

rBD 

REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO

Publicación de circulación nacional.
Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho

Editorial: Fundación Iuris Tantum

Santa Cruz de la Sierra - Bolivia

Pasaje Tumusla 77

Tel. +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: Esther Soria Roca - esther.soria.r@hotmail.com

Diagramación General: Elias On - elias.on@live.com

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)
- ESCI (ISI-Thomson Reuters)
- ANVUR (Agencia Nacional de Evaluación del sistema universitario y de investigación en Italia)
- e-revist@as (Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España)
- REDALYC (Red de Revistas Científicas de América Latina y El Caribe, España y Portugal) Expediente 156/2015A/E.

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

Impreso en Bolivia - *Printend in Bolivia*

SUMARIO

24

DOCTRINA

A) DERECHO DE LA PERSONA.

- 01/ Error judicial. Alfredo Islas Colín (México) y Eglá Cornelio Landero (México)..... 18

B) DERECHO CONSTITUCIONAL.

- 02/ Algunos aspectos constitucionales sobre la acción popular en el ordenamiento jurídico español. Alejandro Villanueva Turnes (España).38

C) DERECHO DE FAMILIA.

- 03/ El régimen económico matrimonial de la sociedad conyugal ecuatoriana. Pablo Quinzá Redondo (España).....54
- 04/ Presente y futuro en la búsqueda del interés del niño valenciano en situaciones de crisis familiar. Pilar Estellés Peralta (España).....76
- 05/ La prueba de la ausencia o existencia de un debido consentimiento en los así denominados matrimonios de conveniencia. Propuesta de una solución aplicable al Derecho de familia de Chile sobre la base de la experiencia del Derecho civil español. Alexis Mondaca Miranda (Chile).....98

D) OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

- 06/ ¿Es necesaria la imputabilidad para que opere el derecho de opción del acreedor? José Maximiliano Rivera Restrepo (Chile)..... 120

E) DERECHOS REALES

- 07/ Algunas consideraciones sobre la titulación de créditos garantizados con hipoteca y el proceso de ejecución hipotecaria en Derecho español. Carolina del Carmen Castillo (España)..... 140

F) DERECHO MERCANTIL

- 08/ Presunciones de cotitularidad y de donación entre cónyuges casados en régimen de separación en caso de concurso de uno de ellos. Ley Concursal y Derecho Civil propio de las Islas Baleares. Petra M. Thomàs Puig (España)..... 170
- 09/ Una aproximación sustantiva y procesal al concurso de acreedores de persona física en el Derecho concursal estadounidense. Killian Beneyto (España)..... 192

G) DERECHO TRIBUTARIO.

- 10/ Aspectos actualmente controvertidos sobre la prueba en los procedimientos tributarios en España. Francisco J. Magraner Moreno (España)..... 226

H) DERECHO PENAL.

- 11/ El sistema de asistencia integral a las víctimas de terrorismo en el ordenamiento español. Natalia Pérez Rivas (España)..... 262

I) DERECHO DEL TRABAJO.

- 12/ Trabajo y Pueblos Originarios en Bolivia: la integración constitucional del Convenio 169 de la OIT. Cayetano Núñez González (España)..... 296

J) DERECHO PROCESAL.

- 13/ Género y mediación familiar en Cuba: posibilidades y análisis a la luz del ordenamiento español. Carolina Sanchis Crespo (España) y Lisandra Suárez Fernández (Cuba)..... 320

- 14/ Sobre la nulidad procesal y su estado actual en Chile. A propósito de la infracción al principio de jurisdicción. Francisco Alberto Ruay Sáez (Chile)....350

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

- 15/ El poder financiero de los municipios y su marco constitucional. Fernando Hernández Guijarro (España)..... 408

- 16/ Apunte sobre el contrato de manipulación portuaria. José Juan Castelló Pastor (España)..... 424

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

A) DERECHO PENAL

- 17/ Reflexiones sobre el bien jurídico intimidad a propósito de la intimidad de las víctimas del delito. Comentario a la STS núm. 661/2016, de 10 de noviembre. Luis de las Heras Vives (España)..... 446

B) DERECHO PROCESAL

- 18/ Responsabilidad de los árbitros por vulnerar el principio de colegialidad. Comentario a la STS núm. 102/2017, de 15 de febrero. Ana Isabel Blanco García (España)..... 474

- 19/ El derecho a la acción individual en las cláusulas suelo. Comentario a la STC 223/2016 de 19 diciembre. María José Catalán Chamorro (España)..... 482

C) DERECHO DE FAMILIA

- 20/ ¿Es inscribible la filiación matrimonial en favor de la mujer de la madre biológica de un niño, sin que sea preciso justificar el uso de técnicas de reproducción asistida? Comentario a la RDGRN 8 febrero 2017. José Ramón de Verda y Beamonte (España)..... 492

PANORAMA

- 21/ Nacimiento, consolidación disciplinar y delimitación funcional y objetiva del Derecho del trabajo. Enrique Lalaguna Holzwarth (España)..... 502

FUNDACIÓN IURIS TANTUM
DR. ORLANDO PARADA VACA
Presidente

DIRECCIÓN GENERAL
DR. ALEX PARADA MENDÍA
Prof. Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

DIRECCIÓN ACADÉMICA
DR. JOSÉ RAMÓN DEVERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARÍA
DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Investigador en Formación de la Universidad de Valencia, España

CONSEJO EDITORIAL
DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ
Prof. Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

DRA. VIRGINIA PARDO IRANZO
Profª Titular de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

DRA. ROSA MOLINER NAVARRO
Profª Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Msc. JERJES JUSTINIANO ATALÁ
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

COMITÉ CIENTÍFICO:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESPONSABLES DE SECCIÓN:

Derecho y Bioética

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

Derecho Constitucional

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

Derecho y Deporte

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

Derecho Internacional Privado

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

Derecho Mercantil

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

Derecho y Nuevas Tecnologías

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

Derecho Procesal

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

Derecho de Consumo

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

Derecho Financiero

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

Derecho Medioambiental

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

Derecho Notarial y Sucesorio

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

Derecho Penal

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

Propiedad Intelectual e Industrial

DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Investigador en Formación de la Universidad de Valencia, España

Teoría General del Derecho

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

Derecho Comparado

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

Derecho del Trabajo

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

DR. GIOVANNI BERTI DE MARINIS
Profesor Investigador en Derecho Privado, Universidad de Perugia, Italia

D. DIEGO ELOY GARCÍA GARCÍA
Graduado en ADE-Derecho, Universidad de Valencia, España

D. FRANCESCO LA FATA
Doctorando en Derecho, Universidad del Sannio, Italia

D. GONZALO MUÑOZ RODRIGO
Graduado en Derecho, Universidad de Valencia, España.

D. VALERIO ROTONDO
Doctorando en Derecho, Universidad del Molise, Italia



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.

FINES, TÉRMINOS Y CONDICIONES DE USO DE RBD

1. Generalidades.

Este sitio web (www.revistabolivianadederecho.com), es propiedad de la “Fundación Iuris Tantum”, entidad boliviana sin ánimo de lucro, con domicilio en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

El uso de este sitio web implica la aceptación y el cumplimiento, por parte del usuario del sitio web, de todas y cada una de las presentes Condiciones de Uso, especialmente, del compromiso de no realizar aquellas conductas que más abajo se detallan como prohibidas. El mero acceso y/o utilización del sitio web, de todos o parte de sus contenidos y/o servicios significa la plena aceptación de las presentes condiciones generales de uso.

La “Fundación Iuris Tantum” podrá establecer limitaciones y/o condiciones adicionales para el uso y/o acceso al sitio web y/o a los contenidos, las cuales deberán ser observadas por los usuarios en todo caso.

2. Usos permitidos.

La utilización permitida del presente sitio web atiende a fines exclusivos de investigación y documentación jurídica, sin que se permita la explotación privada o comercial de ninguna de las obras que forman parte de los distintos números de la Revista Boliviana de Derecho, ya sean ordinarios o extraordinarios. Queda prohibido el uso de cualquier sistema o software automatizado para extraer datos de esta página web para fines comerciales (adquisición de datos o “screen scraping”).

Ante el uso indebido y no autorizado de la presente página web, la Fundación Iuris Tantum se reserva el derecho a ejercitar las acciones que considere oportunas, incluso a instar procedimientos judiciales sin previa notificación.

3. Modificaciones de los términos y condiciones de uso.

La Fundación Iuris Tantum se reserva la facultad de modificar en cualquier momento, sin previo aviso, las condiciones generales de uso del sitio web.

4. Obligaciones del usuario.

El usuario deberá consultar y respetar en todo momento los términos y condiciones establecidos en las presentes condiciones generales de uso del sitio web. Asimismo, deberá cumplir las especiales advertencias o instrucciones contenidas en el sitio web y a obrar siempre conforme a la ley, a las buenas costumbres y a las exigencias de la buena fe, teniendo en cuenta la naturaleza gratuita del servicio del que disfruta.

5. Cláusula de limitación de responsabilidad.

La Fundación Iuris Tantum no asume responsabilidad alguna respecto a los posibles daños y perjuicios causados por el uso de este sitio web o de cualquier otro al cual se haya accedido a través de un enlace inserto en el presente sitio web.

6. Propiedad intelectual e industrial.

El presente sitio web se reserva todos los derechos sobre los contenidos, información, obras, textos, gráficos, diseños, logos, marcas, símbolos, signos distintivos, datos y servicios que ostente.

En ningún caso se entenderá que se concede licencia alguna o se efectúa renuncia, transmisión, cesión total o parcial de dichos derechos, ni se confiere ningún derecho de explotación sobre dichos elementos, sin la previa autorización expresa y por escrito de la Fundación Iuris Tantum o de los titulares de los derechos correspondientes.

7. Cláusula de legislación aplicable, jurisdicción competente y notificaciones.

Las presentes condiciones se rigen y se interpretan de acuerdo con la legislación boliviana.

Todas las controversias o diferencias con relación a la interpretación, aplicación, cumplimiento y ejecución del presente contrato, renunciando expresamente a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, se resolverán en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial (CCAC) de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz (CAINCO), conforme a los siguientes medios: Como primer medio de solución se establece la Conciliación, la cual se registrará de acuerdo al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO, vigente al momento de la presentación de la conciliación. Si la controversia no ha sido resuelta a través de la conciliación o persistiera parte de ella, como segundo medio se aplicará el arbitraje institucional a efectuarse en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), al que se encomienda la administración del arbitraje conforme al Reglamento vigente a la fecha en que se presente la solicitud de arbitraje. El presente acuerdo implica la renuncia expresa a iniciar cualquier proceso judicial.

En materia penal se someten a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia).

Todas las notificaciones, requerimientos, peticiones y otras comunicaciones que el usuario desee efectuar a la Fundación Iuris Tantum deberán realizarse por escrito y se entenderá que han sido correctamente realizadas cuando hayan sido recibidas en la siguiente dirección: revistarbd@gmail.com



MÚLTIPLES MALES

Múltiples males aquejan la justicia boliviana. Si fuese posible su muerte, podríamos decir que agoniza a pasos acelerados.

Si aceptamos que el defecto tiene múltiples causas, también debemos aceptar que las soluciones son diversas, y esta no está, únicamente, en el ámbito del derecho, lo jurídico o lo judicial. Está en nuestra cultura y nuestros hogares.

No tenemos la receta para la cura definitiva del mal; y creemos que no existe una única solución al problema. Al contrario, este puede encararse desde múltiples ángulos buscando, por ejemplo, jueces con sólidas convicciones sociales, éticas y morales, pero, y sobre todo, con profundo conocimiento de la Ley y el Derecho.

El estudio y la investigación del Derecho deben ser un pilar fundamental en la estrategia de transformación de la justicia. Aquí las universidades juegan un rol protagónico, integrando su plantel docente con profesores expertos en el área de conocimiento, fomentando la investigación y propiciando e incentivando espacios de difusión del pensamiento científico.

Sin embargo, de poco o nada sirven los espacios de difusión si no existe investigación. Y la Universidad cruceña reconoció que solo destina el 1% de sus recursos a esta tarea.

En este orden de ideas la Revista Boliviana de Derecho se siente comprometida con el mejoramiento de la justicia. Y precisamente esta fue una de las razones que propiciaron su creación. Sin embargo, después de más de una década de circulación, creemos que nuestra labor recién empieza. Queda mucho camino por recorrer y eso nos anima.

Nuestro compromiso es, hoy y siempre, con la ciencia, la investigación y, por ende, también con la justicia.

El Director



DOCTRINA



ERROR JUDICIAL

JUDICIAL ERROR

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 18-37



Alfredo ISLAS
y Eglá
CORNELIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de abril de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: Se analiza el error judicial desde la perspectiva de la justicia internacional, mediante el método contrastante de las resoluciones de organismos internacionales e instrumentos internacionales en el sistema universal de los derechos humanos y en el ámbito regional de la Unión Europea y del sistema interamericano de los derechos humanos. Asimismo, se estudian los elementos del error judicial como el sujeto pasivo del derecho, la sentencia firme y el error. Finalmente se estudia la indemnización por error judicial.

PALABRAS CLAVE: Administración de justicia; indemnización; debido proceso; derechos humanos.

ABSTRACT: Judicial error is analyzed from the perspective of international justice through the contrasting method of the resolutions of international organizations and international instruments in the universal system of human rights and in the regional scope of the European Union and the inter-American system of rights humans. It also examines the elements of judicial error as the subject of the law, the final judgment and error. Finally, compensation is assessed for judicial error.

KEY WORDS: Justice Administration; compensation, due process, human rights.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Sistema internacional de protección de derechos humanos.- I. Sistema Universal.- 2. Sistemas Regionales.- III. Elementos.- 1. Sujeto pasivo del derecho. Persona condenada.- 2. Sentencia firme.- 3. Tipos de error judicial.- IV. Derecho a indemnización.- V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

El error judicial (*miscarriages of justice*) lo describiremos de manera inicial, a partir de su sentido gramatical, de conformidad con el *Diccionario de la Real Academia Española*, la palabra “error”, deriva del latín error; -ōris, que significa “1. m. Concepto equivocado o juicio falso. 2. m. Acción desacertada o equivocada.” Y la palabra “judicial”, de la misma fuente, deriva del latín “*iudiciālis*” que corresponde “1. adj. Perteneciente o relativo al juicio, a la administración de justicia o a la judicatura.”¹

De lo anterior podemos afirmar que, en su sentido gramatical, el “error judicial” es: un concepto equivocado en el juicio, en la administración de justicia. En sentido jurídico, presentamos dos acepciones de la doctrina: 1) en España, el supuesto origina una indemnización por parte del Estado por los daños y perjuicios causados en la administración de justicia a la víctima, en éste supuesto, es indispensable que exista una resolución judicial que de manera expresa que reconozca que hubo un error;² que la resolución rompa la armonía del concierto jurídico, por desatención del juzgador al cometer el error por datos indiscutibles que dé lugar a una resolución absurda³; 2) en Francia, el error judicial es un error de hecho cometido por los

1 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Real Academia Española*, 23 ed., RAE, Madrid, 2017, Fuente electrónica: <http://dle.rae.es>

2 GONZÁLEZ BALLESTEROS, T.: *Diccionario Jurídico*. Ed. Dykinson, Madrid. 2011, p. 760.

3 Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia 11 de septiembre 1997 (RJ 19976432), citada en JIMÉNEZ-BLANCO, CARRILLO A.: *Estudios sobre Jurisprudencia europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 20.

• Alfredo Islas Colín

Profesor Investigador Nacional, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, (SNI, nivel III); Doctor y Maestro en Derecho Constitucional por la Université Panthéon-Assas, París II; Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha; y la Licenciatura en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Profesor de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Más información en www.alfredoislasc.com. Correo electrónico: islasc40@hotmail.com

• Eglá Cornelio Landero

Maestría de Derecho Constitucional, Amparo y Derechos, Humanos; Maestría en Resolución de Conflictos y Mediación, por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco UJAT, México; y Master en Gestión y Resolución de Conflictos por la Universidad de Barcelona. Doctoranda del Doctorado en Métodos de Solución de Conflictos (MASC) y Derechos Humanos, en la UJAT. Profesora Investigadora de la UJAT, México. Correo electrónico: liclandero@hotmail.com

miembros de un tribunal, durante el juicio en su apreciación de la culpabilidad de una persona perseguida. Lo anterior supone que la jurisdicción, tuvo conocimiento del caso, y encontró este error y lo neutralizó, de manera que esta autoridad judicial reconoció la existencia del error judicial⁴. En los dos casos de Europa citados un elemento importante es que se dicte una sentencia reconociendo el error judicial. El error judicial da lugar a un “error de impunidad”, a un “culpable impune” y a un “inocente condenado”.

El error judicial no ha sido aceptado tradicionalmente, ya que se pensó durante muchos años, que los juzgadores no pueden cometer errores, se sacralizó el acto de justicia. ¿Cómo la justicia del Rey o un acto proveniente del Monarca va ser erróneo? El acto jurisdiccional no se reconoció que fuera una actividad de riesgo, por lo que es hasta fechas muy recientes que se inició su reconocimiento, así por ejemplo en Francia, es hasta 1945 que inicia su reconocimiento⁵.

Aunque existen varios autores, que consideran como antecedentes del error judicial, disposiciones que regulan la responsabilidad del Estado por errores cometidos en la administración de justicia, en nuestra opinión no son la institución del “error judicial”, ya que no prevén el reconocimiento expreso de la autoridad jurisdiccional que cometió un error; en este sentido, el profesor Maya Díaz afirma como responsabilidades del Estado en las normas siguientes: 1) en Francia, las Ordenanzas de Felipe IV en 1341 y de Luis IX en 1479 reglamentación que se extiende aún a la Revolución Francesa; 2) en Francia también en la reforma de su Código de Instrucción Criminal en 1895 se introdujeron normas que permitían a los particulares solicitar indemnización por las condenas recibidas injustamente; 3) en España, desde las Partidas, en la ley expedida en 1899, en el Código Penal de la Marina y el Código Penal de 1928, y de manera expresa en la Constitución Española de 1978 se considera como toda una innovación; 4) En otros países, en Islandia y Dinamarca en 1888, Austria en 1892, Bélgica 1894, Suecia 1895, Hungría 1895, Portugal en 1895 y 1896, Noruega 1897, Alemania en 1898 y 1934, Italia en el Código de Procedimiento Penal en 1913⁶.

A continuación, expondremos el error judicial en I.- Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, en el I.- El Sistema universal de los derechos humanos y en el 2.- dos sistemas regionales, en el A) el de la Unión Europea y B) en el sistema interamericano de los derechos humanos.

4 CORNU G.: *Vocabulaire juridique*, 11 ed., Ed. Presses universitaires de France, Paris, 2016, p. 363.

5 FICHEAU, A.: *Les Erreurs Judiciaires*. Mémoire de D.E.A. Droit et Justice. Université de Lille II, Faculté des Sciences Juridiques, Lille, 2002, p. 7.

6 MAYA DÍAZ, N.: *La Responsabilidad del Estado por el Error Jurisdiccional*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fé de Bogotá, 2000, p. 22.

II. SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

I. Sistema Universal.

A nivel universal de protección de derechos humanos, el error judicial está previsto en el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, numeral 6”⁷. En mismo ámbito universal, pero para los trabajadores migratorios está previsto, en la resolución de la OIT, la “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares” en términos similares⁸. De los dos tratados internacionales citados, le son común los elementos del error judicial a partir de una lectura textual, son los siguientes: 1) el error judicial es producto de una “sentencia condenatoria firme”; 2) la sentencia fue posteriormente revocada por descubrirse un error judicial; 3) el Estado deberá indemnizar conforme a la ley; 4) es una excepción al derecho a la indemnización cuando la persona condenada oculto el error. La diferencia entre estos dos instrumentos internacionales universales citados, es que el sujeto pasivo en la resolución de la OIT, son solamente los trabajadores migratorios y sus familiares.

2. Sistemas regionales de protección de derechos humanos.

En el presente apartado analizamos el error judicial en el sistema de protección de derechos humanos de la Unión Europea y después en el sistema interamericano.

A) En la Unión Europea el término error judicial está ausente en los textos legislativos, solamente en casos aislados a nivel regional, tal es el caso del “artículo 3, del Protocolo número 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades”, que establece la indemnización por error judicial⁹. Los elementos del error judicial a partir de una interpretación gramatical, son los siguientes: a) una sentencia “penal” condenatoria firme; b) la sentencia posteriormente sea anulada

7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCyP en su artículo 14, numeral 6, señala lo siguiente: “... 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.

8 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, señala en los términos siguientes: “6. Cuando una sentencia condenatoria firme contra un trabajador migratorio o un familiar suyo haya sido ulteriormente revocada o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, quien haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizado conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.

9 Protocolo número 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades, artículo 3, señala lo siguiente: “Artículo 3. Cuando una sentencia penal condenatoria firme resulte posteriormente anulada o se conceda una medida de gracia porque un hecho nuevo o nuevas revelaciones demuestren que ha habido error judicial, la persona que haya sufrido la pena en virtud de esa condena será indemnizada conforme a la ley o al uso vigente en el Estado respectivo, excepto cuando se pruebe que la no revelación en tiempo oportuno del hecho desconocido fuere imputable total o parcialmente a dicha persona.

o se otorgue la gracia por hechos que demuestren que ha habido un error judicial; c) se indemnizará a la persona condenada conforme a la ley o el uso en el Estado respectivo; d) existe una excepción al derecho a la indemnización, cuando la persona condenada oculto el hecho desconocido que dio lugar al error.

Las diferencias de una interpretación literal del error judicial entre los instrumentos internacionales citados, el regional, el europeo, el "Protocolo número 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades", con los instrumentos universales, el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" y la "Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares" son las siguientes:

a) En el sistema europeo, el sujeto pasivo del error judicial es objeto de una sentencia "penal"; en el sistema universal, el sujeto pasivo del error judicial es una persona condenada, no se limita a la materia penal.

b) En el sistema europeo, la sentencia revocada por error judicial puede ser por haberse otorgado también la gracia por un error judicial; en el sistema universal, la sentencia fue revocada solamente por descubrirse el error judicial;

c) En el sistema europeo, la indemnización que se otorgue a la persona condenada es tanto conforme a la ley o como por el uso en el Estado respectivo; en el sistema universal, la indemnización a la persona condenada es conforme, solamente a la ley.

d) Tanto en el sistema europeo como en el universal, es una excepción al derecho a la indemnización, cuando la persona condenada oculto el hecho desconocido."

De lo anterior, podemos observar que las disposiciones respecto del error judicial son aisladas, solo existe su sombra, por el contrario existe constantemente en la prensa, la literatura o la televisión¹⁰. En la literatura es indispensable mencionar a Emile Zola, al publicar en el Paródico "L'Aurore" el 13 de enero de 1898, publicación denominada: "¡Acuso...! Carta al Presidente de la República" por el caso Dreyfus¹¹.

Las pocas disposiciones internacionales sobre el error judicial, como el citado "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Observación General, número 13"¹², se resalta: a) las dificultades para aplicar el derecho a la indemnización

10 SALAS, D.: *Erreurs judiciaires*. Dalloz. Italia, 2015, pp. 2-3.

11 La Carta de Emile Zola, "¡Acuso! Carta al Presidente de la República, por el caso Dreyfus", dice lo siguiente: "...Yo acuso al teniente coronel Paty de Clam como laborante --quiero suponer inconsciente-- del error judicial, y por haber defendido su obra nefasta tres años después con maquinaciones descabelladas y culpables. Acuso al general Mercier por haberse hecho cómplice, al menos por debilidad, de una de las mayores iniquidades del siglo...". En SZAC, M. *Émile Zola. Non à l'erreur judiciaire*. Ed. Actes sud Junior. Paris. 2015, p. 79.

12 Observación General número 13, del Comité de Derechos Humanos de la ONU al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "18. En el párrafo 6 del artículo 14 se establece una indemnización con arreglo a la ley en ciertos casos de error judicial especificados en él. Al parecer, de los informes de muchos Estados

por error judicial, por las deficiencias de las normas internas, b) caos de Estados que sus normas nacionales no prever el error judicial, c) recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU que las normas internas de los Estados se armonicen con el citado Pacto Internacional.

B) En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el “artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos”¹³ se regula de manera distinta el error judicial. Las diferencias del error judicial regulado en la “Convención Americana de Derechos Humanos” con los instrumentos internacionales citados, el regional, el europeo, el “Protocolo número 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades”, con los instrumentos universales, el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y la “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares” son las siguientes:

a) En cuanto al sujeto pasivo, en el sistema interamericano como en el sistema universal (Pacto Internacional como la Resolución de la OIT) el sujeto pasivo objeto de la sentencia es una “persona condenada” sin referirse a una sentencia en materia específica; por el contrario, el sistema europeo, el sujeto pasivo del error judicial es objeto de una sentencia “penal”.

b) En cuanto a la sentencia revocada, en el sistema interamericano no se requiere que exista una sentencia revocada o por gracia, solamente requiere que exista una “sentencia firme por error judicial”; por el contrario, en el sistema europeo se requiere que exista una sentencia revocada por error judicial o puede ser por haberse otorgado también la gracia por un error judicial; y en el sistema universal y en el sistema universal (Pacto Internacional como la Resolución de la OIT), la sentencia fue revocada solamente por descubrirse el error judicial;

c) En cuanto a la indemnización, en el sistema interamericano como en el sistema universal (Pacto Internacional como la Resolución de la OIT) la indemnización es conforme a la ley; a diferencia del sistema europeo, la indemnización que se otorgue a la persona condenada es tanto conforme a la ley o como por el uso en el Estado respectivo;

d) En cuanto a excepciones al derecho a la indemnización, en el sistema interamericano, no establece excepción al derecho a la indemnización; por el contrario, tanto en el sistema europeo como en el sistema universal (Pacto

se desprende que con frecuencia no se observa este derecho o que está insuficientemente garantizado en la legislación interna. Cuando sea necesario, los Estados deberían complementar su legislación en esta materia para ajustarla a las disposiciones del Pacto”.

13 Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 10: “Derecho a Indemnización Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Internacional como la Resolución de la OIT), es una excepción al derecho a la indemnización, cuando la persona condenada ocultó el hecho desconocido.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha resuelto un caso en el que se aborde de manera específica, que se exponga su interpretación o en el que se haya condenado a un Estado Parte por la violación dicho "artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos". Solamente ha abordado el tema de manera escueta, tal es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sólo ha abundado sobre el tema (y no de fondo) en el "Caso Baena Ricardo Vs. Panamá".

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene casos sometidos a su consideración, sin embargo, no ha emitido una desaprobación hacia el Estado respecto al incumplimiento del "artículo 10 de la Convención Americana" porque no ha encontrado elementos de violación sobre el mismo, verbigracia, "Milton García-Fajardo y otros Vs. Nicaragua", y en el "Caso Rojas-Piedra Vs. Costa Rica", en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró la no admisibilidad del caso por la presunta no violación, entre otros, al "artículo 10 de la Convención". Excepto en el "Caso Cirio Vs. Uruguay" donde la Comisión¹⁴ consideró en principio la violación al artículo en cuestión, ya que si bien, el Estado responsable dejó sin efecto la sentencia impugnada por error judicial, el Estado responsable si violó dicho artículo 10 de la Convención Americana, ya que no revocaron las resoluciones que lo sancionaron, ni otorgaron reparaciones completas.

Del caso citado, podemos resaltar, que la Comisión Interamericana resolvió que violó el Estado parte, al peticionario su derecho a la indemnización que le correspondía por incurrir en error judicial y no haber realizado el pago correspondiente. Es importante señalar, que si bien, el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no exige de manera textual el requisito que se revoque una sentencia, la Comisión Interamericana si lo exige, al señalar que no se "revocaron las resoluciones que lo sancionaron".

14 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cirio vs. Uruguay, dice lo siguiente: "E. Derecho a indemnización (artículo 10 de la Convención)-

122. El artículo 10 de la Convención establece que: "Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial".

123. En el presente caso, el Estado reconoció que la desvinculación del peticionario de las Fuerzas Armadas se debió a motivos políticos, ideológicos o mera arbitrariedad, razón por la cual se devolvió al peticionario su calidad de retirado en 1997, dejando sin efecto la situación de reforma, consecuencia de la decisión del Tribunal de Honor Militar.

124. La Comisión considera que las autoridades uruguayas privaron al Mayor Cirio de su status y beneficios como castigo por criticar las actividades de las fuerzas armadas, en violación de los derechos humanos, e inclusive reconociendo la naturaleza política e ideológica del castigo, no revocaron las resoluciones que lo sancionaron ni brindaron reparaciones completas (*restitutio in integrum*). Con base en estos hechos, la Comisión concluye que el Estado violó, en perjuicio del señor Tomás Eduardo Cirio, el derecho consagrado en el artículo 10 de la Convención".

III. ELEMENTOS DEL ERROR JUDICIAL.

A continuación, expondremos los elementos de la institución del “error judicial”:
1) Sujeto pasivo del derecho; 2) Sentencia firme; y 3) Tipos de Error.

I. El sujeto pasivo del derecho: la persona condenada.

El sujeto pasivo es la “persona condenada”, en el “Artículo 10 de la Convención Americana” prevé el derecho a indemnización, a toda persona que ha sido condenada por sentencia en la que el juez condenó con error judicial. De conformidad al Diccionario de la Real Academia Española, el verbo “condenar”, deriva del latín, “*condemnāre*”, que significa: “l. tr. Dicho de un juez: Pronunciar sentencia, imponiendo al reo la pena correspondiente o dictando en juicio civil, o en otras jurisdicciones, fallo que no se limite a absolver de la demanda.” En el mismo sentido, en el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, no hace mención a la materia de la sentencia, de manera expresa. Del texto anterior, en su sentido, literal, la palabra condenar, no se limita a la resolución penal, como señalan otros autores¹⁵, sino también a otras materias, como “en juicio civil, o en otras jurisdicciones”. Por el contrario, observamos, que la delimitación de la “sentencia penal”, si se encuentra de manera expresa en el “Protocolo número 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades.”

Es importante mencionar, que si bien en el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 14, numeral 6”, no se hace referencia de manera expresa a que el error judicial recaiga a persona condenada sea en materia penal, en la “Observación General n° 32”, si se delimita a la materia penal¹⁶.

El criterio de interpretación de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU citado, nos permite resaltar que visto el “párrafo 6, del artículo 14 del Pacto Internacional” citado, aislado del resto, no expresa que el error judicial respecto de la sentencia condenatoria, no establece, de manera expresa, que corresponda a una condena “penal”, aunque el criterio de interpretación a dicha disposición si lo limita el derecho a una indemnización por “error judicial por “una causa penal”.

La Comisión Interamericana citada, ha señalado que el condenado tiene el derecho a ser indemnizado por error judicial contemplado en la “Convención Americana” permite que: “toda persona tiene derecho a ser indemnizada (...) en

15 ANTKOWIAK, T.: “Artículo 10. Derecho a la Indemnización”, en la *Convención Americana de Derechos Humanos comentada*. Ed. SCJN y Kondar Adenauer Stiftung, México, 2014, p. 263.

16 Comité de Derechos Humanos dicto la Observación General n° 32 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, siguiente:
“El artículo 14 es de naturaleza particularmente compleja y en él se combinan diversas garantías con diferentes ámbitos de aplicación [...] El párrafo 6 establece un derecho sustantivo a la indemnización cuando se haya producido un error judicial en una causa penal. El párrafo 7 prohíbe que una persona pueda ser juzgada dos veces por un mismo delito”.

el caso de haber sido condenada por sentencia firme por error judicial". Podemos observar del texto citado, que no dice la materia de la sentencia. Al respecto, es menester aludir al "Caso Baena Ricardo Vs. Panamá" resuelto por la Corte Interamericana citada en el que se evidencia el error judicial cometido por el Estado de Panamá mediante sus órganos judiciales nacionales y etiquetado como tal por la Corte Interamericana, además, dicho caso no se apega a la materia penal, sino a un ámbito laboral y administrativo. Así pues, los hechos se desarrollaron en Panamá ante el despido de 270 empleados públicos y dirigentes sindicales (la ley que fundamentaba los despidos era la número 25 del 14 de diciembre de 1990), estos se habían involucrado en protestas políticas contra el Gobierno de dicho Estado reclamando sus derechos laborales; por lo que el Estado los acusó de participación en manifestaciones de protestas y complicidad de una asonada militar; los manifestantes interpusieron diversos recursos administrativos, pero las respuestas salían en su contra (Corte IDH. (2003) "Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá"). Es de subrayar que en el caso relatado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegó ante la Corte IDH una transgresión al "artículo 10 de la Convención", empero en la sentencia de fondo, reparaciones y costas la Corte Interamericana solo citó el mismo de manera breve sin llegar a una interpretación de indemnizar por error judicial, de manera que se indemniza por el "artículo 63" pero no por el "artículo 10 de la Convención".

2. Sentencia firme.

En el presente apartado se toman en consideración dos aspectos: 1) que exista una sentencia que reconozca el error judicial; y 2) que la sentencia sea firme.

En el primer caso, una sentencia reconoce de manera expresa el error judicial cuando la "sentencia es firme" la declaración del "error judicial", que tiene efecto de cosa juzgada, la sentencia debió haber sido ya ejecutada¹⁷.

1) El requisito de "sentencia firme", se exige tanto en el sistema europeo en el "Protocolo número 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades", como en el sistema universal, en el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". Pero a diferencia de la "Convención Americana de Derechos Humanos", exigen además el "Pacto Internacional" citado y de manera similar en el "Protocolo número 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades" que dicha sentencia firme, "resulte posteriormente anulada o se conceda una medida de gracia [o indulto] porque un hecho nuevo o nuevas revelaciones demuestren que ha habido error judicial".

¹⁷ ABERASTURI, U.: "Derecho a indemnización en caso de error judicial, Protocolo número 7 al Convenio, artículo 2", en AA.VV., *Convenio Europeo de Derechos Humanos, comentario sistemático* (LASAGABASTER, I), Ed. Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 899 y ss.

2) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Grande Vs. Argentina”, no encontró la vulneración al artículo en mérito porque no existía una sentencia firme. (Comisión IDH. (2002) “Caso Jorge Fernando Grande v. Argentina”)

3. Tipos de error judicial.

El error judicial puede ser, desde el punto de vista doctrinal de dos tipos: imputable a las equivocaciones de las personas, las cuales pueden ser cometidos por los profesionales o por los no profesionales; e imputable al sistema jurídico, sea por lagunas en el sistema judicial o por procedimientos judiciales excepcionales. Es importante resaltar que existen otras clasificaciones de tipos de error judicial, en donde consideran que error puede darse en: 1) El encabezamiento de la sentencia; 2) En los fundamentos de hecho; 3) En los fundamentos de derecho; y 4) En el fallo¹⁸.

Nosotros utilizaremos la siguiente clasificación de error judicial que deriva de la aplicación del método estructuralista, a las resoluciones emitidas tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. A continuación, vamos a exponer los ocho casos de error judicial reconocidos por la Comisión Interamericana y la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

La Comisión Interamericana en el “Caso García Fajardo y otros Vs. Nicaragua” indicó que se está ante un error judicial: “cuando a través de 1) un fraude, 2) negligencia, o 3) conocimiento o comprensión errónea de los hechos, una decisión judicial no refleja la realidad y puede ser entendida como injusta”. (Com. IDH. (2001) “Caso Milton García Fajardo y otros Vs. Nicaragua.”) Así, la injusticia materializada en una sentencia y reflejada en el daño a un individuo en su plan de vida y ámbito psicológico debe ser indemnizada en razón de que se ha imputado un delito a una persona que no lo cometió. Entonces, se puede hablar de daño material y daño inmaterial.

El derecho a una indemnización a causa de un error judicial es un tema abordado por la Corte Interamericana de manera muy sucinta y sin análisis de fondo, es más, no se ha sentenciado a algún Estado por parte de la Corte o resuelto la Comisión IDH respecto a la vulneración del “artículo 10 de la Convención”. Empero, este apartado evidencia los casos en que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha afrontado con hechos que presumen una violación al artículo en mérito, rescatando de estos pronunciamientos elementos que constituyen un error judicial merecedor de una indemnización, en tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que un individuo se encuadra en el derecho

18 MALEM SEÑA, J. F. y EZQUIAGA GANUZAS, J.: *El error judicial. La formación de los jueces*. Ed. Fontamara. México. 2012, pp. 16 y ss.

a ser indemnizado por error judicial: 4.- si y sólo si los Tribunales nacionales no han reconocido dicho error. A los cuatro casos anteriores, se pueden agregar otros cuatro restantes a la interpretación del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 14, numeral 6, en la observación general n° 32”¹⁹.

En suma, de los criterios de interpretación anteriores, podemos decir, que Comisión Interamericana, la Corte Interamericana citadas y la Comisión de Derechos Humanos de la ONU reconoce ocho tipos de error judicial que son: 1) por un fraude, 2) por negligencia, o 3) por conocimiento o comprensión errónea de los hechos, una decisión judicial no refleja la realidad y puede ser entendida como injusta; 4) sólo si los Tribunales nacionales no han reconocido dicho error. A los anteriores criterios se agregan los cuatro tipos de errores judiciales siguientes que reconoce la Comisión de Derechos Humanos de la ONU: 5) que se demuestre la evaluación de las pruebas o 6) la aplicación de la legislación fue claramente arbitraria o equivalía a un error manifiesto o 7) una denegación de justicia o que 8) el tribunal incumplió de algún otro modo su obligación de independencia e imparcialidad.

IV. EL DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN.

Existen varias teorías que justifican la responsabilidad del Estado por “error judicial”, como las siguientes: de la igualdad ante las cargas públicas; de la consagración legal; de la aceptación lógico-jurídica; de los riesgos sociales; del fundamento según el carácter de la víctima; del Estado de Derecho entre otras. Los fundamentos de la responsabilidad del Estado por error judicial, se justifica con el cumplimiento de los elementos de la responsabilidad: 1) existencia de un daño; 2) imputabilidad de la actuación; y 3) relación de causalidad.

La indemnización debe fijarse, se señala en la “Convención Americana”, conforme a la ley por error judicial, regla similar al “Pacto Internacional”, mientras que en el “Protocolo 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades” estipula que la indemnización será conforme a la ley o el uso vigente en el Estado respectivo.

En un escenario nacional, según la “Convención Americana”, los Estados deben regular la indemnización en su ley interna, por lo que, ante una sentencia dictada por un juez local y no confirmada ante un Tribunal Constitucional (lo cual presumiría el

19 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, observación general No. 32 siguiente: “26. El artículo 14 garantizará únicamente la igualdad y la imparcialidad en los procedimientos judiciales y no puede ser interpretado en el sentido de que garantiza la ausencia de errores de parte del tribunal competente. En general, incumbe a los tribunales de los Estados Partes en el Pacto examinar los hechos y las pruebas o la aplicación de la legislación interna en cada caso particular, a menos que se demuestre que la evaluación de las pruebas o la aplicación de la legislación fue claramente arbitraria o equivalía a un error manifiesto o una denegación de justicia o que el tribunal incumplió de algún otro modo su obligación de independencia e imparcialidad” (Comunicaciones Nos. 1188/2003, Riedl-Riedenstein y otros c. Alemania, párr. 7.3; 886/1999, Bondarenko c. Belarús, párr. 9.3; 1138/2002, Arenz y otros c. Alemania, decisión de admisibilidad, párr. 8.6).

error judicial del juez local) cabe reclamar el derecho a ser indemnizado. Asimismo, ante un error judicial cometido por un Tribunal Constitucional cabe exponer los hechos y por ende los daños ante un órgano internacional, por ejemplo, la Comisión Interamericana o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (según corresponda) y reclamar el derecho a indemnización. No obstante, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no admite el derecho a ser indemnizado cuando el error judicial es cometido por un juez local y reconocido por un Tribunal superior; tal es el “Caso Rojas-Piedras Vs. Costa Rica”, que la Comisión Interamericana resolvió que no ha lugar a la indemnización por error judicial, debido a que el peticionario obtuvo una sentencia condenatoria en primera instancia, sentencia que no es firme, y que en segunda instancia fue absuelto por error judicial²⁰.

El expedir ley interna relativa a las indemnizaciones es imperativo para los Estados. Es importante resaltar, que la “Convención Americana” estipula que toda persona objeto de error judicial tiene el “derecho a ser indemnizada conforme a la ley”, conforme a la ley interna del país respectivo. El sentido de la “Convención”, es que compete a los Estados partes, la libertad de establecer el contenido de las reglas de indemnización, pero dicha disposición es imperativa, ya que deberá expedirse dicha ley, no se está permitiendo que si no hay ley, no se indemnizarán a las personas que fueron objeto del error judicial²¹, sino que deberá expedirse de manera imperativa dicha norma y conforme a ella se indemnizará²².

El Comité de Derechos Humanos de la ONU al interpretar el “Pacto Internacional citado artículo 14, numeral 6, en la Observación General n° 32”, señala los alcances de la indemnización en el caso de error judicial²³:

1) que se pague la indemnización conforme a lo previsto en la Ley;

20 Comisión IDH. Yamileth Rojas Piedras v. Costa Rica, Caso 306/99, Informe No. 43/04, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. I en 616 (2004):

“63. Luego de estudiar los argumentos de hecho y de derecho expuestos por las partes y el acervo probatorio que ha tenido a su alcance, la Comisión considera que los hechos planteados por los peticionarios *no caracterizan una violación del artículo 10 de la Convención*.”

64. El artículo 10 establece específicamente el derecho de indemnización “...en caso de ser condenada en sentencia firme por error judicial”. En la petición sub examine el peticionario plantea la necesidad de indemnizar a una persona que fue condenada en primera instancia pero absuelta como resultado de la interposición de un recurso de revisión. La Comisión observa que la sentencia No. 11-86 de 14 de enero de 1986, que incurrió en error judicial, no adquirió carácter de cosa juzgada puesto que, como reconoce el mismo peticionario, si bien en primera instancia se condenó a la imputada, en segunda instancia esta fue absuelta por existir un error judicial”.

21 En el artículo 3, del Protocolo número 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades, establece la indemnización por error judicial en los términos siguientes: “Artículo 3. Cuando una sentencia penal condenatoria firme resulte posteriormente anulada o se conceda una medida de gracia porque un hecho nuevo o nuevas revelaciones demuestren que ha habido error judicial, la persona que haya sufrido la pena en virtud de esa condena será indemnizada conforme a la ley o al uso vigente en el Estado respectivo, excepto cuando se pruebe que la no revelación en tiempo oportuno del hecho desconocido fuere imputable total o parcialmente a dicha persona”.

22 RENUCCI, J. F.: *Droit Européen des Droits de l’Homme*, 2 Ed., L.G.D.J., Paris, 2012, p. 12.

23 Comité de Derechos Humanos, ONU, 23 de agosto de 2007, CCPR/C/GC/32, 90° período de sesiones Ginebra, 9 al 27 de julio de 2007, numerales 52-53.

2) que se pague la indemnización dentro de un plazo razonable;

3) que esta garantía no es aplicable si se demuestra que la no revelación en el momento oportuno del hecho desconocido es total o parcialmente atribuible al acusado; en tales casos, la carga de la prueba recae en el Estado;

4) las excepciones al pago de indemnizaciones por error judicial, se amplían por el Comité de Derechos Humanos de la ONU²⁴:

a) si el fallo condenatorio se anula en apelación, es decir, antes de que sea definitivo²⁵, o

b) en virtud de un indulto de carácter humanitario o discrecional, o motivado por consideraciones de equidad, que no implique que haya habido un error judicial²⁶.

