es la de guarda y custodia de los hijos el requisito legal de que se haya producido una "modificación sustancial" de las circunstancias debe mitigarse (...). Es decir, la falta de prueba de una modificación sustancial de las circunstancias no se puede convertir en un obstáculo para el establecimiento de un régimen de convivencia compartida si se demuestra que este es beneficioso para el interés de los menores".

En realidad, no deja de sorprender el razonamiento que acabamos de exponer, pues es la propia Ley 5/2011 la que facilita la modificación de medidas y no es necesario recurrir al concepto del interés del menor. Se podrá o no estar de acuerdo, pero es indudable que la ley introduce un supuesto legal de modificación de medidas adoptadas judicialmente. La Disposición Transitoria Primera indica que "a través del procedimiento establecido en la legislación procesal civil para la modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, se podrán revisar judicialmente las adoptadas conforme a la legislación anterior; cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, respecto de casos concretos, soliciten la aplicación de esta norma". Por tanto, si estando ya vigente la Ley 5/2011 se inicia el juicio de divorcio, la solicitud de la custodia compartida no requerirá de la prueba de una modificación sustancial de las circunstancias de la medida en su día adoptada a favor de la custodia individual, sino que obedece a razones de simple legalidad ordinaria, ya que es la propia ley la que permite instar la revisión.

La STSJCIV 6 septiembre 2013²⁰ plantea acertadamente la cuestión cuando dice que "cabe... la posibilidad de modificación de la medida de custodia individual por otra de custodia compartida por causa de la modificación de la legislación aplicable, lo que se produce en el ámbito de la Comunidad Valenciana por la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, pues en definitiva con esta regulación se modifican las reglas que regían con anterioridad la adopción de medidas y ello constituye una circunstancia sobrevenida que altera sustancialmente el *rebus sic stantibus* connatural y propio de las medidas adoptadas, lo que expresamente recoge la disposición transitoria primera de la citada Ley valenciana que establece la posibilidad de revisión judicial de las medidas definitivas adoptadas conforme a la legislación anterior; cuando expresamente se solicite la aplicación de la citada norma respecto de casos concretos, refiriendo dicha revisión judicial sustantiva y por cambio de la regulación bajo la que se acordaron las medidas al procedimiento de modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación,

20 STSJCIV 6 septiembre 2013 (RJ 2012, 6660).

nulidad o divorcio y con ello a la regulación procesal del art. 755 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Ahora bien, tal y como matiza la propia sentencia, el que la entrada en vigor de la Ley 5/2011 suponga una alteración de circunstancias, a efectos de modificación de medidas, no quiere decir que proceda siempre pasar de la individual a la compartida, pues esto dependerá del análisis y valoración de cada caso.

5. Reflexión final: el peligro de la excesiva discrecionalidad.

La utilización de un concepto jurídico indeterminado²¹, como es el interés del menor, tiene siempre como inconveniente que se acuda a él para basar la decisión concreta que se adopte, pero sin entrar a motivarla debidamente. En la²², la Sala otorga la custodia compartida, revocando la decisión de instancia favorable a la individual, con el siguiente razonamiento: “...teniendo en cuenta que la excepcionalidad desde la entrada en vigor de la Ley la constituye el establecimiento de un régimen de convivencia a un solo progenitor; entendemos que existen razones suficientes para que en interés del menor se concluya que resulta mejor el régimen de guarda y custodia compartida, dado que ambos progenitores son perfectamente capaces de asumir el cuidado y educación del menor; estando además el menor adaptado por igual a ambos padres, por lo que procede estimar el recurso y fijar la atribución a ambos progenitores de manera compartida del régimen de convivencia del menor; sin que apreciemos razones, ni factores que aconsejen optar por una solución que la nueva Ley considera excepcional”. La solución, sin duda correcta en cuanto al fondo, exigiría un mayor detalle en la ponderación de las circunstancias del art. 5.3, y desde luego pone de manifiesto que la combinación de un concepto indeterminado como es el interés del menor y la regla general (convivencia compartida) puede dar lugar a resoluciones justas pero poco motivadas.

La lectura del art. 5 de la Ley 5/2011 induce a pensar que el Juez debe motivar adecuadamente el régimen de convivencia por el que opta en ausencia de pacto de los progenitores. Son por ello correctas, en su razonamiento, las sentencias que valoran el material fáctico y analizan los factores enumerados en el art. 5 para justificar la decisión. Hay que huir de excesivas generalizaciones, de declaraciones que se limitan a señalar un régimen u otro como más beneficioso para los menores, pero sin examinar las circunstancias para resolver aquello que resulte más favorable a los intereses del menor²³.

21 Así lo califica la STSJCV 6 d septiembre 2013 (RJ 2013, 6660).

Como dice DE TORRES PEREA, J.M.: *Interés del menor y Derecho de familia*. Madrid (2009): Iustel, p. 24, “el interés del menor se ha introducido en nuestra legislación como una cláusula general, es decir, se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado”.

22 SAP Alicante 5 diciembre 2012 (JUR 2013, 116336).

23 Como dice INIGUEZ DEL VAL, S.: “De la excepción a la realidad de la custodia compartida. Criterios para su atribución. Sentencia de 29 de abril de 2013 (RJ 2013, 3269)”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2014), 94,

Siendo el interés del menor un concepto abierto, el peligro de la excesiva discrecionalidad puede ser atemperado si se utilizan por el Juzgador los factores del art. 5 para hacer más fácil su concreción. Es la solución que consideramos más adecuada, incluso aunque estos factores del art. 5 sean también, a su vez, conceptos abiertos y necesitados de concreción. El art. 5.3, al enumerar los factores, señala que “la autoridad judicial tendrá en cuenta...”, lo que refuerza la conclusión antes apuntada, en el sentido de exigir un examen de los mismos por la sentencia que ponga fin al procedimiento, y ello con independencia del carácter compartido o individual del régimen de convivencia. Hay que motivar la adopción del régimen de convivencia, sea cual sea²⁴. También es importante reparar en que el art. 5.3 indica que el Juez, al tomar la decisión, tiene “a la vista” la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de los progenitores debe presentar²⁵.

La STSJCV 6 diciembre 2013²⁶ ofrece la pauta a seguir en estos casos. Estima la infracción del art. 5 de la Ley 5/2011, casa la sentencia de la AP de Valencia que optó por la custodia individual y repone la del JPII de Gandía que había resuelto a favor de la custodia compartida. Afirma el Tribunal que “el superior interés del menor a que se remite la sentencia recurrida queda limitado a la invocación retórica del mismo, que si bien se identifica en los textos que cita no aplica ningún criterio integrador del interés del menor ni explicita en qué medida está mejor protegido dicho interés del menor en el sistema de custodia o convivencia individual que en el sistema de custodia compartida, sin expresar de forma clara –salvo la referencia a la distancia entre Denia y Gandía– las circunstancias que hacen más adecuado al interés del menor el régimen de custodia individual que el de custodia compartida, obviando el informe psicosocial favorable, la especial situación del padre y el dictamen del Ministerio Fiscal. Tampoco pondera las consecuencias que se pueden derivar del régimen de convivencia adoptado para la formación integral del menor, obviando asimismo las garantías y precauciones legales para asegurar el interés superior de cada menor tales como la posibilidad de controles periódicos, como alega el Ministerio Fiscal”.

p. 259, “cualquier decisión que adopte el Juez no bastará con que esté fundada en el interés del menor sino que también ha de estar debidamente argumentada”.

24 En este mismo sentido, FORTEA GORBE, J. L.: “Análisis de los criterios para la adopción del régimen de convivencia compartida desde la perspectiva judicial. Jurisprudencia reciente”, ponencia del curso *El Derecho de familia. La ruptura parental: medidas a adoptar. La encrucijada de la Ley valenciana de custodia compartida. La mediación*. Alicante (2012): Universidad de Verano Rafael Altamira, p. 30.

En cambio, para CLEMENTE MEORO, M.: “El pacto de convivencia familiar y las medidas judiciales en su ausencia de pacto en la ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, en AA.VV.: *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*. Valencia (2011): Tirant lo Blanch, 63, el juez tiene libertad para decidir uno u otro régimen de convivencia, aunque parece que para decidir el de convivencia exclusiva con uno de los progenitores habrá de justificar su necesidad.