Del criterio de interpretación citado, es importante destacar, para entender la institución del error judicial y sus alcances, que se complementan los criterios del sistema universal de protección de derechos humanos, del Comité de Derechos Humanos de la ONU con los del sistema interamericano (la Comisión IDH y la Corte IDH), lo que nos permite afirmar que el "artículo 10 de la Convención Americana", integra en su sentido los criterios a la institución del error judicial lo siguiente:

1) que la ley debe garantizar que esa indemnización se pague efectivamente;

2) que la indemnización sea conforme a la ley;

3) que se pague la indemnización en un plazo razonable;

4) que el derecho a la indemnización no se aplica si el fallo condenatorio se anula en la apelación; o

5) que tampoco se aplica el derecho a la indemnización, si en virtud de un indulto este se otorga por ser de carácter humanitario o discrecional, o motivado por consideraciones de equidad, que no implique que haya habido un error judicial.

Es importante señalar, que para el caso de "la Convención Americana" como lo señalamos anteriormente, no está prevista la limitación, de no tener el derecho a la indemnización por error judicial por que sea imputable al condenado el desconocimiento del error judicial, por lo que el beneficio de la carga de la prueba

24 Comité de Derechos Humanos, ONU, 23 de agosto de 2007, CCPR/C/GC/32, 90° período de sesiones Ginebra, 9 al 27 de julio de 2007, numerales 52-53.

25 Comunicaciones Nos. 880/1999, Irving c. Australia, párr. 8.4; 868/1999, Wilson c. Filipinas, párr. 6.6.

26 Comunicación No 89/1981, Muhonen c. Finlandia, párr. 11.2.

le corresponde al Estado de demostrar que el hecho desconocido es atribuible al acusado, ya que no se prevé dicha limitación en el Pacto de San José.

V. CONCLUSIONES.

1. La institución del error judicial es reciente y regulada de manera limitada tanto en el sistema universal como en los regionales de la Unión Europea y en el sistema interamericano:

a) En 1966, el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, numeral 6”;

b) En 1969, “Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 10”.

c) En 1984, “Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades, Protocolo número 7, artículo 3”;

d) En 1990 la “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 18, numeral 6”;

2. No son antecedentes de la institución error judicial la responsabilidad del Estado por los actos u omisiones que realice en el proceso judicial por la prestación del servicio público de administración de justicia que causen daños.

3. El error judicial previsto en la “Convención Americana” es más amplio el derecho a la indemnización que en el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, la “Convención de Migrantes, CIPDTMF” y el “Protocolo 7 del Convenio Europeo” citados en razón que no establece excepciones al derecho a la indemnización por la comisión del error judicial.

4. Son tres los elementos del error judicial: el sujeto pasivo del derecho, la sentencia firme y el error judicial.

5. El sujeto pasivo en el error judicial corresponde al condenado que, en su sentido literal, ni en el de la práctica en la “Convención Americana”, no está limitado al sentenciado en el ámbito penal, ya que puede comprender el ámbito otras jurisdicciones como la laboral, militar, civil entre otras. En el Pacto Internacional se limita por interpretación del Comité de Derechos Humanos de la ONU. Y en el “Protocolo no. 7 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos” citado, es limitado por disposición expresa.

6. La sentencia firme consiste que la sentencia emitida no exista otra instancia que la modifique en el plano nacional. Asimismo, no requiere solamente en el

sistema interamericano que posteriormente sea anulada por un hecho nuevo o nuevas revelaciones que demuestren que ha habido un error judicial.

7. Los tipos de errores judiciales que a partir de los criterios emitidos por la Comisión IDH, la Corte IDH y la Comisión de DH de la ONU son reconocidos los ocho siguientes: 1) por un fraude, 2) por negligencia negligencia, o 3) por conocimiento o comprensión errónea de los hechos, una decisión judicial no refleja la realidad y puede ser entendida como injusta. 4) Sólo si los Tribunales nacionales no han reconocido dicho error. A los anteriores criterios se agregan los tipos de errores siguientes que reconoce la Comisión de Derechos Humanos de la ONU: 5) que se demuestre que la evaluación de las pruebas o 6) la aplicación de la legislación fue claramente arbitraria o equivalía a un error manifiesto o 7) una denegación de justicia o que 8) el tribunal incumplió de algún otro modo su obligación de independencia e imparcialidad.

8. La indemnización por error judicial se justifica en el caso de la *Convención Americana*, por disposición legal. El sentido de la indemnización por error judicial en la *Convención Americana* es el siguiente: 1) La ley interna debe fijar la forma de indemnizar por error judicial; 2) la expedición de la ley es imperativa; 3) la ley debe garantizar que esa indemnización se pague efectivamente, 4) que sea el pago de la indemnización conforme a la ley; 5) que se pague en un plazo razonable; y 6) que no se tiene derecho a la indemnización si el fallo condenatorio se anula en la apelación o 7) que en virtud de un indulto de carácter humanitario o discrecional, o motivado por consideraciones de equidad, que no implique que haya habido un error judicial.

BIBLIOGRAFÍA

ABERASTURI, U.: "Derecho a indemnización en caso de error judicial, Protocolo número 7 al Convenio, artículo 2", en LASAGABASTER, I.: *Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comentario sistemático*, Ed. Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

ANTKOWIAK, T.: "Artículo 10. Derecho a la Indemnización", en *Convención Americana de Derechos Humanos comentada*, Ed. SCJN y Kondar Adenauer Stiftung, México, 2014.

CORNU G.: *Vocabulaire juridique*, 11 ed., Ed. Presses universitaires de France, Paris, 2016.

FICHEAU, A. : *Les Erreurs Judiciaires*. Mémoire de D.E.A. Droit et Justice, Université de Lille II, Faculté des Sciences Juridiques, Lille, 2002.

GONZÁLEZ, BALLESTEROS, T.: *Diccionario Jurídico*. Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

JIMÉNEZ-BLANCO, CARRILLO A.: *Estudios sobre Jurisprudencia europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MAYA DÍAZ, N.: *La Responsabilidad del Estado por el Error Jurisdiccional*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fé de Bogotá, 2000.

MALEM SEÑA, J. F. y EZQUIAGA GANUZAS, J.: *El error judicial. La formación de los jueces*, Ed. Fontamara, México, 2012.

RENUCCI, J.F.: *Droit Européen des Droits de l'Homme, L.G.D.J., Traité de droit européen des droits de l'homme*, 2 ed., Paris, 2012.

SALAS, D.: *Erreurs judiciaires*, Dalloz, 2015, Italia, p. 246.

SZAC, M.: *Émile Zola Non á l'erreur Judiciaire*, 2015, France.

Instrumentos Internacionales

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades, CPDHyL (1988), Protocolo número 7, Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984, entro en vigor de forma general el 1 de noviembre de 1988.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1981) fue adoptado en Nueva York, EUA, 16 de diciembre de 1966; la adhesión de México fue el 24 de marzo de 1981 y el decreto promulgatorio DOF 20 de mayo de 1981.

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1999). Tratado internacional, del 18 de diciembre de 1990, fecha de entrada en vigor internacional, el día de julio de 2003, fecha de vinculación de México, el día 8 de marzo de 1999 (Ratificación) y fecha de entrada en vigor para México, el día 1 de julio de 2003. Se publicó en el DOF: 13 de agosto de 1999.

Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. Tratado internacional (1981), adopción: 22 de noviembre de 1969. Fecha de entrada en vigor internacional: 18 de julio de 1978. Vinculación de México: 24 de marzo de 1981 (Adhesión). Fecha de entrada en vigor para México: 24 de marzo de 1981 DOF: 7 de mayo de 1981.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCyP, Observación General del Comité de Derechos Humanos de la ONU (1984), de la Administración de justicia (artículo 14), en el 21º periodo de sesiones, 1984.

Sistema Universal de Derechos Humanos

Comité de Derechos Humanos de la ONU. (1984) Observación General del PIDCIP del Comité de Derechos Humanos de la ONU, de la Administración de justicia (artículo 14), en el 21º periodo de sesiones.

Comité de Derechos Humanos, ONU, 23 de agosto de 2007 (2007), CCPR/C/GC/32, 90º período de sesiones Ginebra, 9 al 27 de julio de 2007.

Comunicaciones Nos. 273/1988, B. d. B. c. (2002) los Países Bajos, párr. 6.3; 1097/2002, Martínez Mercader y otros c. España, párr. 6.3.

Comunicaciones Nos. 1188/2003 (2003) Riedl-Riedenstein y otros c. Alemania, párr. 7.3; 886/1999, Bondarenko c. Belar's, párr. 9.3; 1138/2002, Arenz y otros c. Alemania, decisión de admisibilidad, párr. 8.6.

Comunicaciones Nos. 963/2001, (2001) Uebergang c. Australia, párr. 4.2; 880/1999, Irving c. Australia, párr. 8.3; 408/1990 (2001), W. J. H. c. los Países Bajos, párr. 6.3

Comunicaciones Nos. 880/1999, (1999) Irving c. Australia, párr. 8.4; 868/1999, Wilson c. Filipinas, párr. 6.6.

Comunicación No 89/1981, (1981) Muhonen c. Finlandia, párr. 11.2.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Corte IDH. (2003) *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Competencia. (2003) Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104.

Comisión IDH. (2002) *Jorge Fernando Grande v. Argentina, Caso 11.498, Informe No. 3/02*, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 5 rev. I en 105.

Comisión IDH., (2001) *Informe N° 100/01. Caso 11.381. Milton García Fajardo y otros Vs. Nicaragua*. (2001) 11 de octubre de 2001.

Comisión IDH. (2004) *Yamileth Rojas Piedras v. Costa Rica, Caso 306/99*, Informe No. 43/04, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. I en 616.

Comisión IDH. (2001) *Milton García Fajardo et al v. Nicaragua, Caso 11.281, Informe No. 100/01*, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.114 Doc. 5 rev. I en 560.

Comisión IDH. (2004) *Yamileth Rojas Piedras v. Costa Rica, Caso 306/99*, Informe No. 43/04, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. I en 616.

Comisión IDH. (2001) *Tomás Eduardo Cirio v. Uruguay, Caso 11.500, Informe No. 119/01*, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.114 Doc. 5 rev. I en 323.



ALGUNOS ASPECTOS CONSTITUCIONALES SOBRE
LA ACCIÓN POPULAR EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ESPAÑOL

CERTAIN CONSTITUTIONAL ASPECTS ABOUT ACTIO
POPULARIS IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 38-53



Alejandro
VILLANUEVA
TURNES

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de febrero de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: El presente estudio trata de ofrecer una visión de la acción popular desde una perspectiva constitucional. Para ello se procederá a hablar de su regulación dentro de la Constitución Española de 1978, haciendo referencia a la regulación de desarrollo y problemas que presenta esta regulación con lo indicado por el constituyente.

PALABRAS CLAVE: Administración de Justicia, acción colectiva, tutela judicial efectiva.

ABSTRACT: The present study aims to provide an overview of *actio popularis* from a constitutional perspective. To do this they will speak about their regulation within the Spanish Constitution of 1978, making a reference to development regulation and the problems the problems of their application in relation with as provided in the Constitution.

KEY WORDS: Administration of justice, *actio popularis*, effective judicial protection.

SUMARIO.- I. Consideraciones previas.- II. Nacimiento del precepto constitucional.- III. Pretensiones de la figura.- IV. Derecho Fundamental sí o Derecho Fundamental no.- V. Desarrollo legal del precepto constitucional.- VI. Aspectos conflictivos de la acción popular.- I. Ciudadanos vs personas jurídicas.- 2. Extranjeros.- VII Recapitulación final.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

El ejercicio de la acción popular se ha multiplicado en los últimos años dentro del Estado español debido, en parte, a la proliferación de causas penales que se imputan a personajes de relevancia pública. Sin embargo, en el año 2016 se ha puesto en tela de juicio la regulación de esta figura. Esto se debe a que distintos medios han mostrado sus dudas al respecto señalando un posible abuso de la figura y su utilización con propósitos no concordantes a la finalidad de la misma¹.

Es por ello que, llegados a este punto, conviene que nos aproximemos a su regulación constitucional existente en el ordenamiento jurídico español.

Así, la Constitución Española de 1978 dedica el artículo 125 a hablar, entre otras cosas, de la acción popular, estableciendo literalmente que "Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales".

Con este precepto, afirma Crespo Barquero, se reúnen tres instituciones, siendo éstas el Jurado y los Tribunales consuetudinarios como participación en la Administración de Justicia, y la acción popular también en relación con la participación ciudadana en la Administración de Justicia, pero no en lo relativo a su impartición, que es donde podrían encajar las anteriores, sino en lo relativo al ámbito de su

¹ La doctrina ha considerado que esta finalidad es la búsqueda de la defensa de la legalidad. ARNALDO ALCUBILLA, E., GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. y SIEIRA, S.: "Sinopsis artículo 125", *Constitución Española*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2011. Disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=125&tipo=2>.

• Alejandro Villanueva Turnes

Licenciado en Derecho con la especialidad en Derecho Público y Máster Universitario en Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas en la Universidad de Santiago de Compostela. Actualmente doctorando en Derecho en la misma Universidad. Ha publicado diversos trabajos sobre derechos constitucionales y mecanismos de protección de la Norma Superior del Ordenamiento Jurídico. Alejandro.villanueva@usc.es.

impetración². De estas tres instituciones, la que aquí se va a tratar es la relativa a la acción popular:

II. NACIMIENTO DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL.

El mencionado artículo 125 no siempre ha tenido la redacción que conocemos hoy en día. Haciendo un breve resumen de su elaboración, hay que señalar que en el Anteproyecto presentaba el siguiente tenor literal: “Los ciudadanos participarán en la Administración de Justicia en los casos y en la forma en que la Ley establezca”. Posteriormente, en el Informe de la Ponencia el precepto pasó a ser como sigue: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia en los casos y en las formas que la Ley establezca”. Por su parte, el Dictamen de la Comisión del Congreso procuró la siguiente redacción: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia en los casos y en las formas que la Ley establezca, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”, no sufriendo modificaciones en la redacción en el Pleno del Congreso. A pesar de ello, la Comisión Constitucional del Senado añadía la siguiente frase: “mediante la institución del Jurado en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine”. Quedando finalmente como redacción definitiva la expuesta en el Dictamen de la Comisión del Congreso pero con el añadido de la Comisión Constitucional del Senado.

Hay que aclarar que la inclusión de un artículo de este tipo dentro de la Norma Superior del ordenamiento jurídico no es algo nuevo dentro de nuestro derecho constitucional histórico. Así, a modo de nombramiento de los antecedentes, hay que tener presente que la Constitución Española de 1812 lo regulaba en el artículo 255³, y la Constitución de 1869 y de 1931 lo hacía en sus artículos 98⁴ y 29⁵ respectivamente, si bien es cierto que hablando de acción pública en vez de popular, pero debiendo ser considerados como parte de los precedentes a señalar:

- 2 CRESPO BARQUERO, P.: “Artículo 125”, *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 1940.
- 3 “El soborno, el cohecho y la prevaricación de los magistrados y jueces producen acción popular contra los que los cometan”.
- 4 “Los Jueces son responsables personalmente de toda infracción de ley que cometan, según lo que determine la ley de responsabilidad judicial. Todo español podrá entablar acción pública contra los Jueces o Magistrados por los delitos que cometieren en el ejercicio de su cargo”.
- 5 “Nadie podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito. Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención. Toda detención se dejará sin efecto o se elevará a prisión, dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al juez competente. La resolución que se dictare será por auto judicial y se notificará al interesado dentro del mismo plazo. Incurrirán en responsabilidad las autoridades cuyas órdenes motiven infracción de este Artículo, y los agentes y funcionarios que las ejecuten, con evidencia de su ilegalidad. La acción para perseguir estas infracciones será pública, sin necesidad de prestar fianza ni caución de ningún género”.

III. PRETENSIONES DE LA FIGURA.

Esta figura tiene dos fundamentos y pretensiones básicas, una de participación y una de defensa, sabiendo que esta última presenta un doble contenido⁶. Por lo tanto nos encontraríamos por un lado con la referida a que el pueblo participe en la Justicia⁷, y por otro procurar una defensa de la legalidad⁸ y de los intereses colectivos⁹.

Junto con esto, se ha hablado de un fundamento basado en la desconfianza que pueda generar el Ministerio Fiscal¹⁰. Esta idea aparece con la presencia de algunos principios como el jerárquico y al hecho de que la propuesta del Fiscal General del Estado lo realiza el Gobierno¹¹, siendo nombrado por el Rey. No obstante, desde nuestro punto de vista, existen unos principios que entendemos, deben prevalecer dentro de la actuación del Ministerio Fiscal, como son el de legalidad y de imparcialidad¹².

Además, Manzaneres Samaniego ha indicado que, en torno a la justificación de la figura, no deja de ser principal la idea de que "la acción popular servirá de

- 6 Debido a este doble contenido también podría decirse que existen 3 pretensiones, aunque en el presente estudio preferimos reunir las en esas dos categorías al ser dos de ellos destinados a la defensa.
- 7 Cosa que se deduce del propio precepto constitucional sin mayor dificultad.
- 8 GIMENO SENDRA, J.V.: "La acusación popular", *Poder Judicial*, 1993, núm. 31, p. 88.
- 9 PEÑALVER I CABRÉ, A.: "Las pretensiones en el Contencioso Administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos", *Revista de Administración Pública*, 2013, núm. 190, p. 161.
- 10 Sobre esto el Tribunal Supremo se ha pronunciado señalando que "Como advierte el Tribunal Constitucional (SS. 62/83, 147/85, 37/93 y 40/94) en el caso de la acción popular se actúa en defensa de un interés común o general, pero también se sostiene simultáneamente un interés personal, porque, en estos casos, la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común. Por ello, en el momento actual, se defiende por la doctrina, que la acción popular puede asumir un importante papel en la persecución de aquellos delitos que pueden infringir un bien perteneciente a la esfera o patrimonio social, con respecto a los cuales se ha podido observar un escaso celo por parte del Ministerio Fiscal a la hora de ejercitar la acción y sostener la acusación penal. Importante papel que no puede ser menospreciado porque coyunturalmente y con ocasión del debate político se haya utilizado a veces la acción penal popular espuriamente y, por otra parte, es evidente que nuestra Constitución la consagra (art. 125), como un medio de participación en la administración de justicia". STS núm. 323/2013 de 23 abril (ECLI: ES:TS:2013:1918).
- 11 GRASAS I HERNÁNDEZ, F., y JUFRESA PATAU, F.: "La acción popular sigue siendo importante", *Món Jurídico*, 2016, núm. 308, p. 18. Al mismo tiempo recordamos el artículo 124.4 de la Constitución Española: "El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial".
- 12 En este punto coincidimos con Grande-Marlaska Gómez que dice que "el delito presupone la puesta en peligro de intereses sociales tutelados por el Estado. De conformidad al art. 24 CE al Ministerio Fiscal le corresponde promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. Partiendo de ese extremo cabe preguntarse por qué atribuye la Constitución a todos los ciudadanos el *ius accusandi*. En un cierto ámbito doctrinal se fundamenta su vigencia en la vigilancia y control de la actuación del Ministerio Fiscal, cuya falta de actividad está obligado a suplir, generando una falta de confianza en una institución del Estado, consecuencia de algunos de los principios que dirigen su actuación, cuales son el de unidad de actuación y dependencia jerárquica que consagra el art. 124.2 CE. Sin embargo, en la actualidad, esa conclusión no puede ser, a mi entender la base primera y principal que pueda justificar la acción popular, olvidando de esa manera el mayor rango de los principios de legalidad e imparcialidad. Junto con esa razón, entiéndase control y complemento de la actuación del Ministerio Fiscal, y como no podía ser de otro modo en un Estado de Derecho, se viene considerando la acción popular como derecho de los ciudadanos a participar en la Administración de Justicia, especialmente indicada para instar la protección de los denominados intereses difusos, así denominados por afectar a una generalidad de los ciudadanos, como por su mala regulación y deficiente protección". GRANDE-MARLASKA GÓMEZ, F.: "La acción popular-la acusación particular", *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2010, núm. 7, pp. 238-239.

contrapunto a la acusación oficial, evitando así que el monopolio del Estado en la persecución del delito pueda suponer, de hecho, un indeseado filtro a la correcta aplicación de la ley en todos los casos"¹³.

IV. DERECHO FUNDAMENTAL SÍ O DERECHO FUNDAMENTAL NO.

Este epígrafe debemos comenzar con un aspecto básico, pero no por ello carente de importancia, siendo éste la conceptualización de los derechos fundamentales. Así, éstos pueden definirse como¹⁴ aquellos que por derivar de la dignidad de la persona van a gozar de una protección máxima dentro del ordenamiento jurídico, presentando una naturaleza triple, de tal manera que aparecen configurados como derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, al mismo tiempo son elementos objetivos del ordenamiento jurídico y representan un mandato dirigido a los poderes públicos para la realización de sus políticas¹⁵.

Junto con este concepto, resulta necesario recordar que dentro del ordenamiento jurídico español, los derechos fundamentales gozan de una serie de garantías de protección como son su vinculatoriedad respecto de todos los poderes públicos, reserva de Ley Orgánica y respeto de su contenido esencial, existencia de un procedimiento preferente y sumario en la jurisdicción ordinaria, susceptibilidad de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y al mismo tiempo, en caso de querer reformarse, será necesario llevar a cabo un procedimiento de reforma agravado.

Sabido esto, lo que cabría plantearse ahora es si esta acción popular es un derecho fundamental o simplemente un derecho constitucional. La importancia de esta cuestión no es baladí, ya que de su inclusión dentro del elenco de los Derechos fundamentales dependerá la aplicación de algunas de estas medidas de protección añadida que establece la propia Constitución Española.

En un primer vistazo podemos decir que la acción popular, debido a su encuadre dentro del Texto Constitucional, no es un derecho fundamental. No podemos olvidar que el artículo 125 está ubicado dentro del Título VI que se intitula "Del Poder Judicial", mientras que los derechos fundamentales aparecen dentro del Título Primero con la rúbrica "De los Derechos y Deberes Fundamentales", y concretamente en el Capítulo II, denominado "Derechos y Libertades"¹⁶.

13 MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: "La acción popular", *Diario la Ley*, 2016, núm. 8772.

14 AA.VV.: "Derechos fundamentales", *Diccionario Jurídico* (coord. por J. M. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 322-323.

15 Además el artículo 10.1 de la Constitución Española los categoriza de inviolables y establece que conjuntamente con el desarrollo libre de la personalidad, el respeto a la Ley y al resto de derechos, suponen el fundamento del orden político y de la paz social.

16 Podríamos aquí hacer mención a la discusión doctrinal acerca de qué derechos entran dentro de la denominación de "Derechos Fundamentales". En este sentido, aunque hay distintas opiniones, un importante sector doctrinal considera que tanto la Sección 1ª como la 2ª de este Capítulo II del Título I, son derechos fundamentales. PÉREZ

Entonces... ¿por qué nos planteamos esta duda si parece que la Constitución Española de 1978 lo ha separado de la regulación de los derechos fundamentales? La respuesta a esta cuestión es sencilla. La duda surge dado que sería factible que se incluyese la acción popular dentro de uno de los derechos fundamentales, como parte del contenido del mismo, siendo este derecho, como no podía ser de otro modo, el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁷, reconocido en el artículo 24 de la *Lex Superior*¹⁸.

Esta duda fue resuelta por el Tribunal Constitucional, quien afirmó que la acción popular forma parte de la tutela judicial efectiva, aunque su fundamento constitucional no sea el artículo propio de la misma, pero precisamente al formar parte de este contenido, va a posibilitar la presentación de un recurso de amparo ante su vulneración¹⁹. Precisamente por ello se ha afirmado que la relación entre ambos preceptos constitucionales es de tipo funcional y no estructural²⁰.

A su vez, el Tribunal Supremo decide realizar una precisión de lo que son derechos fundamentales, aclarando que la acción popular no lo es, pero admitiendo que en su ejercicio entra en juego aspectos reconocidos en el artículo 24 de la Carta Magna, siendo por lo tanto factible el planteamiento del amparo constitucional²¹.

Desde nuestro punto de vista y con los pronunciamientos que acaban de mencionarse en la mano, puede decirse que el ejercicio de la acción popular va a

ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 280. Si bien es cierto que aquí, cabe precisar que, de las garantías a las que hemos hecho referencia, no todas van a ser aplicables a todos, ya que los de la Sección 1ª van a ser, sin duda los más protegidos, aplicándosele todas las mencionadas. de la Sección 1ª o de la Sección 2ª son derechos fundamentales.

- 17 En este sentido: ARNALDO ALCUBILLA, E., GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. y SEIRA, S.: "Sinopsis artículo 125", cit.; TOMÉ GARCÍA, J.A.: "La acción popular en el proceso penal: situación actual y propuestas para una futura reforma", *Los sujetos protagonistas del proceso penal* (coord. por J. M. CHOZAS ALONSO), Dykinson, Madrid, 2015, p. 264; y CRESPO BARQUERO, P.: "Artículo 125", cit., pp. 1941-1942.
- 18 Este precepto forma parte, como bien es sabido, de la Sección 1ª a la que nos hemos referido con anterioridad, la cual goza de una elevada protección.
- 19 Así en la STC núm. 34/1994, de 31 de enero (RTC 1994, 34), se dice que "ha de mantenerse que se ha producido la vulneración de su derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, puesto que se le denegó la posibilidad de mostrarse parte en el proceso, ejercitando la acción penal popular; al interpretar restrictivamente las condiciones establecidas para su ejercicio, lo que resulta contrario al derecho de acceso a la jurisdicción y entraña la violación del art. 24.1 C.E. En consecuencia, procede declarar la nulidad de todas las resoluciones judiciales que han negado el derecho de la recurrente" Fundamento Jurídico 3). A su vez, esto ha sido también comentado por el Tribunal Supremo, el cual en la STS 17 diciembre 2007 (ECLI: ES:TS:2007:8025), afirmó que "En este contexto histórico, la Constitución de 1978 en su art. 125 elevó el derecho reconocido por el art. 101 LECrim (LEG 1882, 16) a la categoría de derecho constitucional, aunque sin otorgarle la condición de derecho fundamental y subordinando su ejercicio a las condiciones que prevea la Ley que determine la forma de su ejercicio y los procesos penales en los cuales su ejercicio es admitido" (Fundamento de Derecho 2). Sobre esta resolución conviene confrontar: ORTEGO PÉREZ, F.: "Restricción Jurisprudencial al ejercicio de la acción penal popular (Un apunte crítico a la controvertida doctrina Botín)", *Diario la Ley*, 2008, núm. 6912.
- 20 CASAS BAAMONDE, M. E. y VALDES DAL-RÉ, F.: "Tutela judicial, competencia de la jurisdicción social y acceso al proceso de trabajo", 1994, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 4, p. 27.
- 21 Concretamente afirma el Tribunal que es "necesario aclarar que la expresión derechos fundamentales es, en principio, aplicable a los reconocidos en el Capítulo segundo del Título I y que, según el art. 53.2. CE gozan de la protección especial del recurso de amparo. Consecuentemente, el derecho del art. 125 no sería un derecho fundamental, aunque quien ejerza el derecho de la acusación popular tenga como parte procesal los derechos que la constitución les acuerda como tales, especialmente el del art. 24.1 CE".

integrarse dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a pesar de no ser un derecho fundamental en sí mismo, sino únicamente un derecho constitucional. Piénsese que esta integración es la que hace posible la presentación del recurso de amparo, pero no creemos que todas las restantes garantías destinadas a los derechos fundamentales le sean de aplicación, así por ejemplo, consideramos que en caso de querer reformar dicho precepto, nada impediría acudir al procedimiento de reforma ordinario y no al agravado que sería el propio de la reforma de derechos fundamentales.

V. DESARROLLO LEGAL DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL

Por lo que respecta a la regulación existente fuera de la norma constitucional, hay que señalar que la acción popular del artículo 125 de la Constitución Española tiene un doble desarrollo normativo.

Por un lado, debemos hacer mención a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, donde el apartado primero del artículo 19 presenta el siguiente tenor literal: "los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular en los casos y formas establecidos en la ley".

Por otro lado, también resulta necesario tener en cuenta la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde una doble perspectiva ya que en este cuerpo normativo tendremos el artículo 101 con el siguiente enunciado "la acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley" y el párrafo primero del 270 "Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley".

Cabe advertir que la acción popular no está presente en todos los procesos judiciales de todos los ámbitos, y esto no implica una vulneración de la Constitución, ya que la propia Carta Magna ha establecido que será de aplicación en los procesos penales que sean determinados por la Ley, siendo un derecho de configuración legal y siendo perfectamente constitucional su inexistencia en según qué casos o procesos²². En este sentido Castillejo Manzanares ha afirmado que "se trata, por consiguiente, de que ese derecho constitucional siempre, y a veces fundamental, es de configuración legal, y desde esta añadida naturaleza en España se ha excluido la acción popular del proceso penal militar y del proceso penal de menores. Pero el que se trate de un derecho de configuración legal no puede suponer que el legislador goce de libertad absoluta a la hora de su regulación. De entrada, la acción popular no puede ser suprimida y no puede ser regulada de tal modo que se

22 Fernández Segado ha señalado que dado el enunciado constitucional "hay que deducir que será el legislador quien delimite el ejercicio de esta acción", siendo confirmado por el ya mencionado artículo 19 de la LOP]. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 790.

desvirtúe²³. Con esto que acaba de mencionarse, y que es absolutamente acertado, cabe resaltar que, dentro de las posibilidades de actuación del legislador que no supondrían una contradicción con Norma Suprema, sería la exigencia de una fianza por parte de un juez a quien quiera ejercer la acción popular, siempre y cuando se siga un criterio de proporcionalidad y pudiendo tenerse presente, a la hora de fijarla, el interés personal de la persona que desea ejercer la acción²⁴.

VI. ASPECTOS CONFLICTIVOS DE LA ACCIÓN POPULAR.

Con todo lo que se ha dicho hasta ahora puede comprobarse que, la acción popular se convierte, con su inclusión dentro de la Carta Magna, en un derecho constitucional. Sin embargo, la mención constitucional es bastante simple, siendo categorizado el precepto como una norma constitucional en blanco²⁵ y teniendo la consecuencia de dejar al arbitrio del legislador la regulación de esta figura, aunque sabiendo que el legislador no podrá prescindir de ella ante el reconocimiento realizado por la *Lex Legum*²⁶.

Ahora bien, teniendo presente la normativa efectivamente vigente, tanto de rango constitucional como infraconstitucional, procederemos a señalar dos aspectos controvertidos que pueden observarse en torno a la legitimación y que deben tenerse en cuenta en relación con la acción popular y su utilización²⁷.

I. Ciudadanos vs personas jurídicas.

En primer lugar, nos encontramos con la discusión acerca de lo que se debe incluir dentro del término "ciudadano". Este vocablo ha sido el empleado tanto por la Norma Suprema como por la restante normativa. Lo que nos interesa en este punto es determinar su alcance, o dicho en otras palabras, descifrar qué personas entran dentro del mismo.

23 CASTILLEJO MANZANARES, R.: "La acción popular. Restricción en su ejercicio", *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 2009, núm. 5, p. 188. Junto con ello, en la STC núm. 67/2011, de 16 de mayo (RTC 2011, 67) también dice: "ni el art. 125 CE ni el art. 24.1 CE imponen el establecimiento de la acción popular en todo tipo de procesos" Fundamento Jurídico 2.

24 En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en: STC núm. 62/1983, de 11 de julio (RTC 1983\62) y 50/1998, de 2 de marzo (RTC 1998, 50). También la doctrina se ha posicionado señalando que la fianza no va a poder convertirse en un mecanismo que impida el ejercicio de la acción popular, siendo más bien un mecanismo contra las denuncias o querellas falsas. CASTILLEJO MANZANARES, R.: "La acción popular", cit., p. 182.

25 GUTIÉRREZ-ALVIZ y ARMARIO, F. y MORENO CATENA, V.: "Artículo 125. La participación popular en la administración de justicia", *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (coord. por O. ALZAGA VILLAMIL), Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, p. 568.

26 GUTIÉRREZ-ALVIZ y ARMARIO, F. y MORENO CATENA, V.: "Artículo 125", cit., p. 568.

27 Estos aspectos han sido puestos de manifiesto por diferentes autores, entre los que destacamos: PÉREZ GIL, J.: *La acusación popular*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1997, pp. 347-412.

Así, la redacción del precepto constitucional y su desarrollo legislativo generó dudas en un primer momento²⁸.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional se encargará posteriormente de admitir que la palabra ciudadano puede interpretarse de forma amplia incluyendo tanto a personas físicas como a personas jurídicas²⁹.

Ahora bien, ¿todas las personas jurídicas van a tener posibilidad de ejercitar este derecho?. El Tribunal Constitucional ha mantenido una postura no unánime. Así, una Sentencia del año 2001, únicamente entendía que la acción popular podía ser ejercitada por aquellas personas jurídicas que fueren privadas pero no por las públicas³⁰.

Ahora bien, cabe señalar que el motivo por el que se ha negado la uniformidad jurisprudencial sobre la temática es porque, el mismo Tribunal, parece cambiar de criterio al aceptar la vulneración de una persona jurídico pública, con base en normativa autonómica, entendiéndose que ante la aplicación de una normativa diferente que da pie a una solución distinta³¹. De esta forma, en la Sentencia 67/2011³², reiteró lo afirmado en otras resoluciones anteriores, lo cual se resume en lo que sigue: "ni en el art. 125 CE ni en la normativa general constituida por la LECrim existe una exclusión expresa de las personas jurídicas públicas para el ejercicio de la acción popular; y que corresponde al legislador la ponderación de la compatibilidad entre la institución de la acción popular y su titularidad por los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, pues "es el legislador quien tiene la competencia para configurar los mecanismos procesales de acceso a la jurisdicción entre los cuales en los procesos penales se cuenta con el de la acción popular"³³.

28 En este sentido y haciéndose eco de las dudas que se puedan tener, "la utilización de este término [ciudadanos] podría hacer pensar que sólo las personas físicas –"ciudadanos"–, y no las jurídicas pueden ejercitar la acción popular (...)". TESO GAMELLA, M. P.: "Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales", *Cuadernos de Derecho Público*, 2009, núm. 36, pp. 76-77.

29 Esto puede observarse en la STC núm. 34/1994, de 31 de enero (RTC 1994, 34), diciendo "La jurisprudencia constitucional, sin embargo, ya se ha producido sobre esta cuestión señalando que no hay razón que justifique una interpretación restrictiva del término ciudadano previsto en el art. 125 C.E. y en las normas reguladoras de la acción popular (STC 241/1992). Por lo tanto, no sólo las personas físicas, sino también las jurídicas se encuentran legitimadas para mostrarse parte en el proceso penal como acusadores populares". Fundamento Jurídico 3. Con lo cual, en este resolución ya se observa como se hace alusión a una anterior, la STC 241/1992 de 21 de diciembre (RTC 1992, 241), y será un posicionamiento reiterado en la 50/1998, de 2 de marzo (RTC 1998, 50), Fundamento Jurídico 2.

30 STC núm. 129/2001, 4 junio 2001 (RTC 2001, 129). Así decía claramente el Alto Tribunal que "este precepto constitucional se refiere explícitamente a "los ciudadanos", que es concepto atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas (a las que hemos extendido este concepto en las SSTC 34/1994, de 31 de enero, 50/1998, de 2 de marzo, 79/1999, de 26 de abril, entre otras), tanto por sus propios términos como por el propio contenido de la norma, que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la Administración pública y, más concretamente, de los órganos de poder de la comunidad política", Fundamento Jurídico 4.

31 Cosa que no deja de ser llamativo, puesto que la postura primera parecía clara y rotunda.

32 STC núm. 67/2011, de 16 de mayo (RTC 2011, 67).

33 Fundamento Jurídico 2.

De esta manera nos encontramos con una idea clave, y es que cuando exista una normativa que permita que una persona jurídico pública se persone mediante el ejercicio de la acción popular; ésta podrá hacerlo, y en caso contrario no.

Cabe señalar que en la Sentencia 8/2008³⁴, que también trata esta problemática a la que nos referimos en este epígrafe, existe un voto particular muy interesante que discrepa del contenido de la Sentencia, en el cual, el magistrado Conde Martín de Hijas, se distancia de la posición adoptada por el resto de Magistrados afirma que la norma autonómica sería inconstitucional por invadir competencias exclusivas del Estado, no pudiendo el Alto Tribunal verse vinculado por ella³⁵.

En relación con la posibilidad de que los entes públicos ejerzan la acción popular, creemos necesario traer a colación la interesante aportación de Jiménez Cardona, quien considera que las personas jurídico públicas no deben tener la opción de ejercer la acción pública, en primer lugar porque la función social es cumplida por el Ministerio Fiscal, en segundo lugar porque podría crearse un conflicto al ser, entendido de esta manera, una opción para que participe el poder ejecutivo, y en tercer lugar por la desproporcionalidad de recursos que supondría para la otra parte tener que enfrentarse con el Ministerio Fiscal y otro ente público³⁶. En el mismo sentido se ha afirmado que en el caso en el que una persona jurídico

34 STC núm. 8/2008, de 21 de enero (RTC 2008, 8).

35 Concretamente señala lo siguiente: "si bien los órganos de la jurisdicción ordinaria están vinculados por la Ley autonómica, si es que no plantean respecto de ella cuestión de constitucionalidad, nuestra posición ante la Ley es diferente. Al respecto estimo que no podemos considerarnos vinculados por una Ley autonómica, en cuanto base fundante de un pretendido derecho de tutela judicial efectiva de la Comunidad Autónoma, vedándonos de partida un posible juicio de constitucionalidad de la norma de que se trate, y ello aunque no nos movamos en el plano de un proceso abstracto de impugnación de tal Ley. Para este Tribunal un pretendido derecho de tutela judicial efectiva de un poder público no puede tener asiento en una Ley autonómica, si la Ley, a su vez, podemos considerarla inconstitucional, aunque esa apreciación la hagamos con ocasión de un caso concreto, y limitada a la solución de ese caso, y no en un proceso abstracto de impugnación de la Ley. En tal sentido mi criterio es el de que la Ley de que ahora se trata (en su art. 18) no es conforme a la Constitución, porque invade un área de competencia exclusiva del Estado, ex art. 149.1.6 CE, en tanto que reguladora de un contenido inequívocamente procesal, que además considero en sí mismo contrario al art. 125 CE. El derecho que en este precepto constitucional, y en coherencia con el mismo en el art. 101 LECrim, se atribuye a "los ciudadanos", no puede atribuirse por una Ley autonómica a quienes no son ciudadanos, sino órganos del poder público. Tal atribución, aparte de violentar la lógica constitucional del art. 125 CE, violenta, a mi juicio, el propio sistema constitucional de distribución de funciones en el seno del poder público, en el que la de promover la acción de la justicia se encomienda al Ministerio Fiscal. En conclusión, si, según mi criterio, la Comunidad Autónoma recurrente no es titular del derecho de tutela judicial efectiva, en los términos en que lo ejerce, para defender una facultad que una Ley autonómica le atribuye en tanto que poder público, y si dicha Ley, a su vez debe ser considerada inconstitucional, falta por completo la base para el otorgamiento del amparo".

36 Literalmente afirma que "Con la existencia de un acusador público como es el Ministerio Fiscal, cuya función es promover la actuación de la justicia (124 CE), ya se garantiza el cumplimiento de la función social, resultando innecesario, por reiterativo, la constitución de otros entes públicos en acusadores populares para defender el mismo interés. Una cosa es permitir el desempeño de esa misma función pública a cualquier ciudadano, en el bien entendido de persona física o jurídica de naturaleza privada, y otra bien distinta es dar entrada a órganos administrativos para ocupar una posición reservada a sujetos privados con el fin de defender un interés social –teñido de algún tinte político o electoralista-. Además de redundante, puede ser incluso hasta arriesgado, porque establece de facto la existencia de una vía que haga posible la intervención del poder ejecutivo encaminada a burlar el deber de imparcialidad al que está sujeto el MF. Todo ello, sin contar, además, con la indefensión que sufriría el imputado por estar ante dos acusaciones oficiales que tendrían un mayor abastecimiento de recursos, a cargo del presupuesto público, en comparación con un simple particular". JIMÉNEZ CARDONA, N.: "La acción popular en el sistema procesal español", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2014, núm. 5, vol. 2, p. 62.

pública quiere proceder en la defensa de un interés público en orden judicial, debería actuarse mediante el Ministerio Fiscal y no mediante la acción popular. Concretamente se ha dicho que “la ley precisamente instituyó al Ministerio Fiscal para el ejercicio de todas las acciones penales que procedan con arreglo a la ley (...). A él la Constitución encarga promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley –art. 124 CE–. Si un ente público quiere defender un interés público ante los Tribunales, parece que debe hacerlo por medio del Ministerio Fiscal”³⁷. Finalmente simplemente indicar que Pérez Gil ha considerado que “las Administraciones públicas no han encontrado trabas en el reconocimiento de la legitimación activa en el proceso penal cuando se tratara de delitos que afectaban al respectivo ámbito de competencias del ente de que se tratase”, sin embargo advierte que “en este supuesto no estamos ante una acusación popular sino ante el posible ejercicio de una acusación particular por un ofendido cualificado, que ostentaría un claro interés legítimo en el resarcimiento que puede seguir a la persecución del delito. No cabría, por tanto, la acusación por ninguna otra persona jurídico-pública en la medida en que tal esfera de facultades se determina objetivamente por la de las competencias del respectivo órgano”³⁸.

2. Los extranjeros.

Junto con la discusión acerca de si se deben incluir a las personas físicas o jurídicas en la acción popular, también surge el dilema de si se extiende a los extranjeros o únicamente a los nacionales españoles.

Este tema que acaba de exponerse puede resultar nuevamente conflictivo. Esto surge del siguiente planteamiento: si confrontamos la regulación establecida que está en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, se observa como la acción popular va a poder ser ejercida por ciudadanos categorizados de españoles. Esto es algo evidente atendiendo a la literalidad del texto. Sin embargo, nos encontramos en una delicada tesitura, y es que el artículo 125 CE no hace esta adjetivación de los ciudadanos, estando presente en otros preceptos constitucionales. A ello hay que sumarle que, en el marco de la Unión Europea, de la que España forma parte, ha establecido en su Tratado de Funcionamiento lo que se ha denominado como ciudadanía europea.

Respecto de la esto, lo que sí podemos encontrar es que el artículo 13 de la Carta Magna no se hace exclusión del derecho a los extranjeros³⁹.

37 AYA ONSALO, A.: “El ejercicio de la acción popular por las personas jurídicas”, *Problemas actuales del proceso penal y derecho fundamentales*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010, pp. 202-203.

38 PÉREZ GIL, J.: *La acusación popular*, cit., p. 401.

39 Artículo 13 de la Constitución Española: “1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.
2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en

Al mismo tiempo, se ha puesto de manifiesto que el artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea “prohíbe toda discriminación y por ello no se admite que un ciudadano de la Unión Europea sea considerado extranjero en otro país de la Unión”⁴⁰.

Todo ello es lo que nos puede hacer pensar que, el ejercicio de la acción popular, no está reservada a los españoles desde un punto de vista constitucional y europeo, aunque legalmente sí que está clara esta reserva, siendo posible que, de mantenerse esta legislación, si un extranjero quisiera poner en práctica el ejercicio de esta acción, se presentara por parte del órgano judicial correspondiente, una cuestión de inconstitucionalidad sobre el asunto, lo cual permitiría que el Máximo intérprete de la Constitución Española se pronunciara sobre el contencioso.

Desde nuestro punto de vista, una interpretación que entendemos que sería admisible desde un punto de vista constitucional, sería la de considerar que aquellos que ostenten la ciudadanía europea tendrían derecho a la acción popular; siendo más discutida respecto de las personas no comunitarias⁴¹. De esta manera se ha advertido que “el interés social que puede asumir una persona no está reñido con la nacionalidad que ostente. Tan es así, que sería comprensible que un particular no nacional, pero residente en España, se interesase por la comunidad de la que forma parte y demostrara su implicación con la defensa de un interés colectivo. Todo ello nos conduce a pensar que la exclusión de las personas extranjeras es más bien es una reminiscencia histórica, fruto de una anacrónica adaptación legislativa”⁴². No obstante, existen otras opiniones igualmente aceptables que consideran que “no cabría entender la existencia de discriminación alguna por razón de la exigencia de nacionalidad española precisamente porque no se trata de una actividad que quepa ser englobada dentro del ámbito del Tratado, sino sólo de una actividad dirigida a la satisfacción del interés público”⁴³.

Dicho todo lo anterior, y vista la conflictividad que presentan los términos empleados por las normas, podemos considerar que es posible que ésta pudo ser la que provocó que en el Borrador del Código Procesal Penal Español del año 2013, que no llegó a salir adelante, se presentase un concepto de la figura utilizando ya no el término ciudadano sino la palabra persona, de tal manera que el artículo 69

las elecciones municipales”.

40 GIMÉNEZ GARCÍA, J.: “Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”, *Eguzkilore*, 2009, núm. 23, p. 319.

41 Sin embargo, de estas personas se ha afirmado que “ciudadano da idea de coasociado en un contexto social y no individual. Entendido así sólo estarían excluidos aquellos sujetos que no forman parte de una comunidad, pero no por el contrario aquellos que tienen arraigo. De este modo los extranjeros residentes con arraigo, o con la vinculación con la comunidad podrían ejercer la acción popular”. LATORRE LATORRE, V.: *Acción popular/Acción colectiva*, Civitas, Madrid, 2000, p. 52.

42 JIMÉNEZ CARDONA, N.: “La acción popular”, cit., pp. 59-60.

43 PÉREZ GIL, J.: *La acusación popular*, cit., p. 358.

decía lo siguiente: "La acción popular es la acción penal interpuesta por persona que no ha resultado ofendida ni perjudicada por el delito y puede ser ejercida con plena autonomía respecto a otras partes acusadora"⁴⁴.

VII. RECAPITULACIÓN FINAL.

Como punto último y a modo de recapitulación debemos señalar lo siguiente:

En primer lugar, la acción popular es un derecho constitucional, relacionado en cierta medida con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que provoca la aplicación de algunas garantías propias de los derechos fundamentales como el recurso de amparo.

En segundo lugar, entendemos que la regulación legal existente podría mejorarse notablemente, primero intentando facilitar un concepto legal de la figura y segundo y más importante, creando una normativa más clara, sobre todo en relación a los que pueden ejercer la acción, teniendo siempre presente la jurisprudencia del Alto Tribunal y, junto con ello, el contexto europeo en el que vivimos.

⁴⁴ Cabe aclarar que en dicho Borrador, este artículo 69 se encuadraba dentro del Título II y concretamente dentro de éste, en el Capítulo V, dedicado por entero a la acción popular. Siendo esta regulación mucho más completa que la actual, pero en la que no entraremos por no haber sido aprobada ni haya trazas de una aprobación cercana.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: "Derechos fundamentales", *Diccionario Jurídico* (coord. por J. M. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 222-223.

ARNALDO ALCUBILLA, E., GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. y SIEIRA, S.: "Sinopsis artículo 125", *Constitución Española*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2011. Disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=125&tipo=2>

AYA ONSALO, A.: "El ejercicio de la acción popular por las personas jurídicas", *Problemas actuales del proceso penal y derecho fundamentales*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010, pp.

CASAS BAAMONDE, M. E. y VALDES DAL-RÉ, F.: "Tutela judicial, competencia de la jurisdicción social y acceso al proceso de trabajo", 1994, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 4, pp. 11-70.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: "La acción popular. Restricción en su ejercicio", *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 2009, núm. 5, pp. 179-194.

CRESPO BARQUERO, P.: "Artículo 125", *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 1940-1949.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

GIMÉNEZ GARCÍA, J.: "Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo", *Eguzkilore*, 2009, núm. 23, pp. 317-331.

GIMENO SENDRA, J.V.: "La acusación popular". *Poder Judicial*, 1993, núm. 31, pp. 87-94.

GRANDE-MARLASKA GÓMEZ, F.: "La acción popular-la acusación particular" *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2012, núm. 7, pp. 237-251.

GRASAS I HERNÁNDEZ, F., y JUFRESA PATAU, F.: "La acción popular sigue siendo importante", *Món Jurídic*, 2016, núm. 308, pp. 18-19.

GUTIÉRREZ-ALVIZ y ARMARIO, F. y MORENO CATENA, V.: "Artículo 125. La participación popular en la administración de justicia", *Comentarios a la Constitución Española de*

1978 (coord. por O. ALZAGA VILLAAMIL), Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, pp. 567-601.

JIMÉNEZ CARDONA, N.: "La acción popular en el sistema procesal español", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2014, núm. 5, vol. 2, pp. 47-89.

LATORRE LATORRE, V.: *Acción popular/Acción colectiva*, Civitas, Madrid, 2000.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: "La acción popular", *Diario la Ley*, 2016, núm. 8772.

ORTEGO PÉREZ, F.: "Restricción Jurisprudencial al ejercicio de la acción penal popular (Un apunte crítico a la controvertida doctrina Botín)", *Diario la Ley*, 2008, núm. 6912.

PEÑALVER I CABRÉ, A.: "Las pretensiones en el Contencioso Administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos", *Revista de Administración Pública*, 2013, núm. 190, pp. 149-194.

PÉREZ Gil, J.: *La acusación popular*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1997.

PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

TESO GAMELLA, M. P.: "Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales", *Cuadernos de Derecho Público*, 2009, núm. 36, pp. 71-89.

TOMÉ GARCÍA, J. A.: "La acción popular en el proceso penal: situación actual y propuestas para una futura reforma", *Los sujetos protagonistas del proceso penal* (coord. por J. M. CHOZAS ALONSO), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 263-273.

EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD
CONYUGAL ECUATORIANA

THE COMMUNITY MATRIMONIAL PROPERTY REGIME OF THE
LAW OF ECUADOR

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 54-75



Pablo
QUINZÁ
REDONDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de marzo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: El presente artículo analiza la sociedad conyugal, régimen económico matrimonial legal existe en Ecuador. Para ello, se estudian las normas referentes a la composición del patrimonio, así como la regulación referente a la administración y disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Todo ello se acompaña de un análisis del rol de las capitulaciones matrimoniales respecto de dicho régimen económico matrimonial.

PALABRAS CLAVE: Sociedad conyugal; régimen económico matrimonial; derecho ecuatoriano.

ABSTRACT: This article deals with the legal matrimonial property regime applicable in Ecuador, known as "sociedad conyugal". In particular, it analysis the rules referred to the composition of the assets as well as the regulation of the administration and dissolution and liquidation of the "sociedad conyugal". Alongside this, a reference is made to the function of matrimonial property agreements in regards to that matrimonial property regime.

KEY WORDS: Community of property; matrimonial property regimes; law of Ecuador.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. La sociedad conyugal como régimen legal.- I. Composición patrimonial de la sociedad conyugal.- A) Activo y pasivo de la sociedad conyugal.- a) Activo absoluto.- b) Activo relativo.- c) Pasivo absoluto.- d) Pasivo relativo.- B) Activo y pasivo personal de los cónyuges.- a) Activo personal de los cónyuges.- b) Pasivo personal de los cónyuges.- 2. Administración de la sociedad conyugal.- A) La administración ordinaria.- B) La administración extraordinaria.- 3. Disolución y liquidación de la sociedad conyugal.- III. La sociedad conyugal y las capitulaciones matrimoniales.- 1. Contenido de las capitulaciones matrimoniales.- 2. Forma y publicidad de las capitulaciones matrimoniales.- 3. Modificación de las capitulaciones matrimoniales.- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

La convivencia generada por la vida matrimonial origina, junto con las relaciones personales y afectivas que toda unión conlleva, efectos patrimoniales de innegable trascendencia, de entre los cuales destaca el régimen económico matrimonial. Dicha premisa, que resulta una constante en la práctica totalidad de Estados de tradición civilista, también se cumple en Ecuador, como pone de manifiesto el Título V del Libro I de su Código civil (en adelante, Cc ecuatoriano)¹ y las múltiples reformas que han afectado a este ámbito en el último cincuentenario –principalmente, Leyes 256 de 1970, 43 de 1989, 88 de 1990 y, la más reciente, de 2015-.

A lo largo de las disposiciones contenidas en el mismo se regula, no sólo el régimen aplicable en ausencia de autonomía de la voluntad –el llamado régimen económico matrimonial legal- (II), sino también el rol que desempeñan las capitulaciones matrimoniales en relación con el mismo (III). El estudio de ambas figuras constituye precisamente el objeto de este trabajo, que se acompañará del aporte doctrinal y/o jurisprudencial en los puntos conflictivos.

II. LA SOCIEDAD CONYUGAL COMO RÉGIMEN LEGAL.

De acuerdo con la legislación ecuatoriana, la unión matrimonial provoca la necesaria entrada en escena de un modelo patrimonial que regule las relaciones económicas o financieras, no sólo entre los propios cónyuges, sino también respecto

I El Cc ecuatoriano adoptó, a grandes rasgos, el Cc chileno, obra de don Andrés Bello, como también ocurriera en Colombia y Nicaragua. Del mismo modo, el contenido del “Código de Bello” también resultó una referencia para los Códigos de Argentina, Brasil o Uruguay (PÉREZ GUERRERO, A.: *Fundamentos del derecho civil ecuatoriano*, Publicaciones de la Universidad Central, Quito, 1940, p. 35).

• Pablo Quinzá Redondo

Pablo Quinzá Redondo es Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. Es licenciado en Derecho (2010) y Administración y Dirección de empresas (2010), maestro en Derecho de la Empresa (2012) y Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. Correo electrónico: pablo.quinza@uv.es.

de terceros. En particular, en Ecuador, el régimen legal aplicable es la sociedad conyugal (arts. 139 y 153 Cc ecuatoriano), un régimen económico matrimonial de tipo comunitario en cuya virtud se forma una sociedad patrimonial entre los cónyuges constituida por los bienes muebles que éstos aportaran y por los bienes muebles e inmuebles adquiridos a título oneroso por ambos durante la vigencia de la misma que, como norma general, se divide en dos mitades iguales al tiempo de su disolución.

Dicho régimen económico matrimonial viene rodeado de múltiples particularidades atendiendo a la composición de su patrimonio (1), su administración (2) y la disolución y liquidación del mismo (3), cuya regulación se encuentra dispersa a lo largo del Título V del Cc ecuatoriano.

I. Composición patrimonial de la sociedad conyugal.

La composición patrimonial de la sociedad conyugal se caracteriza por la existencia de dos grandes masas: el activo y el pasivo de la sociedad conyugal (A). Pero junto al patrimonio social resulta perfectamente posible que cada cónyuge ostente la propiedad y administración de sus bienes propios, así como la obligación de sufragar las deudas privativas (B). En este sentido, la pertenencia de un bien u obligación a uno u otro grupo supone la toma en consideración de, al menos, tres factores: la naturaleza de los bienes, la naturaleza del título de adquisición y el tiempo de adquisición².

A) Activo y pasivo de la sociedad conyugal.

Como se acaba de indicar, la sociedad conyugal del Cc ecuatoriano cuenta con un activo y un pasivo. Ambos, a su vez, pueden ser absolutos o relativos.

El activo absoluto está formado por aquellos bienes que integran la sociedad con carácter definitivo (a), no siendo necesaria una restitución, mientras que el activo relativo hace referencia a aquellos bienes que durante la vigencia de la sociedad son usados por ambos cónyuges, de suerte que ficticiamente parece que pertenecen a ésta, pero que al tiempo de su disolución deberán ser devueltos a su cónyuge propietario, tal y como los entregó, o mediante una recompensa (b).

Paralelamente, el pasivo absoluto (c) y relativo (d) comparten los mismos caracteres, si bien referenciando deudas definitivas de la sociedad o deudas pagadas por la sociedad conyugal pero que, realmente, corresponden a uno de los cónyuges³.

2 CEVALLOS GUERRA, R.: *Código civil en preguntas*, Editorial jurídica del Ecuador, Quito, 2001, p. 120.

3 Se utilizará la clasificación propuesta en el manual de LARREA HOLGUÍN, J.: *Derecho civil del Ecuador*, vol. II, Corporación de estudios y publicaciones, Quito, 2009, p. 383, tomada de la conferencia del Dr. René Bustamante Muñoz en la Residencia Ilinizas, Quito, 1964.

a) Activo absoluto.

El primer grupo que compone el haber absoluto son los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la sociedad (art. 157.5 Cc ecuatoriano)⁴, constituyendo éstos la fuente más importante de ingresos de la sociedad conyugal⁵.

Aunque no se menciona expresamente, dicha disposición parece referirse tanto a los bienes inmuebles⁶ como a los muebles dado que, *a contrario sensu*, el art. 157.4 Cc ecuatoriano hace mención a los bienes muebles aportados la sociedad y adquiridos a título gratuito durante su vigencia, que forman parte del haber relativo, y porque los bienes inmuebles cuya propiedad fue adquirida antes de la formación de la sociedad son de naturaleza privativa (art. 167.1 Cc ecuatoriano).

Amén de lo anterior, los bienes inmuebles presentan unas particularidades propias en la legislación ecuatoriana. Así, tratándose de una finca adquirida por uno de los cónyuges que se encuentra contigua y resulta inseparable a otra de la que ya era propietario, se formará una comunidad de propietarios entre el cónyuge dueño de la primera finca y la sociedad conyugal, dueña de la adquirida, en proporción a los valores de incorporación (art. 160 Cc ecuatoriano). Por otro lado, si el cónyuge es copropietario exclusivo de un bien con otras personas, y finalmente consigue hacerse con la total propiedad de dicho bien, la concreta parte adquirida pasará a pertenecer a la sociedad (art. 161 Cc ecuatoriano)⁷.

Continuando con la composición del activo absoluto, cabe decir que también pertenecen a dicha tipología los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio (art. 157.1 Cc ecuatoriano), pudiendo citarse a modo de ejemplo las jubilaciones, pensiones de gracia o indemnizaciones por accidentes⁸.

La anterior disposición resulta especialmente problemática en relación con los trabajos comenzados antes del matrimonio pero que terminan durante el mismo e igualmente por los trabajos iniciados vigente la sociedad conyugal pero que

4 El Cc ecuatoriano se refiere a lo largo del articulado a bienes adquiridos "antes o durante el matrimonio" en lugar de utilizar la expresión "antes o durante la vigencia de la sociedad conyugal". Dicha distinción no resulta totalmente imprescindible atendiendo al contenido actual del Cc ecuatoriano, por cuanto el matrimonio provoca, *per se*, la aparición de la sociedad conyugal. No obstante, si la legislación ecuatoriana regulara distintos regímenes económico matrimoniales, sería más preciso utilizar esta última opción, por cuanto los cónyuges podrían cambiar de régimen económico matrimonial a lo largo de su vida.

5 GARCÍA FALCONI, J.: *El juicio de liquidación de la sociedad conyugal*, 2ª parte, Librería jurídica, Quito, 1995, p. 38.

6 Y ello también respecto de los bienes inmuebles adquiridos por la mujer, superada ya la redacción del art. 1780 Cc ecuatoriano antes de la reforma de la Ley 256 de 1970, cuyo contenido parece haber inducido a error en algunos casos al "pensarse que basta la declaración del adquirente casado de que un bien no ingresa al haber de la sociedad conyugal porque se afirma que se lo adquiere con dinero del propio peculio" (Sentencia de la Corte Suprema de 14 de abril de 2003, Gaceta judicial 12 de 14 de abril de 2003).

7 LARREA HOLGUÍN, J.: *Derecho civil del Ecuador*, cit., p. 385.

8 GARCÍA FALCONI, J.: *El juicio de liquidación de la sociedad conyugal*, cit., p. 28.

se prolongan más allá de su disolución. En ambos casos se propone atender a la divisibilidad del trabajo, esto es, al cálculo de cuánta parte se ha desarrollado durante la vigencia de sociedad conyugal para determinar qué concretos ingresos se insertan dentro de la misma. En el caso de que esto no fuera posible, por el tenor literal del artículo, habrá que estar a la fecha de terminación del trabajo⁹.

Por otro lado, las donaciones remuneratorias podrían formar parte de este grupo, en los casos en que puedan ser reclamadas judicialmente por el trabajador y siempre que los servicios se hayan prestado durante la vigencia de la sociedad (art. 169 Cc ecuatoriano).

Finalmente, todos los frutos, pensiones, intereses y lucros de los bienes sociales y de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, con carácter general, se ingresan en el haber absoluto (art. 157.2 Cc ecuatoriano), ya sean civiles (en virtud del art. 663 Cc ecuatoriano, los precios, pensiones o cánones de arrendamiento, y los intereses de capitales exigibles o impuestos a fondo perdido) o naturales (por mor del art. 660 Cc ecuatoriano, los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana)¹⁰, aunque ello debe ser matizado.

Así, en virtud del art. 159.3 Cc ecuatoriano, todos los aumentos materiales que se acrecen a cualquier especie de uno de los cónyuges formando un mismo cuerpo con ella "por cualquier causa" —englobando entonces a los frutos y productos— no pasarán a formar parte del haber social.

Lo anterior implica, necesariamente plantearse una cuestión esencial: ¿Cuáles son entonces los frutos y productos que ingresan en la sociedad conyugal? Para ello se ha propuesto atender a la causa del aumento del bien en cuestión: si se ha producido por expensas o gastos realizados por la sociedad, podrán ingresar en el haber social, pero si se trata de aumentos de valor que provienen de trabajos costeados por el cónyuge propietario o por el mero transcurso del tiempo, pertenecerán al cónyuge dueño¹¹.

b) Activo relativo.

La otra gran masa patrimonial que conforma el activo es el haber relativo, compuesto por bienes que durante la vigencia de la sociedad conyugal entran dentro de la comunidad pero que al tiempo de su disolución vuelven a pertenecer

9 LARREA HOLGUÍN, J.: *Derecho civil del Ecuador*, cit., p. 389 y PARRAGUEZ RUIZ, L.: *Manual de derecho civil ecuatoriano: personas y familia*, vol. I, 2ª edición, Universidad técnica particular de Loja, Loja, 1996, p. 85.

10 Es preciso que los frutos se hayan devengado durante la vigencia de la sociedad, si bien dicho momento difiere dependiendo del tipo de fruto: los naturales se devengan desde su percepción y los civiles desde su producción (PARRAGUEZ RUIZ, L.: *Manual de derecho civil ecuatoriano*, cit., p. 89).

11 LARREA HOLGUÍN, J.: *Derecho civil del Ecuador*, cit., p. 391.

al cónyuge propietario, bien por restitución de la cosa aportada, bien mediante una compensación.

Forman parte de ella el dinero que cualquiera de los cónyuges aporte en el momento de creación de la sociedad conyugal o durante su vigencia adquiera (art. 157.3 Cc ecuatoriano), siempre que no sea a título oneroso –por ejemplo, compra de moneda extranjera-, pues en ese caso ingresaría en el haber absoluto; las cosas fungibles y especies muebles aportadas por los cónyuges al inicio de la sociedad conyugal o adquiridas durante su vigencia (art. 157.4 Cc ecuatoriano) a título gratuito –por contraposición al art. 157.5 Cc, referido a la adquisición de todos los bienes a título oneroso-; las donaciones remuneratorias que no se pueden reclamar judicialmente (art. 169 Cc ecuatoriano) y, en el caso de un tesoro encontrado, la parte que pertenece al dueño del terreno en que se encuentra (art. 163 Cc ecuatoriano), por tratarse de un bien mueble adquirido a título gratuito¹².

c) Pasivo absoluto.

El pasivo de la sociedad, del mismo modo que el activo, puede ser absoluto o relativo. Las deudas absolutas son aquellas a las que la sociedad tiene que hacer frente con carácter definitivo sin lugar a compensación posterior de los cónyuges.

En particular, el pasivo absoluto se compone de las pensiones e intereses que corran contra la sociedad o cualquiera de los cónyuges –por ejemplo el arrendamiento del hogar familiar o el interés de un préstamo hipotecario para la adquisición de un bien social,- y cuyo momento de devengo sea durante la vigencia de la sociedad conyugal –art. 171.1 Cc ecuatoriano-, lo cual resulta coherente con el hecho de que es la sociedad quien recibe los frutos, réditos, pensiones e intereses de los bienes de los cónyuges. Se trata pues de una partida de debe absoluto con un homónimo en el haber absoluto y por ello no exige que la obligación se haya contraído durante la existencia de la sociedad, sino que los intereses derivados de la misma se devenguen durante dicho periodo¹³.

En segundo lugar, engrosan el pasivo absoluto las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales o de cada cónyuge (art. 171.4 Cc ecuatoriano), que incluyen los costes de mantenimiento de los bienes del activo relativo –es decir, los bienes de cada cónyuge que entran en la sociedad conyugal durante un tiempo limitado, a cuyo final deberán ser restituidos-, y además los gastos derivados de los bienes propios y exclusivos de cada cónyuge, porque aunque éstos como tal no ingresan en la sociedad, sí que lo hacen los frutos que producen¹⁴.

¹² Ídem, pp. 396-398.

¹³ PARRAGUEZ RUIZ, L.: *Manual de derecho civil ecuatoriano*, cit., pp. 144-145.

¹⁴ LARREA HOLGUÍN, J.: *Derecho civil del Ecuador*, cit., p. 416.

Con carácter conjunto se regulan también como debe absoluto los costes de manutención de algunos de los miembros de la familia, entre los que se encuentran no sólo los propios cónyuges, sino también los hijos comunes que ambos tuvieren (art. 171.5 Cc ecuatoriano)¹⁵. En relación con los primeros, resulta pertinente indicar que dichos costes hacen referencia, entre otros, al derecho de alimentos o a los gastos derivados por alguna enfermedad, mientras que respecto de los segundos, adicionalmente, deben considerarse los gastos educacionales correspondientes, ya sean primarios, secundarios y/o de índole técnica o universitaria¹⁶.

Las deudas absolutas contempladas en el art. 171 Cc ecuatoriano deben ser completadas con otra disposición de índole más general, como es el art. 147 Cc ecuatoriano, que regula la responsabilidad nacida en los casos de actuación conjunta de los cónyuges o separada de uno de ellos pero con autorización judicial o del otro, respecto de los bienes sociales, en cuyo caso es la propia sociedad conyugal, de manera absoluta, la que debe responder con carácter general¹⁷.

Finalmente, en relación con estas deudas absolutas, es necesario indicar que en el caso de no poder ser sufragadas por los bienes sociales, corresponderá al patrimonio del cónyuge que se ha beneficiado del acto jurídico o contrato que originó la obligación, responder subsidiariamente (art. 182.1º párr. Cc ecuatoriano).

d) Pasivo relativo.

Junto con el pasivo absoluto se encuentra el pasivo relativo, referente a situaciones en que la sociedad afronta una deuda propia de un cónyuge, siendo necesaria su compensación en el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial. En otras palabras, bajo este grupo se encuentran aquellas deudas que paga la sociedad conyugal a terceras personas que son acreedoras personales de uno de los cónyuges, momento a partir del cual ésta pasa a ser la acreedora del cónyuge deudor:

La responsabilidad “temporal” de la sociedad para hacer frente a las deudas resulta ciertamente lógica, en tanto en cuanto durante su vigencia los cónyuges apenas dispondrán, en la mayoría de los casos, de patrimonio privativo, al encontrarse éste inmerso en el haber absoluto o relativo¹⁸.

Lo anterior justifica que el precepto clave para entender el pasivo relativo sea conocer, de antemano, cuáles son las deudas personales de los cónyuges (art. 171.3

15 El segundo párrafo de la citada disposición también prevé los gastos de manutención de ascendientes o descendientes comunes de uno sólo de los cónyuges.

16 GARCÍA FALCONI, J.: *El juicio de liquidación de la sociedad conyugal*, cit., p. 132.

17 PARRAGUEZ RUIZ, L.: *Manual de derecho civil ecuatoriano*, cit., pp. 148-149.

18 *Ídem*, p. 155.

Cc ecuatoriano) por cuanto a las mismas hace frente, con carácter transitorio, la sociedad conyugal.

Este tipo de deudas no se encuentran recogidas en una única disposición del articulado del Cc ecuatoriano, aunque puede inferirse que pertenecen a este grupo, principalmente, las obligaciones de cada cónyuge respecto de sus bienes propios (art. 147.1º párr. Cc ecuatoriano); las deudas para el establecimiento de los hijos de solo uno de ellos (art. 171.2 Cc ecuatoriano); las obligaciones excesivas de alimentos que uno de los cónyuges esté obligado a dar a uno de sus ascendientes o descendientes (art. 171.5.2º párr. Cc ecuatoriano); las multas o reparaciones pecuniarias a que fuere condenado uno de los cónyuges por delitos o cuasi delitos (art. 179 Cc ecuatoriano); las expensas de toda clase que se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges y que hayan producido un aumento de valor (art. 177 Cc ecuatoriano); los precios, saldos, costas judiciales y expensas de toda clase que se deban por la adquisición o cobro de bienes, derechos o créditos de uno de los cónyuges (art. 176 Cc ecuatoriano) y toda erogación gratuita y cuantiosa a favor de un tercero que no sea descendiente común (art. 178 Cc ecuatoriano)¹⁹.

Junto con el art. 171.3 Cc ecuatoriano, precepto clave para la comprensión del pasivo relativo, conviene igualmente tomar en consideración el art. 182.2º párr. Cc ecuatoriano. Dicha disposición, en cierto modo, parece desvirtuar la propia esencia del pasivo relativo, al “obligar” a los acreedores a dirigirse primero contra los bienes propios de cada cónyuge y sólo cuando éstos resulten insuficientes, proceder al cobro de la deuda a través de la sociedad conyugal, es decir, la redacción del propio artículo puede dar a entender que la existencia de un pasivo relativo está subordinada exclusivamente a que esas deudas no hayan sido satisfechas anteriormente de modo individual por cada cónyuge. La doctrina más relevante, empero, ha indicado que el propio contenido del art. 171.3 Cc ecuatoriano no deja lugar a la duda en cuanto a la consideración de que el propio legislador ecuatoriano ha previsto claramente la existencia de un pasivo relativo con carácter autónomo²⁰.

B) Activo y pasivo personal de los cónyuges.

Junto con el activo y pasivo de la sociedad conyugal, bien absoluto, bien relativo, el Cc ecuatoriano permite que cada cónyuge conserve u obtenga su patrimonio propio (a). Del mismo modo, cabe que cada cónyuge ostente unas deudas de carácter privativo (b).

19 Un completo listado de las deudas personales de los cónyuges puede encontrarse en LARREA HOLGUÍN, J.: *Derecho civil del Ecuador*, cit., pp. 421-422.

20 Sobre esta discusión, *vid.*, PARRAGUEZ RUIZ, L.: *Manual de derecho civil ecuatoriano*, cit., p. 155.

a) Activo personal de los cónyuges.

Debe partirse de la premisa de que, como norma general, y mientras no se demuestre lo contrario, el dinero, las cosas fungibles y todas las especies, créditos, derechos y acciones se presume que no son propios de los cónyuges, sino que pertenecen a la sociedad (art. 170.1º párr: Cc ecuatoriano).

Esta afirmación, empero, no se acompaña de una regulación taxativa de los medios de prueba de determinación de la propiedad, aunque se estima que no es suficiente ni la confesión ni la declaración jurada (art. 170.2º párr: Cc ecuatoriano)²¹. Dicha presunción resulta especialmente favorecedora para los terceros que, *a priori*, pueden dirigirse contra cualquier bien que no se demuestre que es privativo de cada cónyuge²².

Lo anterior, evidentemente, es tomado en consideración respecto de bienes que no sean estrictamente personales de cada cónyuge –por ejemplo, la ropa y enseres–, pues sobre estos últimos no cabe duda de su carácter privativo (art. 170.4º párr: Cc ecuatoriano).

Ahondando en el contenido concreto de alguna de las masas patrimoniales más relevantes de este grupo, debe tenerse presente que pertenecerán a cada cónyuge los inmuebles que poseían antes del inicio de la sociedad conyugal (art. 167.1 Cc ecuatoriano), sea cual fuere el título por el que se adquirieron –no figuran a lo largo del articulado como bienes que ingresen en la sociedad conyugal²³– y los inmuebles adquiridos a título gratuito, por donación, herencia o legado, durante su vigencia –en virtud del art. 158 Cc ecuatoriano, que aunque no menciona expresamente a los bienes inmuebles se entiende que se refiere a ellos, pues los bienes muebles adquiridos a título gratuito existiendo la sociedad conyugal forman parte del haber relativo²⁴.

21 Las confesiones o declaraciones que haga uno de los cónyuges acerca de que un determinado bien es exclusivamente propiedad del otro cónyuge valdrán como donación revocable siempre que consten en documento público (art. 170.3º párr: Cc ecuatoriano). En consecuencia, los documentos privados, pese a ser auténticos, no despliegan valor probatorio que desvirtúe que un bien pertenece a la sociedad conyugal (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1 de Septiembre de 2004, Expediente 18, Registro oficial 411). No presentaría, sin embargo, duda alguna la adquisición de un bien inmueble por uno de los cónyuges mediante escritura pública en la que se indique que dicho bien le pertenece única y exclusivamente, quedando excluido de la sociedad conyugal (Sentencia de la Corte Nacional de Justicia de 5 de marzo de 2013, Expediente 494, Registro oficial suplemento 405).

22 GARCÍA FALCONI, J.: *El juicio de liquidación de la sociedad conyugal*, cit., p. 85.

23 Los bienes inmuebles adquiridos en el estado civil de soltero, antes de contraer matrimonio y de formarse la sociedad conyugal, no forman parte del haber social (Sentencia de la Corte Nacional de Justicia de 7 de agosto de 2013, Expediente 301, Registro oficial suplemento 38).

24 Por ejemplo, sobre un bien inmueble heredado durante la vigencia de la sociedad conyugal que no forma parte de su haber, *vid.*, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 13 de marzo de 2002, Expediente 454, Registro oficial 533.

Del mismo modo, se ha considerado que el contenido del art. 164 Cc ecuatoriano va en esta línea, aunque con la mención “otro título gratuito” no se está haciendo referencia a las donaciones, herencias o legados, sino a las remisiones de una deuda asimiladas a la donación o a la asignación en la particiones de bienes de una cosa distinta de la dejada en herencia o legado a un cónyuge²⁵.

Cada cónyuge es también dueño de los aumentos o productos no periódicos obtenidos de los bienes por aluvión, edificación, plantación o cualquier causa (art. 159.3 Cc ecuatoriano), distintos de los frutos de los bienes propios, que sí engrosan el activo absoluto²⁶.

La última masa patrimonial relevante son los bienes subrogados, que son bienes que forman parte de la masa patrimonial de uno de los cónyuges ocupando la misma situación jurídica que otros a los que sustituyen²⁷.

La subrogación puede producirse mediante compraventa –la adquisición del bien inmueble se produce gracias a una previa venta de un bien inmueble o valor propio de uno de los cónyuges- o por permuta –intercambio de un inmueble por otro o por un valor propio- y puede tratarse de una subrogación de inmueble a inmueble (art. 165.1° párr. Cc ecuatoriano) o de inmueble a valores propios (art. 165.2° párr. Cc ecuatoriano)²⁸.

La subrogación, que no es sino una excepción a la regla general de que los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la sociedad ingresan al haber absoluto, no plantea excesivos problemas cuando la diferencia entre el valor de los bienes inmuebles o de los valores propios y el bien inmueble adquirido no es excesiva, distinguiéndose dos supuestos: que el nuevo bien sea de un mayor valor que el que sea da, en cuyo caso si la sociedad paga esa diferencia será acreedora del cónyuge propietario y, a la inversa, en cuyo caso, queda la sociedad obligada a pagar al cónyuge (art. 166.1° y 2° párr. Cc ecuatoriano). No obstante, si dicha diferencia excede de la mitad del valor de la finca que se recibe, ésta entra en el haber social y queda la sociedad obligada a pagar al cónyuge propietario por el valor del bien inmueble o valor propio que, a la postre, contribuyó a la adquisición o permuta del nuevo bien inmueble (art. 166.4° párr. Cc ecuatoriano)²⁹.

25 LARREA HOLGUÍN, J.: *Derecho civil del Ecuador*, cit., p. 401.

26 Así, un terreno adquirido por uno de los cónyuges cuando era soltero no pertenece a la sociedad conyugal, pero sí los frutos que dio (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 23 de diciembre de 2008).

27 GARCÍA FALCONI, J.: *El juicio de liquidación de la sociedad conyugal*, cit., p. 93.

28 PARRAGUEZ RUIZ, L.: *Manual de derecho civil ecuatoriano*, cit., pp. 120-121.

29 Algunos ejemplos pueden encontrarse en Ídem, pp. 124-127.

b) Pasivo personal de los cónyuges.

Las deudas personales de los cónyuges son aquellas a las que se ha hecho mención al analizar el pasivo relativo, creándose un derecho de cobro de la sociedad respecto del cónyuge. Su ubicación, recuérdese, se encuentra esencialmente, en el art. 171.2, 3 y 5 Cc ecuatoriano.

Como ocurriera con el activo personal de los cónyuges, donde existe una presunción de pertenencia de los bienes a favor de la sociedad conyugal, también corresponde a la parte interesada la prueba de que la deuda en cuestión es privativa para desvirtuar su consideración como social³⁰.

2. Administración de la sociedad conyugal.

La administración de la sociedad conyugal ha sido una de las cuestiones que mayores modificaciones ha sufrido con las sucesivas reformas del Cc ecuatoriano, obteniéndose una progresiva mejora de la posición de la mujer, tanto en lo que respecta a la administración ordinaria como a la extraordinaria.

A) La administración ordinaria.

Hasta la Ley 256 del año 1970, el marido se ocupaba de la administración de los bienes de la mujer y de la sociedad conyugal. Con la reforma introducida por dicha ley, la mujer adquirió plena capacidad jurídica por lo que respecta a la administración de sus bienes propios y, aunque se mantuvo la administración de la sociedad conyugal en manos del marido, se introdujeron algunas limitaciones, en el sentido de requerir el consentimiento o intervención expresa de la mujer para realizar ciertos actos. Posteriormente las reformas de 1989 y 1990 (Leyes 43 y 88, respectivamente), igualaron, siempre que hubiera autonomía de la voluntad, la situación jurídica de ambos cónyuges, atribuyendo la administración ordinaria a quien ellos mismos decidieran, bien al marido, bien a la mujer³¹. Sin embargo, no ha sido hasta recientemente –última reforma del Cc ecuatoriano de 2015– que la legislación ecuatoriana ha dejado de favorecer la figura del marido como administrador ordinario en caso de que los cónyuges nada acordaran³².

30 GARCÍA FALCONI, J.: *El juicio de liquidación de la sociedad conyugal*, cit., p. 81.

31 Un detallado estudio del rol de la mujer en relación con la administración de la sociedad puede encontrarse en LARREA HOLGUÍN, J.: *Derecho civil del Ecuador*, cit., pp. 428-439.

32 La última reforma del art. 180.1º párr. Cc ecuatoriano ha suprimido su parte final que establecía que “a falta de capitulación, se presumirá que el administrador es el marido”, probablemente porque los cónyuges no celebraban capitulaciones matrimoniales en la mayoría de los casos y ello se traducía, en la práctica, en que el marido fuera el administrador de la sociedad conyugal (PARRAGUEZ RUIZ, L.: *Manual de derecho civil ecuatoriano*, cit., p. 164). Las bondades de la regulación actual presentan, como contrapartida, el desembolso económico al que tendrán que hacer frente los cónyuges, “obligados” a otorgar capitulaciones matrimoniales para designar administrador, dado que ya no se prevé uno por defecto. Otra posible interpretación sería entender que, actualmente, el Cc ecuatoriano prevé la administración conjunta de la sociedad conyugal, si bien ésta resulta

Designado el administrador; ya sea hombre o mujer; podrá éste realizar por sí solo todos los actos ordinarios relacionados con las necesidades del hogar³³, pero deberá contar con el consentimiento de su consorte para la realización de los actos de disposición, limitación y constitución de gravamen de los siguientes bienes: inmuebles, vehículos a motor; acciones y participaciones mercantiles (art. 181.1° párr. Cc ecuatoriano). Dicha autorización del cónyuge no administrador resulta necesaria, pues de lo contrario tendrá lugar la nulidad relativa del acto o contrato (art. 181.4° párr. Cc ecuatoriano)³⁴.

Como se puede observar; apenas quedan actos jurídicos relevantes fuera de esta regulación en comparación con la anterior de la Ley 43, que se refería, en general, a actos sobre "bienes muebles e inmuebles", lo cual dificultaba verdaderamente el tráfico comercial³⁵. Con la Ley 88, si bien se mantuvieron los actos sobre inmuebles como de necesaria autorización por el cónyuge no administrador; se redujeron los bienes muebles a vehículos de motor y acciones o participaciones mercantiles.

Lo anterior no es óbice para poner de relieve que el art. 181 Cc ecuatoriano parece estar en aparente contradicción parcial con el art. 182.1° párr., referente a la copropiedad de marido y mujer de los bienes sociales frente a terceros, dado que respecto del segundo de ellos podría inferirse que es necesario el consentimiento de ambos para la enajenación de un bien –como dueños ambos que son–, mientras que el primero indica que, con excepción de ciertos bienes –inmuebles, vehículos a motor; acciones y participaciones mercantiles–, puede el cónyuge administrador realizar los actos de disposición, limitación o constitución de gravamen por sí sólo sin el consentimiento del otro cónyuge. La doctrina más relevante ha indicado que, con ocasión de la reforma del art. 181 Cc ecuatoriano, debió haberse modificado el art. 182.1° párr., indicando que la presunción de copropiedad de los bienes sólo juega, en la práctica, respecto de algunos de ellos, donde se exige la autorización expresa del cónyuge no administrador; pues respecto del resto, el administrador de la sociedad conyugal es quien decide unilateralmente³⁶.

difícil de mantener, pues el art. 181 Cc ecuatoriano se refiere a la administración unipersonal de la sociedad conyugal.

- 33 Debe tenerse presente que no se recoge en el Cc ecuatoriano una norma específica que precise qué se entiende por actos de administración ordinaria de la sociedad conyugal, optándose por seguir análogamente las funciones propias de los actos de administración del mandato, reguladas en el art. 2063 Cc ecuatoriano, como son el pago y cobro de créditos o el ejercicio de acciones contra los deudores (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 28 de julio de 2010, Expediente 220, Registro oficial suplemento 57).
- 34 La nulidad relativa debe ser alegada por el cónyuge cuyo consentimiento era necesario, como se ha indicado en un caso referente a la falsificación de un poder de autorización expresa para disponer de un bien inmueble (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 28 de enero de 2011, Expediente 117, Registro oficial suplemento 111) o respecto de un supuesto de utilización de la cédula de identidad de soltero, en vez de casado, para que no se exigiera la concurrencia del cónyuge no administrador (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 26 de abril de 2010, Expediente 413, Registro oficial suplemento 179).
- 35 LARREA HOLGUÍN, J.: *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*, Tomo I. Quito (2002): Corporación de Estudios y publicaciones, p. 306.
- 36 ROMERO PARDUCCI, E.: "Copropiedad conyugal", *Revista jurídica de la Facultad de derecho de la Universidad católica de Guayaquil*, 1990, núm. 2, pp. 61-62; LARREA HOLGUÍN, J.: "Las últimas reformas al Código civil: comentarios a la Ley

En último término, resulta necesario poner de relieve cómo pese a que el Cc ecuatoriano regula el supuesto de que el cónyuge no administrador se encuentre imposibilitado para autorizar un acto de disposición, limitación o constitución de gravamen (art. 181.2º y 3º párr. Cc ecuatoriano), nada dice respecto de los supuesto en que se negare a prestar tal autorización, aunque se ha propuesto la aplicación analógica del inciso primero del art. 144 Cc ecuatoriano, que permite al juez suplir la negativa de uno de los cónyuges en beneficio de la sociedad conyugal³⁷.

B) La administración extraordinaria.

Por lo que respecta a la administración extraordinaria de la sociedad, cabe decir que ésta se produce en los casos en uno de los cónyuges se encuentra incapacitado o impedido legalmente o ausente durante más de tres años sin comunicación con su familia, correspondiendo la administración al cónyuge que no se encuentra en tal situación (art. 185 Cc ecuatoriano).

De modo similar a la administración ordinaria de la sociedad, el rol que actualmente puede ejercer la mujer también ha sido fruto de la evolución legislativa reciente. Así, con anterioridad a la Ley 43, la mujer podía gestionar la sociedad, pero en calidad de curadora, con poderes y responsabilidades diferentes a los que un administrador tiene. Superada esta disposición en la redacción actual, la mujer ya adquiere un derecho subsidiario sobre la administración de la sociedad, no por nombramiento de curadora sino, en su caso, por no ser la administradora ordinaria de la sociedad³⁸.

Quien ostenta la administración extraordinaria de la sociedad puede, en consecuencia, ejercer por sí sólo los actos para los que, *a priori*, sería necesario el consentimiento del otro cónyuge, y obligarán a la sociedad conyugal como si se hubieran realizado conjuntamente (art. 187 Cc ecuatoriano).

Esta situación extraordinaria termina cuando desaparece la causa que lo justificó, es decir, cuando el administrador ordinario vuelve a ser capaz legalmente o, en su caso, aparece (art. 188 Cc ecuatoriano). En cualquier caso, guarda silencio el Cc ecuatoriano acerca de si se requiere intervención judicial que declare poner fin a la situación extraordinaria, que sí se exigía antes de la reforma de 1989, aunque lo cierto es que sería conveniente que ésta se mantuviera para reforzar la seguridad jurídica, especialmente, frente a terceros³⁹.

88", *Revista jurídica de la Facultad de derecho de la Universidad católica de Guayaquil*, 1991, núm. 3, p. 42; CORONEL JONES, C.: "Los actos dispositivos de bienes de la sociedad conyugal", *Revista jurídica de la Facultad de derecho de la Universidad católica de Guayaquil*, 1992, núm. 5, p. 15.