25 Es decir, podría suceder que ninguno de los progenitores propusiera el régimen de convivencia compartida. En este caso, nos inclinamos por pensar que la objeción de los progenitores es indicativa de que el régimen de convivencia compartida no coincide con el interés superior del menor.

26 STSJCV 6 diciembre 2013 (RJ 2013, 6660).

Se pone así de manifiesto por el TSJ de la Comunitat Valenciana que no debe hacerse una invocación genérica y retórica al superior interés del menor. Al contrario, como dice el Tribunal, "se ha de concluir... que el interés superior del menor se ha de integrar en cada caso concreto, dando contenido específico a este concepto jurídico indeterminado y atendiendo en el ámbito de la Comunidad Valenciana lo dispuesto en la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011 I, de 1 de abril, que establece como régimen general de convivencia el de convivencia compartida –artículo 5.2– y como régimen excepcional el de custodia individual y como tal de particular concreción del interés del menor en cada caso –artículo 5.4–, todo ello en los términos de la definición de ambos de la norma legal –artículo 3–, todo ello ponderado en función de los factores de decisión que expresamente reseña la norma legal en su artículo 5.3"²⁷.

Está, pues, claramente señalado el camino a seguir: atender al interés del menor en los términos de ponderación de factores del art. 5 y de la excepcionalidad del régimen de convivencia individual²⁸, huyendo de razones abstractas e imprecisas. Un buen ejemplo a seguir es la reciente SAP Castellón 17 enero 2014²⁹, en la que la Sala determina el régimen que mejor protege el interés de los menores analizando todos y cada uno de los factores del art. 5.3 con relación al caso concreto planteado.

27 Sigue este mismo razonamiento la SAP Valencia 18 junio 2014 (JUR 2014, 201095).

28 La Ley valenciana viene a ser coherente con la evolución de las cosas.

Si antes se consideraba que el interés del menor se conseguía con la guarda individual, porque le proporcionaba un ambiente estable, hoy, con el paso de los años ha ido calando en la sociedad que los hijos deben relacionarse con ambos progenitores, pese a la ruptura familiar, y que la custodia compartida es la institución jurídica más beneficiosa para ellos. Sobre ello, UREÑA MARTÍNEZ, M.: "Modificación de la guarda única por la custodia compartida con el argumento de que dicha medida es más beneficiosa para los hijos. Sentencia de 19 de julio de 2013 (RJ 2013, 5002)". *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2014), 94, pp. 452 ss.

29 SAP Castellón 17 enero 2014 (JUR 2014, 119985).

BIBLIOGRAFÍA

CLEMENTE MEORO, M.: "El pacto de convivencia familiar y las medidas judiciales en su ausencia de pacto en la ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", en AA.VV.: *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*. Valencia (2011): Tirant lo Blanch.

CONESA PÉREZ, C.: "¿Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida en el Código Civil? Algunas referencias jurisprudenciales y legales", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* (2011), 8, pp. 25-32.

DE TORRES PEREA, J.M.: *Interés del menor y Derecho de familia*. Madrid (2009): Iustel.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Las crisis familiares en la legislación valenciana", en AA.VV.: *Derecho Civil IV* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE). Valencia (2013): Tirant lo Blanch.

FORTEA GORBE, J.L.: "Análisis de los criterios para la adopción del régimen de convivencia compartida desde la perspectiva judicial. Jurisprudencia reciente", ponencia del curso *El Derecho de familia. La ruptura parental: medidas a adoptar. La encrucijada de la Ley valenciana de custodia compartida. La mediación*. Alicante (2012): Universidad de Verano Rafael Altamira.

IÑÍGUEZ DEL VAL, S.: "De la excepción a la realidad de la custodia compartida. Criterios para su atribución. Sentencia de 29 de abril de 2013 (RJ 2013, 3269)". *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2014), 94, pp. 245-268.

CRÓNICAS
JURISPRUDENCIALES



EL RECURSO DE APELACIÓN EN EL PROCESO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LA
JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

*THE APPEAL IN THE ADMINISTRATIVE LITIGATION PROCESS IN
LIGHT OF THE SPANISH JURISPRUDENCE*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 806-825



Luis
de las HERAS
VIVES

ARTÍCULO RECIBIDO: 31 de julio de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo es ofrecer una visión práctica sobre el recurso de apelación en el proceso contencioso-administrativo. Para ello se incidirá en cuestiones polémicas que en muchas ocasiones por una deficiente comprensión suponen la inadmisión del recurso; por ejemplo, el escrito de interposición o la determinación de la cuantía.

PALABRAS CLAVE: Recurso de apelación, escrito de interposición, determinación de la cuantía.

ABSTRACT: The objective of the present paper is to provide a practical point of view about the appeal in the administrative litigation process. To do this, I will focus attention on the main issues in the appeal procedure, for example, the application or the determination of the amount, among others.

WORDS: Appeal, application, determination of the amount.

SUMARIO: I. Introducción.- 1. El recurso ordinario de apelación.- 2. La doble instancia en el proceso contencioso-administrativo.- II. Resoluciones recurribles en apelación.- 1. Recurso de apelación contra autos.- A) Con efecto devolutivo.- B) Con efecto devolutivo y suspensivo.- 2. Recurso de apelación contra sentencias.- III. Cuestiones de índole procedimental.- 1. Legitimación activa.- 2. Legitimación pasiva.- 3. Tramitación y sustanciación (art. 85 LJCA).- IV. Cuestiones concretas.- 1. Apelación de las sentencias y autos dictados por los juzgados unipersonales que declaren la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo o que impidan su continuación.- 2. La determinación de la cuantía a efectos del recurso de apelación.- A) Acumulación de acciones por varios demandantes.- B) Acumulación procedente de diferentes títulos.- C) Sanciones que consistan en la privación de derechos.- D) En materia de extranjería.- 3. El carácter subsanable del requisito de pago de la tasa.- 4. El escrito de interposición como crítica razonada a la resolución apelada.- 5. La práctica de prueba en la segunda instancia.

I. INTRODUCCIÓN.

I. El recurso ordinario de apelación.

ORBANEJA define el recurso de apelación como “un recurso ordinario y devolutivo por virtud del cual se trae la cuestión objeto de la resolución al pleno conocimiento de un juez superior”. Se trata, por tanto, de un medio de impugnación cuya función procesal radica en la depuración de los criterios hermenéuticos, interpretativos o de juicio, valoración de las pruebas practicadas y, en definitiva, de los resultados obtenidos en la sentencia dictada en primera instancia¹. Por medio de éste, un órgano jurisdiccional diferente revisa la sentencia dictada por el juez *a quo*, extendiendo su función revisora tanto a los aspectos de hecho como de derecho. El recurso de apelación permite que el tribunal *ad quem* examine de nuevo, en todas sus facetas, el litigio. Esto no significa que el tribunal que conoce del recurso se encuentre en la misma situación que el de primera instancia; pues la finalidad de la apelación es la de demostrar que la sentencia impugnada ha incurrido en una errónea aplicación de las normas, o hechos o en incongruencia, o en aplicación de la normativa procedente; o en aportar cualesquiera otras razones que tiendan a su revocación con una sustancial². Razón por la que no cabe confundir el recurso de apelación con una segunda instancia en la que se discuten de nuevo la totalidad de las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en la primera instancia.

1 Vid. SSTS 25 febrero 1991 (RJ 1991, 1385) y 15 febrero de 1996 (RJ 1996, 7945).

2 STS 10 febrero 1997 (RJ 1997, 1137).

• Luis de las Heras Vives

Abogado y Vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Anteriormente Researcher en el IESE Business School (Universidad de Navarra). Becario en el Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universidad de Valencia. Ha colaborado en diferentes publicaciones y libros sobre derecho y ética empresarial, e impartido conferencias tanto a nivel nacional como internacional. Además es Académico de Número de la Muy Ilustre Academia de Ciencias y Humanidades.

2. La doble instancia en el proceso contencioso-administrativo.

El derecho a la segunda instancia es un derecho de configuración legal³, sometido a los requisitos y condiciones que la ley y la jurisprudencia establecen. El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales le dé. No existe un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, salvo en el orden penal⁴.

En definitiva, la verificación de los requisitos y presupuestos materiales y procesales sobre el acceso a la segunda instancia en el proceso contencioso-administrativo es una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales, siempre que la vía del recurso no se cierre arbitrariamente o *intuitu personae*⁵.

II. RESOLUCIONES RECURRIBLES EN APELACIÓN.

I. Recurso de apelación contra autos.

A) Con efecto devolutivo.

Los autos dictados por los Juzgados de los Contencioso-Administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo son apelables en un solo efecto (devolutivo) ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, respectivamente, en los siguientes casos:

- a) Los que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares.
- b) Los autos recaídos en ejecución de sentencia.
- c) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.

3 El TCC, sobre la distinción entre el acceso a la justicia y el derecho a la segunda instancia, en su STC 7 febrero 1995 (RTC 1995, 37), expone que "el acceso a la justicia como elemento esencial del contenido de la tutela judicial, consistente en provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión de un Juez (...). En este acceso, o entrada, funciona con toda su intensidad el principio *pro actione* que, sin embargo, ha de ser matizado cuando se trata de los siguientes grados procesales que, eventualmente puedan configurarse. El derecho a poder dirigirse a un Juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada quien, tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la propia Ley suprema. En cambio, que se revise la respuesta judicial, meollo de la tutela, que muy bien pudiera agotarse en sí misma, es un derecho cuya configuración se defiende a las leyes. Son, por tanto, cualitativa y cuantitativamente distintos".

4 Vid., entre otras, SSTC 23 enero 1984 (RTC 1984, 4) y 21 octubre 1985 (RTC 1985, 140).

5 STSJ Madrid 12 enero 2007 (JUR 2007, 206199).

d) Los que resuelven sobre las autorizaciones relativas a la entrada en el domicilio u otros lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular (art. 8.6, párrafo 1°); para la adopción de medidas sanitarias urgentes y necesarias para la salud pública que impliquen la privación o restricción de la libertad u otros derechos fundamentales (art. 8.6, párrafo 2°); para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia (art. 8.6, párrafo 3°); las reguladas en art. 8.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; así como aquellas que tienen por objeto la ejecución de los actos adoptados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual (art. 9.2).

e) Aquellos que determinen la ejecución provisional de una sentencia ya apelada o adopten medidas cautelares destinadas a asegurar su ejecución.

B) Con efecto devolutivo y suspensivo.

Los autos que traten acerca de la extensión de los efectos de una sentencia en materia tributaria y de personal a otros administrados que se encuentren en la misma situación jurídica que quien obtuvo la sentencia estimatoria (art. 110 y 111 LJCA).

2. Recurso de apelación contra sentencias.

La LJCA declara como regla general que solo las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y los Juzgados Centrales pueden ser apeladas. Por tanto, no cabe contra las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo.

Así, el art. 81.1 LJCA dice que “[l]as sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo serán susceptibles de recurso de apelación”, ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, respectivamente.

Además de limitar el recurso de apelación en atención al órgano jurisdiccional que dicta la sentencia, la regla general de apelabilidad de las sentencias dictadas por los Juzgados unipersonales queda excepcionada en los siguientes casos:

a) Aquellos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros.

b) Las que resuelvan las impugnaciones contra los actos de las Juntas Electorales de Zona y las formuladas en materia de proclamación de candidaturas y candidatos efectuada por cualquiera de las Juntas Electorales.

Excepciones, por su parte, contra-excepcionadas por art. 81.2 LJCA, según el cual podrán ser apeladas, en todo caso:

a) Las Sentencias que declaren la inadmisibilidad del recurso.

b) Las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

c) Las que resuelvan litigios entre Administraciones públicas.

d) Las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales.

III. CUESTIONES DE ÍNDOLE PROCEDIMENTAL.

I. Legitimación activa.

El art. 82 LJCA dispone que “el recurso de apelación podrá interponerse por quienes, según esta Ley, se hallen legitimados como parte demandante o demandada”. Del tenor literal del precepto se infiere que no solo podrán interponer recurso de apelación quienes fueron parte en la primera instancia, sino también los que no habiéndose personado en autos pudieran haberlo hecho por estar legitimados⁶.

Respecto de los legitimados en potencia, pero que no han sido parte en el procedimiento; dice la STS 14 diciembre 1979⁷ que: “el hecho de no haber comparecido en el proceso de primera instancia no es obstáculo para personarse como apelante, dado que el art. 95.1 de la Ley sólo exige, como presupuesto, que quien interponga el recurso esté legitimado como parte demandante o demandada, ya que si el declarado rebelde puede apelar, congruentemente la Ley Jurisdiccional no impone la comparecencia como requisito de legitimación”.

Será presupuesto, en todo caso, para la interposición del recurso de apelación, según la STS 14 diciembre 1982⁸: “quien haya sido perjudicado por la sentencia recurrida⁹ o, lo que es igual, que en ella se rechacen parcial o totalmente sus

6 A diferencia de lo que ocurre con el recurso de casación que únicamente podrá interponerse “por quienes hayan sido parte en el procedimiento a que se contraiga la sentencia o resolución recurrida” (art. 89.3 LJCA).

7 STS 14 diciembre 1979 (RJ 1979, 4441). Idéntico argumento utiliza la sentencia más reciente del TSJ Andalucía 20 octubre 2004 (JUR 2004, 31200).

8 STS 14 diciembre 1982 (RJ 1982, 7967).

9 En este sentido, la STS 26 mayo 1993 (RJ 1993, 3513) desestima el recurso de apelación argumentando “la absoluta falta de legitimación para [interponer el recurso de apelación], toda vez que la sentencia de instancia fue totalmente favorable para sus pretensiones, sin que le perjudique en nada la misma”.

pretensiones porque, si estas fueron acogidas de modo absoluto, al litigante no le ampara un interés objetivo que justifique la revocación del fallo acorde con su petición precedente”¹⁰.

2. Legitimación pasiva.

Si bien nada se dice en la LJCA respecto de la legitimación pasiva en el recurso de apelación, están legitimados pasivamente quienes se hayan visto favorecidos por la sentencia o auto impugnado.

Conviene señalar aquí que la parte apelada podrá, en el momento procesal oportuno, adherirse a la apelación. De no hacerlo, no podrá ya ostentar ninguna otra condición que la de apelado con las consecuencias que conlleva¹¹.

3. Tramitación y sustanciación (art. 85 LJCA).

Notificada la resolución, el recurso de apelación se interpondrá ante el Juzgado que hubiere dictado la sentencia apelada, dentro de los quince días siguientes al de su notificación¹², mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso¹³.

Presentado el escrito de interposición, en caso de cumplir los requisitos previstos por el art. 85.1 LJCA y se refiera a una resolución susceptible de apelación, el Secretario judicial dictará resolución admitiendo el recurso, contra la que no cabrá recurso alguno. En otro caso, el Secretario judicial lo pondrá en conocimiento del Juez que, si lo estima oportuno, denegará la admisión por medio de auto, contra el que podrá interponerse recurso de queja, que se sustanciará en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

10 El fundamento jurídico de la antigua sentencia citada, se continúa utilizando por la jurisprudencia más reciente, en este sentido pueden verse las STSJ Castilla y León 24 abril 2009 (RJCA 2009, 712) y la STSJ Andalucía 26 mayo 2008 (RJCA 2008, 679).

11 Sobre la consecuencia de ostentar la condición de mero apelado, la STS 19 noviembre 1997 (RJ 1997, 8172) dice al respecto que: “la parte apelada aprovecha la apelación para practicar unas cuentas sobre los intereses que exceden de su posición de recurrida, la cual sólo permite defender la sentencia impugnada.

12 En la medida que no existe precepto alguno en la LJCA que establezca el cómputo de los plazos de presentación de escritos, y dado el carácter supletorio de la LEC en la sustanciación del proceso contencioso-administrativo, se debe aplicar lo dispuesto por el art. 135.1 LEC. Por tanto, el último día de presentación del recurso alcanzará hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento. En este sentido puede verse el ATS 16 abril 2002 (JUR 2002, 159107).

Transcurrido el plazo sin haberse interpuesto el recurso de apelación, el Secretario judicial declarará la firmeza de la sentencia (art. 85.1 *in fine*).

13 Adviértase que, de conformidad con el art. 85.3 LJCA, tanto en los escritos de interposición del recurso y de oposición al mismo “las partes podrán pedir el recibimiento a prueba para la práctica de las que hubieran sido denegadas o no hubieran sido debidamente practicadas en primera instancia por causas que no les sean imputables”. Asimismo, el art. 85.7 LJCA recuerda que “las partes, en los escritos de interposición y de oposición al recurso, podrán solicitar que se celebre vista, que se presenten conclusiones o que el pleito sea declarado concluso, sin más trámites, para sentencia”.