37 PARRAGUEZ RUIZ, L.: *Manual de derecho civil ecuatoriano*, cit., pp. 171-172.

38 LARREA HOLGUÍN, J.: *Derecho civil del Ecuador*, cit., p. 442.

39 *Ídem*, p. 447.

3. Disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

La sociedad conyugal se mantendrá vigente hasta que se produzca alguna de las causas de disolución de la misma, reguladas en el art. 189 Cc ecuatoriano. La primera de ellas es la terminación del matrimonio (arts. 189.1 y 105 Cc ecuatoriano), que se produce por la muerte de uno de los cónyuges, por sentencia que declare la nulidad del matrimonio⁴⁰, por sentencia que conceda la posesión definitiva de los bienes del desaparecido por parte de sus herederos y por divorcio⁴¹. Como última opción, se ofrece a ambos cónyuges la posibilidad de terminar la sociedad conyugal sin necesidad de alegar ningún motivo o causa legal y en cualquier momento (arts. 189.3 y 217 Cc ecuatoriano)⁴².

La terminación de la sociedad produce como consecuencia inmediata su liquidación, formada a su vez por varias operaciones simultaneas⁴³.

El primer paso consiste en la formación de inventario de todos los bienes de la sociedad (art. 191 Cc ecuatoriano)⁴⁴, que deberá realizarse con solemnidad judicial, aunque faltando ésta no se producirá la nulidad del mismo, sino la ausencia de valor probatorio en juicio contra el cónyuge, los herederos o los acreedores que los hubieren aprobado y firmado (art. 192 Cc ecuatoriano)⁴⁵. Evidentemente, en la formación de dicho inventario los cónyuges no pueden ocultar o distraer dolosamente bienes de la sociedad, pues de lo contrario perderán la porción en la cosa ocultada o distraída, quedando obligados a restituirla por el doble de su valor (art. 193 Cc).

Teniendo constancia de todos los bienes, se procede a su tasación, considerando el valor que éstos tuvieron en el momento de disolución de la sociedad, salvo que el

40 En virtud del art. 94 Cc, el matrimonio nulo surte los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge de buena fe y los hijos concebidos dentro de dicho matrimonio. No ocurre así si existió mala fe de ambos cónyuges, en cuyo caso se entenderá que jamás hubo sociedad conyugal. Por otro lado, "si bien la ley no hace referencia a los derechos de terceras personas, parece indispensable reconocer que quienes hayan contratado o adquirido derechos u obligaciones de buena fe con los que aparentemente estaban casados, no pueden resultar perjudicados por la declaración de nulidad de tal matrimonio" (Corte Suprema de Justicia de 23 de junio de 2004, Expediente 369, Registro oficial 362).

41 El art. 189 Cc ecuatoriano regula en sus apartados 2 y 4 dos de los mismos supuestos que los regulados en el art. 105 Cc ecuatoriano.

42 Únicamente resulta necesaria la prueba de que los cónyuges están unidos en matrimonio (ALBÁN ESCOBAR, F.: *La sociedad conyugal: su inventario, tasación y liquidación*, Arte español, Quito, 1997, p. 28).

43 El fin de la liquidación de la sociedad conyugal es "el alistamiento y tasación de todos los bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal, para posteriormente proceder a la partición y adjudicación de dichos bienes" (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 4 de junio de 2004, Expediente 306, Registro oficial 349).

44 El inventario requiere la determinación "ordenada, detallada y singularizada del patrimonio de los cónyuges o ex cónyuges. Así, por ejemplo, tratándose de un bien inmueble, será necesario indicar su lugar de situación exacto (localidad, número y nombre de la calle, etc.), mientras que tratándose de un bien mueble se detallarán también las características que lo diferencian de los demás (por ejemplo, en el caso de un coche, matrícula, modelo, etc.) (ALBÁN ESCOBAR, F.: *La sociedad conyugal*, cit., p. 49).

45 LARREA HOLGUÍN, J.: *Derecho civil del Ecuador*, cit., p. 457.

lapso de tiempo entre la disolución y la liquidación fuera considerable, en cuyo caso se estará al valor actual⁴⁶.

Posteriormente, del acervo común o bruto se deducen los bienes que pertenecieran a cada cónyuge —el haber relativo— y se liquidan las recompensas (art. 195 Cc ecuatoriano). Estas últimas hacen mención a indemnizaciones o prestaciones pecuniarias entre los cónyuges y la sociedad conyugal, o entre ellos mismos, con el objetivo de compensar gastos o reparticiones que, aunque no les corresponden, han tenido lugar⁴⁷.

De un modo simplificado, una vez realizadas estas operaciones, ya se dispone del residuo que se dividirá, como regla general, por mitades entre los dos cónyuges (art. 198 Cc ecuatoriano)⁴⁸, salvo que por capitulaciones matrimoniales se hubiera dispuesto otra cosa.

En relación con el pasivo de la sociedad, y aunque no se regula expresamente, resulta lógico pensar también que se asumirá por mitades iguales, y en los casos en que un cónyuge hubiere pagado deudas del otro o de la sociedad, tendrá derecho al reintegro de tal cantidad (art. 201 Cc ecuatoriano).

Para finalizar, y como matiz a lo establecido anteriormente, es necesario indicar que tras la disolución de la sociedad de gananciales, los cónyuges pueden renunciar a los gananciales a los que tuvieron derecho (art. 203 Cc ecuatoriano). Esta figura tiene su origen en la posibilidad que tenía la mujer de renunciar a los gananciales de acuerdo con la Ley 256 del año 1970, y tenía por objetivo exonerarla de toda deuda social, de modo que los bienes y las deudas se consideraban únicamente el marido. Este último, aunque también podía renunciar a sus gananciales, únicamente podía hacerlo como si de una donación se tratara respecto de su mujer o herederos, debiendo continuar asumiendo sus obligaciones con terceros. Desde la reforma de 1989 —que continúa vigente en este punto, salvo en lo referente a la renuncia del menor de edad, que ya no figura en la versión de 2015— ambos cónyuges pueden renunciar a sus gananciales en igualdad de condiciones, liberándose del pago de las deudas sociales. El Cc ecuatoriano guarda silencio en cuanto a los posibles perjuicios que esta medida pueda ocasionar a los terceros, aunque lo más evidente será considerar que, si con los bienes sociales no se satisface a los acreedores de la sociedad, deberán el marido y la mujer responder con sus bienes propios⁴⁹.

46 Ídem, p. 458.

47 CEVALLOS GUERRA, R.: *Código civil en preguntas: Generalidades, título preliminar, libro primero*, Editorial jurídica del Ecuador, Quito, 2001, p. 130.

48 Si la disolución de la sociedad se ha producido por muerte de uno de los cónyuges, podrá el cónyuge supérstite enajenar su mitad de los gananciales, más no la otra mitad, en la que concurre para su división junto con los restantes herederos (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 14 de enero de 2005, Expediente 110, Registro oficial suplemento 504).

49 LARREA HOLGUÍN, J.: *Derecho civil del Ecuador*, cit., p. 469.

III. LA SOCIEDAD CONYUGAL Y LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

La regulación de la sociedad conyugal, en los términos que acaban de ser analizados, no viene acompañada, en la legislación ecuatoriana, de una detallada regulación de otros regímenes económico matrimoniales que puedan ser elegidos por los cónyuges. De hecho, se ha llegado a decir que el mantenimiento del régimen económico matrimonial de la sociedad conyugal en Ecuador es una cuestión de orden público⁵⁰. Con todo, las capitulaciones matrimoniales permiten modificar la sociedad conyugal de tal manera que podría diseñarse un régimen económico matrimonial al gusto de los cónyuges⁵¹.

A pesar de tratarse de un negocio jurídico con evidentes ventajas –posibilidad de igualar la posición del hombre y la mujer de acuerdo con las circunstancias específicas de cada pareja, reducción de conflictos al quedar regulado en un acuerdo la manera en que los cónyuges desean se organice o distribuyan los bienes, etc.- no es menos cierto que todavía adolecen de un papel protagonista en la práctica⁵². Esta circunstancia, sin embargo, no debe interpretarse como una ausencia de interés en torno a las capitulaciones matrimoniales, más bien al contrario, los estudios o análisis en referentes a las mismas pueden contribuir a su promoción. Es por ello que no es cuestión baladí plantearse el posible contenido de las capitulaciones matrimoniales (1), los requisitos formales y de publicidad que éstas deben cumplir (2), así como su posible modificación (3).

I. Contenido de las capitulaciones matrimoniales.

Toda vez que, como se acaba de indicar, la legislación ecuatoriana no regula otros regímenes económico matrimoniales más allá de la sociedad conyugal, la autonomía de la voluntad que ofrecen las capitulaciones matrimoniales viene referida, esencialmente, a la propia flexibilización de dicho régimen, mediante la posibilidad de que los cónyuges pacten ciertas reglas especiales sobre los bienes o su administración. Junto a lo anterior, dichos acuerdos pueden también referirse a las donaciones y concesiones que los cónyuges desean realizar (art. 150 Cc ecuatoriano).

En particular, la autonomía de la voluntad que se ofrece en relación con los bienes consiste, en primer lugar, en mencionar expresamente en los pactos o capitulaciones los bienes que se aportan al matrimonio con expresión de su valor

50 Ídem, p. 376. Otros autores, empero, consideran que, pese a que la intención del legislador es el mantenimiento de la sociedad conyugal, tal y como establece el Cc ecuatoriano o, en su caso, modificada por las capitulaciones matrimoniales, resulta posible pactar regímenes económico matrimoniales distintos (COELLO GARCÍA, E.: *Regímenes matrimoniales*, Fondo de cultura ecuatoriana, Cuenca, 1995, p. 140).

51 MURRIETA, K.A.: "El régimen patrimonial de la sociedad conyugal en el Ecuador", *Revista jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad católica de Guayaquil*, 1992, núm. 5, p. 102.

52 COELLO GARCÍA, E.: *Regímenes matrimoniales*, cit., p. 129 y CEVALLOS GUERRA, R.: *Código civil en preguntas*, cit., p. 116.

(art. 152.1 Cc ecuatoriano). Esta posibilidad resulta bastante útil para los cónyuges, especialmente para aclarar quién es el propietario de un concreto bien, y evitar la presunción de pertenencia a la sociedad conyugal muebles –no así para los bienes inmuebles, en cuya escritura pública ya debiera figurar el régimen de propiedad del bien en cuestión–.

Paralelamente, también pueden constar en los pactos o capitulaciones las deudas personales de cada uno de los cónyuges que, de no poder ser sufragadas privativamente por ellos mismos (art. 152.2 Cc ecuatoriano), corren a cargo de la sociedad, constituyendo el pasivo relativo.

Por otro lado, se puede modificar el carácter los bienes que, con carácter legal pertenecerían a la masa privativa de los cónyuges o a la sociedad. Así, el art. 152.3 Cc ecuatoriano permite que bienes propios de los cónyuges ingresen en la sociedad conyugal, mientras que el art. 152.4 Cc ecuatoriano, a la inversa, permite que ciertos bienes que ingresarían en el haber absoluto o relativo lo hagan en el patrimonio personal de uno de los cónyuges. También se podría, aunque no se ofrece expresamente, alterar el pasivo de la sociedad conyugal, haciendo que la masa común respondiera de deudas que, de partida corresponderían a cada cónyuge o, al contrario, cargando a uno de los cónyuges con deudas sociales. De este modo, se puede alterar la sociedad conyugal hacía un régimen más comunitario –en cuyo caso se ejercitará la primera opción– o de tipo separatista –segunda posibilidad–, pero siempre sobre la base del primero de ellos.

Como se ha mencionado al inicio de este epígrafe, junto con la alteración de las masas patrimoniales de la sociedad conyugal, resulta igualmente posibles alterar las reglas sobre la administración de los bienes, siempre que no sea en perjuicio de terceros (art. 152.5 Cc ecuatoriano). En particular se está haciendo referencia al nombramiento del administrador de la sociedad (art.180 Cc ecuatoriano) –que desde la reforma de 2015, recuérdese, ya no es el marido por defecto, sino que resulta necesario designar uno en las capitulaciones matrimoniales– y los concretos poderes de los que goza permitiéndose, por ejemplo, ampliar o restringir la necesaria autorización expresa para la realización de actos de disposición, limitación o gravamen de los bienes inmuebles o de ciertos bienes muebles⁵³.

Amén de lo anterior, las capitulaciones matrimoniales presentan ciertos límites que no pueden ser trascendidos. Así, por ejemplo, no podrá alterarse el contenido de algunas disposiciones contenidas en el Cc ecuatoriano, que resultan indisponibles para las partes y que se aplican por el mero hecho del matrimonio como son, entre

53 Resulta conveniente especificar los poderes otorgados al mandatario en relación con la administración de la sociedad. En este sentido, un poder general no concede facultad para disponer, sin más, de bienes que pertenecen en forma exclusiva a la mandante para garantizar deudas propias (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 18 de julio de 2008).

otros, los arts. 136, 137, 138 y 220 de dicho Código –referentes, en líneas generales a derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico–, pues ello resultaría contrario al orden público y a las bases esenciales del país⁵⁴. Tampoco podrán incluirse cláusulas que atenten contra los fines esenciales del matrimonio, tales como la procreación o la cohabitación⁵⁵.

Por último, con carácter especial, merece la pena mencionar una de las situaciones de excepción respecto del régimen de la sociedad conyugal, como es la separación parcial de bienes. Dicha figura, que puede no sólo establecerse mediante capitulaciones matrimoniales (art. 216 Cc ecuatoriano), sino también mediante la oportuna donación, herencia o legado condicional, consiste en la extracción de la sociedad conyugal de determinados bienes para que sean administrados individualmente por uno de los cónyuges (art. 215 Cc ecuatoriano). Se trata de una figura sustancialmente distinta al ofrecimiento de un régimen de separación de bienes como tal, ya que la separación parcial de bienes no permite pactar una administración separada de todos los bienes, sino sólo algunos de ellos, y además porque ésta concurre con la vigencia de la propia sociedad conyugal.

2. Forma y publicidad de las capitulaciones matrimoniales.

Las posibilidades que ofrecen las capitulaciones matrimoniales para que los cónyuges alteren las reglas referentes al patrimonio de la sociedad conyugal y su administración vienen acompañadas de ciertas garantías referentes a la forma de tales negocios y su publicidad. Así, de acuerdo con el art. 151.1º párr. Cc ecuatoriano, las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse en escritura pública o en el correspondiente acta matrimonial. De acuerdo con la actual regulación ya no resulta posible la escritura privada con tres testigos cuando el valor de los bienes aportados por los esposos fuera inferior a 800 sucres.

Siendo ésta la regla general, deben agregarse dos particularidades. En primer lugar, cuando el contenido de las capitulaciones matrimoniales se refiera a bienes inmuebles, éstas deberán inscribirse en el Registro de la propiedad (art. 151.2º párr. Cc ecuatoriano). Por otro lado, siendo al menos uno de los cónyuges comerciante, también deberá actualizarse el Registro mercantil, haciendo constar que los cónyuges han otorgado capitulaciones matrimoniales (art. 30.5 Código de Comercio), aunque se ha indicado que tal omisión no produciría la nulidad de éstas –siempre, al menos, que consten en escritura pública–, sino multa, indemnización de daños y perjuicios o inoponibilidad frente a terceros⁵⁶.

54 LARREA HOLGUÍN, J.: *Derecho civil del Ecuador*, cit., p. 369.

55 COELLO GARCÍA, E.: *Regímenes matrimoniales*, cit., p. 138.

56 LARREA HOLGUÍN, J.: *Derecho civil del Ecuador*, cit., p. 363.

3. Modificación de las capitulaciones matrimoniales.

A lo largo de la vida matrimonial muchos y, en ocasiones, relevantes, son los cambios que tienen lugar y que afectan a los cónyuges. Es por ello que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano resulta posible, no sólo la revocabilidad de las capitulaciones matrimoniales, sino también la modificación de su contenido (art. 155 Cc ecuatoriano), con el objetivo de actualizar tales acuerdos respecto de las circunstancias presentes de los cónyuges. Queda así superada la situación anterior a la vigencia de la Ley 256 de 1970, en la que la inmutabilidad era la regla general, bajo el argumento de que tales acuerdos eran un pacto de familia que debía perdurar el tiempo⁵⁷.

Huelga indicar que las "nuevas" capitulaciones matrimoniales deben cumplir los requisitos indicados en el apartado anterior; con la particularidad de que para que éstas tengan, como norma general, eficacia frente a terceros, el contenido del nuevo acuerdo deben incorporarse al protocolo de la primera escritura o de la partida de matrimonio. Sin embargo, a pesar de lo anterior, los derechos de los acreedores constituidos en virtud de la regulación anterior no quedarán afectados (art. 156 Cc ecuatoriano).

IV. CONCLUSIONES.

El Cc ecuatoriano determina que la celebración del matrimonio provoca la entrada en escena de la sociedad conyugal. Se trata de un régimen económico matrimonial de tipo comunitario a tenor de sus normas referentes a la composición de bienes, administración y disolución y liquidación.

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del artículo, dos notas esenciales caracterizan a la regulación actual de la sociedad conyugal. La primera, que pese a que se contienen en el Cc ecuatoriano, cuantiosos y detallados artículos referentes a dicho régimen económico matrimonial, lo cierto es que su ubicación quizás puede resultar, en ocasiones, dispersa, dificultando su puesta en práctica por parte de los operadores jurídicos. La doctrina más autorizada, a quien se ha hecho mención a lo largo del artículo, ha permitido superar dicha circunstancia, agrupando sistemáticamente los artículos referentes a la sociedad conyugal. A lo anterior ha contribuido también la jurisprudencia, clarificando además aquellos conceptos que más dudas podían despertar:

La segunda nota que puede definir en el momento presente dicho régimen económico matrimonial es la creciente igualación de los roles del hombre y la mujer en torno a los bienes y administración de la sociedad conyugal. De hecho, ha sido

57 Ídem, p. 371.

recientemente –con ocasión de la reforma de 2015- cuando se ha terminado de difuminar; en términos generales, cualquier atisbo de preferencia hacía el hombre mediante la eliminación de su figura como administrador subsidiario de la sociedad conyugal, dado que, en la práctica, la celebración de capitulaciones matrimoniales designando el administrador era harto infrecuente.

Finalmente, es importante concluir que la sociedad conyugal no es un régimen rígido e inflexible, más bien al contrario, pueden alterar los cónyuges su funcionamiento mediante la celebración de capitulaciones matrimoniales, siempre que se respeten ciertos límites. No está prevista, sin embargo, la posibilidad expresa de escoger otro régimen económico matrimonial, por lo que las capitulaciones matrimoniales giran en torno a la modificación del régimen legal.

Lo anterior no es óbice, en cualquier caso, para poner de manifiesto la posible conveniencia de reforma del Cc ecuatoriano consistente en la inclusión de, al menos, un régimen opcional y supletorio a la sociedad conyugal –preferentemente, uno de separación o participación, al ser la sociedad conyugal de tipo comunitario-, como ocurre en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos civilistas.

BIBLIOGRAFÍA

ALBÁN ESCOBAR, F.: *La sociedad conyugal: su inventario, tasación y liquidación*, Arte español, Quito, 1997.

CEVALLOS GUERRA, R.: *Código civil en preguntas: Generalidades, título preliminar, libro primero*, Editorial jurídica del Ecuador, Quito, 2001.

COELLO GARCÍA, E.: *Regímenes matrimoniales*, Fondo de cultura ecuatoriana, Cuenca 1995.

CORONEL JONES, C.: "Los actos dispositivos de bienes de la sociedad conyugal", *Revista jurídica de la Facultad de derecho de la Universidad católica de Guayaquil*, 1992, núm. 5.

GARCÍA FALCONI, J.: *El juicio de liquidación de la sociedad conyugal*, 2ª parte, Librería jurídica, Quito, 1995.

LARREA HOLGUÍN, J.:

- *Derecho civil del Ecuador*, vol. II, Corporación de estudios y publicaciones, Quito, 2009.

- "Las últimas reformas al Código civil: comentarios a la Ley 88", *Revista jurídica de la Facultad de derecho de la Universidad católica de Guayaquil*, 1991, núm. 3.

- *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*, Tomo I, Corporación de Estudios y publicaciones, Quito, 2002.

MURRIETA, K.A.: "El régimen patrimonial de la sociedad conyugal en el Ecuador", *Revista jurídica de la Facultad de derecho de la Universidad católica de Guayaquil*, 1992, núm. 5.

PARRAGUEZ RUIZ, L.: *Manual de derecho civil ecuatoriano: personas y familia*, vol. I, 2ª edición, Universidad técnica particular de Loja, Loja, 1996.

PÉREZ GUERRERO, A.: *Fundamentos del derecho civil ecuatoriano*, Publicaciones de la Universidad Central, Quito, 1940.

ROMERO PARDUCCI, E.: "Coproiedad conyugal", *Revista jurídica de la Facultad de derecho de la Universidad católica de Guayaquil*, 1990, núm. 2.

PRESENTE Y FUTURO EN LA BÚSQUEDA DEL INTERÉS DEL
NIÑO VALENCIANO EN SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR

PRESENT AND FUTURE ON THE SEARCH OF SUPERIOR
INTEREST OF THE VALENCIAN MINORS IN FAMILIAR CRISIS
SITUATIONS

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 76-97



Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de marzo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: Protección del interés superior del menor valenciano en situaciones de crisis familiar en aplicación de los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad tras las recientes Sentencias del Tribunal Constitucional que privan a la Comunidad Valenciana total y definitivamente de sus avanzadas normas de Derecho de familia.

PALABRAS CLAVE: Corresponsabilidad parental; coparentalidad; interés superior del menor; custodia compartida.

ABSTRACT: Superior Interest's Protection of the Valencian minors in familiar crisis situation, in application of the principles of parental co-responsibility and co-parental following the recent Constitutional Court Judgments that deprive the Valencian Community completely and definitively of their advanced norms of family law.

KEY WORDS: Parental co-responsibility; co-parenting; superior interest of the minor; shared custody.

SUMARIO.- I. Consecuencias y situación actual del Derecho Foral valenciano a la luz de las recientes sentencias del TC.- II. La Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, el interés del menor y la cuestión terminológica.- 1. La cuestión terminológica.- III. Los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad y su encaje en la resolución del conflicto familiar.- 1. Corresponsabilidad parental y patria potestad. 2. Coparentalidad e interés del menor.

I. CONSECUENCIAS Y SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO FORAL VALENCIANO A LA LUZ DE LAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TC.

Recientemente, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 192/2016, de 16 de noviembre, ha privado a la Comunidad Valenciana de una norma reguladora de soluciones más avanzadas que la normativa de Derecho común en favor de los menores en los casos de crisis familiar: Son tres las Sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en el año 2016 que afectan grave e irreversiblemente a la Comunidad Valenciana en materia civil: la STC 82/2016, de 28 de abril, la STC 110/2016, de 9 de junio y la STC 192/2016, de 16 de noviembre¹, que declaran nulas por inconstitucionales la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, la Ley 5/2012, de 15 de octubre de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana y la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, respectivamente, y que han provocado un *annus horribilis* del Derecho civil valenciano en materia de familia.

El análisis de estas tres sentencias pone de manifiesto que la Comunidad Valenciana, pionera en materia de corresponsabilidad parental ha quedado privada total y definitivamente de sus avanzadas normas de Derecho de familia y de la posibilidad de regular otras nuevas. En base a ello, el Tribunal Constitucional reitera en todas las mencionadas Sentencias que, si bien “la competencia autonómica en materia de derecho civil foral valenciano tiene su origen en la transferencia efectuada por la LOTRAVA”, “en ningún caso podía ir más allá de lo dispuesto en el art. 149

1 STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82), la STC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110) y la STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192), respectivamente.

• Pilar María Estellés Peralta

Pilar María Estellés Peralta es doctora en Derecho y profesor Agregado Doctor Acreditado de Derecho Civil y Directora del Departamento de Derecho Privado en la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”. Coordina el módulo de Derecho Civil y Práctica Procesal Civil del Mater de Abogacía, el módulo de Gestión Laboral y Civil en el Master de Gestión Administrativa Civil y el módulo de Aspectos Civiles de la Empresa y Arbitraje del Master de Asesoría Jurídica de Empresas impartidos en la misma universidad. Ha centrado su investigación y la dirección de Trabajos Fin de Grado, Fin de Master y Tesis Doctorales en el ámbito del derecho de familia y la protección de la persona. Correo electrónico: pm.estelles@ucv.es.

CE, por lo que la competencia autonómica se debe situar necesariamente en el marco del art. 149.1.8 CE, que permite a las Comunidades Autónomas legislar en orden a la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral o especial preexistente a la aprobación del texto constitucional, sin que la argumentación esgrimida por los recurrentes permita admitir la existencia de un derecho foral valenciano susceptible de actualización independiente de su preexistencia". Se insiste en que el calificativo «foral» incluido en la reforma estatutaria de 2006 "no puede alterar el techo competencial establecido en el art. 149.1.8 CE"; en que la expresión constitucional "allí donde existan" alude a la previa existencia de un Derecho civil propio, sin que tal preexistencia pueda valorarse con referencia a cualquier coordenada temporal, sino al tiempo de entrada en vigor de la Constitución².

El Tribunal Constitucional, reconoce, no obstante, que la Comunidad Valenciana posee competencia para positivar su derecho consuetudinario, sin embargo, tal conversión normativa exige comprobar si las instituciones a las que se quiere dar rango legal pertenecen o no a su derecho consuetudinario³. En relación con la última ley anulada por nuestro Tribunal Constitucional, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que es la que nos interesa en este análisis, la carga de probar tal extremo (en el presente caso, la pervivencia y aplicación de especiales reglas en materia de relaciones paterno-filiales en vigor al tiempo de aprobarse la Constitución), que tiene por única excepción las costumbres notorias, ha de pesar sobre la propia Comunidad Valenciana, pudiendo hacer las veces la acreditación de la pervivencia de otra institución civil diferente a la regulada pero conexas a ella. No es bastante, por tanto, una posible conexión entre los antiguos y derogados *Furs* del Reino de Valencia y las relaciones paterno-filiales reguladas en la ley impugnada, pues lo que debe probarse es la pervivencia en el año 1978 de las costumbres que pudieran servir de punto de conexión, cuestión que en modo alguno ha resultado demostrada, lo que conduce inevitablemente a la declaración de inconstitucionalidad del conjunto de la Ley⁴. Ciertamente, resulta

- 2 Con la reforma del Estatuto de Autonomía por la L.O. 1/2006, de 10 de abril, se incrementó el autogobierno a la Generalitat Valenciana. Tras esta reforma, se atribuyó a la Generalitat en el art. 49.1.2ª, competencia exclusiva para la conservación, desarrollo y modificación del Derecho Civil foral valenciano lo que dio lugar a la posibilidad (errada, a la vista de las tres últimas sentencias del Tribunal Constitucional que comentamos) de legislar al respecto de las relaciones familiares. Mucha polémica se ha suscitado sobre las dudosas competencias de nuestra Comunidad para legislar en materia de Derecho Civil, al amparo del art. 149.1.8ª C.E. No obstante, y sin perjuicio de las dudas razonables respecto de su competencia para legislar en esta materia, no hay antecedentes forales que regulen las relaciones de familia más allá de las concernientes a la regulación del régimen económico del matrimonio.
- 3 VALINO, A.: "La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho civil valenciano". *Diario La Ley*, Nº 8883, Sección Doctrina, 16 de Diciembre de 2016, pp. 4-7.
- 4 No exento de polémica, asimismo, el voto particular del Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos, que discrepa del sentir mayoritario de la Sala, argumentando las mismas razones que ya expuso en las anteriores STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82) y STC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110), y que pueden sintetizarse en los siguientes: a) que la regulación normativa valenciana ahora controvertida se funda en una competencia reconocida inequívocamente en la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; b) que los derechos históricos en materia de instituciones privadas son reconocidos por el Tribunal Constitucional cuando se consagran en un estatuto de autonomía, y c) que aunque no fuera así, dentro de las competencias ordinarias en materia de Derecho civil, la Comunidad Valenciana puede regular esta materia.

impeccable la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre el sentido de los términos “conservación”, “modificación” y “desarrollo”, quien reitera que el techo competencial en materia de derecho civil es el presente en el art. 149.1.8 de la Constitución y no puede ser alterado por disposiciones estatutarias, jerárquicamente subordinadas a la Constitución española, que autoricen a un ejercicio más amplio de la competencia legislativa sobre Derecho civil, esto es, más allá del conservar, modificar y desarrollar que pueden acometer aquellas Comunidades Autónomas donde existiera un Derecho civil propio al tiempo de promulgarse la Constitución. De ahí que “la llamada a recuperar y actualizar los antiguos Fueros no autoriza al legislador autonómico a exceder la competencia en materia de legislación civil que el art. 149.1.8 CE permite a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, más allá del cual se encuentra la competencia indisponible del Estado”⁵.

En conclusión, el Tribunal Constitucional no cuestiona el contenido, conveniencia e idoneidad de las normas de Derecho valenciano que anula, sino que se limita a anularlas por la ostensible falta de competencia de la Comunidad Valenciana para regular estas materias. La solución a todo ello, en aras de la recuperación de la capacidad legislativa es costosa y a largo plazo y podría pensarse que poco viable jurídicamente hablando: es más factible una solución política que abra el camino a la reforma de la Constitución para que se amplíen las competencias en materia civil de algunos territorios, como el de la Comunidad Valenciana. Entretanto, cabe plantarse si la Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2016, de 16 de noviembre ha colocado a la Comunidad Valenciana y a miles de menores víctimas de la crisis conyugal de sus padres en una situación de retroceso anterior a la aprobación de la ley valenciana.

Al menos se mantienen las situaciones jurídicas consolidadas al establecerse para éstas efectos *ex nunc* por cuestiones de seguridad jurídica y por la recta aplicación del principio que rige esta materia que no es otro que el del beneficio y protección del interés del menor⁶.

5 Fundamento jurídico 4 de la STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192). Como se señala en la STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82) en su FJ 6, “tal competencia legislativa sólo puede tener por objeto las probadas y subsistentes costumbres forales que se hayan observado en determinadas zonas del territorio autonómico, siendo vetado a la Comunidad Autónoma valenciana, crear un Derecho civil *ex novo*”.

6 STC 192/2016, de 16 de noviembre, (RTC 2016, 192) con los efectos previstos en el FJ 5, que declara que el pronunciamiento de inconstitucionalidad no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues las decisiones adoptadas por los órganos judiciales durante la vigencia de la Ley 5/2011, en relación a la fijación de un determinado régimen de guarda y custodia para los hijos menores -independientemente de cuál fuera el régimen que indiquen como preferente o deseable los legisladores estatal y autonómico-, se fundaron en la recta aplicación del principio que rige esta materia que no es otro que el del beneficio y protección del interés del menor. Asimismo, conforme al principio constitucional de seguridad jurídica, procede el mantenimiento de las referidas situaciones ya consolidadas con anterioridad al momento de la presente resolución. Por todo lo cual, los regímenes de guarda y custodia establecidos judicialmente en los casos que hubieran sido pertinentes, adoptados bajo la supervisión del Ministerio Fiscal y en atención al superior beneficio de los menores, seguirán rigiéndose, tras la publicación de la Sentencia, por el mismo régimen de guarda que hubiera sido en su momento ordenado judicialmente, sin que este pronunciamiento deba conllevar necesariamente la modificación de medidas a que se refiere el art. 775 LEC.

II. LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL, DE RELACIONES FAMILIARES DE LOS HIJOS E HIJAS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN, EL INTERÉS DEL MENOR Y LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA.

Es indudable que la norma valenciana se dictó en beneficio y protección del interés del menor valenciano y al igual que la norma aragonesa, la ley valenciana se destinaba a regular el régimen de guarda y custodia compartida como solución preferente y más idónea para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad de los progenitores entre las que se encuentra tener a sus hijos en su compañía en aquellos supuestos de crisis conyugal en que los padres no conviven⁷.

La custodia compartida no es una creación de la Ley valenciana 5/2011 sino que se trata de una creación jurisprudencial, que fue abriéndose paso lentamente a golpe de sentencia, como la muy conocida SAP de Valencia 1 septiembre 1997, frente a la tradicional regulación del sistema de custodia monoparental y que llegó hasta el Tribunal Constitucional, STC 4/2001, de 15 de enero⁸ y fue abriéndose paso desde entonces en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo finalmente regulada en la reforma que introdujo la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la LEC en materia de separación y divorcio y que hizo referencia expresa a la custodia compartida en la nueva redacción al art. 92 CC, aunque muy restrictivamente, pues frente a la anterior libertad de origen jurisprudencial, la reforma la sometió a diversas restricciones como la solicitud de una de las partes (frente a la posibilidad de acordarla de oficio que el mismo Tribunal Constitucional había considerado legal en su sentencia de 15 de enero de 2001), el dictamen del Ministerio Fiscal -actualmente declarado inconstitucional-, y como no podía ser menos, la prevalencia del interés superior del menor. La Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, liberaba a la custodia compartida de esas injustificadas, y en parte inconstitucionales desconfianzas, pero ha regulado otros muchos aspectos que ofrecen sin duda aspectos problemáticos⁹.

La ley, de regulación poco extensa¹⁰ y pese de su brevedad, supuso un avance importante en la nueva concepción y entendimiento de la coparentalidad, en el plano social y jurídico no sólo en el ámbito autonómico, ni únicamente en la Comunidad Valenciana sino en la concepción del Derecho de familia a nivel nacional¹¹. Es una

7 DEVERDA BEAMONTE, J.R.: "Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar", *Diario La Ley*, núm. 8299, 2014, pp. 1-9.

8 STC 4/2001, de 15 de enero (RTC 2001, 4).

9 ESPARZA OLCINA, C.: "La guarda compartida en el Código Civil español y en la Ley autonómica valenciana", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014, p. 204.

10 Constaba de siete artículos, una disposición adicional, una transitoria, una derogatoria y tres finales.

11 Destaca en la Ley valenciana la regulación de las relaciones familiares de los progenitores que no conviven con sus hijos comunes sujetos a la autoridad parental, y la de éstos con sus hermanos, abuelos, otros parientes y

norma avanzada y bien valorada doctrinalmente¹², porque mira más allá de la óptica parental para centrar el foco en lo que conviene al hijo menor de edad.

La norma valenciana, establece como regla general en su art. 5.2, que salvo que otra cosa hayan acordado los progenitores, 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”, extremo este último importante porque las malas relaciones de los padres constituía, hasta fecha reciente un motivo muy considerado por los Tribunales para la denegación de la custodia compartida. Así pues, la ley valenciana, junto con la vasca y a diferencia de la aragonesa, era más avanzada al mantener la custodia compartida como regla general, incluso frente desacuerdo entre los progenitores, la oposición de un progenitor, o las malas relaciones existentes entre ambos padres. En opinión de algunos autores la norma valenciana suponía un impulso en pro de la plasmación y del reconocimiento fáctico del principio de igualdad entre los progenitores, al mismo tiempo que una voluntad efectiva encaminada a elegir para el menor la situación que resulte más adecuada para que sufra en la menor medida de lo posible la ruptura de sus progenitores¹³. De la voluntad de beneficiar al menor por parte de la anulada norma no dudamos, cuestión distinta es si la Ley 5/2011 olvida la importancia de la coparentalidad porque atiende demasiado a la corresponsabilidad parental lo que puedes producir graves e irreparables desequilibrios.

I. La cuestión terminológica.

Entre las muchas cuestiones significativas de esta anulada ley se podría destacar que la norma valenciana era pionera en algunos aspectos clave de esta materia, al ser la única que ofrecía definiciones para varios conceptos de gran relevancia e interpretación dispar, a diferencia de la norma estatal y del resto de leyes autonómicas que carecen de las mismas a pesar de formular nuevos términos o cambiar las acepciones de los ya existentes. Aunque a mi modo de ver la ley valenciana no acierta utilizando el término progenitores, pues no todos los padres son progenitores ¿o estaba excluyendo a los adoptivos? la norma resulta interesante porque deja de emplear los habituales términos de *guarda* y *custodia*, para acuñar la expresión “convivencia” y régimen de “relaciones familiares” en un intento por superar la antigua terminología. Convivencia, y de régimen de relaciones familiares

allegados.

- 12 ESPARZA OLCINA, C.: “La guarda”, cit., p. 208, para quien la ley valenciana contiene una regulación acertada de la convivencia compartida, sin las trabas y rigideces que contiene el CC, aunque tiene algún aspecto muy problemático, como la compensación por el uso de la vivienda, que además es innecesaria.
- 13 REYES LÓPEZ, M. J.: “La nueva regulación de las relaciones familiares de los hijos con los progenitores no convivientes en la Comunidad Valenciana”, en BARONA SELLES, M. A., CLEMENTE MEORO, M., HOYO RODRIGO, J., RAMÓN FERNÁNDEZ, F., VICENTE TORRES, M.: *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 18.

son términos realmente más adecuados, y más reales, pues la palabra convivencia resalta que el menor vive con uno de los padres, pero ello no supone que tenga un poder sobre el hijo superior al del otro padre, y desde luego, el término relaciones familiares es menos ofensivo para el padre/madre que el de visitas, que convierte al otro padre/madre en un mero y esporádico “visitador” de su hijo. Esto va en la misma línea de las modernas convicciones sobre la familia¹⁴. La Ley 5/2011 era el único de los textos autonómicos que definía lo que se entiende por convivencia compartida¹⁵ identificándola con la idea de reparto igualitario del tiempo de convivencia. Otra cuestión es si esta definición es la más adecuada y asumida por la doctrina según vamos a analizar. En definitiva, la ley valenciana intentaba implantar un sistema de corresponsabilidad parental mediante el recurso a la custodia compartida, que se convirtió para el menor valenciano, en virtud de esta Ley, en medida general, siendo excepcional la atribución de la custodia monoparental a uno u otro de los padres. La ley valenciana, en aplicación de definido reparto igualitario del tiempo de convivencia, quizás puso más el acento en la corresponsabilidad parental que en la coparentalidad y dio lugar, en la mayoría de las crisis conyugales al fenómeno denominado “niño maleta” que no compagina bien con la protección del interés del menor.

III. LOS PRINCIPIOS DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y COPARENTALIDAD Y SU ENCAJE EN LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO FAMILIAR.

Un mejor análisis de la cuestión nos obliga a analizar los conceptos de *corresponsabilidad parental* y *coparentalidad*, ambos relacionados pero no idénticos: la idea que está detrás de la corresponsabilidad parental es la de un complejo entramado de deberes, derechos, funciones¹⁶ y hasta actitudes respecto al cuidado y educación de los hijos cuyo ejercicio corresponde a ambos padres; la corresponsabilidad parental es mucho más que la custodia compartida, en consecuencia, la idea misma de “reparto” por muy equitativo que sea, choca frontalmente con lo que se quiere comunicar; la corresponsabilidad no entraña reparto, distribución o atribución; la corresponsabilidad parental implica que los padres comparten y participan -en convivencia conjunta o separada- la responsabilidad por la crianza y educación de

14 ESPARZA OLCINA, C.: “La guarda”, cit., p. 204.

15 En este sentido, el art. 3. a) de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que al definir el concepto de custodia compartida determina que “por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial”. Caber destacar que ni el Código Civil ni la mayoría de las legislaciones autonómicas que han abordado la materia, nos han aportado tampoco una definición de la *guarda* y *custodia compartida*.

16 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia y sucesiones*, Vol. IV, 7ª edic., ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 288, quienes entienden que “la patria potestad no puede entenderse como un derecho de los padres sobre los hijos, sino como una función a ellos encomendada”. En el mismo sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 309.

sus hijos, participación que debe ser activa, equitativa y permanente¹⁷. Terminado el matrimonio o la unión de hecho, no se debieran repartir o distribuir los derechos y deberes respecto de los hijos, como se reparten los bienes adquiridos en común. El mantenimiento o continuidad de los deberes parentales no implica que a cada uno de los padres les corresponda el ejercicio de la mitad de cada derecho ejercitable en relación con los hijos y el cumplimiento de la mitad de cada uno de los deberes; no atiende a eso el principio de corresponsabilidad, sino a un posicionamiento equitativo, cuyo criterio de corrección debe ser el interés superior de los hijos y no la igualdad lineal y matemática entre los padres¹⁸. El reparto de responsabilidades de los padres respecto de sus hijos no les corresponde porque ambos tengan iguales derechos, sino porque así lo demanda el interés superior de los hijos o "favor filii". El fundamento del principio no es satisfacer los deseos e intereses de los padres, sino proteger los derechos e intereses de los hijos¹⁹.

Pese a ello, la Ley valenciana en su artículo 3.a) establecía que el régimen de convivencia compartida debía entenderse como el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos menores mediante la distribución *igualitaria* y racional del tiempo de cohabitación. ¿Se garantizaba con ello el respeto y la búsqueda del interés del menor? La buena intención es indudable, otra cuestión es la aplicación práctica de la misma y se garantice o no, en nuestro país el apoyo a este tipo de custodia ha evolucionado muy rápidamente, como consecuencia de las últimas y recientes reformas legales en

17 ACUÑA SAN MARTÍN, M.: "El principio de corresponsabilidad parental", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección Estudios, Año 20 - N° 2, 2013 pp. 21-59, en p. 51. Asimismo, es interesante el análisis del artículo 224 del Código Civil chileno, que establece que la participación de ambos padres debe ser activa, equitativa y permanente, con lo cual, entiende la citada autora en p. 41, que la participación en la crianza y educación de los hijos, vivan los padres juntos o separados, debe ser de parte de ambos: diligente y eficaz, no pasiva (activa); en igualdad de condiciones y sin exclusiones (equitativa) y en forma constante, mantenida y estable en el tiempo (permanente).

18 En este sentido, interesantes puntos de vista de ACUÑA SAN MARTÍN, M.: "El principio", cit., pp. 51-52.

19 En este sentido la STS 27 septiembre 2011 (ROJ5880/2011), entiende que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los distintos y contrapuestos intereses de los progenitores y no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el art. 39 CE, cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor. El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el Juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores, por ello indica que el juzgador debe tener en cuenta que "no son los afectos de los padres los que deben presidir la decisión judicial, sino "los derechos traducidos en afectos y los vínculos de estabilidad y bienestar que el menor desarrolla" con ambos progenitores en la nueva situación, con la presencia de los dos", criterios que ha venido manteniendo esta Sala en sentencias en numerosas ocasiones, STS 4 marzo 2016 (ROJ 973/2016), STS 22 julio 2011 (ROJ 4924/2011), entre otras. Por ello, entiende el TS que la guarda y custodia compartida se acordará "cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma: debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar; que se acordará cuando concurren 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; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

el Derecho autonómico, que han abierto amplios espacios a la custodia compartida en el Derecho de familia español, creando en la opinión pública un estado de concienciación y sensibilización hacia el tema que ha generado una amplia demanda social de regulación de esta modalidad de custodia²⁰. Los legisladores autonómicos de Aragón, Cataluña, Navarra, la Comunidad Valenciana y recientemente el País Vasco, han dado un paso adelante, estableciendo la custodia compartida como modalidad preferente, incluso en el supuesto de desacuerdo de los padres, si bien con matizaciones. También la jurisprudencia ha jugado un papel muy relevante en el cambio de tendencias²¹. Pese a que la actual regulación estatal establece la custodia compartida como una modalidad de custodia excepcional en los supuestos de falta de acuerdo de los progenitores, los últimos pronunciamientos por parte del TS, se apartan de esta medida y aplican la custodia compartida como la modalidad más aconsejable para el interés del menor²². Pero la aplicación de esta modalidad no va a ser uniforme en el territorio nacional debido a la diversidad de legislaciones autonómicas, nada desdeñable, que va a generar un tratamiento diferenciado en la solución de los problemas derivados de la atribución de la custodia de los menores en situaciones de crisis familiar propiciando indeseables situaciones de desigualdad difícilmente de justificables.