Admitido el recurso de apelación, el Secretario judicial dará traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, puedan formalizar su oposición. En caso de entender que la apelación ha sido indebidamente admitida, la parte apelada deberá hacerlo constar en su escrito de oposición, en cuyo caso, el Secretario judicial dará vista a la parte apelante, por cinco días, de esta alegación. Además, en el mismo escrito de oposición, el apelado podrá, también, adherirse a la apelación razonando los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia¹⁴; en este caso el Secretario dará traslado al apelante del escrito de oposición por plazo de diez días, al solo efecto de que pueda oponerse a la adhesión (art. 85.4).

Transcurridos los plazos ya indicados, el Juzgado remitirá los autos a la Sala competente, ordenándose el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante el órgano *ad quem*, que resolverá, en su caso, lo que proceda sobre la discutida admisión del recurso, y sobre el recibimiento a prueba y celebración de la vista o la presentación de conclusiones.

Celebrada la vista o presentadas las conclusiones, el Secretario judicial declarará que el pleito queda visto para sentencia, que será dictada en el plazo de diez días desde la referida declaración.

IV. CUESTIONES CONCRETAS.

I. Apelación de las sentencias y autos dictados por los juzgados unipersonales que declaren la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo o que impidan su continuación.

El legislador, al regular el recurso de apelación contra autos, prevé, en el art. 80.1.c) LJCA, que serán apelables en un solo efecto los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo que declaren la inadmisión del recurso Contencioso-Administrativo o hagan imposible su continuación cuando dichas resoluciones judiciales sean dictadas en el seno de procesos judiciales en los que conozcan en primera instancia; y no lo serán en supuestos de instancia única.

Acerca de la inapelabilidad del auto que declara la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo, la STC 59/2003¹⁵ que sostiene que: "la interpretación jurídica efectuada por el órgano judicial para justificar la inadmisión de la apelación,

14 En el caso de sentencias parcialmente estimatorias, la jurisprudencia admite que la apelada pueda convertirse en apelante en virtud de la adhesión respecto de todo aquello que le sea perjudicial la sentencia, debiendo producirse tal adhesión en el mismo escrito de oposición a la apelación dentro del plazo de los 15 días concedidos en la resolución judicial admitiendo el recurso de apelación, en los términos prevenidos en el art. 85.2 de la Ley Jurisdiccional. En este sentido puede verse la STS) Castilla y León 13 abril 2012 (JUR 2012, 197633).

15 STC 24 marzo 2003 (RTC 2003, 59).

no sólo no contraviene de manera frontal ningún precepto de la LJCA/1998, sino que, incluso, encuentra apoyo en la dicción literal del art. 80.1.c) de dicha Ley procesal, que, como hemos señalado con anterioridad, prevé exclusivamente el carácter apelable de los Autos declarativos de la inadmisibilidad de un recurso Contencioso-Administrativo o que impidan su continuación dictados por los Juzgados unipersonales «en primera instancia», y no la apelabilidad de todos ellos, incluidos los dictados en supuestos de instancia única. Y todo ello con independencia de que también fuesen razonables otras posibles interpretaciones de la legalidad procesal Contencioso-Administrativa sobre la cuestión, debiendo recordarse, a este respecto, que no es función de este Tribunal «la de, entre dos interpretaciones razonables de una norma, elegir cuál de ellas le parece más razonable» (...) Por otro lado la motivación de la resolución cuestionada no está constituida por ningún discurso irracional, absurdo o incurso en quiebras lógicas de ningún tipo, como puede apreciarse mediante una simple lectura de ella. En efecto, la Sentencia toma como punto de partida la doctrina jurisprudencial relativa a la fijación de la cuantía de los recursos Contencioso-Administrativos y prosigue con la exégesis de los arts. 80.1 c) y 81.1 a) LJCA, constatando, a continuación, que la cuantía del asunto enjuiciado no alcanza la 'summa gravaminis' establecida legalmente para las apelaciones Contencioso-Administrativas, concluyendo, coherentemente a partir de estos datos, con la declaración de inadmisión del recurso de apelación instado por la sociedad mercantil recurrente en amparo.

A la luz de las anteriores consideraciones debe rechazarse la existencia de la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su esfera de derecho de acceso a los recursos”.

Sin embargo, nos encontramos ante la paradójica situación que, frente a unos mismos hechos, si la cuestión de inadmisión se resuelve por auto no cabrá recurso de apelación; mientras que si es por sentencia, de conformidad con el art. 81 LJCA, cabrá interponer recurso de apelación. Así lo entiende el TC en su STC 6 mayo 2011¹⁶: “[D]e la combinación de los arts. 81.1 a) y 81.2 a) LJCA resulta que las Sentencias de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo son susceptibles de recurso de apelación, aunque su cuantía no supere los 18.030,36 €, siempre que declaren la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, cualquiera que sea la razón en que se funde dicha inadmisibilidad. O, dicho con otras palabras, que las Sentencias de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que declaren la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo son susceptibles de recurso de apelación cualquiera que sea su cuantía, salvo claro está las relativas a materia electoral comprendidas en el art. 8.5 LJCA. Este régimen legal encuentra su razón de ser en la mayor efectividad del derecho a obtener una resolución judicial de fondo, pues posibilita que en todos los casos –independientemente de su cuantía– en que

16 STC 6 mayo 2011 (RTC 2011, 65).

la primera instancia concluye con una decisión judicial de cierre del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo exista una vía de recurso para que otro órgano judicial verifique si dicha resolución judicial es conforme con el derecho de acceder a la jurisdicción y obtener una resolución de fondo sobre las cuestiones suscitadas.”

Esta situación se ve criticada por la STSJ Cataluña 24 julio 2008¹⁷, pues aduce que: “el hecho de que tal inadmisibilidad sea declarada en sentencia (en cuyo caso no cabe duda que cabría recurso de apelación, y por consiguiente queja, en su caso, de ser inadmitido) o por auto, no puede dar lugar, en recta interpretación del principio pro actione, a la interpretación pretendida por cuanto nos hallamos ante una misma causa de inadmisibilidad (defecto o falta de representación) cuya circunstancia, de ser detectada con anterioridad a sentencia, no puede llevar a la irracionalidad de dar una solución distinta en uno u otro caso (estimar en el primero que procede admitir la apelación, con el resultado a que hubiere lugar, y que no puede ser objeto de examen en la queja, o impedir el acceso a la apelación denegando la queja)”.

Interpretación ésta, a nuestro juicio, más acorde con la finalidad del art. 81.2.a) LJCA, en la medida que la resolución anticipada por medio de auto –materialmente el mismo pronunciamiento que si de una sentencia se tratase–, no puede conllevar, a efectos del ulterior recurso de apelación, un resultado procesalmente tan diferente, máxime cuando los fundamentos para la impugnación son idénticos en ambos casos.

2. La determinación de la cuantía a efectos del recurso de apelación.

Según el art. 81.1.a) LJCA, “las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo serán susceptibles de recurso de apelación, salvo que se hubieran dictado en los asuntos siguientes: a) Aquellos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros”.

Sobre esta base inicial hay que destacar que la fijación de la cuantía constituye un elemento esencial en la procedencia o no del recurso de apelación. Por tanto, debe extremarse la diligencia en la determinación de la cuantía, al tiempo que cumpliendo con la exigencia del art. 40 de la citada Ley, es necesario no caer en simples automatismos que supongan calificar como indeterminada pretensiones perfectamente cuantificables.

Las prevenciones legales en materia de cuantía han de ser aplicadas en función de la real entidad material de la cuestión litigiosa, siendo irrelevante a los efectos de la inadmisión el hecho de que el recurso de apelación haya sido admitido en la instancia, que el asunto se haya tramitado como de cuantía indeterminada, o que se haya hecho el ofrecimiento del recurso de apelación al notificarse la sentencia¹⁸.

¹⁷ STSJ Cataluña 24 julio 2008 (JUR 2008, 314145).

¹⁸ STSJ Madrid 30 marzo 2006 (JUR 2006, 203341).

Respecto de las reglas de cuantificación recogidas en la LJCA, dispone el art. 34. I y 2, que “serán acumulables en un proceso las pretensiones que se deduzcan en relación con un mismo acto, disposición o actuación”, y “lo serán también las que se refieran a varios actos, disposiciones o actuaciones cuando unos sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa.” Asimismo señala el art. 35. I, que “el actor podrá acumular en su demanda cuantas pretensiones reúnan los requisitos señalados en el artículo anterior”.

El art. 41 LJCA, por su parte, señala que: “1. La cuantía del recurso contencioso-administrativo vendrá determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo. 2. Cuando existan varios demandantes, se atenderá al valor económico de la pretensión deducida por cada uno de ellos, y no a la suma de todos. 3. En los supuestos de acumulación o de ampliación, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor económico de las pretensiones objeto de aquéllas, pero no comunicará a las de cuantía inferior la posibilidad de casación o apelación”.

Para fijar el valor económico de la pretensión, según el art. 42. I, “se tendrán en cuenta las normas de la legislación procesal civil, con las especialidades siguientes:

a) Cuando el demandante solicite solamente la anulación del acto, se atenderá al contenido económico del mismo, para lo cual se tendrá en cuenta el débito principal, pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad, salvo que cualquiera de éstos fuera de importe superior a aquél.

b) Cuando el demandante solicite, además de la anulación, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, o cuando solicite el cumplimiento de una obligación administrativa, la cuantía vendrá determinada:

Primero. Por el valor económico total del objeto de la reclamación, si la Administración pública hubiere denegado totalmente, en vía administrativa, las pretensiones del demandante.

Segundo. Por la diferencia de la cuantía entre el objeto de la reclamación y el del acto que motivó el recurso, si la Administración hubiera reconocido parcialmente, en vía administrativa, las pretensiones del demandante.”

El TS, en referencia a la determinación de la cuantía, señala que ésta puede ser efectuada en cualquier momento, incluso de oficio, por el órgano jurisdiccional, ya que se trata de una materia de orden público; máxime cuando la fijación determina la procedencia o no del recurso. Resulta evidente, por tanto, que no puede dejarse la fijación de la cuantía al mero arbitrio de quien pretende el acceso a la apelación, ya que supondría alterar el régimen de recursos establecidos en la Ley.

En la práctica, por ausencia de regulación expresa, la fijación de la cuantía constituye un ámbito complejo que requiere analizar pormenorizadamente los criterios manejados por la jurisprudencia para cada caso concreto.

A) Acumulación de acciones por varios demandantes.

Sobre la determinación de la cuantía del recurso en aquellos supuestos que exista una acumulación de acciones por varios demandantes, nos dice el art. 41.2 LJCA que “se atenderá al valor económico de la pretensión deducida por cada uno de ellos, y no a la suma de todos”, a lo que ha de añadirse que, según lo dispuesto en el art. 41.3 del mismo cuerpo legal, en los supuestos de acumulación de pretensiones, aunque la cuantía del recurso venga determinada por la suma del valor de las pretensiones objeto de aquélla, no comunicará a las de cuantía inferior la posibilidad de apelación¹⁹.

Respecto de las cuotas de participación de cada uno de los comuneros, el TS²⁰ sostiene que la cuantía se determina en función de la participación de cada comunero en la titularidad compartida y, a falta de previsión especial o de su constancia, por iguales partes entre todos ellos, en aplicación de la regla sobre acumulación subjetiva de acciones (art. 41.2 de la Ley Jurisdiccional) y de la presunción establecida en el art. 393, regla segunda, del CC.

B) Acumulación procedente de diferentes títulos.

No en pocas ocasiones la cuantía del recurso viene dada por la acumulación, en un mismo acto administrativo, de diversas reclamaciones de deuda que son individualizables; en estos casos, como norma general, ha de estarse a cada cuantía individualizada y no a la suma de todas ellas. En este sentido, el propio art. 41.3 LJCA se encarga de precisar que en los casos de acumulación o ampliación del recurso, no se comunicará la posibilidad de apelación o casación a las de cuantía inferior:

La STSJ País Vasco 21 julio 2008²¹, aplica el criterio expuesto y ofrece la siguiente solución a un caso de acumulación procedente de diferentes títulos: “en consecuencia, y en fuerza de la expuesta doctrina legal, ninguna de las sanciones de 15.025,30 euros, debidamente desacomuladas a efectos de recurso de apelación conforme al art. 41.3 LJCA, tienen acceso a la segunda instancia y la sentencia apelada ha de tenerse por firme pues ninguna alcanza la *suma gravaminis* de 3.000.000 de pesetas o 18.000,30 euros señalada por el art. 81.1.a) LJCA”.

¹⁹ En este sentido puede verse la STS 18 enero 2006 (RJ 2006, 8).

²⁰ Vid. STS 23 enero 2012 (RJ 2012, 224).

²¹ STSJ País Vasco 21 julio 2008 (RJCA 2009, 355).

Del mencionado art. se deriva que cada una de las pretensiones acumuladas conserva, pese a la acumulación, su propia individualidad cuantitativa respecto del recurso de apelación, independientemente del resultado que arroje la suma de las cuantías de cada una de las pretensiones, siendo, en definitiva, la cuantía de cada una de éstas, aisladamente considerada, la que abre o cierra el cauce de la apelación con independencia de la cifra que alcance la suma de las cuantías de las diferentes pretensiones acumulada²².

Este criterio, no sólo se aplica a los supuestos de acumulación sobrevenida; sino también a los recursos contencioso-administrativos ya interpuestos por separado, y a aquellos casos en que se produce una acumulación inicial. Incluso –y así lo recoge la jurisprudencia²³– es aplicable al supuesto de que se impugne una sola resolución administrativa que, en vía de recurso, conozca del interpuesto contra diversos actos administrativos.

Esta última situación se da especialmente en el caso de las liquidaciones tributarias. Aunque la Administración resuelva previamente (en vía de recurso administrativo o económico-administrativo) sobre todas las liquidaciones en una misma resolución; habrá que atender a cada una de las liquidaciones individualmente consideradas para determinar si el recurso de apelación es admisible o no. Y, con idéntico criterio, ocurre cuando se impugnan varias sanciones, o, en un solo acto administrativo, se hayan liquidado cuotas correspondientes a distintos ejercicios.

C) Sanciones que consistan en la privación de derechos.

En aquellos casos en que, aun tratándose de sanciones consistentes en la privación de derechos, exista una posibilidad razonable de establecer su valoración económica, debe fijarse la cuantía del recurso con arreglo a ella, pues así se infiere de las normas generales sobre determinación de la cuantía, que ordenan estar al valor de la pretensión²⁴.

Sobre la cuantificación de las sanciones consistentes en la suspensión del ejercicio profesional, resulta de interés la STS 23 mayo 2003²⁵, que analiza, concretamente, las

22 Además, no podemos olvidar, que de conformidad con el art. 42.1 a) LJCA, habrá de atenderse al contenido económico mismo detrayendo los elementos ajenos al débito principal, tales como recargos, costas o cualquier otra clase de responsabilidad.

23 STSJ Murcia 10 septiembre 2010 (JUR 2010, 362912).

24 STS 31 enero 2000 (RJ 2000, 1409).

25 STS 23 mayo 2003 (RJ 2003, 4094). La parte recurrente pretendía que Sala dictase Sentencia declarando como doctrina legal que a los efectos del art. 81.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se considerarán de cuantía indeterminada, y en consecuencia, serán susceptibles de recurso de apelación los recursos que tengan por objeto la sanciones impuestas a los Abogados por sus Colegios Profesionales. Y con carácter subsidiario interesa que esta doctrina se concrete en que «a los efectos del art. 81.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, se consideran de cuantía indeterminada o, en todo caso, superior a tres millones de pesetas, y en consecuencia, serán susceptibles de recurso de apelación, los recursos que tengan por objeto las sanciones de suspensión en el ejercicio profesional

sanciones impuestas a los Abogados por sus Colegios Profesionales, en ella se dice que: “es evidente que en el presente caso la posibilidad de sanciones susceptibles de valoración económica está establecida en el artículo 42.2 de la vigente Ley de la Jurisdicción, de donde se deduce, de acuerdo con el criterio jurisprudencial antes expuesto, que, siendo estas valorables, no han de considerarse de cuantía indeterminada y, en el caso concreto enjuiciado, que afecta a la imposición de una sanción de suspensión de un mes de ejercicio profesional, es acertado el criterio de la Sala de instancia que estima que la cuantía de los ingresos dejados de percibir no excede de aquella cifra.