El concepto de corresponsabilidad parental no es nuevo, ya fue utilizado por el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre²³ y a nuestro entender, quizá fuera conveniente la extensión del uso de esta expresión en lugar de las de patria potestad y custodia con el fin de unificar la terminología y evitar los problemas prácticos que produce esta dualidad de conceptos.²⁴ La corresponsabilidad

20 No siempre exenta de intereses ajenos que no buscan precisamente el beneficio del hijo y que destacan por la búsqueda del ahorro crematístico que supone la custodia compartida para el progenitor no custodio.

21 Se ha pasado desde la tradicional reticencia hacia la custodia compartida a la negación de su excepcionalidad en numerosas sentencias

22 La STC 185/2012, de 17 octubre (RTC 2012, 185) entendió que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional y como consecuencia de esta doctrina el Tribunal Supremo desde 2013, viene estableciendo, con carácter general, la pertinencia del régimen de custodia compartida al entender que la custodia compartida es una medida "normal e incluso deseable", que "permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" en STS 29 abril 2013 (ROJ 2246/2013), asimismo STS 14 de octubre de 2015 (ROJ 4165/2015) y STS 11 de febrero 2016 (ROJ 437/2016), entre otras muchas.

23 Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental por el que se deroga el Reglamento n° 1347/2000, en el que ya se mencionaba la responsabilidad parental.

24 Para SERRANO CASTRO, F.: "Posibilidad de establecer un reparto de tiempo de permanencia con los hijos menores, sin reconocer a ninguno de los padres la custodia ni un determinado régimen de visitas", *Boletín de Derecho de Familia*, 2008, núm. 83, pp. 3-4, se trata de superar "terminologías caducas que sólo fomentan la guerra y belicosidad en las contiendas judiciales..." Por su parte las leyes autonómicas han establecido una terminología propia que parece ir en la línea de superar la antigua distinción existente: el Código aragonés ha sido pionero al no utilizar ya la expresión patria potestad sino la de autoridad parental, al igual que la ley valenciana; en la ley navarra sobre custodia compartida, se utiliza el término "responsabilidad parental"; en el Capítulo VI, del Título III, del Libro Segundo del Código catalán, se sustituye la anterior denominación de *potestat del pare i de la mare* por el término potestad parental, que a mi juicio es el que menos aporta a esta unificación terminológica. Asimismo el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio aprobado por Consejo de Ministros 19 de julio de 2013, con la finalidad de adaptar la legislación relativa al matrimonio y las relaciones paterno-filiales en situaciones de crisis a la realidad social

parental, habría que entenderla como principio que debe orientar todas las decisiones y ejercicio de todos los deberes y facultades de los padres con sus hijos y no se trata sólo de cuidado compartido. Esto sólo reduciría su visión. La corresponsabilidad implica la asunción de la responsabilidad común y la consecuente participación en la crianza y educación de los hijos. En consecuencia, si los padres se encuentran separados, no solo ejerce estas funciones o deberes aquel que asume el cuidado personal, sino también aquel que no lo tiene y habrán de arbitrarse los medios para que pueda concretarse. La crisis conyugal de los padres no debe en ningún caso afectar al cumplimiento de las obligaciones, deberes y responsabilidad que sobre los mismos pesan respecto de los hijos; no pueden aquellos desentenderse de sus obligaciones en el cuidado, desarrollo afectivo y psicosocial y educación del hijo porque la ruptura de la convivencia de los padres no modifica la filiación respecto de los hijos, por tanto la titularidad de los derechos y deberes que entre padres e hijos fija la ley no va a quedar afectada por el divorcio o la separación de aquéllos, pues la titularidad de estos derechos y deberes no tienen su origen en el matrimonio, sino en la filiación²⁵.

I. Corresponsabilidad parental y patria potestad.

La corresponsabilidad parental podría identificarse con el concepto tradicional de patria potestad todavía vigente en nuestro Derecho²⁶. La patria potestad supone la juridificación de unas obligaciones humanas y morales que todo padre tiene para con sus hijos menores y que no tiene su origen en la ley, sino en el propio hecho

actual, actualmente vía muerta, descartaba expresiones como patria potestad, régimen de visitas o progenitor custodio, dando prioridad a otras como responsabilidad parental, periodos de convivencia, régimen de estancia, coparentalidad y corresponsabilidad en el cuidado de los hijos.

- 25 DE PRADA GONZÁLEZ, J. M^o.: "La patria potestad tras la reforma del Código Civil", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, Madrid, 1982, p. 368, afirma que a partir de la reforma realizada por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del C.c. en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la patria potestad se desligó de la institución familiar para convertirse en una consecuencia de la filiación determinada pues la patria potestad pasó a considerarse como un efecto de ésta. En el mismo sentido, ACUÑA SAN MARTÍN, M.: "El principio", cit., pp. 47-48.
- 26 El primer problema que se suscita a nivel semántico es el de la distinta e indistinta terminología empleada por el legislador. Pese a que la recién anulada Ley valenciana no empleaba en su articulado las expresiones patria potestad, guarda y/o custodia, el Código civil sí la utiliza –en el art. 154–, incluso tras la reforma operada por las Leyes 26/2015, de 28 de julio y Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia realizada con el fin de mejorar los instrumentos de protección jurídica de la infancia y adolescencia y constituir una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia, 20 años después de la aprobación de la LO 1/1996 de Protección jurídica del menor. La reforma que estuvo integrada por estas dos normas, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia y la Ley Orgánica 8/2015, introdujo los cambios necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en los arts. 14, 15, 16, 17 y 24 CE. Las modificaciones más importantes afectaron a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil, la Ley de Adopción Internacional, la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, entre otros.

de la procreación²⁷. Constituye un conjunto de poderes²⁸ dirigidos a cumplir unos deberes y obligaciones de protección, cuidado, asistencia y educación que la ley impone a los padres²⁹. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y mental (art. 154 C.c.) y comprende, entre otros, los deberes y facultades de “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral” y que se ejercerán siempre en beneficio de los hijos, teniendo en cuenta su personalidad y respetando su integridad física y psicológica.

Incluido en la patria potestad, el concepto de “guarda y custodia” no queda definido en nuestra legislación aunque el Código Civil se refiere a ella en distintos preceptos legales utilizando diferente terminología tal como “cuidado y atención de los hijos”³⁰; “con cuál de los cónyuges hayan de quedar los hijos”³¹ pero cabría definir la facultad de “guarda” como una facultad que comprende todos aquellos aspectos derivados del quehacer diario, es decir, alimentación, cuidado inmediato, imposición de normas de disciplina, consuelo, estudio, etc., es decir, se trata de cuestiones diarias, habituales, ordinarias y rutinarias³², hace referencia a convivencia³³, no implicando más derechos y, consecuentemente, no supone un estatus privilegiado de un progenitor frente al otro³⁴ y por tanto, la atribución de la guarda y custodia a uno solo de los progenitores no supone que se esté privando de la titularidad de la patria potestad al otro progenitor. La facultad de “guarda”, además, se comparte entre ambos progenitores, en los tiempos de convivencia en que los hijos comunes permanecen con cada uno de ellos.

27 MORENO VELASCO, V.: “Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad”, *Diario La Ley*, n° 7267, 22 octubre de 2009, p. 2; AGUILERA RODERO, J.: “El progenitor no custodia ante el ejercicio de la patria potestad”, *Diario La Ley*, n° 7826, 27 de marzo 2012, p. 1. En el mismo sentido, TERZANO BOUZÓN, B.: “La patria potestad en el ordenamiento canónico: contribuciones a la sistematización del derecho canónico de familia”, *Cuadernos Doctorales*, n° 8, p. 144.

28 Para Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema*, cit., p. 288, “la patria potestad no puede entenderse como un derecho de los padres sobre los hijos, sino como una función a ellos encomendada”. En el mismo sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 309.

29 La Sentencia de la AP de Barcelona de 10 de noviembre de 1998, declaró que la patria potestad está conformada como una institución jurídica de derecho natural y de contenido esencialmente asistencial en cuanto que recoge en los arts. 153 y siguientes C.c. lo que ha venido en denominarse la responsabilidad parental.

30 Artículos 90 y 92 C.c.

31 Artículo 103 C.c.

32 Así la AP de Sevilla, Secc. 5ª, de 26 de enero de 2006, Rec. 91/2006. Para ESPARZA OLCINA, C.: “La guarda”, cit., p. 184, es el poder de adoptar las decisiones con repercusión en todos los aspectos de la vida cotidiana de los hijos. Asimismo, RODRÍGUEZ LLAMAS, S.: “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), *Rev. Boliv. de Derecho*, n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 562-575, quien entiende en p. 567 que 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.

33 Vid. art. 3. a) de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, ya citado.

34 FÁBREGA RUIZ, C.: “Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad”, *Diario La Ley*, n° 7443, 12 julio de 2010, La Ley 3800/2010, p. 8.

“Patria potestad” y “guarda y custodia” ya sea ésta individual o compartida no son equiparables sino que la guarda y custodia quedaría integrada en la “patria potestad”³⁵. En este sentido se pronuncian algunas sentencias que determinan que el actor, pese a no tener la custodia de su hija, no debe quedar excluido de la toma de decisiones sobre los aspectos más relevantes vinculados al ejercicio de la patria potestad sobre la menor; por lo que podrá intervenir en las decisiones importantes que afecten a la vida de la menor y, en particular, a los aspectos relacionados con el cuidado, la salud y la educación de aquélla, las cuales habrán de adoptarse de mutuo acuerdo, debiendo decidir el juzgador en caso de discrepancia³⁶.

En todo caso, de acuerdo con el art. 156 C.c. es posible que la patria potestad se ejerza por ambos progenitores conjuntamente³⁷ o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro³⁸, dictando reglas para el ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo o separación de los padres³⁹.

-
- 35 En el mismo sentido, VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La custodia compartida en España y Cataluña: entre deseos y realidades”, (coord. por T. PICONTO NOVALES), *La custodia compartida a debate*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 81.
- 36 Sentencia 201/2006 AP Huesca, sección 1ª de 24 de octubre de 2006. La Ley 140180/2006. Fundamento 2. Asimismo, este tipo de gastos se considera extraordinario. Así lo entienden numerosas resoluciones que exigen el consentimiento previo del progenitor no custodio para el abono de los gastos extraordinarios. (SAP Barcelona, Secc. 18, 67/2008, de 28 de enero, Rec. 315/2007, Ponente: Sra. García Esquiús en la que se deniega el pago de los gastos de matriculación en un centro privado sin el consentimiento del otro progenitor. También SAP Madrid, Secc. 22, 15/2008, de 18 de enero, Rec. 1058/2007, SAP Madrid, Secc. 22, 16/2006, de 27 de enero, Rec. 921/2005. Así el ejercicio de la patria potestad implica el concurso de ambos progenitores para las decisiones que tienen cierta trascendencia, de no concurrir el progenitor no custodio en la toma de la concreta decisión, se producirían dos efectos: el primero que el progenitor no custodio podría exigir judicialmente su intervención en la toma de la decisión y, en segundo lugar, que el progenitor custodio que ha incurrido en un gasto sin consultarlo con el otro progenitor no podría exigir el abono de la mitad (salvo supuestos de urgencia), en opinión de MORENO VELASCO, V.: “Hacia una adecuada comprensión” cit. Según lo anterior, entiende ROMERO COLOMA, A. M.: “El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica”. *Diario La Ley*, n° 8000, Sección Tribuna, 14 enero 2013, p.12, que el criterio del gasto extraordinario (comunidad, bautizo, colegio religioso –no si antes de la separación o divorcio ya asistía al mismo-) y sus efectos determina que las decisiones deban adoptarse por ambos cónyuges siempre.
- 37 El ejercicio conjunto de la patria potestad tan sólo se aplica desde la reforma por la ley 11/1981, de reforma del Código civil que introdujo la llamada “Ley de Divorcio”, pues con anterioridad a dicha reforma, el ejercicio de la patria potestad lo atribuía la ley al padre como único titular permitiendo a la madre, en defecto del padre, una responsabilidad residual en el ejercicio de la misma. Con la reforma se introduce un cambio trascendental en las relaciones paterno-filiales al establecer como novedad importante, el principio de una patria potestad compartida. Mismo sentido, FUENTE NORIEGA, M.: *La patria potestad compartida en el Código civil español*, Montecorvo S.A., Madrid, 1986, p. 181.
- 38 Diversas dudas plantea el ejercicio de la patria potestad por uno de los padres con el consentimiento del otro. Cabe entender, en opinión de la doctrina, que puede otorgarse para determinados actos concretos –decisiones que afectan a la educación escolar de un hijo- o temporalmente –período de vacaciones escolares-; no obstante, en opinión de CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 2011, p. 551, es más dudoso el consentimiento otorgado con carácter general, de todas las facultades inherentes a la patria potestad, pues podría entenderse como renuncia al ejercicio de la misma, sin embargo, teniendo en cuenta la autonomía de la voluntad, admite la posibilidad de un consentimiento general a favor del otro cónyuge – o apoderamiento- que no releva al cónyuge que consiente ni de sus obligaciones, ni de sus responsabilidades por la actuación del otro cónyuge, ni le impide el ejercicio por sí mismo, cuando quiera, de todas o algunas de las facultades consentidas porque sigue siendo cotitular y coejeciente de la patria potestad.
- 39 El Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013 (y ahora en vía muerta) en cuanto a la patria potestad, introducía como norma que el ejercicio de la patria potestad fuera conjunto, aun cuando los padres vivieran separados, con lo que no se alteraban las responsabilidades parentales respecto a los hijos (artículos 90, 92 y 156). Sería la autoridad judicial quien determinase, atendiendo al interés superior del menor,

Lo dicho significa que cuando los dos progenitores son cotitulares de la patria potestad, lo que se produce en la mayoría de los casos, ello supone el deber de compartir todas y cada una de las decisiones que afecten a la formación y educación de los hijos. En consecuencia se incluirán dentro de la órbita de las funciones de patria potestad todas aquellas decisiones de especial relevancia que acontezcan en la vida del menor; que deberán ser asumidas de forma conjunta por ambos progenitores, tales como cambios de lugar de residencia, decisiones en el ámbito de la salud, orientación en los estudios, religiosa, elección o cambio de colegio, etc.⁴⁰, y habrán de adoptarse de común acuerdo por los padres, como la educación del hijo –si el colegio ha de ser público o privado, religioso o laico- o la educación religiosa –recepción del bautismo, de la Primera Comunión, de la religión a practicar o de no practicar ninguna⁴¹.

En definitiva, identificando la corresponsabilidad parental con la patria potestad, que engloba asimismo, la guarda y custodia, ésta consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que ejercerán cualquiera que sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos que se decida⁴². Es un principio que atiende a la óptica de los padres, al ejercicio pleno de la paternidad y la maternidad de ambos progenitores que ya no conviven por su situación de crisis conyugal y ruptura.

2. Coparentalidad e interés del menor.

Ante las dificultades para llevar a la práctica el principio de corresponsabilidad parental podemos hacer referencia a otro principio que afecta más intensamente al interés del menor: la coparentalidad. Pese a sus varias acepciones⁴³, cabría entenderla como un derecho del niño al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y a relacionarse frecuentemente con los dos, a pesar de la separación de sus padres⁴⁴.

bien aprobando los acuerdos de los padres, bien adoptando sus propias decisiones, cómo debía ejercerse esa corresponsabilidad parental en los supuestos de ruptura.

40 En el mismo sentido, AGUILERA RODERO, J.: "El progenitor no custodio ante el ejercicio de la patria potestad", cit., p. 13; FÁBREGA RUIZ, C.: "Mediación familiar", cit., p. 9.

41 Vid. también en este sentido, MORENO VELASCO, V.: "Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad", *Diario La Ley*, nº 7267, 22 octubre de 2009, p. 3.

42 Vid. en este sentido, MECO TEBAR, F.: "La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7873)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, p. 426.

43 ACUÑA SAN MARTÍN, M.: "El principio", cit., p. 36, pone de manifiesto que algunos estudios evidencian un cierto carácter polisémico de la palabra y aluden por tanto a diversos enfoques de la coparentalidad, así se reconocen a lo menos tres conceptos: coparentalidad como custodia compartida; coparentalidad como corresponsabilidad parentofilial; y coparentalidad centrada en el interés superior del niño que es concepto más acorde al entender de esta autora.

44 La Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio modificó el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establece que: "Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra

Este principio debe ser entendido como el derecho del niño a no ser separado de sus padres, derecho conforme al cual el interés superior del menor reclama que el niño crezca en compañía de ambos padres y que cada uno de ellos cumpla sus respectivos e igualmente importantes papeles en la educación del hijo, salvo, cuando circunstancias particularmente graves autorizan la separación por ser contrarias a aquel interés⁴⁵.

circunstancia personal, familiar o social. La presente ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad” y la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su art. 9.3 que 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. Esta disposición es reconocida como aquella que afirma la coparentalidad. Íntimamente vinculado con aquella norma se encuentra el art. 7.1 de la misma Convención que establece el derecho del niño a ser cuidado por sus padres; ambas disposiciones encarnan la coparentalidad. Las previsiones de la Carta Europea de los Derechos del Niño (aprobada por el Parlamento Europeo en resolución de 18 de julio de 1992), también aluden a esta coparentalidad como un derecho de aquel cuando expone que todo niño tiene derecho a gozar de sus padres (art. 12) y que en caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño (art. 14). Asimismo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del año 2000, en su artículo 24.3 establece 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. El principio de coparentalidad (arts. 9.3 y 7.1 CDN) se consagra entonces desde la óptica del hijo y como un derecho de él a relacionarse con sus padres y ser cuidado por ellos; el principio de corresponsabilidad parental (art. 18 CDN), referido a las obligaciones comunes de los padres respecto de sus hijos, se consagra desde la óptica de los padres, como un deber de ellos de participación en la crianza y educación de los hijos. Vid. ACUÑA SAN MARTÍN, M.: “El principio”, cit., p. 36.

- 45 Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio modificó el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor con el siguiente tenor: “Artículo 2. Interés superior del menor: 1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir... 2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. 3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: ... d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro... 4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

Este interés del niño, que no es un interés en abstracto sino el interés “de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso”⁴⁶, debe operar, como contrapeso de los derechos de los padres y exige en primer lugar, que sus padres hagan un esfuerzo por superar su crisis conyugal y eviten la ruptura. No siendo ello posible, que las medidas adoptadas otorguen estabilidad, seguridad y continuidad y a que se tenga en cuenta su interés sobre cualquier otro que pueda concurrir⁴⁷.

En aras de la aplicación de este principio de coparentalidad sería adecuado el entendimiento del sistema de custodia compartida como aquel en que no se tiene por esencial un reparto idéntico de los tiempos de convivencia con los hijos, ni la exigencia de pernoctar con cada uno de los padres, y por tanto, ello no implicará que los hijos deban convivir necesariamente con cada padre durante periodos de idéntica duración ni que el tiempo de estancia con cada uno, en cómputo anual, sea exactamente igual. Debiera ser admisible aquella situación en la que los menores pernocten durante la semana con uno de los padres, repartiendo el tiempo diario de estancia y relación con cada uno de ellos durante el día a día y/o la semana, generando la posibilidad llevarlos o recogerlos del colegio, actividades extraescolares, pediatra, etc. El concepto de custodia compartida debería poner el acento, verdaderamente, en el reparto equitativo de las responsabilidades parentales. La custodia compartida no tiene por que implicar la convivencia de los hijos con cada padre durante periodos de idéntica duración ni que el tiempo de estancia con cada uno, en cómputo anual, sea exactamente igual. Eso no es compartir custodia sino convivencia. Por el contrario, la custodia compartida debería ser la vía para que ambos padres se impliquen por igual en el cuidado de sus hijos.

En definitiva, los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad constituyen dos perspectivas distintas pero complementarias de la relación personal paterno-filial como un derecho que hijos y padres tienen recíprocamente y responden a una misma idea: en la búsqueda del interés del menor es más beneficioso para el hijo, en la mayoría de los casos, la relación con su padre y con su madre, con ambos, sin exclusiones⁴⁸. Por tanto, estaríamos analizando dos caras de una misma moneda y esta moneda es siempre el interés del menor. En los casos de crisis conyugal no va a resultar fácil conciliar el derecho de los menores a la coparentalidad y la efectiva aplicación de la corresponsabilidad parental. Sin embargo, como ya mencionamos,

46 STS 13 febrero de 2015 (ROJ 253/2015).

47 En el mismo sentido, PARDILLO HERNÁNDEZ, A.: “Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente”, *Diario La Ley*, Sección Dossier, núm. 8104, 2013, p. 4.

48 Así lo entiende, asimismo, GARRIGA GORINA, M.: “El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta”, *Revista para el análisis del Derecho*, 2008, núm. 3, p. 4, quien opina que lo que más y mejor puede contribuir al desarrollo psíquico, emocional, afectivo, social... de un menor, es poder relacionarse con sus dos progenitores, no viéndose privado de estar con ninguno de ellos.

el derecho de los padres debe estar supeditado al interés superior del niño. El interés de los padres no es superior al del niño cuando entran en conflicto, por ello, la corresponsabilidad parental es un principio subordinado al interés del menor⁴⁹. En este sentido, el criterio para determinar la idoneidad de un régimen de cuidado personal de los hijos o de comunicación con ellos debe ser el interés superior del niño y no la igualdad de los padres⁵⁰ como establecía en mi opinión erróneamente, la derogada ley valenciana. La protección del hijo debe primar sobre el interés de los padres en todo caso. Es por ello, que en algunos procesos el juez deberá determinar la custodia monoparental como solución idónea y compatible con el interés superior del menor⁵¹. Difícil cuestión pues en numerosas ocasiones, la solicitud de la custodia por parte de uno de los progenitores no obedece a la idea de favorecer el desarrollo del hijo y el comprensible deseo de convivir con él y compartir más estrechamente sus responsabilidades parentales sino a una estrategia procesal orientada a la consecución de las otras medidas complementarias como la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar y la exoneración o reducción del pago de las pensiones.

La solución no es fácil para el juzgador; el menor o sus padres; la custodia monoparental no satisface en todo caso las exigencias de un sano equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. La convivencia continuada con sólo uno de ellos puede provocar graves carencias en el desarrollo psico-social del hijo; la falta de contacto habitual con uno de los padres puede condicionar la conducta del hijo y la del progenitor no custodio, que con la intención de compensar el poco tiempo que convive con el menor, se exceda en premios y regalos excesivos perjudicando el desarrollo del niño, entre otras cuestiones. Pese a ello, en ocasiones –cada vez menos frecuentes, a la vista de la última jurisprudencia- el juzgador, atendiendo a las circunstancias concurrentes, entiende que el establecimiento de un régimen de convivencia y guarda monoparental sea la opción más adecuada para el menor⁵² pues este régimen presenta como ventaja fundamental la estabilidad que proporciona la continuidad y rutina de vida de los hijos, y debe esforzarse en procurar el padre custodio. Y esta estabilidad en el día a día del niño puede redundar en una mayor estabilidad emocional, principalmente si se respetan los derechos de visita, comunicación y estancia del padre no custodio y se evita –en atención al interés del hijo- toda crítica al no custodio. No obstante, en la regulación valenciana

49 ACUÑA SAN MARTÍN, M.: “El principio”, cit., p. 36. En este sentido cabe destacar la STS 22 julio 2011 (ROJ 4924/2011): “En cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor”.

50 Así lo establecen las últimas reformas introducidas por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio ya mencionadas.

51 STS 28 enero 2016 (ROJ 149/2016).

52 La STS 20 noviembre 2013 (ROJ 5713/2013) otorga la custodia de la hija común al padre al tener en cuenta la inestabilidad emocional de la madre o la STS 7 junio 2013 (ROJ 2926/2013) que atendiendo el interés de los menores mantiene la custodia materna respetando así el *status quo* existente ya que la madre viene haciéndose cargo de su cuidado con anterioridad. En el mismo sentido 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 Convivencia de los Padres”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2010, núm. 7, pp. 13-14.

quien solicitase el sistema de custodia monoparental tenía que realizar el esfuerzo probatorio para superar la preferencia de la custodia compartida que se establece como preferente en la norma⁵³ pues al parecer ésta instauró la presunción *iuris tantum* de que el régimen de convivencia compartida era más beneficioso para el menor⁵⁴. Según se mire. Si entendemos custodia compartida como reparto de las responsabilidades, dedicación y deberes de los padres para con sus hijos, ello es indudable; de lo contrario, el reparto igualitario de tiempos de convivencia, poco aporta al menor salvo la indeseada itinerancia.

Habrà que ponderar cuidadosamente la solución más idónea para el hijo porque siendo la modalidad de la custodia compartida la máxima expresión del principio de corresponsabilidad parental, la custodia compartida –en cuanto convivencia compartida– no es la única vía de solución y no debiera implantarse como sistema preferente. La elección de la custodia compartida como sistema que permite al hijo seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus padres⁵⁵ ha dado lugar al nacimiento del llamado *niño maleta*, obligado a cambiar de residencia cada semana o quince días en continua itinerancia de dudoso beneficio para el menor que llegar a perjudicar su estabilidad, su equilibrio emocional y su desarrollo personal.

Quizá debiera moderarse el entusiasmo hacia la modalidad de custodia (convivencia) compartida mostrado por la legislación autonómica, un amplio sector doctrinal y la jurisprudencia reciente pues si bien la custodia (convivencia) compartida propicia el principio de corresponsabilidad parental no es el único sistema de cuidado personal de los hijos que permite su consecución: cuando el cuidado personal de los hijos, esto es, la guarda y custodia, se determina en favor de uno de los padres, el establecimiento de un régimen amplio y fluido de relación directa y regular con el otro puede conducir a similares resultados⁵⁶. La inclusión y aplicación del principio de corresponsabilidad parental debiera hacerse necesariamente en maridaje con el de coparentalidad porque la consideración de ambos principios⁵⁷ facilitará la búsqueda del bienestar emocional y afectivo de los hijos en las diferentes soluciones adoptadas tras la crisis familiar y por el régimen de cuidado personal de los hijos que se acuerde.

53 DOMINGO MONFORTE, J.: "Vía libre en la aplicación judicial de la custodia compartida en la Comunidad Valenciana", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 836, 2012.

54 GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, núm. 7537, 2010, p. 3.

55 Así las STS 29 de abril 2013 (ROJ 2246/2013) y STS 25 de noviembre 2013 (ROJ 5710/2013).

56 En el mismo sentido, ACUÑA SAN MARTÍN, M.: "El principio", cit., p. 30

57 Algo que ya contempla la jurisprudencia del Tribunal Supremo, véase la STS 20 noviembre 2013 (ROJ 5713/2013) y la jurisprudencia menor, así la SAP Valencia 17 diciembre 2004 (JUR 2005, 66633) y que 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 en opinión de RODRÍGUEZ LLAMAS, S: "La atribución", cit., p. 575.

Concluyendo, la custodia compartida, entendida como convivencia compartida, no es el único modelo relacional que permite concretar la corresponsabilidad parental y la coparentalidad, sino que su implantación generalizada es más bien una simplificación de estos principios que no siempre compagina bien con el interés del menor; en buena medida porque en rigor de lo que se trata es más bien de un supuesto de “custodia sucesiva o alternativa”, pues los progenitores no viven juntos, y no pueden en consecuencia compartir el cuidado cotidiano de los hijos⁵⁸.

A partir de ahora, y teniendo en cuenta la nueva corriente jurisprudencial, la suerte del menor valenciano que sufra la crisis conyugal de sus padres no se va a ver sustancialmente modificada por la decisión sobre su custodia pues los últimos y, suponemos, sucesivos pronunciamientos han normalizado la instauración de esta modalidad también en el Derecho común, al que quedan sometidos desde noviembre pasado los menores valencianos. Confiamos en que prevalezca su superior interés.

58 ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “La reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio”, *Sepin (Persona y Familia)* 2005, pp. 16 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA SAN MARTÍN, M.: "El principio de corresponsabilidad parental", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección Estudios, Año 20 - Nº 2, 2013 pp. 21-59.

AGUILERA RODERO, J.: "El progenitor no custodio ante el ejercicio de la patria potestad", *Diario La Ley*, nº 7826, 27 de marzo 2012.

CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª: "Comentario al artículo 156 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 2011, p. 551.

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 Convivencia de los Padres", *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2010, núm. 7, pp. 13-14.

DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª: "La patria potestad tras la reforma del Código Civil", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, Madrid, 1982.

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.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia y sucesiones*, Vol. IV, 7ª edic., ed. Tecnos, Madrid, 1997.

DOMINGO MONFORTE, J.: "Vía libre en la aplicación judicial de la custodia compartida en la Comunidad Valenciana", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 836, 2012.

ESPARZA OLCINA, C.: "La guarda compartida en el Código Civil español y en la Ley autonómica valenciana", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014, p. 204.

FÁBREGA RUIZ, C.: "Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad", *Diario La Ley* nº 7443, 12 julio de 2010, La Ley 3800/2010, p. 8.

FUENTE NORIEGA, M.: *La patria potestad compartida en el Código civil español*, Montecorvo S.A., Madrid, 1986.

GARRIGA GORINA, M.: "El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta", *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2008.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, núm. 7537, 2010, p. 3.

MECO TÉBAR, F.: "La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7873)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, p. 426.

MORENO VELASCO, V.: "Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad", *Diario La Ley*, n° 7267, 22 octubre 2009.

PARDILLO HERNÁNDEZ, A.: "Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente", *Diario La Ley*, Sección Dossier, 2013, núm. 8104.

REYES LÓPEZ, M^a. J.: "La nueva regulación de las relaciones familiares de los hijos con los progenitores no convivientes en la Comunidad Valenciana", en BARONA SELLÉS, M. A., CLEMENTE MEORO, M., HOYO RODRIGO, J., RAMÓN FERNÁNDEZ, F., VICENTE TORRES, M: *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 18.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 309.

RODRÍGUEZ LLAMAS, S.: "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), *Rev. Boliv. de Derecho* n° 19, enero 2015, pp. 562-575.

ROMERO COLOMA, A. M.: "El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica". *Diario La Ley*, n° 8000, Sección Tribuna, 14 enero 2013.

SERRANO CASTRO, F.: "Posibilidad de establecer un reparto de tiempo de permanencia con los hijos menores, sin reconocer a ninguno de los padres la custodia ni un determinado régimen de visitas", *Boletín de Derecho de Familia*, 2008, núm. 83.

TERZANO BOUZÓN, B.: "La patria potestad en el ordenamiento canónico: contribuciones a la sistematización del derecho canónico de familia", *Cuadernos Doctorales*, n° 8.

VALIÑO, A.: "La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho civil valenciano". *Diario La Ley*, N° 8883, Sección Doctrina, 16 de Diciembre de 2016, pp. 4-7.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "La custodia compartida en España y Cataluña: entre deseos y realidades", en AA.VV.: *La custodia compartida a debate* (coord. por T. PICONTÓ NOVALES), Dykinson, Madrid, 2012, p. 81.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: "La reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio", *Sepín* (Persona y Familia), 2005, pp. 16 y ss.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

STC 4/2001, de 15 de enero (RTC 2001, 4)

STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82),

STC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110)

STC 185/2012, de 17 octubre (RTC 2012, 185)

STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192)

STS 22 julio 2011 (ROJ 4924/2011)

STS 22 julio 2011 (ROJ 4924/2011)

STS 27 septiembre 2011 (ROJ5880/2011)

STS 29 de abril 2013 (ROJ 2246/2013)

STS 29 abril 2013 (ROJ 2246/2013)

STS 7 junio 2013 (ROJ 2926/2013)

STS 25 de noviembre 2013 (ROJ 5710/2013)

STS 20 noviembre 2013 (ROJ 5713/2013)

STS 20 noviembre 2013 (ROJ 5713/2013)

STS 13 febrero de 2015 (ROJ 253/2015)

STS 14 de octubre de 2015 (ROJ 4165/2015)

STS 28 enero 2016 (ROJ 149/2016)

STS 11 de febrero 2016 (ROJ 437/2016)

STS 4 marzo 2016 (ROJ 973/2016)

LA PRUEBA DE LA AUSENCIA O EXISTENCIA
DE UN DEBIDO CONSENTIMIENTO EN LOS ASÍ
DENOMINADOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA.
PROPUESTA DE UNA SOLUCIÓN APLICABLE AL
DERECHO DE FAMILIA DE CHILE SOBRE LA BASE DE LA
EXPERIENCIA DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

PROOF OF ABSENCE OR EXISTENCE OF DUE
CONSENT IN THE SO CALL MARRIAGES OF
CONVENIENCE. SOLUTION PROPOSAL APPLICABLE TO
CHILEAN FAMILY LAW BASED ON THE EXPERIENCE OF
SPANISH CIVIL LAW

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 98-119



Alexis
MONDACA
MIRANDA

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de marzo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: El presente trabajo se centra en la prueba de la simulación a propósito de los matrimonios de conveniencia. Una vez analizado, en su parte pertinente, el Derecho civil de España, se establece la ausencia de mecanismos eficaces de tutela del consentimiento en el Derecho matrimonial de Chile, y se sugiere un tratamiento de la materia que resuelva el señalado problema.

PALABRAS CLAVE: Consentimiento; matrimonio; simulación.

ABSTRACT: The present work focuses on the proof of simulation in marriages of convenience. Once analyzed, in the corresponding part, Spanish civil law, the absence of effective mechanisms for the protection of marital consent in Chilean marriage law is asserted, and treatment of the topic for the solution of the aforementioned problem is suggested.

KEY WORDS: Consent; marriage; simulation.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. De la especial dificultad de la prueba de la ausencia o presencia del consentimiento en el matrimonio.- III. Las presunciones como medio de prueba de la simulación matrimonial.- IV. La doctrina de la DGRN en materia de prueba de la simulación en el matrimonio.- I Tratamiento dado a los indicios por la DGRN.- 2. La Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero, y de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia.- V. Ausencia de eficaces mecanismos de control del consentimiento matrimonial en el Derecho de familia de Chile.- I. La tutela del consentimiento en los matrimonios celebrados en Chile.- 2. El control del consentimiento matrimonial en los matrimonios realizados en el extranjero.- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente artículo se centra en un punto específico de los usualmente denominados “matrimonios de conveniencia” o “matrimonios de complacencia”¹. Nos referimos a la prueba de la ausencia o de la presencia de consentimiento matrimonial en los señalados matrimonios. En los matrimonios de conveniencia las partes no desean iniciar una auténtica comunidad conyugal respetuosa de los fines del matrimonio², sino que lo pretendido es el logro de determinados objetivos en materia migratoria, tales como la residencia, la naturalización o revocar resoluciones de la autoridad administrativa que ordenen la expulsión del inmigrante del territorio nacional. A cambio, el extranjero suele pagar una determinada cantidad de dinero.

-
- 1 En otra oportunidad hemos indicado que la denominación “matrimonios de conveniencia” o “matrimonios de complacencia” no nos parece adecuada, dado que en razón de su amplitud pueden incluirse otros supuestos diversos de los matrimonios objetos de la presente investigación. En efecto, todo matrimonio supone una conveniencia o una complacencia, por ejemplo, amor, evitar la soledad, riquezas, gozar de beneficios previsionales, etc. En los matrimonios que analizamos las partes poseen diversas nacionalidades, se simula querer cumplir con lo exigido por el consentimiento matrimonial y, como ya se indicó, se persiguen ciertos beneficios o ventajas en materia de extranjería. En virtud de lo señalado, preferimos la expresión “matrimonios internacionales simulados migratorios”, puesto que permite describir de manera más técnica lo que se quiere definir y se aleja de nociones tan amplias como “matrimonios de conveniencia” o “matrimonios de complacencia”, MONDACA MIRANDA, A.: “De los matrimonios simulados, comúnmente denominados matrimonios de conveniencia o matrimonios por complacencia, de su prueba y de la lucha jurídica en su contra”, en DOMÍNGUEZ HIDALGO, C. et al. (coords.), *Estudios de Derecho civil VIII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz*, Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012, p. 107.
 - 2 En el caso del Derecho civil chileno los fines del matrimonio se encuentran establecidos en el art. 102 del Código Civil: vivir juntos, procrear y auxilio mutuo.

• Alexis Mondaca Miranda

Profesor de Derecho Civil de la escuela de derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Master en Derecho, Empresa y Justicia por la Universidad de Valencia. Correo electrónico: amondaca@ven.el. Este trabajo se inscribe en el proyecto Fondecyt de Iniciación 2015 N° 11150118 (“La incidencia de los vínculos de familia en la revolución de las acciones de amparo para revocar las decisiones administrativas de expulsión de extranjeros”).

Es otras palabras, se trata de matrimonios en los que la voluntad declarada por los contrayentes no coincide con la voluntad real o interna. Así, no existe un auténtico consentimiento matrimonial en razón de la simulación acordada por las partes. Lo señalado es sin perjuicio de la posibilidad de que el cónyuge extranjero engañe al contrayente del país receptor ocultando su verdadera voluntad de excluir el contenido propio del consentimiento matrimonial y el fin en sede de extranjería deseado³.

La problemática constituida por los matrimonios de conveniencia ha aumentado su incidencia en Chile en términos proporcionales al aumento de población extranjera. En este sentido, según los datos del Instituto Nacional de Estadísticas, el crecimiento de la población extranjera entre los años 1982 y 2014 ha sido el siguiente: 83.805 (Censo 1982); 105.070 (Censo 1992); 184.464 (Censo 2002); y 441.529 (estimación 2014). Esto es, si se comparan los últimos datos con la cifra del Censo de 1982, podemos concluir que se ha quintuplicado el número de extranjeros. Hacemos presente que en estas estadísticas no se incluye la inmigración no regularizada, y conocido es que la cifra de dicho fenómeno es elevada, por lo tanto, el número de extranjeros existentes en Chile debe aumentarse considerablemente.

No obstante los desafíos que la situación descrita en los párrafos precedentes plantea, el Derecho de familia de Chile no ha reaccionado. De esta manera, carece Chile de los medios necesarios para enfrentar en forma adecuada el dilema planteado por los matrimonios de conveniencia. Así, no existen mecanismos que permitan detectar la presencia o ausencia del consentimiento matrimonial, a diferencia de España, como indicaremos próximamente. El panorama descrito requiere de una pronta reacción jurídica, dado que todo indica que los flujos migratorios aumentarán a futuro, y como consecuencia de ello, también se incrementarán los matrimonios de conveniencia.

Con el objetivo de contribuir al logro de una solución al problema recientemente descrito, en el presente trabajo estudiaremos las medidas de tutela del consentimiento matrimonial aplicadas en el Derecho de España y luego abordaremos la situación existente en Chile. Lo anterior se explica por lo que sigue: no es ningún misterio que, a lo menos en el caso del Derecho civil chileno, uno de los ordenamientos más inspiradores ha sido históricamente el Derecho civil de España; luego, la tradicional influencia del segundo sobre el primero no causa sorpresa alguna. Este modo de proceder, esperamos, nos proporcionará las luces necesarias para poder determinar

3 Para una parte de la doctrina española esta situación no es constitutiva de simulación, al no existir un acuerdo de los contrayentes, por lo que sería más apropiado hablar de "reserva mental", TOLDRA Y ROCA, M.: "La reserva mental en el matrimonio civil", en PRATS, L. (coord.), *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, Publicaciones Universidad de Valencia, vol. II, Valencia, 1996, p. 522. La doctrina chilena, salvo excepciones, no utiliza la expresión "reserva mental". La mayor parte de los autores chilenos, considerando la particular naturaleza de la simulación en el matrimonio, emplea la denominación "simulación unilateral", véase DEL PICO RUBIO, J.: *Derecho matrimonial chileno*, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010, pp. 142-143.

los criterios adecuados para proponer un eventual tratamiento de la materia aplicable a la realidad jurídica de Chile.

II. DE LA ESPECIAL DIFICULTAD DE LA PRUEBA DE LA AUSENCIA O PRESENCIA DEL CONSENTIMIENTO EN EL MATRIMONIO.

Sabido es que soportar el *onus probandi* puede ser un obstáculo de difícil superación, especialmente si se trata de acreditar elementos de índole subjetiva, como sucede respecto de los matrimonios simulados. Este aspecto ha sido mencionado por de Castro y Bravo, aunque aludiendo a la simulación patrimonial, pensamos que sus razonamientos son reproducibles respecto de la simulación en el matrimonio: “El aspecto práctico más llamativo en esta materia es el de la dificultad de la prueba de la simulación. Fue aquel sobre el que se centrara la atención de la antigua doctrina. Exige de los letrados máximo esfuerzo imaginativo y hasta un cierto instinto policíaco; imponiendo a los jueces una tarea de la mayor delicadeza”⁴.

En forma conjunta con lo recientemente señalado, debemos agregar que se dificulta el camino del que desee acreditar la simulación matrimonial dado que debe respetarse el principio del *favor matrimonii* y la presunción general de la buena fe establecida en el art. 707 del Código Civil de Chile⁵. Es decir, en caso de duda, debe concluirse la existencia de consentimiento matrimonial. Así, se reconocerá la ausencia de consentimiento si se aprecia una total falta de conocimiento sobre la vida personal y familiar del otro contrayente, o si existen importantes divergencias en sus declaraciones, no siendo suficiente con un conocimiento superficial⁶.

Por último, añadimos una nueva consideración: usualmente, fuera del Estado, no existen interesados en la declaración de la existencia de un matrimonio de conveniencia. En España, la misión de determinar la ausencia o presencia de un auténtico consentimiento matrimonial ha sido confiada a los funcionarios que cumplen labores similares a las del Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile. Así, en España, como analizaremos prontamente con mayor detalle, “la realización de entrevistas, en forma privada y separada, a quienes se han casado en el extranjero y solicitan la inscripción de su matrimonio”, se ha entregado a los funcionarios registradores⁷.

4 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 2002, p. 366.

5 Aunque este art. se encuentre situado a propósito de la posesión, la doctrina sostiene que la presunción de buena fe es de aplicación general, PEÑAILILLO, D.: *Los Bienes, la propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, pp. 355-356.

6 OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C.: “La capacidad y la simulación en el matrimonio: fraude y extranjería en la doctrina de la DGNR”, en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 294-295.

7 MONDACA MIRANDA, A.: “Reflexiones sobre uno de los desafíos que la inmigración plantea al Derecho de familia: los así denominados matrimonios de conveniencia”, en ELORRIAGA DE BONIS, F. (coord.): *Estudios de Derecho civil IX. Jornadas Nacionales de Derecho civil, Viña del Mar, Abeledo Perrot Legal Publishing, Santiago de Chile, 2011*, p. 110.