Por otro lado, en modo alguno cabría que, con el carácter general que se pretende de una declaración propia del recurso de casación en interés de Ley, esta Sala afirme, con esa generalidad, que las sanciones de suspensión en el ejercicio profesional impuesta a los Abogados por sus Colegios Profesionales o incluso la que exclusivamente afecta a un mes de suspensión es de cuantía indeterminada, o en todo caso, superior a tres millones de pesetas, puesto que la determinación de dicha cuantía habrá de precisarse en cada caso concreto en función de las circunstancias del caso, pudiendo en todo caso la parte interesada alegar su discrepancia con la cuantía fijada por el recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley vigente Jurisdiccional, cuya posibilidad no se ha ejercitado por parte de la recurrente en casación en el presente caso”.

Otro supuesto típico en materia de privación de derechos, es el de suspensión temporal de la autorización administrativa para conducir vehículos de motor: Si examinamos al respecto la jurisprudencia del TS, observamos que sistemáticamente se rechaza calificar como indeterminada la suspensión temporal de la autorización administrativa para conducir; ya que puede cuantificarse en relación al coste de la contratación de un sistema de transporte alternativo a la propia conducción personal²⁶. Respecto de la pérdida de puntos, puede cuantificarse en atención a los gastos que suponga la realización de los cursos para la recuperación de los mismos.

Respecto sanciones que conlleven la suspensión de empleo y sueldo, puede determinarse la cuantía, a efectos del recurso, según los salarios correspondientes al tiempo por el que se impone la sanción. En este sentido, el TS, en su STS 2 marzo 2006²⁷, sostiene que: “en el caso de autos, en consecuencia, la posibilidad de cuantificación económica se nos aparece como clara y tal cuantificación, y sin perjuicio de que pueda fijarse con más exactitud en los trámites de ejecución

impuestas a los Abogados por sus Colegios Profesionales» o bien, y con carácter subsidiario que, a los mismos efectos, se consideran de cuantía indeterminada y, en consecuencia, susceptibles de recurso de apelación las sanciones de suspensión en el ejercicio profesional por plazo de un mes impuestas a los Abogados por sus Colegios Profesionales.

26 SSTS 17 de diciembre de 1996 (RJ 1997, 7232) y 22 octubre de 1997 (RJ 1997, 9348).

27 STS 2 marzo 2006 (JUR 2006, 228523).

de Sentencia, no podía ser otra, como hemos avanzado, que el importe de los salarios correspondientes que el sancionado dejaría de percibir durante el tiempo de cumplimiento de la sanción que le fuera impuesta y que, en el supuesto que nos ocupa, nunca podría llegar a los tres millones de pesetas (18.030,36 Euros). Así las cosas, en el procedimiento de que esta apelación trae causa la cuantía debió fijarse por referencia a las cantidades antedichas y que, al ser inferiores al límite mínimo fijado en la Ley 29/1.998 a dichos efectos, debieran haber determinado la inadmisión de la apelación pretendida, causa de inadmisión que ahora, en esta Sentencia, deviene en causa de inadmisibilidad del recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 81.1.a) de la Ley 29/1.998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

En el ámbito de la función pública, encontramos jurisprudencia que considera que la suspensión de empleo y sueldo no puede cuantificarse, en la medida que nos encontramos ante un derecho-deber de carácter personal, como es el desempeño de la función inherente a su condición de funcionario público.

En este sentido se posiciona la STSJ Cataluña 4 octubre 2011²⁸: “en el caso de la suspensión de funciones, junto a la pérdida de remuneraciones y emolumentos, está comprometido el derecho al trabajo, reconocido a todo ciudadano con carácter genérico en el art. 35 de la CE y con carácter específico 23 y 103 de la CE en el ámbito de la función pública. De este modo, la persona a quien se le impone una sanción de esta naturaleza pierde desde luego las retribuciones, pero también se ve impedido de ejercitar lo que es un derecho-deber de carácter personal, como es el desempeño de la función inherente a su condición de funcionario público que es difícilmente cuantificable”.

Por tanto, entendemos que en este caso hay una pretensión y unas consecuencias que comportan la privación de unos derechos que no son susceptibles de valoración económica, por lo que hay que reputar el asunto de cuantía indeterminada y, en consecuencia, admitir la apelación al no estar en los casos de irrecurribilidad del art. 81.1 LJCA.

Refuerza esta interpretación la propia referencia explícita del art. 42.2 LJCA a los funcionarios públicos, reputando como de cuantía indeterminada aquellos asuntos que “no versen sobre derechos o sanciones susceptibles de valoración económica”, como entendemos que es el caso de la privación del derecho al desempeño del cargo o función por parte del funcionario, implícito en la sanción de suspensión de funciones.

28 STSJ Cataluña 4 octubre 2011 (RJCA 2011, 864).

El Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Barcelona, en su S. 18 diciembre 2013²⁹, añade, además de reproducir los argumentos de la sentencia antes citada, que: “en el caso de una sanción grave, que, como todas las sanciones, se anota en el expediente personal, nos hallamos ante una circunstancia personal que se proyecta más allá de la ejecución o cumplimiento de la sanción misma, puesto que su imposición trasciende y repercute en la posible pérdida del puesto de trabajo (...), en la baja en la Seguridad Social durante el cumplimiento de la sanción con la consiguiente repercusión en la protección social (...) etc.”.

Este criterio expuesto por el TSJ Cataluña, no es seguido por el de Galicia que, en su S. 27 junio 2012³⁰, razona en los siguientes términos: “el recurso contencioso-administrativo estimado en la instancia, versa sobre una sanción 6 meses de suspensión de funciones considerando la Sala, siguiendo el criterio sentado por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Mayo del 2003, (...) que la pretensión es de cuantía determinada y que la misma ha de establecerse en el importe de las retribuciones dejadas de percibir en cumplimiento de la sanción, sin que resulten relevantes a los efectos de determinar la cuantía otras consideraciones relativas a la hipotética incidencia que la sanción pueda tener en la carrera profesional de los funcionarios, si no se plasman en perjuicios ciertos como por ejemplo sanciones que lleven aparejada la pérdida de destino u otras consecuencias semejantes, lo que no consta en el caso”.

D) En materia de extranjería.

La Sala Tercera del TS ha venido señalando, con buen criterio, que los asuntos en materia de extranjería, en la mayoría de los casos, deben de considerarse de cuantía indeterminada, concretamente, los que se refieren a la expulsión del territorio nacional de residentes en España; a la denegación de permiso de trabajo o residencia; o a la denegación del derecho a la obtención de una exención de visado.

Cuestión diferente son las resoluciones denegatorias de la entrada en España de quienes vienen a nuestro país como turistas, pues no pueden ser calificadas como asuntos de cuantía indeterminada. La jurisprudencia³¹ sostiene que nos encontramos ante una obligación de hacer; cuya cuantificación vendrá dada por los títulos del viaje más los gastos, cuando los haya, de alojamiento; o la indemnización por el eventual daño moral ocasionado³².

29 SJCA Barcelona 18 diciembre 2013 (JUR 2014, 23695).

30 STSJ Galicia 27 junio 2012 (JUR 2012, 241159).

31 Vid., por todas, STSJ Madrid 13 marzo 2006 (RJCA 2006, 582).

32 Recordemos que el 41 LJCA, dispone que la cuantía del recurso contencioso-administrativo vendrá determinada por el valor económico de la prestación objeto del mismo, precisando el artículo 42.1 que para

Sobre la denegación de entrada en el territorio nacional de un extranjero, la STSJ Madrid 7 de septiembre 2012³³ expresa que “la regla 11 del artículo 251 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, dispone que, cuando la demanda tenga por objeto una prestación de hacer; su cuantía consistirá en el coste de aquello cuya realización se inste o en el importe de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, sin que en este caso sean acumulables ambas cantidades, salvo si además de instarse el cumplimiento, se pretende también la indemnización. Pues bien, sobre la base de las previsiones expuestas, a juicio de esta Sala, y discrepando de lo concluido sobre este particular por la Juzgadora a quo, la cuantía del presente recurso es perfectamente determinable, pues lo instado es una prestación de hacer ‘que se permita al recurrente la entrada en España’; pero es que, igualmente, sería determinable e inferior a la cifra mínima imprescindible para la admisión de la apelación, caso de considerar los daños y perjuicios por los ocasionados por no permitirse la entrada, pues, como también se recoge en el Auto de la sección citado de 16 de mayo de 2003, la cuantía del proceso vendrá necesariamente referida a los títulos del viaje, más los gastos de alojamiento previsto. En el caso del procedimiento de que esta apelación trae causa la cuantía debió fijarse por referencia, exclusivamente, al billete de avión, ya que no tenía la parte recurrente (que según afirmo su objetivo era turístico), reserva de hotel ni había contratado con agencia turística, guía o similar que conllevara algún tipo de desembolso económico; lo que vendría representado por una cantidad muy inferior al mínimo exigible; pero es que, aun, añadiendo una indemnización por eventual daño moral ocasionado, resultaría que la suma total de todo ello, a juicio de la Sala, no superaría (...) la cifra mínima imprescindible para que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 81.1.a de la Ley 29/1998, la sentencia dictada por el Juzgado fuese susceptible de recurso de apelación”.

3. El carácter subsanable del requisito de pago de la tasa.

El TC, en su STC 17 abril 2012³⁴, fijó la licitud de la tasa al considerar que su fin es el de “contribuir a financiar el servicio público de la administración de justicia con cargo a los justiciables que más se benefician de la actividad jurisdiccional, disminuyendo correlativamente la financiación procedente de los impuestos, a cargo de todos los contribuyentes”. No obstante, en su STC 29 octubre 2012³⁵, establece dos importantes matizaciones a su exigencia:

fijar el valor económico de la pretensión se tendrán en cuenta las normas de la legislación procesal civil, aunque con especialidades.

En este sentido, si acudimos a la núm. 11 del art. 251 LEC, podemos ver que cuando la demanda tenga por objeto una prestación de hacer, su cuantía consistirá en el coste de aquello cuya realización se inste o en el importe de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, sin que en este caso sean acumulables ambas cantidades, salvo si además de instarse el cumplimiento, se pretende también la indemnización.

33 STSJ Madrid 7 septiembre 2012 (JUR 2013, 3721).

34 STC 17 abril 2012 (RTC 2012, 79).

35 STC 29 octubre 2012 (RTC 2012, 190).

“a) Si se mostrase que la cuantía de la tasa resulta tan elevada que impide «en la práctica el ejercicio del derecho fundamental o lo obstaculiza en un caso concreto en términos irrazonables», sí cabría considerarla como incompatible con el art. 24.1 CE (...), lo que hasta ahora sin embargo no se ha acreditado en ninguno de los asuntos sometidos a nuestro enjuiciamiento.

b) [Respecto] de la inadmisión o desestimación de recursos, que tal consecuencia jurídica no puede aplicarse de modo directo, sino que debe garantizarse previamente a la parte el otorgamiento de un plazo de subsanación, incluso de la falta de pago de la tasa —no sólo de la falta de acreditación documental de su cumplimiento— por diez días, según se desprende del tenor art. 35.7.2 de la Ley de la 53/2002 (...). Y sin que sea impeditivo de ese derecho de subsanación el que se haya podido superar la fase de interposición del recurso, “pues nada hay en el precepto legal que impida entender que el justiciable puede presentar dentro del plazo el justificante de haber abonado la tasa, antes de presentar el escrito del recurso o en cualquier momento posterior; siempre que sea antes de que hayan transcurrido los diez días del plazo que otorga expresamente el precepto”.

De conformidad con el art. 7 de la Ley 10/2012, la cuota tributaria del recurso de apelación en el orden contencioso-administrativo estará determinada por una cantidad fija de 800 € (art. 7.1) más una cuota variable que no podrá exceder de 10.000 € para personas jurídicas (art. 7.2) ni de 2.000 € para personas físicas (art. 7.3).

La tasa se liquidará conforme al modelo oficial establecido por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (art. 8.1). El justificante del pago de la tasa con arreglo al modelo oficial, debidamente validado, acompañará al escrito de interposición (art. 8.2).

En caso que dicho justificante no se acompañe, el Secretario judicial requerirá al apelante para que lo aporte en el plazo de 10 días, no dando curso al escrito hasta que tal omisión sea subsanada. La ausencia de subsanación de tal deficiencia, dará lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento (art. 8.2 *in fine*).

4. El escrito de interposición como crítica razonada a la resolución apelada.

Dispone el art. 85.1 LJCA que “el recurso de apelación se interpondrá ante el Juzgado que hubiere dictado la sentencia que se apele (...) mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso”. A estos efectos, conviene recordar que el escrito de interposición ha de expresar no sólo los argumentos sobre el fondo del litigio sino, de manera especial, sobre los eventuales errores de la sentencia (o, en su caso, sobre los defectos de procedimiento

seguido en primera instancia que pudo tener relevancia para el fallo), en la medida que no procede desnaturalizar el recurso de apelación, como si fuera una segunda instancia en la que se discuten de nuevo la totalidad de los hechos, pretensiones y fundamentos de Derecho. En este sentido, la STS 17 junio 1993³⁶, afirma que: “la finalidad del recurso de apelación, como ya hemos señalado, “es combatir la sentencia apelada, demostrando la incongruencia de su fallo o su inadecuación al ordenamiento jurídico, lo que no obsta para que este Tribunal Supremo pueda reconsiderar las cuestiones planteadas si es necesario para revisar el fallo”. Y con esta un sinfín de pronunciamientos que desestiman los recursos de apelación por ser meras reproducciones de los fundamentos utilizados en primera instancia”.

Sobre la ausencia de crítica razonada a la resolución apelada, el TSJ Galicia, en Sentencia 19 febrero 2014³⁷, sostiene que: “dado que nos encontramos ante una deficiente comprensión y articulación del recurso de apelación (hueco y simplón) desde el momento en que se limita a verter una simple queja genérica contra el auto apelado sin introducir argumentación o referencia concreta alguna, ni sobre el caso debatido ni como crítica precisa al Auto apelado, es forzosa la desestimación de plano del recurso”.

En definitiva, como recoge señala nuestro Alto Tribunal, la apelación no está concebida como una mera escenificación repetitiva del proceso de instancia ante el órgano jurisdiccional de segundo grado, teniendo como centro exclusivo de referencia el acto administrativo impugnado, sino que consiste en una revisión crítica de los fundamentos de la sentencia apelada, en correlación con los de la pretensión objeto del fallo.³⁸

5. La práctica de prueba en la segunda instancia.

En el sistema procesal español la admisibilidad de la práctica de prueba en la segunda instancia queda limitada a dos únicos supuestos: 1) que una prueba propuesta en primera instancia hubiera sido denegada, y 2) que una prueba propuesta y admitida en la primera instancia no hubiera sido debidamente practicada por causa no imputable al solicitante³⁹.

En este sentido la STC 30 septiembre 1987⁴⁰, ha señalado el carácter excepcional y limitado de las pruebas que pretenden practicarse durante la sustanciación de los recursos de apelación, pues el momento estrictamente probatorio pertenece a la primera fase del proceso y el recibimiento a prueba en la segunda instancia

36 STS 17 junio 1993 (RJ 1993, 4350).

37 STSJ Galicia 19 febrero 2014 (JUR 2014, 67684).

38 STS 10 enero 1997 (ROJ 27, 1997).

39 STSJ Madrid 11 mayo 2001 (JT 2001, 1402).

40 STC 30 septiembre 1987 (RTC 1987, 149).

sólo cobra sentido cuando se trata de pruebas sobre hechos acaecidos después de la Sentencia, que tengan relevancia para el enjuiciamiento del asunto, esto es, los llamados hechos nuevos; o cuando las pruebas propuestas en la primera instancia no pudieron ser practicadas y esta imposibilidad de la práctica de la prueba no sea imputable a quien la pretende después.

Así, el art. 85.3 LJCA permite pedir el recibimiento a prueba para la práctica de las que hubieran sido denegadas o no hubieran sido debidamente practicadas en primera instancia por causas que no les sean imputables. Así el TSJ Madrid, en Sentencia 31 marzo 2001⁴¹, dice que “la denegación de prueba por la Juzgadora era ajustada a Derecho, en cuanto que no se cumplieron las exigencias del art. 60.1 de la LJ/98, no constando siquiera que el auto denegatorio fuese recurrido. Como quiera que fue imputable a la actora el rechazo de la prueba en primera instancia, no cabe tampoco acordar prueba alguna en esta segunda (art.85.3 LJ/98)”.