En el caso del Estado de Chile dicha preocupación o no existe, o de existir, hasta el momento, no se ha manifestado. En efecto, dado que los matrimonios de conveniencia implican normalmente un acuerdo entre los cónyuges en orden a burlar la naturaleza y los fines del matrimonio, y no olvidando que ambos contrayentes obtienen ventajas con el mismo (el extranjero logra un beneficio migratorio y el nacional el pago de una suma de dinero), a ninguno de éstos interesará que se descubra la simulación matrimonial. Por consiguiente, lo normal será que la simulación pase desapercibida.

En el evento en que el cónyuge extranjero hubiese engañado al cónyuge nacional, una vez rebelado el ardid del que el último ha sido víctima, probablemente podrá nacer en éste la intención de disolver su matrimonio. Puede acudir al divorcio, pero si el inmigrante todavía no ha conseguido la residencia, es difícil imaginar que acceda a solicitar con el cónyuge nacional el divorcio de común acuerdo. Y aunque otorgase su voluntad a dicha petición, el divorcio remedio de común acuerdo exige, entre otros requisitos, el transcurso de más de un año desde que ha cesado la convivencia, según lo establece el inc. 1º del art. 55 de la Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil⁸. Queda libre el recurso al divorcio unilateral, pero en este caso, además de los restantes requisitos, el plazo de cese de convivencia efectiva es mayor: tres años, en conformidad al tenor del inc. 3º del art. 55.

Tengamos presente que, no obstante tratarse de matrimonios simulados, el matrimonio va a producir sus efectos con normalidad. De este modo, por ejemplo, si el varón ha financiado la manutención de la familia, deberá continuar haciéndolo, puesto que de otra manera, podrá iniciarse en su contra un juicio de alimentos. Lo mismo sucedería en el poco probable supuesto en que, por diversos motivos, el cónyuge extranjero cambie de idea y no quiera disolver el matrimonio, no obstante la obtención del beneficio migratorio, caso en que el cónyuge afectado puede acudir al divorcio unilateral.

Como hemos podido apreciar, la exigencia de plazos de cese de convivencia, tanto en el divorcio de común acuerdo como en el divorcio unilateral, implica un camino pedregoso para el cónyuge víctima del engaño. La nulidad matrimonial presenta la ventaja de no requerir de plazo alguno de cese de convivencia. Con todo, no puede evitarse la dificultad que implica la forma en que deberá probarse la simulación⁹.

8 Publicada en el Diario Oficial de fecha 17-5-2004.

9 En España procede la nulidad de los matrimonios de conveniencia en virtud del art. 73.1 del Código Civil, precepto que en términos expresos sanciona con la nulidad los supuestos de ausencia de consentimiento.

III. LAS PRESUNCIONES COMO MEDIO DE PRUEBA DE LA SIMULACIÓN MATRIMONIAL.

La norma fundamental en esta materia es el art. 28 de la Ley N° 19.968¹⁰, que creó los Tribunales de Familia, cuyo texto dispone que: "Todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley." Es decir, se consagra el principio de libertad probatoria, por consiguiente, es admisible todo tipo de probanzas, siempre que sean lícitas.

¿Cómo acreditar un matrimonio de conveniencia? Complejo será que exista alguna prueba documental o confesión que pueda servir en este sentido. En términos más amplios, es de suponer que el actor carezca de todo tipo de prueba directa, quedando sólo a su disposición las pruebas indirectas, es decir, las presunciones.

Puesto que las presunciones consisten en establecer la existencia de un hecho desconocido a partir de hechos que se conocen, será de cargo del demandante proporcionar al sentenciador los elementos necesarios para que éste pueda razonar y construir la presunción judicial de su interés. Para facilitar la elaboración judicial de la presunción, deberán entregarse al juez los antecedentes previos, coetáneos y los posteriores del matrimonio, de los cuales podrá concluirse que el cónyuge extranjero ha pretendido el logro de beneficios en materia de extranjería, y no una comunidad marital¹¹.

Siguiendo este razonamiento, la Audiencia Provincial de Pontevedra, ha sentenciado que: "En relación al primer extremo, por tratarse de un hecho interno que pertenece a la esfera íntima y reservada de la demandada, su justificación requiere el tener que acudir a la prueba de carácter presuntivo del artículo 386 de la LECiv, sobre la base de la valoración de los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la celebración del matrimonio en cuestión"¹². Lo mismo se ha dicho sobre la prueba de la simulación en el Derecho civil patrimonial¹³.

10 Publicada en el Diario Oficial de fecha 30-8-2004.

11 La Audiencia Provincial de Madrid ha establecido que la convivencia en forma previa al matrimonio puede permitir descartar la presencia de la reserva mental: "la existencia de una convivencia previa al matrimonio no apunta a la existencia de reserva mental en el demandado, dicha convivencia fue admitida por el demandado en el interrogatorio, donde afirmó que convivían desde mediados de 2005 fines de semana y algún día durante la semana y que tenían contacto diario", SAP de Madrid, sección 2ª, de 14 de marzo de 2008, *Revista de Derecho de Familia*, N° 41, 2008, p. 162.

12 Fundamento de derecho 2º de la SAP de Pontevedra, disponible en www.westlaw.es AC\2005\2048, p. 2. En otro juicio se decidió que "el fundamento de la pretensión de nulidad del matrimonio se planteaba por ausencia del consentimiento-simulación al amparo del art. 73.1ª y por la vía de error en la prestación inducido en el actor por la conducta dolosa de la demandada al socaire del núm. 4 del mismo precepto del Código Civil; que la prueba no es directa, como es lo habitual en estos casos por lo que había que acudir a indicios y/o a presunciones", fundamento de derecho 2º de la SAP de Valencia, de 28 de septiembre de 2000, disponible en www.westlaw.es (AC 2000/2589).

13 DIEZ DUARTE, R.: *De la prueba del contrato. Estructura civil y procesal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1997, pp. 268-270.

En el mismo sendero que el indicado en los párrafos anteriores, la Resolución de la UE de 4 diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, ha establecido que tales matrimonios pueden ser acreditados mediante la prueba de presunciones.

Para tal efecto, la mencionada Resolución indica factores cuya concurrencia puede permitir presumir que determinado matrimonio es un fraude. Tales factores son: a) no mantener una vida en común; b) falta de una adecuada contribución a las responsabilidades propias del matrimonio; c) ausencia de conocimiento entre los cónyuges con anterioridad al matrimonio; d) equivocación o desconocimiento de uno de los cónyuges sobre datos del otro (nombre, trabajo, nacionalidad, dirección, circunstancias en que se conocieron u otros datos de índole personal; e) no hablar una lengua comprensible para ambos; f) la entrega de una cantidad de dinero para que se celebre el matrimonio (salvo lo correspondiente por concepto de dote); g) y que el historial de uno de los cónyuges manifieste otros matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia¹⁴.

En otras palabras, se trata de elementos que apuntan en unos casos a no desarrollar una verdadera vida conyugal o a no cumplir con las responsabilidades que ésta exige, letras a) y b). En otros supuestos, la presunción se construye sobre la base de ignorancia o errores relativos a antecedentes del otro contrayente, letras c) y d).

Con respecto a la letra e), es entendible que la falta de un idioma común que permita una mínima comunicación entre quienes afirman desear desarrollar una comunidad de vida conyugal, resulte un elemento sospechoso. Así, cuesta imaginar cómo se va a llevar a cabo la mencionada comunidad si no es posible la realización de una sencilla conversación entre los cónyuges.

En el caso de la letra f), se trata de una de las características más propias de los matrimonios de conveniencia. Ello, sin perjuicio de la dote, pero, a lo menos, en los ordenamientos jurídicos del hemisferio occidental, la entrega de una cantidad de dinero por concepto de dote no es muy común.

Finalmente, a propósito de la letra g), es razonable que si hay antecedentes previos de otros matrimonios de conveniencia o de fraudes similares, pueda la autoridad administrativa pensar en la posibilidad de reincidencia. Lo último, sobretodo si el extranjero en sus matrimonios anteriores se hubiese casado con un español.

14 CABRIA PALMÓN, M.: "Matrimonio de conveniencia", disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4276-matrimonio-de-conveniencia/fecha-de-ultima-visita-14-07-2016>.

La DGRN también ha acudido a las pruebas indirectas a fin de determinar la presencia o ausencia del consentimiento matrimonial, como señalaremos en el siguiente epígrafe.

IV. LA DOCTRINA DE LA DGRN EN MATERIA DE PRUEBA DE LA SIMULACIÓN EN EL MATRIMONIO.

En esta parte de nuestro trabajo dedicado a la labor de la DGRN, analizaremos, en primer lugar, los indicios como eventual prueba de los matrimonios de conveniencia. Con posterioridad, estudiaremos la Instrucción de 9 de enero de 1995, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero y la Instrucción de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia.

I Tratamiento dado a los indicios por la DGRN.

El estudio de las resoluciones de la DGRN, sobre solicitudes de inscripción de matrimonios, puede proporcionar antecedentes que permitan clarificar la prueba de la simulación matrimonial mediante el uso de indicios. La admisión de éstos requiere: que estén demostrados plenamente; que el nexo causal entre los hechos y los indicios sea razonado suficientemente; "que si existen otras razones para explicar los indicios, se analicen y se expliquen las causas de su rechazo"¹⁵.

La DGRN ha aplicado un criterio de interpretación estricta relativo. Así, si los indicios objetivos no permiten establecer con certeza absoluta la simulación, sino que existe duda razonable o una mera sospecha, debe procederse a la inscripción del matrimonio. Profundizando en el tema, Sánchez Lorenzo distingue entre indicios ambivalentes, exclusiva o preferentemente negativos o positivos, y circunstancias intrascendentes¹⁶.

a) Los indicios ambivalentes permiten una valoración positiva o negativa, dependiendo del modo en que concurren en un caso determinado. Tales son: primero, el conocimiento o desconocimiento de circunstancias personales y familiares del otro contrayente¹⁷. Un conocimiento bueno o aceptable no permite presumir la simulación. Para acreditar la ausencia de consentimiento, el desconocimiento debe

15 OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C.: *La capacidad*, cit., p. 293.

16 SÁNCHEZ LORENZO, S.: "La inconveniente doctrina de la DGRN de los matrimonios de conveniencia", en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, p. 250.

17 Ortega comenta la Resolución de la DGRN de 21 de julio 2011, relativa a un matrimonio entre una mujer de doble nacionalidad, española y colombiana, con un japonés. Además de no hablar una lengua común, el hombre no conocía el origen colombiano de la mujer, declaró que las aficiones de éstas eran el ordenador y las discotecas, pero la contrayente afirmó que prefería ver tenis en televisión. La mujer declaró que desconocía que el hombre tuviese hijos y los estudios que poseía, agregó que entendía que le gustaba el golf, pero el marido señaló que prefería los billares japoneses, ORTEGA, A.: "Los matrimonios de conveniencia en España: indicios", *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 17, p. 58.

referirse a un conjunto de elementos o a circunstancias de entidad, no a cuestiones aisladas como no saber el nivel de estudios.

En segundo término, las discrepancias/concordancias entre las declaraciones de los contrayentes. Son importantes las discrepancias relativas a la fecha y el modo en que se han conocido, lugar en que piensan residir, profesión u oficio, entre otras. Por el contrario, una notable coincidencia es indicaria de consentimiento no simulado.

La intensidad o superficialidad de la relación puede originar otro indicio ambivalente. Es positivo si los contrayentes se conocen desde hace tiempo, un año o más o si existe comunicación epistolar o telefónica. A la inversa, es sospechoso si se han conocido por un intermediario, sólo días antes del matrimonio y si no han tenido comunicación ni siquiera por teléfono.

En cuarto lugar, la factibilidad o imposibilidad de comunicación a través de una lengua común. Según hablen o no los contrayentes el mismo idioma, se considerará el indicio como circunstancia positiva o negativa.

b) Los indicios exclusiva o preferentemente negativos son: en primer término, la situación no regularizada del contrayente extranjero, esto es, si ha sido expulsado o tiene peticiones de visados denegadas.

Otro indicio calificado de negativo ha sido la diferencia de edad. Con todo, se trata de un factor criticado, ya que no sería significativo de la voluntad real de una persona, aunque podría permitir presumir la simulación.

Además, deben considerarse las declaraciones confesorias de los contrayentes, lo que sucede en pocos casos¹⁸. Por ejemplo, relativas a la esperanza de lograr beneficios migratorios: "el contrayente extranjero, al conocer que la contrayente español era invidente, le participa que era igual, aunque fuese una vieja, que lo que deseaba era salir de su país"¹⁹.

Finalmente, otros indicios negativos singulares de gran heterogeneidad: matrimonio previo del inmigrante con un español de 96 años; matrimonios previos del contrayente español con extranjeros; no acreditar convivencia posterior al matrimonio; embarazo de la contrayente extranjera, pero el padre era un español diverso del otro contrayente, entre otros.

c) Indicios exclusiva o preferentemente positivos. Se entienden como tales la existencia de hijos comunes o el embarazo de la mujer. Lo mismo respecto de la residencia legal, dado que no se vislumbra motivo fraudulento, puesto que ya se posee una situación migratoria regularizada.

18 En estos supuestos se aprecia una gran "inocencia" de los contrayentes, PIZARRO MAQUEDA, I.: *Matrimonios de conveniencia*, disponible en www.westlaw.es, (BIB 2006/248), p. 1.

19 SÁNCHEZ LORENZO, S.: *La inconveniente doctrina*, cit., p. 259.

También se considera un indicio positivo el sostenimiento económico del otro contrayente; se trata de una muestra de sinceridad de la relación. En ocasiones se han considerado los siguientes factores: el simple hecho del recurso gubernativo deducido en contra de la decisión que deniega la autorización del matrimonio; la emisión del certificado de capacidad matrimonial; y la inscripción del matrimonio que se ha celebrado en el extranjero. Pero el elevado número de recursos presentados ha provocado el abandono de este criterio.

Además, se consideran positivos otros indicios singulares, entre éstos, la adquisición de un bien raíz en el país del contrayente extranjero y no pretender residir en forma permanente en España.

d) Finalmente, son circunstancias intrascendentes: intercesión de familiares a favor del matrimonio, celebrar el matrimonio por poderes, haberse conocido por internet, la situación socioeconómica, que el inmigrante se encuentre en prisión, etc.²⁰

Como una aplicación de lo manifestado, en la Resolución (2ª) de 25 de septiembre de 2001²¹, comentada por Esplugues, podemos encontrar varias circunstancias que permiten sostener un real consentimiento matrimonial.

La citada Resolución se pronunció sobre un matrimonio entre un dominicano con una española. Esta última había adquirido dicha nacionalidad cuatro semanas antes de la realización del matrimonio. Tenían tres hijos en común, y en República Dominicana poseían un bien inmueble adquirido con su peculio personal y una cuenta de ahorro en conjunto. El contexto descrito (los hechos conocidos), permitió a la DGRN establecer que el propósito de ambos cónyuges era fundar una familia, por lo que practicó la correspondiente inscripción²².

2. La Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el Extranjero, y de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia.

Hasta el año 1995 la calificación registral relativa al matrimonio versaba exclusivamente sobre aspectos objetivos, como la forma y la capacidad de los contrayentes. No podía extenderse a aspectos subjetivos, como los vicios del

20 ORTEGA, A.: *Los matrimonios*, cit., pp. 252-266. Véase, también, SÁNCHEZ LORENZO, S.: *La inconveniente doctrina*, cit., pp. 260 y ss.

21 BIMJ N° 1095, 2001, p. 3777.

22 ESPLUGUES MOTA, C.: "Todos somos extranjeros en algún lugar del mundo: incidencia de la extranjería en el Registro Civil español", en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, p. 48. En algunos casos la autoridad española ha concedido certificado de capacidad matrimonial, luego se ha celebrado el matrimonio en el extranjero, y cuando se solicita en España su inscripción ella es negada, puesto que se entiende que se trata de un matrimonio de complacencia. "El encargado del Registro no puede entrar a enjuiciar la concurrencia de los requisitos de fondo para la validez del enlace, pues su existencia ha sido juzgada favorable por éste, quien no puede ir contra sus propios actos. En consecuencia, se tiene que autorizar la inscripción solicitada", *Ibid*, p. 54.

consentimiento, materia que quedaba reservada a los órganos del poder judicial²³, como habían planteado Sánchez y Arroyo en una nota a la Resolución de la DGRN de fecha 7 de febrero de 1990²⁴. La irrupción del fenómeno de los matrimonios de conveniencia cambió la situación.

En efecto, desde la Instrucción de 9 de enero de 1995²⁵, en forma *a priori* los encargados registrales examinan la autenticidad del consentimiento matrimonial. Esta instrucción persigue un doble objetivo: “que el *ius connubi* no sea «indebidamente coartado», pero que al amparo del mismo no se produzcan atentados o fraudes contra la ordenación legal de la inmigración²⁶.

Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, el consentimiento de los cónyuges queda regido por la ley nacional “en cuanto parte integrante del estatuto personal”. Pero el interés en detectar los matrimonios de conveniencia ha provocado que el establecimiento de aspectos de fondo, como la existencia y validez del consentimiento, se determinen de acuerdo a la ley de España “en cuanto lugar en el que va a desplegar sus efectos”. De este modo, se limita la capacidad de obrar del extranjero y se restringe para el español la capacidad de celebrar matrimonio con un extranjero. En consecuencia, se ha impuesto el interés público, y se demuestra que “la emergencia del individuo y del ejercicio de sus derechos en libertad no puede ser una afirmación definitiva”²⁷.

En concreto, el art. 56 del Código Civil establece que “los que deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código”. La Instrucción de la DGRN, de 9 de enero de 1995, prescribe: “El expediente previo debe contener la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, a fin de determinar la existencia de algún impedimento u obstáculo al matrimonio, como la ausencia de consentimiento”.

Súmese a lo anterior la Instrucción de 31 de enero de 2006 de la DGRN, sobre los matrimonios de complacencia²⁸. Dicho texto contiene instrucciones para los encargados del Registro Civil, facultándolos para someter a los contrayentes a “exámenes de hechos objetivos”, incluyéndose los necesarios para certificar la “certeza moral plena” del funcionario registrador de la unión²⁹.

23 SÁNCHEZ LORENZO, S.: *La inconveniente doctrina*, cit., p. 247.

24 Véase la citada nota en la *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLIII, T. I, 1991, pp. 233-236.

25 BOE N° 21, 25-1-1995.

26 BERCOVITZ CANO, R.: “Matrimonios de conveniencia”, disponible en www.westlaw.es (BIB 2005/2796).

27 ARTUCH IRIBERRI, E.: “Matrimonios mixtos: diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, p. 217.

28 BOE N° 41, 17-2-2006.

29 Tengamos, además, presente el tenor del art. 222 del Reglamento de Registro Civil: “La Dirección recabará los informes oficiales que estime precisos y siempre el del Ministerio del Interior. El informe de este Departamento

El examen previo se justifica en atención a la esencialidad del consentimiento en el matrimonio; luego, dicho examen es lógico y exigible, en opinión de Otero García-Castrillón. Añade el nombrado autor que es imposible valorar íntegramente la convicción subjetiva profunda de un futuro cónyuge, y que debe respetarse el derecho fundamental a la intimidad y el *ius nubendi*³⁰. Con lo último, ya adelantamos que este mecanismo a priori no ha estado exento de críticas. En efecto, se ha objetado que:

En primer lugar, se ha sostenido que al momento de aplicarse el mecanismo el consentimiento matrimonial todavía no se ha manifestado. En consecuencia, “¿Cómo controlar un consentimiento matrimonial «futuro»? Diga lo que diga la DGRN, ello es imposible”. Pareciera ser que la inexistencia de un real consentimiento matrimonial puede únicamente constatarse en forma posterior a la realización del matrimonio, porque en esta etapa es posible determinar que los cónyuges no han tenido la voluntad de formar una comunidad de vida marital³¹.

En segundo lugar, en la práctica, podría generarse una situación de discriminación. El celo en el control del consentimiento pareciera ser que se da en los casos de matrimonios entre españoles y extranjeros, no así en los contraídos por españoles o comunitarios³². Se trataría de una diferenciación que no ha sido suficientemente fundada.

Finalmente, el rigor en el examen de los contrayentes puede implicar una vulneración del *ius nubendi*: “debe señalarse que la excesiva y obsesiva importancia dada por la DGRN a la necesidad de combatir el fraude al Derecho de la nacionalidad y al Derecho de extranjería, ha velado la importancia que es inherente al derecho fundamental de toda persona a contraer matrimonio independientemente de su nacionalidad”³³.

Teniendo presente todo lo anterior, en palabras de Calvo y Caravaca, la doctrina española ha concluido que no estamos en presencia de un mecanismo de control de la existencia de un verdadero consentimiento matrimonial, sino que de un

comprenderá el juicio sobre la conducta y situación del extranjero respecto de las obligaciones que impone su entrada y residencia en España”.

30 OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C.: *La capacidad*, cit., p. 291.

31 CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado”, en CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (dirs.): *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, p. 131.

32 OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C.: *La capacidad*, cit., p. 296.

33 VILLAFRUELA CHAVES, P.: “Los llamados matrimonios de conveniencia en la doctrina de la DGRN correspondiente al bienio 2000-2001”, en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, p. 334.

método de control de la capacidad nupcial de los contrayentes y de su aptitud para manifestar su futuro consentimiento³⁴.

Existe, además, un mecanismo *a posteriori* constituido por la posibilidad de denegación de la inscripción en el Registro Civil de los matrimonios simulados que se han celebrado fuera de España. A esta medida se le ha denominado "táctica de la economía conflictual"³⁵.

En virtud de este mecanismo, el funcionario gubernamental examina la existencia de un verdadero consentimiento de los contrayentes, pero en conformidad al Derecho español. Ahora bien, nótese que en dicho examen no se considera que uno de los cónyuges tenga nacionalidad diversa de la española.

Al igual que respecto del mecanismo *a priori*, existen objeciones. Se trata de una cuestión censurable desde el punto de vista del Derecho internacional privado, ya que la normativa que debe aplicarse para resolver si el consentimiento matrimonial es auténtico, es la perteneciente a la nacionalidad del país del contrayente de que se trate. Por lo menos, y a diferencia del mecanismo *a priori*, aquí el consentimiento matrimonial ya se ha manifestado.

A idéntica conclusión se llega interpretando el art. 9.I del Código Civil, en cuya virtud la ley personal aplicable a las personas físicas es la que corresponde según su nacionalidad³⁶.

V. AUSENCIA DE EFICACES MECANISMOS DE CONTROL DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL EN EL DERECHO DE FAMILIA DE CHILE.

En Chile no existe un mecanismo *a priori* ni *a posteriori* para tutelar la existencia de un verdadero consentimiento matrimonial similar al que opera en España. Para una mejor explicación distinguiremos entre la regulación de los matrimonios celebrados en Chile y los realizados en el extranjero.

34 CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española", disponible en www.laleydigital.es, p. 3, fecha de última visita 19-07-2016.

35 CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Matrimonios de complacencia*, cit., p. 132.

36 "La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior". Agrega el n° 2 "Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio. La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107".

I. La tutela del consentimiento en los matrimonios celebrados en Chile.

Esta materia se encuentra regulada de manera principal en la Ley N° 19.947 y en la Ley N° 4.808. La primera ley disciplina este punto en su Capítulo II, denominado “De la celebración del matrimonio”, especialmente en su párrafo 2°, bajo el epígrafe “De las diligencias para la celebración del matrimonio”, arts. 9 a 16. En síntesis, sin perjuicio de las normas relativas al consentimiento de los menores hábiles para contraer matrimonio (art. 12 de la Ley N° 19.947 y 107 a 115 del Código Civil), no se consagran mecanismos que permitan a los funcionarios del Servicio de Registro Civil e Identificación determinar si en el matrimonio cuya celebración e inscripción se pretende, existe el debido consentimiento matrimonial, o por el contrario, puede apreciarse la falta del mismo.

En esta línea de razonamiento, destacan los arts. 9, 10, 11 y 14 de la Ley N° 19.947. El primero de los nombrados preceptos regula la “manifestación”. Su contenido puede resumirse del siguiente modo: debe exteriorizarse la voluntad de contraer matrimonio e indicarse una serie de datos personales, familiares, y como se expresa en la parte final del inc. 1° “el hecho de no tener incapacidad o prohibición legal para contraer matrimonio”. Lo último es reiterado en el N° 7 del art. 3 del Reglamento de la Ley N° 19.947.

El art. 10 se centra en la misión del Servicio de Registro Civil e Identificación en orden a proporcionar información a los futuros contrayentes. A mayor detalle, el inc. 1° se refiere a la información relacionada con las finalidades del matrimonio, los derechos y deberes recíprocos que produce y los diversos regímenes patrimoniales del mismo. A continuación, el inc. 2° prescribe que “Asimismo, deberá prevenirlos respecto de la necesidad de que el consentimiento sea libre y espontáneo”. El inc. 3 del precepto y el art. 11 disciplinan los cursos de preparación para el matrimonio.

Finalmente, con respecto a la Ley N° 19.947, el art. 14 trata de la “información”, la que se refiere a la acreditación, mediante dos testigos, “sobre el hecho de no tener impedimentos ni prohibiciones para contraer matrimonio”. Se reproduce lo anterior en el art. 7 del Reglamento de la Ley N° 19.947.

Por su parte, la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil³⁷, en la materia que nos concierne, sobretodo el art. 4 y las normas del título II, *De los matrimonios*, art. 37 a 41, no alteran en nada lo señalado en los párrafos precedentes.

Del análisis de las normas indicadas podemos establecer que no existe un medio eficaz para establecer la presencia o falta del consentimiento entre los futuros cónyuges. Como hemos señalado, basta con la declaración de dos testigos que

37 Publicada en el Diario Oficial de fecha 10-2-1930.

depongan sobre la capacidad o falta de impedimentos de los contrayentes. Además, sabido es que en la práctica la "información" dura pocos minutos, y no se aprecia una indagación sobre la real voluntad de los que desean casarse.

En otras palabras, las normas citadas generan en los contrayentes el deber de manifestar, y luego de acreditar, que no se encuentran sujetos a causal de incapacidad o prohibición legal alguna relativa al matrimonio. Pero no se ha regulado un mecanismo que permita un control efectivo, por parte de los funcionarios del Servicio de Registro Civil e Identificación, de lo anterior. En consecuencia, en este contexto es sencillo realizar simulaciones matrimoniales, no necesitándose de una particular preparación de las mismas. Sobre tal aspecto queremos llamar la atención en el presente artículo, especialmente considerando lo que manifestamos en las primeras páginas, es decir, el evidente aumento en los flujos migratorios que recibe Chile.

2. El control del consentimiento matrimonial en los matrimonios realizados en el extranjero.

Es claro que no solo el matrimonio realizado en Chile puede originar un matrimonio simulado. Lo mismo puede acontecer respecto de un matrimonio celebrado fuera de Chile. La principal norma que regula los matrimonios contraídos en el extranjero, ya sea entre chilenos o entre chileno y extranjero, es el art. 80 de la Ley N° 19.947. Como veremos a continuación, el art. 80 no permite controlar la presencia de una simulación matrimonial.

Con respecto a los requisitos de fondo y de forma de los matrimonios celebrados en el extranjero, en aplicación del *lex locus regit actum*, debe aplicarse la ley del país en que se haya llevado a cabo el matrimonio. Así lo prescribe la primera parte del inc. 1° del art. 80: "Los requisitos de forma y de fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración"³⁸.

Agrega la segunda parte del inc. 1°: "Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer." Aquí encontramos una referencia a un requisito de existencia, la diversidad de sexo, lo que es entendible ya que nunca en el sistema matrimonial chileno se ha aceptado el matrimonio entre personas del mismo sexo. Se pretende evitar que dicho requisito sea obviado con el sencillo medio de casarse en otro país que no exija la diversidad de sexo entre los contrayentes³⁹.

38 Este art. debe complementarse con el art. 81, "Los efectos de los matrimonios celebrados en Chile se regirán por la ley chilena, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en Chile."

39 RAMOS PAZOS, R.: *Derecho de familia*, Editorial Jurídica de Chile, 5ª ed., Santiago de Chile, 2005, pp. 66-68.

El inc. 3° y final del art. 80, que regulan los requisitos de fondo, retoman la tendencia de la Ley N° 19.947 de referirse expresamente a los requisitos de validez y no a los requisitos de existencia. De acuerdo al inc. 3°, “Sin embargo, podrá ser declarado nulo de conformidad a la ley chilena, el matrimonio celebrado en país extranjero que se haya contraído en contravención a lo dispuesto en los arts. 5°, 6° y 7° de esta ley”. Es decir, procede la nulidad si alguno de los cónyuges está afecto a un impedimento dirimente, sea absoluto⁴⁰ o relativo⁴¹. Según el inc. final, “Tampoco valdrá en Chile el matrimonio que se haya contraído en el extranjero sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes”, con lo que se protege un consentimiento matrimonial exento de vicios⁴².

La Ley N° 4.808, Ley de Registro Civil, también contiene normas que tratan los matrimonios contraídos en el extranjero. Existen dos formas de registrar el matrimonio: en el consulado del país en que se celebró el matrimonio o directamente en el registro de la primera sección de Santiago. Si el matrimonio no se inscribe, no resulta afectada su validez, pero de acuerdo al art. 8 de la Ley N° 4.808, no podrá “hacerse valer en juicio”.

En efecto, respecto de la primera forma, el matrimonio puede inscribirse en el consulado de Chile correspondiente al Estado en que se hubiese realizado el mismo. Para ello, es necesario que ambos o uno de los cónyuges sea de nacionalidad chilena, que se entregue al consulado el original del certificado de matrimonio otorgado por el país que corresponda, la presencia de ambos cónyuges identificados mediante pasaporte o cédula nacional de identidad, y que al momento de la inscripción opten por un régimen matrimonial de los existentes en Chile.

En cuanto a la segunda forma de registro, el inc. 3° del art. 4 de la Ley N° 4.808, exige que los matrimonios sean inscritos en el registro de la primera sección de la comuna de Santiago, denominado “Registro X”. Añade el precepto que para efectuar la inscripción, es necesario que cualquiera de los contrayentes remita, debidamente legalizados, los antecedentes pertinentes al Ministerio de Relaciones Exteriores. Este organismo verificará su autenticidad y los enviará al Conservador del Registro Civil, quien ordenará la inscripción en el registro correspondiente.

Podemos apreciar que no se observa mayor preocupación por una eventual simulación. No existe examen alguno destinado a establecer la existencia de

40 Según el art. 5 de la Ley N° 19.947, son impedimentos dirimientes absolutos: vínculo matrimonial no disuelto; tener menos de dieciséis años; privación de razón; trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, que incapacite de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio; carencia de suficiente juicio y discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio; e incapacidad para expresar claramente la voluntad.

41 Los arts. 6 y 7 de la Ley N° 19.947 regulan los impedimentos dirimientes relativos de parentesco y homicidio, respectivamente.

42 LÓPEZ DÍAZ, C.: *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Librotecnia, T. I., 3ª ed., Santiago de Chile, 2005, pp. 201-202.

un auténtico consentimiento matrimonial. Lo único que parece importar es la acreditación de la identidad de los solicitantes, acompañar los documentos oficiales que certifiquen la realización del matrimonio, y la regulación de los efectos patrimoniales del mismo.

Vinculado con lo anterior, llama la atención el contenido del art. 14 de la Ley N° 4.808. Este precepto dispone que: “El Oficial del Registro Civil se limitará a recibir las declaraciones de los comparecientes, haciéndoles las observaciones del caso si declararen hechos evidentemente erróneos. Pero si aquéllos insistieren, las declaraciones deberán ser admitidas y consignadas tales como hayan sido hechas, junto con las observaciones del Oficial del Registro Civil, sin perjuicio de las acciones que competan en contra de los falsos declarantes”.

Podemos apreciar que del texto transcrito se derivan las siguientes conclusiones: el rol del funcionario registrador es pasivo, se limita a un mero receptor de las declaraciones de los contrayentes. Con todo, se le concede la facultad de formular observaciones, pero nótese bien, ello procede sólo si se han declarados hechos “evidentemente erróneos”. Finalmente, incluso en este último caso, debe proceder a inscribir el matrimonio, sin perjuicio de las observaciones del funcionario y del ejercicio de las acciones legales que correspondan.

VI. CONCLUSIONES.

El trabajo realizado nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

a) Considerando el descrito panorama, pensamos que la implementación de mecanismos de control del consentimiento matrimonial parecidos a los existentes en España, tanto *a priori* como *a posteriori*, puede representar un paso adecuado para enfrentar el desafío planteado por los matrimonios de conveniencia en el Derecho chileno.

Por cierto, lo último teniendo presente las advertencias señaladas en su momento al analizar las críticas a dichos mecanismos. Es decir, que su aplicación no se convierta en una nueva forma de discriminación hacia el extranjero y siempre respetando plenamente el *ius connubii* en su faceta positiva. Esto es, reconociendo el derecho que tiene toda persona, con independencia de su nacionalidad, para contraer un matrimonio respetuoso del correspondiente sistema matrimonial.

b) No pretendemos evitar la inscripción de todos los matrimonios en los que no exista un auténtico consentimiento matrimonial, dado que consideramos imposible el logro de tal objetivo. Sin perjuicio de lo anterior, los casos más evidentes de matrimonios de conveniencia deberían ser detectados, en consecuencia, se avanzaría hacia un estado hoy inexistente en el Derecho de familia de Chile. En este sentido,

dada la casi imposibilidad de obtener pruebas directas, de utilidad puede ser también para el Derecho chileno el recurso a la prueba de presunciones.

c). En la misma línea, deberían realizarse las modificaciones legislativas pertinentes para que el Sistema de Registro Civil e Identificación de Chile pueda abandonar su pasividad y emitir normas similares a las de la DRGN, manifestando así su interés en la materia que estudiamos. También, con ánimo de contribuir a dotar de contenido a una futura regulación por parte del Sistema de Registro Civil e Identificación de Chile, proponemos considerar lo establecido en las instrucciones y resoluciones de la DGRN a las que hemos aludido.

d). Si no se está de acuerdo con lo afirmado en los últimos párrafos, a lo menos deberá concedérsenos lo que sigue: se trata de un primer paso que rompe la histórica tradición jurídica chilena de falta de instrumentos que intenten regular los supuestos de simulación en el matrimonio. De esta manera, el sistema jurídico chileno avanzará desde una etapa de falta total de reacción ante un problema generado por los crecientes flujos migratorios, hacia una segunda etapa en la que se contaría con mecanismos, aunque sean éstos criticables, que permiten luchar en contra de los matrimonios de conveniencia.

BIBLIOGRAFÍA

ARTUCH IRIBERRI, E.: "Matrimonios mixtos: diversidad cultural y Derecho internacional privado", en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003.

BERCOVITZ CANO, R.: "Matrimonios de conveniencia", disponible en www.westlaw.es (BIB 2005/2796).

CABRIA PALMÓN, M.: "Matrimonio de conveniencia", disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4276-matrimonio-de-conveniencia/>, fecha de última visita 14-07-2016.

CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado", en CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (dirs.): *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004.

CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española", disponible en www.laleydigital.es, fecha de última visita 19-02-2016.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 2002.

DEL PICÓ RUBIO, J.: *Derecho matrimonial chileno*, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010.

DÍEZ DUARTE, R.: *De la prueba del contrato. Estructura civil y procesal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda, Santiago de Chile, 1997.

ESPLUGUES MOTA, C.: "Todos somos extranjeros en algún lugar del mundo: incidencia de la extranjería en el Registro Civil español", en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003.

LÓPEZ DÍAZ, C.: *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Librotecnia, T. I., 3ª ed., Santiago de Chile, 2005.

MONDACA MIRANDA, A.: "De los matrimonios simulados, comúnmente denominados matrimonios de conveniencia o matrimonios por complacencia, de su prueba y de la lucha jurídica en su contra", en DOMÍNGUEZ HIDALGO, C. et al. (coords.): *Estudios de Derecho civil VIII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Santa Cruz, Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012.

MONDACA MIRANDA, A.: "Reflexiones sobre uno de los desafíos que la inmigración plantea al Derecho de familia: los así denominados matrimonios de conveniencia", *Estudios de Derecho civil IX. Jornadas Nacionales de Derecho civil, Viña del Mar*. Abeledo Perrot Legal Publishing, Santiago de Chile, 2011.

ORTEGA, A.: "Los matrimonios de conveniencia en España: indicios", *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 17.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C.: "La capacidad y la simulación en el matrimonio: fraude y extranjería en la doctrina de la DGNR", en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003.

PEÑAILLO, D.: *Los Bienes, la propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

PIZARRO MAQUEDA, I.: *Matrimonios de conveniencia*, disponible en www.westlaw.es (BIB 2006/248).

RAMOS PAZOS, R.: *Derecho de familia*, Editorial Jurídica de Chile, 5ª ed., Santiago de Chile, 2005.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: "La inconveniente doctrina de la DGRN de los matrimonios de conveniencia", en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003.

TOLDRÁ Y ROCA, M.: "La reserva mental en el matrimonio civil", en PRATS, L. (coord.): *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, Publicaciones Universidad de Valencia, vol. II, Valencia, 1996.

VILLAFRUELA CHAVES, P.: "Los llamados matrimonios de conveniencia en la doctrina de la DGRN correspondiente al bienio 2000-2001", en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003.



¿ES NECESARIA LA IMPUTABILIDAD PARA QUE OPERE EL
DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR?

*IS THE IMPUTABILITY NECESSARY TO OPERATE THE RIGHT TO
CHOICE OF CREDITOR?*

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 120-139



José Maximiliano
RIVERA
RESTREPO

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de marzo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: La presente investigación tiene por finalidad analizar el llamado derecho de opción del acreedor, que surge cuando, en un contrato bilateral, el deudor incumple con su deber. Ríos de tinta se han vertido en esta materia, aunque su caudal casi siempre desemboca en mismo océano: la visión clásica y escolástica sobre el derecho de opción del acreedor. Particularmente se analizará el supuesto requisito de la imputabilidad como elemento del mismo, a la luz, principalmente, de la legislación española.

PALABRAS CLAVE: Derecho de opción; resolución; culpa; derechos del acreedor; incumplimiento contractual; derecho de remedios.

ABSTRACT: This research aims to analyze the so-called right of option of the creditor, which arises when the debtor fails willfully or culpably duty. Rivers of ink have been spilled in this matter, although its volume almost always leads to the same ocean: the classical and scholastic view on the right of the creditor's option. Particularly the alleged requirement of accountability will be analyzed as an element thereof, in the light mainly of the Spanish legislation.

KEY WORDS: Right option; resolution; guilt; creditor's claim; breach of contract; law remedies.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Planteamiento tradicional.- III. La imputabilidad como requisito esencial del derecho de opción del acreedor.- IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN.

Mucho se ha discutido acerca de la imputabilidad, como elemento necesario para que opere el derecho de opción del acreedor; ante el incumplimiento contractual. Aun cuando, en una primera etapa se exigía este elemento, actualmente, la doctrina y la jurisprudencia ha sido reticente a incluirlo.

En este artículo, pretendo revisar los postulados de cada una de las tesis que se han formulado sobre el particular, otorgando, por cierto, una opinión personal respecto del tema.

II. PLANTEAMIENTO TRADICIONAL¹.

Desde el punto de vista de la imputabilidad, una obligación puede no cumplirse porque ha existido: (a) caso fortuito o fuerza mayor; (b) culpa o (c) dolo. El incumplimiento es imputable al deudor; cuando de parte de éste ha habido una conducta culpable o dolosa, mas no se puede formular juicio de reproche al obligado, cuando su incumplimiento se debe a un imprevisto a que no es posible resistir (caso fortuito o fuerza mayor². En este sentido, se ha dicho que no cualquier

1 La doctrina moderna ha señalado que la imputabilidad del incumplimiento al deudor; constituye, a lo menos, un elemento necesario para la pretensión de indemnización de daños y perjuicios que acompaña a la acción resolutoria. Cfr: GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: "Artículo 1124", en *Comentarios al Código civil*, Tomo VI (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8222.

2 En este sentido, ya lo decían COLIN y CAPITANT: "Para que pueda ser ejercida la acción resolutoria se deberá exigir –la lógica lo impone y el art. 325 del Código civil alemán lo dice en términos expresos– que el incumplimiento sea debido a la culpa del deudor. Pero ya hemos visto cómo en este punto la jurisprudencia francesa se aparta de nuestro modo de ver, puesto que extiende el dominio del art. 1.184 a la hipótesis del incumplimiento total procedente de un caso fortuito o de fuerza mayor". COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso Elemental de Derecho civil*, Tomo Tercero, trad. de la Segunda Edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo De Buen, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1960, p. 742.

• José Maximiliano Rivera Restrepo

Inició sus estudios en el Instituto Nacional y en la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile. Abogado de la Universidad de Chile y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Privado por la Universidad de Chile. Máster Universitario en Derecho Privado por la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho Civil por la Universidad Complutense de Madrid. Notario Público, Conservador de Bienes Raíces, de Comercio, Minas y Archivero Judicial Suplente de Tocopilla. Profesor de Jornada de Derecho Civil en la Universidad Gabriela Mistral. Diplomado en Docencia Universitaria, Universidad Gabriela Mistral. Dirección postal: Ricardo Lyon N° 1177, Providencia, Santiago de Chile, Código Postal: 7510549. E-mail: jose.rivera@ugm.cl.

incumplimiento ha de servir de base a la acción resolutoria, pues, el incumplimiento debe reunir a lo menos dos caracteres: ser imputable al contratante incumplidor y reunir la característica de la gravedad³. Lo anterior; para evitar que un mero retraso en el cumplimiento de la obligación pueda dar lugar a la resolución⁴. Asimismo, se trata de descartar que el caso fortuito o fuerza mayor sirva de fundamento a la resolución⁵.

Es claro que la objetivización de la acción resolutoria, proviene de la influencia anglosajona, pues en el sistema anglosajón, no es necesario que el incumplimiento contractual sea “imputable” al deudor; para que proceda la resolución. Ello se opone a la tradición del Derecho continental y, en mi opinión, a las nociones de equidad natural. De aceptarse esta opinión, significaría que todas las obligaciones serían de resultado, lo que supondría la abolición práctica de las obligaciones de medio, e innumerables problemas jurídicos que se derivarían de esta circunstancia⁶.

La doctrina clásica ha planteado que, frente al caso fortuito o fuerza mayor, no se dan los requisitos de la acción resolutoria. Sin embargo, algunos autores, en la actualidad, postulan que la imposibilidad sobrevenida, es causa suficiente que fundamenta la resolución. En este sentido, es interesante recordar la STS 14 diciembre 1998, que establece una opinión mixta o ecléctica, con la que igualmente no estamos de acuerdo, ya que decretó que frente al caso fortuito o fuerza mayor, tiene lugar la resolución, pero sin dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios⁷.

III. LA IMPUTABILIDAD COMO REQUISITO ESENCIAL DEL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR.

Alego en favor de la imputabilidad como justa causa de resolución, por cuanto, en mi opinión, el Derecho debe distinguir entre el comportamiento culpable o doloso, por una parte, y el meramente fortuito, por la otra. No es posible que se le atribuyan las mismas consecuencias al contratante inocente, que al culpable. Dicha inocencia justifica que el deudor quede liberado de sus obligaciones. Es muy

3 Vid. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Los incumplimientos resolutorios*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 55 y ss.

4 En este sentido, vid. la STS 27 noviembre 1992 (RJ 1992, 9447), la que no considera grave el retraso, por cuanto no impidió el fin normal del negocio, ni tampoco frustró las expectativas de la parte compradora; y, la STS 18 noviembre 1993 (RJ 1993, 9148), que desestima la resolución fundada en el mero retraso en el cumplimiento de la obligación, pues, no se pudo cobrar el último plazo de la compraventa, porque el vendedor había cambiado de domicilio. Cfr. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (dir.): *Comentarios al Código civil*, Tomo VI, arts. 1043 a 1264, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8220-8221; PASQUAU LIAÑO, M. (dir.), ALBIEZ DOHRMANN, K. J. y LÓPEZ FRÍAS, A. (coords.): *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Segunda Edición, Tomo II, arts. 609 a 1.314, Comares, Granada, 2009, p. 1912.

5 Cfr. MONTÉS PENAÉS, V. L.: “Comentarios al Código Civil”, T. XV, vol. I, artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil, disponible en www.vlex.com (Fecha de la consulta 2014.2.22), 1989, p. 31.

6 Cfr. MILÀNS DEL BOSCH PORTOLÉS, I.: “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, en *Cumplimiento e incumplimiento del contrato* (coord. X. O’CALLAGHAN MUÑOZ), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 687-688.

7 Cfr. VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M^ª: *La resolución contractual. Acción resolutoria en el contrato de compraventa. Comentario*, disponible en www.bob.bosch.laley.es (Fecha de la consulta 2015.12.3), p. 13.

importante que se den claramente los elementos que conforman el caso fortuito o fuerza mayor. La jurisprudencia ha reconocido este presupuesto de manera reiterada. Así, se exige como requisito de la acción resolutoria, una actitud del deudor más o menos culposa o dolosa contraria al normal desarrollo del proyecto y ejecución contractual. [STS 27 mayo 1980 (R) 1980, 1969)].⁸ Asimismo, la jurisprudencia⁹ también ha dicho que para que exista resolución, es preciso que exista una omisión del contratante incumplidor que supone una pasividad o dejación frente a la voluntad de cumplimiento de la otra parte, lo que denota –según mi opinión– una actitud culpable de parte del contratante negligente.¹⁰ En este sentido, se ha pretendido establecer lo que se denomina factores etiológicos subjetivos. Así, la resolución será imputable al contratante incumplidor, sólo cuando se rebele en éste una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o bien, un hecho obstativo que, de manera definitiva y absoluta, impida el cumplimiento.¹¹ Dentro de estos supuestos, se han comprendido la culpa o negligencia y el dolo o malicia del contratante incumplidor; siempre que, de ellos surja el hecho obstativo que impida el cumplimiento, es decir, se exige una relación de causalidad entre este elemento subjetivo (culpa o dolo) y el resultado (hecho que impide el cumplimiento de la obligación)¹².

Por lo anterior, MONTÉS PENADÉS¹³, tratando de sistematizar los requisitos del incumplimiento, señala que éste debe reunir a su vez tres elementos: (i) el primero, y como es obvio, debe existir una omisión de la prestación o, una ejecución de la misma en términos distintos a los previstos por las partes; (ii) el crédito del acreedor producto del incumplimiento, se ve lesionado, es decir, el acreedor no satisface los intereses previstos por él, al momento de celebrar el contrato y, (iii) un juicio de reproche en la conducta del contratante incumplidor; toda vez que éste ha actuado con culpa o dolo.

La jurisprudencia, en un principio, exigía la existencia de la voluntad deliberadamente rebelde del incumplidor¹⁴, para proceder a declarar la resolución

8 Cfr. XIOL RIOS, F. (dir.): *Código Civil*, Grupo El Derecho y Quantor, S. L., Madrid, 2010, p. 1234.

9 En este sentido, la STS 13 marzo 1930 decreta que: “La acción resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas que ejercitó el recurrente amparándose en el artículo 1.124 necesita, para que prospere, según jurisprudencia de esta Sala la justificación de que el incumplimiento de las obligaciones del deudor se debe a causas imputables al mismo [...]”. Cfr. ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J.: “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, en *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*. Tomo IV. Artículos 1.088 a 1.444 (Doctrina, antecedentes y concordancias de J. SANTOS BRIZ y J. Á. TORRES LANA, dir., coord. y selección de la jurisprudencia, índices y bibliografía. J. L. ALBÁCAR LÓPEZ, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1991, p. 167.

10 Cfr. MORENO GIL, Ó.: *Código civil y jurisprudencia concordada*, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, p. 1093.

11 Al respecto vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones* (Volumen Primero. Parte General. Teoría General del Contrato. Quinta Edición, revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ), Dykinson, Madrid, 2011, p. 195.

12 Cfr. MONTÉS PENADÉS, V. L.: “Comentarios Código”, cit., p. 31.

13 Cfr. MONTÉS PENADÉS, V. L.: “Comentarios Código”, cit., p. 32.

14 En este sentido, MORENO GIL señala que: “Los desfases o retrasos en las liquidaciones de cuentas imputables al señor... no cabe conceptuarlas cual el supuesto de «incumplimiento negligente» de que habla la estipulación

de la obligación¹⁵. Luego, la jurisprudencia posterior, introdujo matices en torno a este requisito, en el sentido que se presumía esta voluntad¹⁶ cuando se frustraba el fin del contrato, de tal manera que ya no se exigía una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento¹⁷; algunas sentencias exigen que basta con que el incumplimiento sea grave; otras exigen incluso un incumplimiento parcial o relativo, siempre que frustre el fin del contrato¹⁸. Este cambio jurisprudencial, está conforme con lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, ésta, en su artículo 25 tipifica como esencial el incumplimiento de un contrato, en cuya virtud el comprador podrá solicitar la resolución de la compraventa. Por su parte, el artículo 49 de este cuerpo normativo, dispone que: “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado en igual situación”¹⁹. Aun cuando la jurisprudencia moderna suprimió el requisito de la voluntad

segunda, apartado e), lo que, a su vez, origina esta otra conclusión: la imposibilidad de apreciar en el citado contratante la «voluntad deliberadamente rebelde» y el «incumplimiento trascendente a la economía de los contratantes» que la doctrina de la Sala destaca como uno de los varios factores determinantes de la correcta aplicación del artículo 1.124 del Código Civil”. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1094. Asimismo, se hablaba de una “voluntad deliberadamente rebelde” en la STS 30 junio 1988: “[...] Olvida, o no tiene en cuenta el recurrente, que al plantear la cuestión debatida, el Juzgador señala que, tratándose del ejercicio de la acción resolutoria a la que hacen referencia los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil requiere según doctrina de esta Sala, por una parte, y en ello pone todo el énfasis de la cuestión, el que exista en los demandados compradores una «voluntad deliberadamente rebelde que constituya un proceder derecho y auténticamente contrario al fin del contrato», y por lado del vendedor, de existir cierto incumplimiento, que no haya sido provocado por el acreedor con su actuación propia”. Cfr. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1095.

- 15 Cfr. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1092.
- 16 En este sentido, se señala que: “La voluntad obstativa al cumplimiento del contrato es norma común a toda clase de declaraciones resolutorias”. [Comentario a la STS 18 diciembre 1991]. Cfr. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1088. Se agrega que: “Para que proceda la resolución contractual ha de haber una decidida voluntad obstativa por parte del acusado de incumplimiento, de forma que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas aspiraciones de la parte”. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1094.
- 17 Asimismo, MORENO GIL, en un comentario a la STS 5 junio 1989, reproduce parte de la misma: “Ha de ser estimado el motivo segundo, que ... acusa infracción de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, «porque se ha producido de modo evidente un incumplimiento de obligación en contrato bilateral de compraventa por la parte compradora con voluntad deliberada de importancia trascendental y que no ha sido subsanado pese a la existencia de un requerimiento expreso de resolución, constanding por el contrario el pleno cumplimiento de la contraparte». Efectivamente, de los hechos probados que se relacionan en el fundamento de Derecho segundo de los que anteceden resulta, por declaración de ambas sentencias de instancia, que los recurrentes cumplieron la prestación a que se obligaron, que no cumplió la suya la entidad recurrida, y que, no obstante, aquéllos son condenados en la sentencia impugnada. Aparece evidente que la recurrida «U.» dejó de transcurrir unos dos años sin iniciar o realizar actividades notables en la construcción a que se obligó. La Sala *a quo* considera que esta conducta no significa una actitud deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación por encontrarla justificada. Mas es de poner de relieve que para la resolución del contrato no se requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde» al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento [...]”. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1093.
- 18 En este sentido, se dice que: “[...] la moderna jurisprudencia abandona las palabras de «voluntad deliberadamente rebelde» por entenderlas demasiado rigurosas y sólo comprensivas del impago doloso y, en su lugar, habla de incumplimiento pertinaz que frustre el fin específico del contrato”. [Se refiere a la STS 19 diciembre 1991]. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1087.
- 19 Cfr. DE BUSTOS GÓMEZ-RICO, M., CORBAL FERNÁNDEZ, J. E., DE LA ESPERANZA, P., GONZÁLEZ OLLEROS, J., GONZÁLEZ POVEDA, P., MARÍN CASTÁN, F. y PAZ RUBIO, J. M^º: *Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia*, 18^ª Edición, Colex, Madrid, 2009, p. 804.

deliberadamente rebelde²⁰, algunos autores mantienen su opinión en cuanto a que por razones de equidad, los jueces deberán buscar el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones, de ahí que este requisito supone, en definitiva, la ausencia de reciprocidad y equivalencia entre las prestaciones sinalagmáticas o la existencia de un ejercicio abusivo del derecho que tiene el acreedor²¹. En este sentido, cierta parte de la doctrina, sobre la base de la jurisprudencia, ha llegado a decir que la voluntad deliberadamente rebelde del contratante incumplidor no constituye un elemento necesario para que prospere la acción resolutoria. Nunca llegó a ser éste, un elemento o presupuesto autónomo o independiente, sino que, por el contrario, su rol ha sido referirse, en forma negativa (falta de voluntad deliberadamente rebelde), o en forma positiva, (se requiere de una voluntad rebelde), a los otros presupuestos de la acción resolutoria. La jurisprudencia moderna, ha supuesto un cambio terminológico en cuanto a este elemento, pues, se ha pretendido evitar la identificación del requisito en comento con la noción de dolo por parte del contratante incumplidor. Lo anterior, se ha producido por la irrupción de dos tendencias jurisprudenciales: (i) Una tesis moderada, conforme a la cual el concepto de voluntad rebelde ha sido reemplazado por ciertas nociones más suaves, como *v. gr.*, voluntad de incumplir; (ii) Una tendencia radical, según la cual, se ha de prescindir de toda noción subjetivista, (referida a los sujetos de derecho que intervienen en la relación jurídica)²². En contra de la opinión anterior, se ha pronunciado DELL'AQUILA, quien, sobre la base de la jurisprudencia, señala que uno de los requisitos de la resolución por incumplimiento, consiste en la existencia de una voluntad deliberadamente o manifiestamente rebelde de parte del contratante incumplidor; o bien, la existencia de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo o irreformable impida el cumplimiento de la obligación²³. Con todo y, a mayor abundamiento, el TS ha exigido reiteradamente que la conducta del contratante incumplidor, debe ser imputable a él, para que el juez proceda a declarar la resolución de la obligación. Por lo tanto, se deja fuera del alcance del artículo 1124 del Código Civil, a los casos en que el incumplimiento contractual obedece a una imposibilidad sobrevenida y fortuita de la prestación²⁴.

Frente a lo dicho precedentemente, estimo que más que ubicar el juicio de reproche dentro del requisito del incumplimiento, se debe analizar como presupuesto

20 En este sentido, se ha dicho que: "No puede exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», pues sería tanto como exigir dolo". MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1086.

21 Cfr. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: "La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales", en *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, (coord. X. O'CALLAGHAN MUÑOZ), Editorial Universitaria Ramón Areces, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pp. 91-97. Vid. también: PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo I. Volumen II, Cuarta Edición Revisada, Derecho General de las Obligaciones, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1988, pp. 125-126.

22 Cfr. JORDANO FRAGA, F.: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código Civil*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992, pp. 162-164.

23 Cfr. DELL'AQUILA, E.: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Prólogo de José Luis de los Mozos, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1981, p. 171.

24 Cfr. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: "La resolución", cit., pp. 91-97. Vid. también: PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 97.

independiente, pues, mientras el primero se ubica en el plano de la objetividad, el segundo responde a criterios subjetivos. Por ello, considero que la ambigüedad e indefinición que ha mostrado el trabajo jurisprudencial, obedece precisamente a esta falta de claridad, al momento de establecer los requisitos necesarios para declarar la resolución de la obligación. En este punto, la doctrina moderna ha planteado que la intencionalidad se mantiene como requisito de procedencia de la acción resolutoria, aunque con un nuevo enfoque. Sobre la base de lo fallado por el TS y, tomando en cuenta los Principios *UNIDROIT*, los Principios de Derecho Contractual Europeo (*PECL*) y el Marco Común de Referencia (*DCFR*), se identifica con el incumplimiento esencial o fundamental²⁵.

Aun cuando, se podría incluir este elemento a propósito del incumplimiento de la obligación, creo que es más propio tratarlo como elemento autónomo, por ello lo he incluido y trato como requisito independiente, pues, el problema que se atisba, de seguir estos planteamientos, es que la imposibilidad sobrevenida fortuita quedaría fuera de este marco²⁶.

Siguiendo con el análisis de este presupuesto, ALBALADEJO GARCÍA señala que: “La prestación debida puede, de forma voluntaria, ser realizada exactamente por el obligado; pero también puede éste incumplir totalmente, o, aun cumpliendo, no realizar aquella exactamente como debía. [...] Si no hay cumplimiento voluntario exacto, la ley adopta diversas medidas, según de qué causas proceda. Tales causas se catalogan en dos grupos, a tenor de que consistan o no en hechos de los que sea responsable el deudor. En este caso, el acreedor debe soportar el incumplimiento –si el cumplimiento se ha hecho definitivamente imposible (pues, entonces, realmente la obligación se extingue, por lo que no hay ya deber de cumplir)– o el cumplimiento inexacto²⁷, en aquél, la ley procura que, en definitiva, su patrimonio quede como si hubiese habido cumplimiento exacto²⁸, concediéndole para ello la posibilidad de exigir: bien el llamado cumplimiento forzoso en forma específica (es decir, la realización de la misma prestación debida, cuando sea posible), y, en su defecto, la indemnización por los daños y perjuicios que la falta del mismo acarree; bien uno y otra, cuando, a pesar de posterior cumplimiento, resulte lesionado por la falta del cumplimiento oportuno y exacto (por ejemplo, por la demora)”²⁹. Así lo ha decretado la jurisprudencia, en la STS I I octubre 2006 (RJ 2006, 6443). En este caso, el debate

25 Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Artículo 1124”, cit., p. 8223.

26 Cfr. MONTÉS PENADÉS, V. L.: “Comentarios Código”, cit., p. 32.

27 En este sentido, ARNAU MOYA señala que existen dos clases o tipos de incumplimiento: (a) el incumplimiento total o falta de cumplimiento, y (b) el incumplimiento defectuoso o inexacto. Cfr. ARNAU MOYA, F.: *Lecciones de Derecho civil II. Obligaciones y contratos*, Curso 2008/2009, Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions, Universitat Jaume, Castelló de la Plana, 2009, pp. 76–77.

28 OGAYAR Y AYLLÓN se refiere a la noción de “cumplimiento exacto de la deuda”, Cfr. OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1983, p. 76.

29 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Decimocuarta Edición, Edisofer, S. L., Madrid, 2011, pp. 169–170.

se centró en el supuesto incumplimiento por la demandada de sus obligaciones emergentes del contrato suscrito con fecha 10 de marzo de 1975 con la actora, en virtud del cual ésta enajenó mediante compraventa en pública subasta dos fincas, llamadas “La Costa” y “Llano de Sombrero y Tablero”, respectivamente, sitas en el término Municipal de Pájara, conforme al pliego de condiciones aprobado en sesión plenaria municipal de 23 de junio de 1973, (modificado por otro acuerdo plenario de fecha 8 de noviembre de 1973). El juzgado *a quo*, desechó la demanda de autos y la reconvenición, y su sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial respectiva, que aceptó parcialmente la demanda y la declaración de resolución del contrato suscrito el 10 de marzo de 1975, con expresa condenación para la demandada, en el sentido de restituir el precio pagado de 127.000.050 pesetas, con los respectivos intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, incrementados en dos puntos a partir de la notificación de esta resolución, con la consiguiente recuperación por el Ayuntamiento de la propiedad de las fincas transmitidas³⁰. En definitiva, la STS 11 octubre 2006 decreta que: “[...] No concurren en este caso los presupuestos exigidos por el artículo 1124, pues la propia resolución recurrida precisa que no hace imputación culposa a ninguna de las partes [...]”³¹. En este mismo sentido, la STS 19 mayo 2008, dispone que: “Para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que sea esencial –sentencia de 5 abril 2006 (RJ 2006, 1921)–. Condición de que se hace merecedor aquel que la tenga por haber sido esa la voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la *lex privata* por la que quieren regular su relación jurídica. También la tiene el que sea intencional³² y haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo –sentencia de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8576)–”³³. En este caso, se debe tener en cuenta que el derecho de opción que otorga al acreedor el cumplimiento de la facultad resolutoria tácita. Pienso que se requiere la existencia de una conducta dolosa o culpable de parte del deudor; pues, en caso de ejercitar cualquiera de las opciones (cumplimiento forzado o resolución de la obligación), el contratante diligente exigirá indemnización de perjuicios, y uno de sus requisitos es la imputabilidad del deudor (culpa o dolo), debiendo acreditar la existencia y cuantía de los daños y perjuicios³⁴. A pesar de ello, la jurisprudencia no lo incluye como requisito o presupuesto de ejercicio de la acción resolutoria de manera independiente. En efecto, son varias las sentencias que

30 Cfr. STS 11 octubre 2006 (RJ 2006, 6443).

31 Cfr. STS 11 octubre 2006 (RJ 2006, 6443).

32 El subrayado es mío.

33 STS 19 mayo 2008 (RJ 2008, 3091).

34 En general, se ha dicho que cuando se demanda el cumplimiento forzado o la resolución de la obligación, más una indemnización por daños y perjuicios el actor debe proceder a probar la existencia y cuantía de estos daños y perjuicios. En este sentido, PUIG BRUTAU cita las sentencias 10 noviembre 1927, 6 mayo 1944, 12 junio 1944 y 10 marzo 1950. PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 134. Asimismo, MORENO GIL se refiere a la necesidad de probar los perjuicios, por quien alega su existencia, y esa constituye una cuestión de hecho. Se refiere este autor a la STS 22 junio 1989. Cfr. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1078. Por su parte, ALBÁCAR LÓPEZ, cita –en este sentido–, la STS 5 marzo 1925. Cfr. ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J.: “Libro IV”, cit., p. 165. En este sentido, vid. también: FARRÉ ALEMÁN, J. M^a: *Código civil comentado y concordado*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2000, p. 1068.

exigen como presupuestos de la acción resolutoria, los siguientes: (a) la bilateralidad de la relación jurídica; (b) que las obligaciones recíprocas sean actualmente exigibles; (c) que el contratante que exige la resolución haya cumplido con su obligación o esté dispuesto a hacerlo; (d) que exista un incumplimiento esencial por parte del otro contratante³⁵. En general, la jurisprudencia sobre este requisito se ha mostrado ambigua y desconcertante³⁶. En este punto, conviene señalar que la jurisprudencia, desde el año 1941 hasta la década de los 80, agregaba como requisito para solicitar la resolución de la obligación principal, la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento³⁷. En este sentido, la doctrina ha señalado que el artículo 1124 del Código Civil, es claro, en orden a no exigir como presupuesto de ejercicio de la acción resolutoria, la culpa o dolo por parte del contratante incumplidor. Se debe concluir, entonces, que la misma procede incluso cuando el incumplimiento sea causa de una imposibilidad sobrevenida. Ello no se opondría, según la doctrina, a la jurisprudencia que estima que debe existir una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento³⁸. La doctrina señala que la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento se refiere a que el deudor negligente debe tener plena conciencia con relación a su actuación: a su incumplimiento y a la forma en que éste lesiona

35 En efecto, la STS 19 mayo 2008, señala que: “[...] El recurso de la demandante Isleña Marítima de Contenedores, SA se compone de un único motivo. En él dicha litigante señala como infringido el artículo 1.124 del Código Civil (LEG 1889, 27), así como la jurisprudencia formada en relación con los requisitos y consecuencias de la resolución de los contratos, con el argumento de que se cumplían en el caso todas las condiciones precisas para sancionar tal tipo de ineficacia sobrevenida y, en concreto, la naturaleza bilateral del vínculo obligatorio, la exigibilidad de las prestaciones recíprocas, el cumplimiento de la que había sido puesta a su cargo y la voluntad de la demandada contraria a hacer lo propio con la por ella debida. Como declaró la sentencia de 4 de enero de 2007 (RJ 2007, 1101) –con cita de las de 25 de febrero de 1978 (RJ 1978, 590), 7 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1426) y 22 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1196) –«no todo incumplimiento –en el sentido de falta de identidad cualitativa, cuantitativa o circunstancial, de lo ejecutado con lo debido– es suficiente para resolver una relación de obligación sinalagmática». Para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que sea esencial –sentencia de 5 de abril de 2006 (RJ 2006, 1921)–. Condición de que se hace merecedor aquel que la tenga por haber sido esa la voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la *lex privata* por la que quieren regular su relación jurídica. También la tiene el que sea intencional y haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo –sentencia de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8576)–. Y, finalmente, aquel que, con independencia de la entidad de la obligación incumplida, produzca la consecuencia de privar sustancialmente al contratante perjudicado de lo que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, siendo ello previsible para el incumplidor –sentencia de 5 de abril de 2006–. Por otro lado, es necesario que quien ejercite la acción resolutoria no esté en la misma situación incumplidora, salvo que sea consecuencia del previo incumplimiento del otro contratante –sentencias 21 octubre 1994 (RJ 1994, 8146) y 7 junio de 1995 (RJ 1995, 4632)–. STS 19 mayo 2008 (RJ 2008, 3091). En este mismo sentido, SANTOS BRIZ, cita las STS 23 noviembre 1964; 20 septiembre 1965, 1 febrero 1966, 14 noviembre 1968 y 13 mayo 1972, las que exigen los mismos presupuestos. Cfr. SANTOS BRIZ, J.: *Derecho civil. Teoría y práctica*, Tomo III. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. Derecho de daños, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 131.

36 Cfr. PUIG I FERRIOL, LL., GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del C., GIL RODRIGUEZ, J. y HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Manual de Derecho civil*, Tomo II. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato (Segunda Edición), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona, 1998, p. 133.

37 En este sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL señala que: “La tendencia se inicia con la Sentencia de 5 de julio de 1941 (R.A. 899, § 1) y se mantiene prácticamente invariable hasta los años ochenta. El criterio imperante es, pues, puramente subjetivista: es necesario valorar judicialmente el comportamiento del demandado, es decir, entrar en el ánimo del deudor–incumplidor y determinar su intención en orden a un posterior cumplimiento, de manera que sólo cuando quede suficientemente demostrada su intención contraria al cumplimiento procede la resolución”. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: “La resolución”, cit., p. 67.

38 Cfr. PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho civil*, Volumen III, Segunda Edición. Derecho de Obligaciones, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1994, p. 28.

los intereses del contratante diligente³⁹. Con todo, estimo que este requisito o presupuesto agregado por la jurisprudencia, perfectamente se puede subsumir en el requisito analizado en este punto, es decir, que el deudor negligente tenga una conducta imputable (porque incurrió en culpa o dolo)⁴⁰ supone, necesariamente, que tiene plena conciencia de su actuación y del daño que ésta infiere a la persona y propiedad del contratante diligente. Aun cuando cierta parte de la doctrina y la jurisprudencia, identifican a la voluntad deliberadamente rebelde con la existencia de dolo⁴¹. En este sentido, se ha dicho que el comportamiento deliberadamente rebelde del deudor, se refiere al comportamiento doloso y no solamente culposo⁴².

Sin embargo, insisto en que debe existir una conducta imputable al contratante negligente, sea por culpa o dolo del deudor incumplidor, para que el tribunal proceda a declarar la resolución de la obligación, pues, esta negligencia debe ser sancionada por el juez y, en ningún caso, asumida por el acreedor cumplidor. Pensar algo distinto de lo anterior, sería traicionar el deber de buena fe contractual. Además, supondría una negación del principio de equidad natural⁴³. Se debe indicar que la

39 Cfr. PUIG BRUTAU, J.: *Compendio Derecho*, p. 28.

40 En este sentido se pronuncian: VILALTA NICUESA y MÉNDEZ TOMÁS. Cfr. VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La resolución*, cit., s/n.

41 En este sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL señala lo siguiente: “Que el incumplimiento sea deliberado parece indicar la plena conciencia del demandado respecto a su actuación contraria al cumplimiento y a los efectos perjudiciales de la misma para la parte acreedora. La rebeldía parece referirse a la persistente intención del deudor de mantenerse de forma voluntaria y consiente en esa actitud, es decir, intención de prolongar en el tiempo –y de manera indefinida– el incumplimiento. De lo anterior pudiera inferirse que, bajo el término «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento», lo que en definitiva se está exigiendo es la concurrencia de dolo en el sujeto, no bastando por tanto para pedir la resolución cualquier incumplimiento imputable, sino sólo el que trajera su causa de una conducta engañosa, defraudatoria y dolosa del deudor”. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: “La resolución”, cit., p. 67. En sentido contrario, se señala que: “Para la resolución del contrato no se requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es a lo que apunta la fresa «actitud deliberadamente rebelde» al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso un tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte, siempre que tal conducta del incumplidor no represente dejar de cumplir prestaciones accesorias o complementarias. (STS 5–6–1989; RJ 1989, 4298). En análogo sentido las SSTS 31–3–1992 (RJ 1992, 2312), 19–12–1991 (RJ 1991, 9404), 7–7–1988 (RJ 1988, 5581), 12–5–1988 (RJ 1988, 4087) y 13–11–1985 (RJ 1985, 5607)”. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: “La resolución”, cit., p. 1232.

42 Cfr. PUIG I FERRIOL, LL., GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del C., GIL RODRÍGUEZ, J. y HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Manual Derecho*, cit., p. 133.

43 Con relación al supuesto requisito de la resolución que se denomina voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, la jurisprudencia presenta tres líneas bien marcadas en cuanto a la inteligencia de este presupuesto: “[...] a) La que sigue exigiendo el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, y lo entiende en su sentido más estricto, esto es, como indagación de la voluntad del deudor, de su propósito o actitud a la hora de incumplir, y trasladando al actor la carga de probar no sólo el hecho objetivo del incumplimiento, sino también la firme y decidida indisposición del demandado al cumplimiento (SSTS 30 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7487), 11 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7918)). Esta línea es hoy la minoritaria. b) La que matiza la exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento respecto de la formulación clásica; matización que se ha llevado a cabo de varias maneras: a) La «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» se presume del hecho mismo del incumplimiento o por la frustración del fin del contrato [SSTS de 5 de abril de 2006 (RJ 2006, 1921) y 22 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 307)]. b) La expresión «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» no ha de interpretarse literalmente, lo que sería tanto como exigir dolo en el incumplimiento [SSTS de 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6488) y 30 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9138)]. c) Se exige una voluntad de incumplir, pero ésta no ha de consistir en una persistente y tenaz resistencia al cumplimiento de lo convenido (SSTS de 18 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7615), 8 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8637), 8 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1346), 10 de junio de 1996 (RJ 1996, 4753) y 5 de abril de 2006 (RJ 2006, 1921)]. d) Más que una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, se exige una actitud o voluntad obstativa al

doctrina presenta diversas opiniones sobre este punto, pues, para algunos autores, el incumplimiento debe ser imputable al contratante incumplidor. Así, para BAUDRY-LACANTINERIE, BARDE, TRAVIESAS, PUIG PEÑA, ROCA SASTRE y CASTÁN⁴⁴. En cambio, otros autores señalan que no es necesario este requisito para proceder a declarar la resolución por incumplimiento⁴⁵. Dentro de estos últimos se pronuncia MORALES MORENO⁴⁶. La primera tesis se apoya en la noción de equidad, como justificante de la institución en comento y, además, en la tradición histórica⁴⁷.

Para cierta parte de la doctrina, toda clase de incumplimiento debe dar lugar a la resolución de la obligación, se trate de caso fortuito, culpa o dolo del deudor; porque en cualquiera caso, el acreedor no satisface sus intereses, habiendo cumplido cabal y oportunamente su deber. En este sentido se pronuncia ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, para quien, si bien la culpa no es un requisito de la acción resolutoria, se puede traducir, en ciertos casos, en el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados al contratante cumplidor⁴⁸. Asimismo, la STS 2 octubre 1995, prescinde de la noción de voluntad deliberadamente rebelde, entendida como sinónimo de voluntad dolosa⁴⁹. Esta opinión ya era defendida en Francia por LAROMBIERE y CAPITANT⁵⁰.

En cambio, otros autores plantean que sólo en el caso de que exista una conducta culpable del contratante incumplidor, podrá ser decretada la resolución de la obligación. El juez declarará la resolución del contrato en caso que exista dolo o malicia de parte del contratante incumplidor. Lo anterior, se demostraría por el tenor literal del artículo 1124 del Código Civil, el que, al parecer, exigirá una conducta negligente de parte del deudor incumplidor. Además, el derecho opcional le confiere al acreedor cumplidor el derecho a solicitar en ambos casos (cumplimiento forzado

cumplimiento (31 de julio de 1995 (RJ 1995, 5923), 22 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8432), 23 de enero de 1996 (RJ 1996, 639), 16 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4348), 4 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7036)]. c) La línea jurisprudencial que prescinde del elemento volitivo y sigue una orientación básicamente objetiva, atendiendo para declarar la resolución a la frustración del fin del contrato [SSTS de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8290), 14 de febrero de 2007 (RJ 2007, 567) y 31 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4336)]". CLEMENTE MEORO, M. E.: *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Editorial Bosch, S.A., 2009, pp. 31–32. Cfr. FARRÉ ALEMÁN, J. M.: *Código civil*, cit., pp. 1073–1074.

44 Cfr. OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos produce*, cit., p. 85.

45 Cfr. DE LA HAZA DÍAZ, P.: *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Prólogo de José Manuel González Porras, McGraw–Hill, Madrid, 1996, p. 45.

46 Cfr. MORALES MORENO, A. M.: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Prólogo por Luis Díez–Picazo, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2006, pp. 32–33.

47 Cfr. OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos produce*, cit., p. 85.

48 Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de Derecho de obligaciones*, Volumen II. El Derecho de los contratos, Civitas, Madrid, 2002, pp. 99–101.

49 Esta STS 2 octubre 1995 (RJ 1995, 6978), dispone que: "La nueva jurisprudencia, ya consolidada, ha rechazado una interpretación del concepto voluntad deliberadamente rebelde rigorista e identificable con el impago doloso cuando en verdad es aconsejable resolver a instancia del vendedor los contratos en los que concurren el impago prolongado, duradero, injustificado o que frustre el fin del contrato y las legítimas aspiraciones del vendedor". PASQUAU LIAÑO, M., ALBIEZ DOHRMANN, K. J. y LÓPEZ FRIAS, A.: *Jurisprudencia civil*, cit., pp. 1911–1912. Al respecto, vid. también: STS 2 abril 1993 (RJ 1993, 2989). Cfr. PASQUAU LIAÑO, M., ALBIEZ DOHRMANN, K. J. y LÓPEZ FRIAS, A.: *Jurisprudencia civil*, cit., p. 1912.

50 Cfr. OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos produce*, cit., p. 85.

o resolución), una indemnización por daños y perjuicios, la que, no resulta compatible con la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor, pues en este caso, no se le puede formular un juicio de reproche al contratante incumplidor, toda vez que el caso fortuito es un hecho imprevisible para él que no pudo ser resistido, y que lo convierte en un contratante inimputable⁵¹.

Tratando de sistematizar los argumentos que se han esgrimido a favor de esta tesis, podemos decir que se recurre a los siguientes postulados: (i) Si bien el artículo 1124 del Código Civil no se refiere expresamente al requisito de la imputabilidad, es porque este requisito se deduce de las normas generales: artículo 1105 del Código Civil español, que dispone: "Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables". (ii) Como se dijo, el artículo 1124 del Código Civil español, concede al contratante cumplidor el derecho a solicitar una indemnización por daños y perjuicios. La indemnización de perjuicios requiere como presupuesto, una conducta culpable o dolosa de parte del deudor. (iii) El artículo 1124, apartado 3º del Código Civil español, le concede la facultad al tribunal para fijarle un plazo de gracia al contratante incumplidor; a fin de que éste cumpla la obligación en los términos debidos, esto supone que, la imposibilidad sobrevenida por caso fortuito o fuerza mayor, no se considera fundamento para solicitar la resolución por incumplimiento⁵². La jurisprudencia ha acogido en forma reiterada esta opinión⁵³.

En contra de esta tesis, se ha dicho que no cabe exigir culpa o dolo del contratante incumplidor, para proceder a decretar la resolución de la obligación⁵⁴, por cuanto: (i) El tenor literal del artículo 1124 del Código Civil español no exige este requisito. (ii) Si bien la ley le concede al contratante diligente la facultad para solicitar una indemnización de perjuicios⁵⁵, ello no supone que ésta operará como un derecho automático en su favor; es decir, el tribunal sólo condenará al contratante incumplidor a pagar una indemnización de perjuicios, cuando efectivamente existan y hayan sido probados los daños en el juicio. De tal manera que, cuando

51 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: "La resolución", cit., pp. 99-100.

52 Cfr. DE LA HAZA DÍAZ, P.: *El incumplimiento*, cit., p. 47.

53 En este sentido, se pronuncian las STS 21 mayo 1948, STS 26 junio 1952, STS 5 julio 1941, STS 9 julio 1941, STS 28 enero 1944, STS 5 junio 1944, STS 12 abril 1945, STS 9 marzo 1950, STS 5 julio 1951, STS 22 octubre 1951, STS 5 mayo 1953, STS 12 mayo 1955, STS 18 mayo 1955, STS 28 febrero 1958, STS 4 noviembre 1958, STS 2 enero 1961, STS 28 noviembre 1961, STS 23 noviembre 1964, STS 1 febrero 1966, STS 3 marzo 1967, STS 30 abril 1969, STS 11 junio 1969, STS 13 mayo 1972, STS 8 febrero 1975, STS 4 marzo 1975, STS 15 diciembre 1975, STS 24 noviembre 1976, STS 11 marzo 1977, STS 7 febrero 1978, STS 7 febrero 1978, STS 11 marzo 1978, STS 28 febrero 1980, STS 11 diciembre 1980, STS 30 junio 1981, STS 1 marzo 1982, STS 27 marzo 1982 y STS 4 mayo 1982, entre muchas otras. Cfr. OGAYAR Y AYLÓN, T.: *Efectos produce*, cit., pp. 86-87.

54 En este sentido, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO señala que: "La imputabilidad del incumplimiento al demandado se encuentra, al menos en la doctrina más reciente, rebajada en su importancia, sin perjuicio de constituir, en su caso, requisito necesario para la pretensión indemnizatoria que puede acompañar a la resolución". BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios Código*, cit., p. 8222.

55 Con relación a la indemnización de daños y perjuicios, vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios Código*, cit., pp. 8256-8261.

el incumplimiento obedezca a un incumplimiento por imposibilidad sobrevenida, no cabrá solicitar una indemnización de daños y perjuicios. (iii) Además, se dice que, de requerirse el elemento imputabilidad, ello supondría necesariamente que la acción resolutoria se funda en la teoría de la sanción, tesis que se encuentra abandonada⁵⁶. En este sentido, se han pronunciado DIEZ-PICAZO y DELL'AQUILA⁵⁷. La jurisprudencia también ha acogido esta tendencia⁵⁸, a partir de la sentencia de 26 de enero de 1980, que comienza a exigir una voluntad obstativa al cumplimiento⁵⁹, con lo cual, ya no se exige la existencia de dolo⁶⁰. En este sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, señala que: "Así las cosas, parece claro que la imposibilidad fortuita de la prestación extingue, en todo caso, la obligación, sea unilateral o bilateral. En este último caso, o sea, cuando la obligación sea bilateral y una de las partes quede liberada por incumplimiento inimputable, el problema radica en determinar qué ocurre con la otra obligación, es decir, si la extinción de una de las obligaciones determina también la de la contraparte o, por el contrario, ésta continúa, a pesar de la liberación de su deudor"⁶¹. A este respecto existen dos opiniones, la primera consiste en aplicar como regla general el artículo 1452, apartado 1º, del Código Civil español (a propósito del contrato de compraventa), que dispone: "El daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1.096 y 1.182". Por su parte el artículo 1096, apartado 1º, del CC español dispone que: "Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101, puede compeler al deudor a que realice la entrega". Por último, el artículo 1182 del CC señala que: "Quedarán extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora"⁶². Del análisis de las normas

56 Cfr. DE LA HAZA DÍAZ, P.: *El incumplimiento*, cit., pp. 47-48.

57 Cfr. OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos produce*, cit., pp. 87-88.

58 En este sentido, se pronuncian las STS 24 octubre 1899, STS 14 febrero 1912, STS 29 septiembre 1912, STS 13 marzo 1930, STS 5 enero 1935, STS 9 julio 1941, STS 24 octubre 1941, STS 5 junio 1944 y STS 22 enero 1951. Cfr. OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos produce*, cit., p. 86.

59 En este sentido, vid. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1087. Este mismo autor señala que: "Es presupuesto preciso para llegar a la sanción resolutoria contractual la realidad de una voluntad manifiesta de incumplir, constitutiva de un hecho obstativo que impida el cumplimiento. [...] si como tiene reiteradamente declarado esta Sala, de ello son exponente, entre otras, las sentencias de 1-2-1966, 11-6-1969 y 4-10-1983, es presupuesto preciso para llegar a la sanción resolutoria contractual la realidad de una voluntad manifiesta de incumplir, constitutiva de un hecho obstativo que impida el cumplimiento, claro es que esa situación no cabe apreciarla en las entidades demandadas, ni concretamente la nominada «V. BML, S.A.», que entregó la máquina en cuestión, desde el momento, como indica la sentencia recurrida, con aspecto vinculante en casación según viene dicho, que para obtener la indicada documentación, y en consecuencia para subsanar el error padecido con relación a ella, no prestaron colaboración los demandantes, ahora recurrentes, D.M. y D.J.S.D., cual era preciso, por lo que al incumplir éstos por su parte al respecto no tiene viabilidad su pretensión resolutoria contractual, conforme tiene declarado esta Sala [...]". MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1088.

60 Cfr. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: "La resolución", cit., p. 71. En este sentido, se ha dicho que: "No puede exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», pues sería tanto como exigir dolo". Cfr. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1086.

61 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: "La resolución", cit., p. 102.

62 Al respecto, vid. ALBÁCAR LÓPEZ, cita —en este sentido—, la STS 5 marzo 1925. Cfr. ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J.: "Libro IV", cit., pp. 338-339.

anteriores, se puede concluir que cuando acaece un caso fortuito o fuerza mayor, el deudor queda, en principio, liberado de su obligación de especie o cuerpo cierto. Es decir, no obstante que hubiere satisfecho su interés, nada tendrá que entregar o indemnizar al otro contratante⁶³. Para FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL, se debe atender a cuestiones objetivas para fundar la resolución, es decir, basta con que exista un incumplimiento grave⁶⁴, verdadero⁶⁵ e inequívoco que frustre el fin del contrato y las legítimas aspiraciones de la contraparte⁶⁶. Así, la jurisprudencia ha acogido el criterio puramente objetivo [STS 31 mayo 2007 (RJ 2007, 4336), STS 14 febrero 2007 (RJ 2007, 567) y STS 11 noviembre 2003 (RJ 2003, 8290)]⁶⁷.

IV. CONCLUSIÓN.

Pareciera ser que, tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial, la resolución del contrato se consagra con un criterio estrictamente objetivo, esto es, se prescinde de todo ingrediente que diga relación con la culpa y el dolo.

El problema que veo en esta postura, es que se iguala el comportamiento de una persona negligente o que actuó con malicia, a la conducta que tuvo un contratante que sufrió de caso fortuito o fuerza mayor. Me pregunto, en este punto, ¿el Derecho puede olvidar este distingo?

Ante la homogeneidad que presentan los diversos textos de Derecho uniforme, orientados hacia el principio de la eficiencia, seguridad jurídica, consagrando a la autonomía de la voluntad como principio rector del Derecho obligacional y, por ello, subestimando el rol de la buena fe, estimo que debe existir una preponderancia de la equidad natural, cuestión que implica asumir un trato diverso a los contratantes que, puesto en planos de igualdad, han asumido una conducta reprochable a su conducta o su incumplimiento obedece a fuerza mayor.

63 Cfr.: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL, M^a. Á.: “La resolución”, cit., pp. 102 y 103.

64 El adjetivo “grave” es utilizado por las STS 23 enero 1996, (RJ 1996, 639) y 8 febrero 1993, (RJ 1993, 690).

65 Cfr.: STS 10 junio 1996 (RJ 1996, 4753); 15 noviembre 1994 (RJ 1994, 8836); 29 septiembre 1994 (RJ 1994, 7024); 26 septiembre 1994 (RJ 1994, 7024); 2 diciembre 1993 (RJ 1993, 9488); 25 noviembre 1992 (RJ 1992, 9588) y 16 junio 1992 (RJ 1992, 5141).

66 Cfr. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL, M^a. Á.: “La resolución”, cit., p. 1090.

67 Cfr. CLEMENTE MEORO, M. E.: “Capítulo III. De las diversas especies de obligaciones”, en *Código civil comentado, vol. III, Libro IV – Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)*. (Dir. Moreno y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, coords. Javier ORDUÑA MORENO, Javier PLAZA PENADÉS, José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO), Thomson Reuters (Legal) Limited, Navarra, 2011, p. 233.

BIBLIOGRAFÍA

ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J.: “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, en *Código civil. Doctrina y jurisprudencia* (Tomo IV. Artículos 1.088 a 1.444. Doctrina, antecedentes y concordancias de Jaime SANTOS BRIZ y José Ángel TORRES LANA, dir., coord., selección de la jurisprudencia, índices y bibliografía, José Luis ALBÁCAR LÓPEZ), Editorial Trivium S. A., Madrid, 1991.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Decimocuarta Edición, Edisofer, S. L., Madrid, 2011.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A.: *Curso de Derecho de obligaciones*, Volumen II. El Derecho de los contratos, Civitas, Madrid, 2002.