Y en idéntico sentido la STSJ Islas Canarias 29 febrero 2012⁴², cuando dice que “la prueba que ahora pretende practicar la apelante no se propuso en la primera instancia, sin que concurren, tampoco, las circunstancias a las que se refiere el artículo 460.1 en relación con el artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sin que siguiera se dé por la apelante razón alguna de su admisibilidad en la segunda instancia”.

41 STSJ Madrid 31 marzo 2001 (JUR 2001, I 18734).

42 STSJ Islas Canarias 29 febrero 2012 (JUR 2012, I 89947).



URBARI RACQUET CLUB

Un club en movimiento...

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Invitación

La invitación para publicar en cualquiera de las secciones de la Revista Boliviana de Derecho está abierta a autores nacionales y extranjeros, siendo el requisito imprescindible, que el contenido de los artículos esté relacionado con las ramas del Derecho y sea de interés para la doctrina jurídica boliviana o iberoamericana.

II. Envío de artículos, fechas de recepción y aceptación

1. Los trabajos deberán enviarse mediante archivo electrónico en CD, al Director de Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho (Calle Tumusla N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó a los correos electrónicos:
revistabolivianadederecho@hotmail.com, orlandoparada.vaca@gmail.com
2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 7 de enero y 15 de junio, respectivamente.
3. La fecha de aprobación de trabajos para su publicación en los números de julio y diciembre no excederá el 31 de marzo y 30 de septiembre, respectivamente.
4. La aceptación de un trabajo para su publicación, supone que los derechos de copyright (Derechos de Autor), en cualquier medio y por cualquier soporte, quedan transferidos a la Fundación Iuris Tantum, editora de la revista.

III. Sistema de arbitraje

Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial decidirá en un lapso no mayor a los cinco días, si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos.

Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto (sistema de doble revisión "a ciegas"). El evaluador tendrá un período de dos semanas para comunicar su dictamen al Comité Editorial. El nombre del evaluador será reservado.

Los posibles dictámenes son:

1. Se aprueba la publicación del artículo.
2. Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
3. Se rechaza la publicación del artículo.

Si el dictamen del revisor observa algunas correcciones, el autor tendrá un plazo de quince días para realizarlas.

El que un artículo sometido a evaluación sea aprobado, no implica su inmediata publicación. La decisión final para la publicación de un artículo corresponde al Consejo Editorial de la Revista.

Una vez que se decida respecto del dictamen de publicación o rechazo del artículo, el autor recibirá notificación directa y por escrito informándole de la decisión final.

IV. Normas editoriales

A) Respecto al autor

- Deberá incluirse una corta biografía del autor, de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Adjuntar el currículum académico detallado, no olvidando la inclusión del correo postal, correo electrónico, dirección, teléfono y fax.
- Será responsabilidad del autor adjuntar todos los datos en su reseña personal.

B) Respecto al artículo

- Todo artículo propuesto para ser publicado en *Iuris Tantum* – Revista Boliviana de Derecho debe ser original e inédito.
- Los artículos deben escribirse en idioma español.
- Debe especificar el conflicto de interés o, cuál la importancia de escribir sobre el tema elegido.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.

- Cada artículo debe tener una traducción al inglés del resumen, así como del título.
- Las palabras claves de los artículos deben ser extraídas utilizando un Tesauro Normalizado. Éstas deben incluirse en español e inglés.
- El artículo deberá ir acompañado de un Sumario, que se incluirá al inicio del mismo (redactado en minúsculas, salvo la letra que encabece cada uno de los epígrafes) y de una bibliografía, que se incluirá al final del mismo, utilizando el sistema de citas propio de la revista.

V. Formato de Texto

- El artículo debe contener un máximo de mínimo de 30 páginas y un máximo de 50 páginas, salvo razones fundadas, que justifiquen una extensión superior:
- Papel blanco, tamaño carta o A4
- Utilizar una sola cara del papel
- Tipo de letra: Times New Roman
- Tamaño de letra: 12 puntos
- Tinta negra
- Interlineado doble espacio
- Alineación todo a la izquierda, excepto citas mayores a las 40 palabras.
- Sangría al inicio de cada párrafo, se deben dejar cinco espacios.
- Tres niveles de títulos:
 1. Uno principal escrito en negrillas, mayúsculas, y centrado (14 pts)
 2. Uno secundario escrito en negrillas Tipo oración (12 pts)
 3. Uno terciario en negrillas Tipo oración
- Incisos: Números: 1º)

VI. Notas a pie de página

- Se utilizarán para descargar el texto de notas bibliográficas, de referencias de jurisprudencia y de opiniones o comentarios incidentales, así como para ampliar las ideas expresadas en el texto, en cuya redacción de empleará un estilo ágil, claro y conciso.
- Deben ir numeradas correlativamente con números arábigos.

VII. Citas

Todas las citas de autores y resoluciones judiciales deberán realizarse en nota a pie de página, nunca en texto.

VIII. Referencias bibliográficas

- **Material consultado en Internet.-** Debe respetar el siguiente orden:
Autores.- Los documentos de la World Wide Web que indican que son “mantenidos”, generalmente se refieren al autor con el apelativo de Maintainer (Maint), aunque también puede usarse más genéricamente Editor (De).
Fecha de visita al documento (año, mes , día).
Título que puede ser tomado de la barra superior del navegador.
Tipos de documento.- Indicar si son html, consultas en bases de datos, imágenes en formato .gif, .jpg u otro, archivos de sonido o de video, archivos FTP, etc.
Información acerca de la publicación, la que comienza con <http://www...>
- **Material consultado en Internet.-** La jurisprudencia se citará según sea habitual en el país de origen de cada escritor; con su respectiva referencia.

IX. Otras secciones de la Revista.

- **Cuestiones jurídicas:** Se trata de una sección que incluye artículos breves, sin adscripción temática clara o con un impacto reducido a una determinada área geográfica.
Su estructura y requisitos formales son exactamente iguales que los de los artículos insertados en la Sección de Doctrina.
- **Crónicas jurisprudenciales:** Se trata de una exposición sistemática de la jurisprudencia existente sobre una determinada materia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellas se acompañará, al igual que respecto de los artículos, un sumario, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios.-** Se trata de análisis de textos legales novedosos o de especial importancia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellos se acompañará, al igual que respecto de los artículos, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios jurisprudenciales.-** Se trata de comentarios de sentencias especialmente relevantes, cuya estructura es la siguiente: Supuesto de hecho, Doctrina y Comentario.

- **Reseñas bibliográficas.-** Extensión máxima 3 páginas y el texto debe ir acompañado de la portada del libro en digital, ISBN y la editorial que lo publica.
- **La espada de Damocles.-** Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo la fotocopia o el escáner de la resolución judicial o administrativa criticada. La Revista Boliviana de Derecho, otorgará el derecho a réplica.



"El poder público no tiene presencia. La ciudadanía se encuentra indefensa frente al avasallador y al abusivo. Las instituciones dependientes del gobierno central no ofrecen respuesta alguna a las necesidades ciudadanas. El Poder Judicial, por ejemplo, no termina de reorganizarse y no parece con intenciones de redefinir objetivos institucionales en aras de facilitar el acceso a la justicia a todos los ciudadanos, sin discriminación.

En el Palacio de Justicia se le roba al ciudadano a vista y paciencia de las autoridades administrativas y jurisdiccionales: las notificaciones le cuestan al litigante, en el mejor de los casos, Bs. 15.-; los testimonios y certificaciones se cobran a razón de Bs. 10.- por cada hoja. Pero ahí no terminan las irregularidades, porque los jueces y magistrados son durísimos al aplicar los plazos procesales a las partes, pero ellos violentan esos plazos todos los días. Quiero decir, que los plazos procesales corren para los litigantes pero no para los jefes de la administración de justicia. Todo ocurre con la más pasmosa tranquilidad. Nadie se inquieta. Lo que alarma y sorprende es que alguien se atreva a cuestionar todas estas irregularidades que inciden en el ejercicio jurisdiccional y terminan vulnerando derechos constitucionales de los ciudadanos de a pie".