ARNAU MOYA, F.: *Lecciones de Derecho civil II. Obligaciones y contratos*, Curso 2008/2009, Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions, Universitat Jaume, Castelló de la Plana, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R. (dir.): *Comentarios al Código civil*, Tomo VI, arts. 1043 a 1264, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

CLEMENTE MEORO, M. E.:

“Capítulo III. De las diversas especies de obligaciones”, en *Código civil comentado*, vol. III, *Libro IV – Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato* (Arts. 1088 a 1444). (dirs. Moreno y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, coords. Javier ORDUÑA MORENO, Javier PLAZA PENADÉS, José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO), Thomson Reuters (Legal) Limited, Navarra, 2011.

La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 2009.

COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso Elemental de Derecho civil*, Tomo Tercero (trad. de la Segunda Edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre el Derecho civil español por Demofilo DE BUEN), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1960.

DE BUSTOS GÓMEZ–RICO, M., CORBAL FERNÁNDEZ, J. E., DE LA ESPERANZA, P., GONZÁLEZ OLLEROS, J., GONZÁLEZ POVEDA, P., MARÍN CASTÁN, F. y PAZ RUBIO, J. M^a: *Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia* (18^a Edición), Colex, Madrid, 2009.

DE LA HAZA DÍAZ, P.: *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Prólogo de José Manuel González Porras, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

DELL'AQUILA, E.: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Prólogo de José Luis de los Mozos, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1981.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Los incumplimientos resolutorios*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

FARRÉ ALEMÁN, J. M^a: *Código civil comentado y concordado*, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 2000.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: "La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales", en *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*. (coord. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ), Editorial Universitaria Ramón Areces, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pp. 383-489.

GOETHE, J. W.: "Fausto", en *Tesoros de autores ilustres*, trad. por Revista Literaria, Librería de D. Juan Oliveres, Editor, Barcelona, 1865.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: "Artículo 1124", en *Comentarios al Código civil*, Tomo VI (dir. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8213-8261.

JORDANO FRAGA, F.: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código Civil*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1992.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero. Parte General. Teoría General del Contrato. Quinta Edición, revisada y puesta al día por Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, Madrid, Dykinson, 2011.

MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, I.: "Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional", en *Cumplimiento e incumplimiento del contrato* (cord. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 673-703.

MONTÉS PENADÉS, V. L.: "Comentarios al Código Civil", T. XV, vol. I, artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil, disponible en www.vlex.com, (Fecha de la consulta 2014.2.22), 1989, pp. 1-93.

MORALES MORENO, A. M.: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Prólogo por Luis Díez-Picazo, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2006.

MORENO GIL, Ó.: *Código civil y jurisprudencia concordada*, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006.

OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona, 1983.

PASQUAU LIAÑO, M. (dir.), ALBIEZ DOHRMANN, K. J. y LÓPEZ FRÍAS, A. (coords.): *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Segunda Edición, Tomo II, arts. 609 a 1.314, Editorial Comares, S. L., Granada, 2009.

PUIG BRUTAU, J.:

- *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo I. Volumen II, Cuarta Edición Revisada, Derecho General de las Obligaciones, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1988.

- *Compendio de Derecho civil*, Volumen III, Segunda Edición, Derecho de Obligaciones, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1994.

PUIG I FERRIOL, LL., GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del C., GIL RODRÍGUEZ, J. y HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Manual de Derecho civil*, Tomo II. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Segunda Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Barcelona, 1998.

SANTOS BRIZ, J.: *Derecho civil. Teoría y práctica*, Tomo III. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. Derecho de daños, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M^a: *La resolución contractual. Acción resolutoria en el contrato de compraventa. Comentario*, disponible en www.bob.bosch.laley.es (Fecha de la consulta 2015.12.3).

XIOL RÍOS, F. (dir.): *Código Civil*, Grupo El Derecho y Quantor, S. L. Madrid, 2010.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

- STS 19 mayo 2008 (RJ 2008, 3091).
- STS 22 diciembre 2007 (RJ 2007, 307).
- STS 31 mayo 2007 (RJ 2007, 4336).
- STS 14 febrero 2007 (RJ 2007, 567).
- STS 11 octubre 2006 (RJ 2006, 6443).
- STS 5 abril 2006 (RJ 2006, 1921).
- STS 10 octubre 2005 (RJ 2005, 8576).
- STS 11 noviembre 2003 (RJ 2003, 8290).
- STS 30 octubre 2002 (RJ 2002, 9138).
- STS 11 noviembre 1996 (RJ 1996, 7918).
- STS 30 octubre 1996 (RJ 1996, 7487).
- STS 4 octubre 1996 (RJ 1996, 7036).
- STS 10 junio 1996 (RJ 1996, 4753).
- STS 16 mayo 1996 (RJ 1996, 4348).
- STS 8 febrero 1996 (RJ 1996, 1346).
- STS 23 enero 1996 (RJ 1996, 639).
- STS 22 noviembre 1995 (RJ 1995, 8432).
- STS 8 noviembre 1995 (RJ 1995, 8637).
- STS 31 julio 1995 (RJ 1995, 5923).
- STS 2 octubre 1995 (RJ 1995, 6978).
- STS 15 noviembre 1994 (RJ 1994, 8836).

- STS 29 septiembre 1994 (RJ 1994, 7024).
- STS 26 septiembre 1994 (RJ 1994, 7024).
- STS 2 diciembre 1993 (RJ 1993, 9488).
- STS 18 noviembre 1993 (RJ 1993, 9148).
- STS 18 octubre 1993 (RJ 1993, 7615).
- STS 2 abril 1993 (RJ 1993, 2989).
- STS 8 febrero 1993 (RJ 1993, 690).
- STS 25 noviembre de 1992 (RJ 1992, 9588).
- STS 16 junio 1992 (RJ 1992, 5141).
- STS 31 marzo 1992 (RJ 1992, 2312).
- STS 27 noviembre 1992 (RJ 1992, 9447).
- STS 25 noviembre 1992 (RJ 1992, 9588).
- STS 19 diciembre 1991 (RJ 1991, 9404).
- STS 5 junio 1989 (RJ 1989, 4298).
- STS 7 julio 1988 (RJ 1988, 5581).
- STS 12 mayo 1988 (RJ 1988, 4087).
- STS 13 noviembre 1985 (RJ 1985, 5607).
- STS 18 noviembre 1983 (RJ 1983, 6488).
- STS 27 mayo 1980 (RJ 1980, 1969).

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA TITULIZACIÓN DE
CRÉDITOS GARANTIZADOS CON HIPOTECA Y EL PROCESO DE
EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN DERECHO ESPAÑOL

(SOME QUESTIONS ABOUT THE SECURITIZATION OF
CREDITS SECURED BY MORTGAGE AND THE PROCEDURE OF
FORECLOSURE IN SPANISH LAW)

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 140-169



Carolina
del Carmen
CASTILLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de abril de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: A pesar de su estrenada regulación por Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, la titulación de créditos hipotecarios continúa suscitando numerosas cuestiones que evidencian una regulación deficiente y una destacada descoordinación normativa, de entre las que adquiere significativo relieve práctico la atinente a la distribución de la legitimación activa ad causam entre la entidad emisora y el partícipe. La indicada cuestión reabre el debate en torno a la necesidad de la constancia registral de la titularidad del crédito asegurado con garantía real hipotecaria para instar la ejecución hipotecaria, atendida la exigencia contenida en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria según redacción dada por Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, vinculada a la circunstancia de que mediante la cesión crediticia al Fondo de Titulización que implica el proceso, de conformidad con la normativa aplicable la entidad concedente deja de ser acreedora del crédito. La situación descrita pone de manifiesto la carencia de una normativa coordinada que posibilite por parte de los operadores jurídicos, a través de los medios que razonablemente se encuentren a su alcance, un conocimiento cierto del ámbito de la legitimación para accionar, lo que ha originado una incipiente corriente judicial que pretende dar solución a esta cuestión negando la legitimación activa de la acreedora originaria en los procesos de ejecución hipotecaria.

PALABRAS CLAVE: titulación crediticia; ejecución hipotecaria; legitimación activa ad causam; préstamo garantizado con hipoteca; mercado hipotecario; constancia registral; cesión de créditos.

ABSTRACT: In spite of its new regulation by law 5/2015, of April 27, to promote business financing, the securitization of mortgage loans continues to raise a number of issues evidencing poor regulation and a lack of normative which acquires significant practical relevance regarding the distribution of the active legitimacy ad causam between the issuer and the participant. The aforementioned issue reopens the debate about the need for a record of ownership of the mortgage credit to encourage foreclosure, in compliance with the requirement contained in article 149 of the Mortgage Law as drafted by Law 41/2007 of July 7. Amending Law 2/1981, of 25 March, regulating the mortgage market, linked to the fact that, through the loan assignment to the securitization fund that involves the process, in accordance with the applicable regulations Grantor ceases to be a creditor. The situation described demonstrates the lack of a coordinated regulation that allows legal operators, through the means that are reasonably available to them, a certain knowledge of the scope of the legitimation to act, which has originated a Incipient judicial current that tries to give solution to this question denying the active legitimization of the original creditor in the processes of foreclosure.

KEY WORDS: Credit securitization; foreclosure; active legitimation ad causam; mortgage loan guaranteed; mortgage market; registration certificate; assignment of credits.

SUMARIO.- I. La titulación de activos.- 1. Concepto.- 2. Tipología.- 3. El proceso de titulación crediticia.- II. Regulación de la titulación hipotecaria.- 1. Precedentes normativos de las titulaciones en España.- 2. El nuevo marco legal: la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.- III. Resarcimiento del crédito hipotecario titulado: cesión del remate e inscripción del inmueble gravado a favor del fondo de titulación.- 1. Consideración general.- 2. Posiciones.- 3. Conclusión.- IV. El conocimiento de la cesión por el deudor cedido.- V. Determinación de la legitimación activa “ad causam” en el procedimiento ejecutivo hipotecario en el supuesto de participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipotecas: reapertura del debate en torno a la subsanación de la titularidad registral a los efectos de la reclamación judicial ejecutiva. El carácter constitutivo de la inscripción de las cesiones hipotecarias en el registro de la propiedad.- I. Planteamiento.- 2. Justificación de la necesidad de la constancia registral de la titularidad del crédito para instar la ejecución hipotecaria: de las fusiones y absorciones bancarias a la titulación hipotecaria.- 3. Consecuencia.

I. LA TITULIZACIÓN DE ACTIVOS.

I. Concepto.

Desde una primera aproximación, la titulación de activos (*securitisation*) admite ser definida como el proceso por cuya virtud determinados activos de una entidad financiera, en principio ilíquidos o de escasa liquidez, se convierten en títulos o valores negociables mediante su cesión a un Fondo de Titulación que se encarga de emitir dichos valores con el propósito de ser colocados en el mercado entre los inversores –usualmente institucionales-, posibilitando de este modo a la entidad crediticia transmisora potenciar la financiación de su actividad sin tener que acudir al recurso usualmente más costoso, de la solicitud de crédito o, en su caso menos sencillo, de la ampliación de capital. En definitiva, a través de este transcurso la entidad crediticia originadora consigue transformar una serie de activos, que en principio mantiene en su balance contable, en una o varias secuencias de títulos que finalmente van a resultar colocados en el mercado.

• Carolina del Carmen Castillo Martínez

Licenciada en Derecho por la Universitat de València (1986) en la especialidad de Derecho Privado, con el mejor expediente académico de la promoción 1981-86. Premio Extraordinario de Licenciatura, promoción 1981-86, en la especialidad de Derecho Privado. Doctora en Derecho por la Universitat de València, con calificación “cum laude” (otorgada por unanimidad) con la Tesis Doctoral que llevó por título “Responsabilidad del deudor y responsabilidad del sujeto pasivo de la hipoteca”, leída el 18 de septiembre de 1993. Magistrado-juez titular del Juzgado de instancia nº 4 de Castellón. Profesora Titular de Derecho Civil (excedente), actualmente Profesora Asociada de Derecho Civil en el Departamento de Derecho Civil de la Universitat de València, con docencia acreditada durante más de treinta años. Autora de diversos trabajos y estudios doctrinales en el muy variado ámbito de las diferentes materias propias de su área de conocimiento, constando publicadas seis monografías, más de cincuenta artículos doctrinales y numerosas colaboraciones en obras colectivas o en colaboración, además de conferencias y participaciones en cursos. Correo electrónico: carolina.castillo@uv.es

De esta manera el procedimiento permite la transformación de un conjunto de activos financieros sin liquidez, o de escasa solvencia, en un instrumento negociable, líquido y con unos flujos de pago determinados, resultando una técnica ventajosa para la entidad crediticia emisora toda vez que la captación de la financiación se verifica a unos costes convenientes y, por otra parte, permite la diversificación del riesgo de crédito asumido¹. En suma, el desarrollo se basa en una estrategia financiera consistente en la movilización de determinados activos de los balances, que pueden ser tanto de empresas financieras como no financieras, que posibilita la captación de financiación y la promoción de la transparencia de riesgos de la empresa cedente de los activos, aunque realmente sean escasas las empresas no financieras que han aplicado este mecanismo como fuente de financiación que en la práctica resulta reservada de manera esencial a las entidades de crédito².

Con carácter general, el proceso de titulización, por el que la entidad crediticia originadora transforma un conjunto de activos que mantiene en su balance en una serie de títulos que se colocan en el mercado financiero, suele verificarse a través de un vehículo de finalidad especial interpuesto, denominado Fondo de Inversión, independiente de la entidad crediticia originadora y que no es sino el emisor de los –nuevos- títulos cuya solidez crediticia depende en definitiva del riesgo inherente al crédito que conforma la cartera subyacente, en sí los activos movilizados. De esta manera resulta que los eventuales incumplimientos que se sucedan en los activos que integran la cartera titulizada determinarán en principio tanto la suspensión del abono de los posibles intereses que generen los valores emitidos como su progresiva amortización que, de ordinario, no se producirá a prorrata entre sus tenedores sino de manera secuencial, pues una de las características comunes a los procesos de titulización es la constituida por la estratificación del riesgo de crédito, toda vez que las diversas series de valores titulizados resultan emitidos con una concreta estructura de subordinación generando una sucesión de abonos que constituye un factor esencial al tiempo de determinar la prelación en la absorción de las eventuales pérdidas de la cartera subyacente, resultando que los distintos niveles de valores emitidos implican diversos niveles de riesgo y, por consiguiente, de rentabilidad, reflejados asimismo en las calificaciones que conceden las agencias de *rating* a los respectivos tramos³.

Aunque actualmente ampliada en su contenido y propósito esta técnica financiera, gestada en los Estados Unidos de América en la séptima década del

- 1 Cfr. CATARINEU, E. y PÉREZ, D.: "La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial", *Estabilidad Financiera*, núm. 14, 2008, p. 1.
- 2 ARNAL MARTÍNEZ, J. y BRAVO ÁLVAREZ, A. J.: "Un breve estudio de la Ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial, en *Boletín Económico del ICE, Información Comercial española*, núm. 3067, del 1 al 30 de septiembre de 2015, p. 29.
- 3 CATARINEU, E. y PÉREZ, D.: "La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial", *cít.*, pp. 4-5.

pasado siglo y desde allí exportada a diversos países tanto del ámbito anglosajón como del entorno continental europeo, sin duda, la titulización de activos se ha convertido últimamente en uno de los más relevantes instrumentos de innovación financiera⁴, si bien inicialmente la posibilidad legal de su aplicación se hallaba limitada a los activos del mercado hipotecario.

2. Tipología.

Siguiendo la explicación ofrecida por autorizada doctrina⁵, en función del mecanismo utilizado para la transmisión del riesgo⁶ la tipología internacional de la titulización de activos permite diferenciar entre titulizaciones tradicionales y sintéticas.

Las titulizaciones tradicionales o *cash* son aquéllas en las que por parte de la entidad crediticia se produce la venta o cesión plena de los activos a un vehículo especial que posteriormente emite títulos al mercado, con cuya emisión el intermediario financia la compra de los activos, por lo que esta categoría de titulizaciones siempre implica, por una parte, la existencia de un vehículo especial que se interpone y, por otra, la emisión de títulos pues dicha oferta conlleva la obtención de liquidez para el originador (estructuras *funded*), de manera que a estos valores de titulización, tras el abono de las correspondientes comisiones de gestión y administración, les corresponde un derecho preferente sobre los flujos de capital e intereses de los activos financieros adquiridos (la cartera titulizada), resultando emitidos los valores según un determinado orden de prelación de los pagos.

Frente a las titulizaciones tradicionales se encuentran las sintéticas, que son aquéllas que logran transferir el riesgo de crédito de una cartera de activos mediante la contratación de derivados crediticios o garantías (principalmente *Credit Default Swaps*, CDS) sin que para ello se haga necesario la venta o cesión del crédito, resultando en este caso que los distintos tramos de riesgo de crédito característicos de la titulización (la estratificación) se obtienen mediante la contratación de derivados que los cubren y permiten transferir una determinada parte del riesgo de la cartera titulizada, por lo que en esta categoría de estructuras no resulta estrictamente necesario que concorra una emisión de valores pues no existe la necesidad de financiar ninguna compra de cartera (estructuras *unfunded*), constituyendo esta

4 Como ya explicaba hace más de una década ROMERO REY, M.A.: "El régimen jurídico de la titulización de activos: referencia especial al deporte", *Revista Jurídica de deporte y entretenimiento; deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, n° 12, 2004, p. 191, la titulización apareció en España como una eficiente forma de financiación y de gestión del riesgo de impago que conllevan los derechos de crédito, y en respuesta a las ventajas que proporciona el desarrollo, tanto en volumen de emisiones como en diversidad y calidad de las operaciones, ha sido notable, a pesar de no haberse agotado las posibilidades que concede.

5 CATARINEU, E. y PÉREZ, D.: "La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial", cit., pp. 5-6.

6 Ciertamente, desde el punto de vista del riesgo del crédito, la titulización de activos supone algo más que una simple transformación de activos financieros pues se manifiesta, además, como un mecanismo que permite la estratificación del riesgo de una cartera.

opción la alternativa empleada por las entidades que no persiguen obtener financiación para su actividad sino únicamente una transferencia del riesgo del crédito.

3. El proceso de titulización crediticia hipotecaria.

Como quedó apuntado, con carácter general, la titulización de activos –vgr: préstamos hipotecarios- se verifica a través de una entidad intermedia –denominada Fondo de Titulización y administrado por una Entidad Gestora- que actúa de vehículo jurídico–recibiendo los activos originarios de la entidad crediticia y emitiendo nuevos títulos en el mercado financiero- para materializar la transmisión de los activos, y a la que resultan inicialmente cedidos aquéllos que terminarán colocados entre los inversores que finalmente los adquieran después de un proceso de agregación y transformación que permite la conversión de los activos ilíquidos recibidos en otros valores que resultan negociables en el mercado. De esta manera, y a través del indicado proceso que presupone el cumplimiento de determinados requisitos legales, una cartera de activos homogéneos resulta convertida en valores negociables en un mercado financiero bajo la forma de bonos de titulización o, en el supuesto que nos ocupa, participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipotecas que, en todo caso, conforman un patrimonio separado e independiente del propio de las entidades crediticias cedentes y carecen de personalidad jurídica resultando representados por la misma Sociedad Gestora que los administra.

En todo caso, el proceso de titulización de activos implica la verificación de tres fases perfectamente diferenciadas. A saber: 1ª. Cesión de los activos que en el caso de la titulización hipotecaria implica una transmisión incondicionada y total del crédito por el resto del plazo que falta por transcurrir hasta el vencimiento del mismo y como contraprestación de la cual la entidad crediticia cedente obtendrá el valor de mercado de los activos transmitidos y, en su caso, las posibles comisiones devengadas por efectivos servicios prestados. 2ª. Conformación o estructuración financiera, o etapa en la que los activos cedidos pasan a integrar el activo del correspondiente Fondo de Titulización generando un proceso de estructuración financiera mediante el cual los activos transmitidos permiten absorber el abono de los nuevos valores negociables emitidos a su cargo. 3ª Emisión de nuevos valores negociables en el mercado que se presentan ante los inversores en forma de título y que integran el pasivo del Fondo de Titulización junto con los posibles préstamos y aportaciones de los inversores obtenidos con el propósito de financiar el proceso de estructuración financiera o bien de intensificar la solvencia de los nuevos títulos emitidos.

II. REGULACIÓN DE LA TITULIZACIÓN HIPOTECARIA.

I. Precedentes normativos de las titulizaciones en España.

En nuestro ámbito legal nacional el antecedente normativo más remoto del proceso de titulización se localiza en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario, y en el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, que la desarrolla, normas mediante las que se crearon las figuras de los títulos del mercado hipotecario, en suma las cédulas y bonos hipotecarios, así como las participaciones hipotecarias, utilizados por las entidades financieras como mecanismo de obtención de financiación al margen del mercado interbancario⁷. En su origen la titulización conservaba los activos subyacentes dentro del balance y la propia entidad crediticia albergaba los riesgos inherentes a los préstamos hipotecarios concedidos que, en definitiva, constituían el sustrato patrimonial de las cédulas y bonos emitidos.

Sin embargo, la rigidez manifestada por esta primera regulación provocó la incorporación de determinados cambios en su contenido, materializados a través del Real Decreto 1289/1991, de 2 de agosto (por el que se modifica el RD 685/1982), y la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, por los que se facultó al emisor de los títulos para excluir del balance contable los activos implicados en la titulización cediendo de este modo la totalidad del riesgo asociado a los bonos de titulización hipotecaria que adquirían cotización en el mercado secundario organizado, a la vez que se autorizaba legalmente la creación de Fondos de Titulización Hipotecaria como espacios cerrados integrados por las participaciones hipotecarias representativas de idénticos importes en valores emitidos a fin de mantener un efecto neutro en el patrimonio neto del vehículo empleado en la titulización.

Y así, con la antedicha Ley 19/1992, se consolida en nuestro país la regulación del proceso de titulización de créditos hipotecarios con el evidente propósito de reducir los costes de obtención de los préstamos dirigidos a la adquisición de la vivienda pues cuanto más saneada y sólida se encuentre la economía de la entidad

7 En el ámbito normativo europeo merece ser destacada la implicación de la Comisión Europea en la revisión del marco legislativo de las titulizaciones con el propósito esencial de alcanzar un tratamiento diverso a aquéllas que justifiquen unos caracteres específicos relativos a la claridad y transparencia. La referida implicación ha empezado a dar sus frutos con la propuesta de Reglamento presentada por la Comisión Europea en el mes de septiembre de 2015, por la que se dispone unas normas comunes sobre la titulización y se incorpora el concepto de titulizaciones simples, transparentes y estandarizadas (STS). Por otra parte, la Comisión Europea ha interesado del Banco Central Europeo la emisión de un documento en relación con la propuesta de Reglamento, que se materializó en el dictamen de 11 de marzo de 2016 que se refiere, por una parte, a una propuesta de Reglamento por el que se establecen normas comunes sobre la titulización y se crea un marco europeo para la titulización simple, transparente y estandarizada, y, por otra, a una propuesta de reglamento por el que se modifica el Reglamento (UE) 575/2013 (LA LEY 10371/2013) sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión. Una amplia referencia sobre el contenido de la propuesta de Reglamento así como un análisis de las consideraciones que el Banco Central Europeo ha manifestado en su dictamen puede encontrarse en GARCÍA-OCHOA MAYOR, D. y EGUÍA, J. M.: "Una aproximación al futuro régimen de las titulizaciones en la Unión Europea: análisis de la opinión del BCE", *Diario La Ley*, n° 8849, Sección Tribuna, 24 de Octubre de 2016.

crediticia concedente mejores condiciones podrá ésta ofrecer al prestatario en la contratación dirigida a la financiación de su vivienda –usualmente vehiculada a través de un préstamo con garantía real hipotecaria-. En definitiva, el patrón consolidado se basaba en un diseño fiduciario en el que determinadas entidades profesionalizadas, entonces denominadas Entidades Gestoras de Fondos de Titulización Hipotecaria (actualmente, y partiendo del modelo ya expandido que abandona la adjetivización, llamadas, con carácter general, Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización), administraban la metamorfosis financiera que suponía la titulización hipotecaria mediante la cual los créditos hipotecarios que integraban la cartera de una entidad crediticia resultan cedidos íntegra o parcialmente al Fondo de Titulización a través de la emisión de concretas participaciones hipotecarias por el período restante al plazo de vencimiento de los créditos hipotecarios cedidos, valores suscritos por el referido Fondo de Titulización que, a su vez y con cargo en el indicado activo, verificará una emisión de valores negociables entre los inversores, usualmente institucionales, resultando que desde la suscripción de las participaciones hipotecarias el Fondo de Titulización adquiere el derecho a percibir, en la cuantía determinada por el porcentaje de la participación, los concretos movimientos generados de manera esencial en los créditos garantizados con hipoteca participados. Por aplicación de este esquema la entidad crediticia cedente convierte en líquido su crédito anticipadamente a su vencimiento, extrayéndolo de su balance contable en el porcentaje participado si bien, no obstante y por imperativo legal, mantiene la administración de los créditos hipotecarios objeto de titulización y, en su caso, una titularidad no absoluta sobre los mismos. Y también para el inversor la propuesta resultaba rentable toda vez que el adquirente se encuentra con un activo de riesgo razonable y de cierta rentabilidad. En una fase posterior la titulización de activos se encuentra regulada en la D.A 5ª de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria (89/646/CEE) por la que se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero en materia de establecimientos financieros de crédito, en cuyo apartado 2^º se declaraba que los valores emitidos por los Fondos de Titulización Hipotecaria tendrán la consideración de títulos hipotecarios⁹.

8 Modificado posteriormente por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero; por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1982, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria; y por el RD Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo.

9 Actualmente el referido apartado se encuentra derogado por la letra d) de la Disposición Derogatoria de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, si bien su contenido ha pasado a integrar el apartado 1 de la referida D.A 5ª, a cuyo tenor los "valores emitidos por los Fondos de Titulización Hipotecaria regulados en la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y

Posteriormente, mediante el Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización¹⁰, el esquema resultó ampliado a otros activos distintos de los hipotecarios. Mediante el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, cuyo propósito fue la continuación de la mejora de los mecanismos de refinanciación de las entidades de crédito en el mercado hipotecario ya iniciada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, se procede al desarrollo de la Ley 2/1982, de 25 de marzo, de Regulación el Mercado Hipotecario, y de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación del mercado hipotecario, reemplazándose la regulación ofrecida por el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, que resulta derogado, con el propósito de ofrecer respuesta a la necesaria flexibilización de las condiciones emisoras de las cédulas y bonos hipotecarios a fin de reactivar su circulación y conseguir la extracción de los riesgos inherentes a los créditos destinados a la construcción y adquisición de viviendas sometidos a cobertura legal del balance contable de las entidades financieras –en el supuesto de las cédulas hipotecarias- o de potenciar su liquidez –en el caso de los bonos y de las participaciones hipotecarias-. Esta norma últimamente citada resulta singularmente relevante por servir de usual fundamento a la entidad crediticia ejecutante en supuestos de titulización de activos hipotecarios para basar su legitimación activa “*ad causam*” cuestionada ante el supuesto cambio de titular ejecutante tras la titulización del concreto crédito hipotecario ejecutado judicialmente; sobre este punto volveré más adelante. Pero, además, y a los efectos que nos ocupan, por cuanto que en nada ayuda al fortalecimiento de las exigencias en materia de transparencia y protección del inversor ni tampoco se coordina con las previsiones de las normas hipotecarias reguladoras de la cesión del crédito hipotecario, del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, interesa destacar la previsión que contiene su artículo 29¹¹, relativa a que la emisión y negociación de títulos relativos al mercado hipotecario -participaciones hipotecarias- quedan al margen del Registro de la propiedad salvo cuando no vayan destinadas a inversores profesionales (siendo, sin duda, que el supuesto de ordinario más frecuente es precisamente el contrario, esto es, que vayan destinadas a inversores profesionales).

sobre Fondos de Titulización Hipotecaria, tendrán el carácter de títulos hipotecarios de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”.

10 Vigente hasta el 29 de abril de 2015.

11 A cuyo tenor: “Cuando la suscripción y tenencia de las participaciones no esté limitada a inversores profesionales, tal y como se definen en el artículo 78 de la Ley 4/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, pudiendo ser suscritas o adquiridas por el público no especializado, se emitirán en escritura pública de la que se tomará nota en el Registro de la propiedad, al margen de la inscripción de la hipoteca correspondiente. Practicada la nota marginal, los terceros que adquieran algún derecho sobre el préstamo o crédito hipotecario lo harán con la carga del pago de la participación y de sus intereses”.

2. El nuevo marco legal: la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

La Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, modifica el régimen de regulación de las titulizaciones según consta anticipado en su Exposición de Motivos al declarar lo que sigue: "La reforma del régimen de las titulizaciones, contenida en el título III, se articula en torno a tres ejes que, en línea con las tendencias internacionales, incrementarán la transparencia, calidad y simplicidad de las titulizaciones en España. En primer lugar, ante la enorme dispersión normativa existente en el régimen jurídico español de las titulizaciones, esta Ley opera su necesaria refundición, para garantizar la coherencia y sistemática de todos los preceptos que disciplinan esta materia, aportando mayor claridad y seguridad jurídica al marco regulatorio. En este sentido, cabe destacar que se unifican en una única categoría legal los, hasta ahora, denominados fondos de titulización de activos y fondos de titulización hipotecaria. No obstante, los fondos de titulización hipotecaria existentes en el momento de entrada en vigor de la Ley cohabitarán con los nuevos fondos de titulización de activos hasta que se extingan progresivamente. El segundo eje rector de esta ley pretende aproximar nuestro régimen al de otras jurisdicciones europeas más avanzadas en la materia. Con esta finalidad se flexibiliza la operativa de estos instrumentos, y se suprimen aquellos obstáculos que impiden replicar en España determinadas estrategias innovadoras de titulización de probado éxito y utilidad en países de nuestro entorno. Por último, se fortalecen sustantivamente las exigencias en materia de transparencia y protección del inversor, en línea con las mejores prácticas internacionales, y se especifican las funciones que deben cumplir las sociedades gestoras que, en todo caso, incluirán la administración y gestión de los activos agrupados en los fondos de titulización, sin perjuicio de la repercusión al fondo de titulización de los gastos que correspondan, de acuerdo con lo previsto en la escritura de constitución".

En definitiva, con la nueva regulación se consigue refundir la normativa preexistente unificándose en una única categoría legal (los Fondos de Titulización¹²) los hasta ahora denominados Fondos de Titulización de Activos y los Fondos de Titulización Hipotecaria, que estarán regidos normativamente de manera unitaria, si bien los fondos de titulización hipotecaria ya existentes al tiempo de la entrada en vigor de la Ley 5/2015 coexistirán con la nueva categoría creada hasta que progresivamente alcancen su extinción. Además, se manifiesta adecuar a la realidad económica y financiera la mecánica de funcionamiento legal de estos instrumentos con la pretensión de eliminar aquellos impedimentos para la incorporación de novedosas técnicas financieras que han resultado eficaces en otros países. Y, por

12 Conviene subrayar que el Fondo de Titulización se configura como un patrimonio separado, carente de personalidad jurídica y con un sustrato patrimonial integrado activamente por derechos de crédito –tanto presentes como futuros- y pasivamente por los valores de renta fija emitidos así como por los créditos concedidos por los terceros (art. 15 de la Ley 5/2015).

último, se intensifican los requisitos exigidos con el propósito de proteger al inversor, determinándose las funciones que incumben a las sociedades gestoras de los fondos de titulización, concretándose las exigencias informativas que deben cubrir los valores y que deben ser convenientemente publicadas junto con el contenido de los informes anuales y trimestrales y la comunicación de hechos relevantes.

Como aspectos concretos más destacados introducidos en materia de titulización por la Ley 5/2015 debe significarse que, siempre que conste previsto en la escritura de constitución, el patrimonio de los Fondos de Titulización podrá fraccionarse en secciones –denominadas compartimentos- independientes con cargo a las que podrán emitirse valores y asumirse obligaciones de diversa tipología que, a su vez, admiten ser liquidadas de manera autónoma, de modo que los acreedores de una sección únicamente van a poder hacer efectivos sus respectivos créditos¹³ con cargo al patrimonio de la sección respectiva (art. 15 de la Ley 5/2015).

Por otra parte, y a tenor de la previsión contenida en el artículo 16.3 de la Ley 5/2015, podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad –y en el resto de registros en que corresponda- el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles pertenecientes a los Fondos de Titulización, extendiéndose de esta manera su tratamiento privilegiado, toda vez que tal posibilidad implica una excepción a la exigencia de personalidad jurídica para ser titular registral contenida en la legislación hipotecaria (*cf.* arts 9. de la LH y 11 del RH)¹⁴.

Y si bien hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2015 la cesión de activos a favor de un fondo de titulización únicamente era legalmente posible si era plena e incondicionada y resultaba verificada por la totalidad del plazo restante hasta el vencimiento del crédito, con la nueva regulación estas restricciones resultan suprimidas toda vez que los –nuevos- Fondos de Titulización “podrán adquirir la titularidad de los activos por cualquier modo, bien sea a través de su cesión, su adquisición, su suscripción en mercados primarios o a través de cualquier otro modo admitido en Derecho” (art. 16.2 de la Ley 5/2015).

13 A tal efecto se consideran derechos de crédito presentes las participaciones hipotecarias correspondientes a préstamos que conciten los requisitos dispuestos en la Sección Segunda de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. También los certificados de transmisión de hipoteca. En este sentido, los valores emitidos por Fondos de Titulización que integren en su activo participaciones hipotecarias o certificados de transmisión hipotecaria tendrán la consideración de títulos hipotecarios a los efectos de la antedicha Ley 2/1981 (*cf.* art. 16.1 de la Ley 5/2015). La Ley 5/2015 también recoge la regulación del pasivo de los Fondos de Titulización (art. 18), integrado por “los valores de renta fija que emitan y los créditos concedidos por cualquier tercero” (art. 18.1 de la Ley 5/2015).

14 Conviene destacar que hasta la Ley 5/2015 y por aplicación de la previsión contenida en el artículo 27 del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril –que por la referida Ley queda derogado- la inscripción de las titularidades reales sobre los indicados bienes se encontraba vinculada, directa o indirectamente, con los procedimientos ejecutivos hipotecarios, resultando que con la nueva regulación dicha restricción resulta eliminada.

Por cuanto se refiere a la transmisión de activos (art. 17 de la Ley 5/2015), es de destacar que tanto el transmitente como, en su caso, el emisor de los valores creados para su incorporación a un Fondo de Titulación, al tiempo de la constitución del fondo deberán disponer de, al menos, cuentas auditadas de los dos últimos ejercicios –salvo excepciones que el mismo precepto contempla-. Asimismo, las transmisiones de activos al Fondo de Titulación se formalizarán en documento contractual que acredite el negocio.

Además, se regula la titulación sintética, mediante la cual los Fondos podrán titular de tal manera préstamos y otros derechos de crédito a través de la contratación con terceros de derivados crediticios o mediante el otorgamiento de garantías financieras o avales a favor de los titulares de tales préstamos u otros derechos de crédito (art. 19 de la Ley 5/2015). Y se diferencia entre Fondos de Titulación cerrados, que son aquellos en cuyas escrituras de constitución no se prevean incorporaciones de activos ni de pasivos tras su conformación (art. 20 de la Ley 5/2015), y Fondos de Titulación abiertos, que son aquellos en cuya escritura constitutiva –en la que deberá constar expresamente su carácter de abierto y especificarse las características concurrentes de entre las señaladas en la norma– se prevea la posible modificación de su activo y/o de su pasivo (art. 21 de la Ley 5/2015).

Por otra parte, la nueva normativa también recoge otros aspectos tales como los requisitos constitutivos de los Fondos de Titulación (art. 22 de la Ley 5/2015), que incluyen la aprobación y el registro previo en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la extinción de los Fondos de Titulación (art. 23 de la Ley 5/2015) y la modificación de la escritura pública de constitución del Fondo de Titulación (art. 24 de la Ley 5/2015).

III. RESARCIMIENTO DEL CRÉDITO HIPOTECARIO TITULIZADO: CESIÓN DEL REMATE E INSCRIPCIÓN DEL INMUEBLE GRAVADO A FAVOR DEL FONDO DE TITULIZACIÓN.

I. Consideración general.

En la actualidad se constata como práctica generalizada el hecho de que las entidades crediticias o financieras que son acreedoras hipotecarias insten la ejecución de las correspondientes garantías de tal clase sobre los inmuebles gravados en seguridad de sus respectivos créditos y que, en el devenir del procedimiento, resulten ellas mismas las rematantes del inmueble en la correspondiente subasta, ejercitando la facultad de cesión del remate permitida por la legislación procesal¹⁵

¹⁵ Cfr. artículo 647.3 de la LECiv, que debe su actual redacción a la Ley 9/2015, de 19 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, a cuyo tenor: “Solo el ejecutante o los acreedores posteriores podrán hacer postura reservándose la facultad de ceder el remate

a favor, precisamente, del fondo de titulización, en cumplimiento de la obligación de naturaleza fiduciaria de ordinario derivada de la propia cesión crediticia verificada como consecuencia del proceso de titulización, de manera que, a último, resulta ser el fondo de titulización el titular del derecho de resarcimiento del crédito cuya garantía se ha ejecutado. Con carácter general, así se prevé en la escritura constitutiva del Fondo de Titulización y también en el contrato de administración y custodia de los activos cedidos por la entidad originadora (cedente) a la Sociedad Gestora que actúa en representación del Fondo de Titulización. Desde esta circunstancia se ha venido planteando la cuestión, ya resuelta, de la determinación de la titularidad del inmueble, tanto al tiempo del dictado del correspondiente mandamiento por parte del Letrado de la Administración de Justicia como por parte del Registrador de la Propiedad en el momento de calificar y autorizar la inscripción, manteniéndose a este respecto posturas divergentes que seguidamente paso a analizar:

2. Posiciones.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2015 la posibilidad de la entidad crediticia acreedora ejecutante de ceder el remate tras la subasta al Fondo de Titulización encontraba solución en dos posiciones contrapuestas, fundadas en diversos argumentos legales.

Por una parte, se mantenía una postura contraria a su admisión basada, de un lado, en determinadas normas hipotecarias, en concreto en el artículo 11 del Reglamento Hipotecario que, según redacción dada por el Real Decreto 1867/1988, de 4 de septiembre –por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario con especial consideración a las inmatriculaciones y a los excesos de cabida-, declaraba la no inscribibilidad de “los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica”, y también en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, concordante con el anterior, a cuyo tenor: “Toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes: ... 4º. La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción...”; y, de otro lado, en la concreta regulación de los Fondos de Titulización, más precisamente en el contenido del artículo 2 del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo –por el que se regulan los Fondos de Titulización de Activos y las Sociedades Gestoras de los Fondos de Titulización-, al disponer la posibilidad de incorporación a dichos Fondos de los derechos de crédito que figuren en el activo del cedente y los derechos de crédito futuros respecto de los que se formalice su transmisión contractualmente una vez acreditada de manera inequívoca la cesión de la titularidad.

a un tercero. La cesión se verificará mediante comparecencia ante el Secretario Judicial responsable de la ejecución, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago o consignación del previo del remate, que deberá hacerse constar documentalmente. Igual facultad corresponderá al ejecutante si solicitase, en los casos previstos, la adjudicación del bien o bienes subastados”.

Frente a la postura precedentemente expuesta concurría una posición favorable a la posibilidad de la cesión del remate a favor de los Fondos de Titulación, fundada asimismo, por una parte, en normas de la legislación hipotecaria, específicamente el párrafo cuarto del ya mencionado artículo 11 del Reglamento Hipotecario – según redacción dada por el también precitado Real Decreto 1867/1988, de 4 de septiembre-, que, tras la declaración contenida en el primero de los párrafos ya citado, regulaba la posibilidad de inscripción, especial por razón del sujeto, de “los bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a fondos, sean fondos de pensiones, de inversión interior o exterior; de titulación hipotecaria, o de titulación de activos”, y en la que el acta de la inscripción “se practicará a favor de dichos fondos como bienes del patrimonio de los mismos”, si bien dicho apartado cuarto resultó posteriormente anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 31 de enero de 2001, que, a los efectos que ahora nos interesan, dejó subsistente únicamente el antedicho párrafo primero del referido precepto¹⁶; y, por otra, en el propio trasunto normativo de los Fondos de Titulación que, a pesar de configurarse legalmente como entidades carentes de personalidad jurídica, no impide el reconocimiento a su favor de determinados derechos y la imposición a los mismos de concretas obligaciones (básicamente en el ámbito tributario), circunstancia que sirve de fundamento para demandar el reconocimiento de su personalidad jurídica –siquiera limitada- a fin de posibilitar el acceso de sus eventuales titularidades inmobiliarias al Registro de la Propiedad con el evidente y razonable propósito de ajustar la realidad tabular a la extrarregistral, exigencia innegable a los efectos de hacer efectiva la seguridad jurídica y la protección del tráfico inmobiliario.

Tal y como anticipaba, la Ley 5/2015 ofrece solución legal a la cuestión planteada, como seguidamente se significa.

3. Conclusión.

Como ya quedó apuntado precedentemente, la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, incorpora entre sus novedades más

16 No obstante lo cual conviene destacar que el argumento en que el TS basa la anulación del párrafo cuarto del artículo 11 del Reglamento Hipotecario –que, en definitiva, no hizo sino incorporar la regulación de una práctica previamente admitida en numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado por las que se venía permitiendo el ingreso tabular de las titularidades de las indicadas entidades especiales - asentaba de manera esencial en razones no tanto de índole sustantiva sino formal, vinculadas al insuficiente rango normativo de la norma reglamentaria que albergaba una modificación legislativa de la indicada envergadura. De hecho, la relevancia de la posibilidad de ingresar tabularmente la titularidad de los fondos aparece puesta de manifiesto incluso en la propia Exposición de Motivos del RD 1867/1998, en la que consta declarado lo siguiente: “Otro de los objetivos citados de la reforma es la regulación de figuras contractuales e instituciones carentes de regulación reglamentaria, o que están necesitadas de nueva regulación por el carácter obsoleto de los preceptos referentes a las mismas o por las dificultades que se advertían en su aplicación práctica (...). Se admite (artículo 11) la inscripción en el Registro de la Propiedad a favor de los socios o miembros integrantes de ciertas entidades carentes de personalidad jurídica, pero que generan situaciones jurídicas intermedias merecedoras de publicidad registral, con sujeción a su régimen propio, tales como las uniones temporales de empresas, las comisiones liquidadoras, los fondos sean de pensiones, de inversión (interior o exterior) o de titulación de activos”.

destacadas la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización, pudiéndose asimismo inscribir la propiedad y demás derechos reales sobre cualesquiera otros bienes pertenecientes a los Fondos de Titulización en los registros que correspondan (art. 16.3), expandiéndose de este modo la prerrogativa por la que se exceptiona la exigencia de la tenencia de personalidad jurídica para ser titular registral (cfr. arts. 9.4° de la LH y 11 del RH) y eliminándose la restricción que limitaba la vinculación del acceso tabular en el ámbito de los procedimientos de ejecución hipotecaria, resultando que a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2015 es posible la inscripción de los bienes inmuebles objeto de remate en una ejecución hipotecaria a favor de los Fondos de Titulización Hipotecaria.

IV. EL CONOCIMIENTO DE LA CESIÓN POR EL DEUDOR CEDIDO.

Tras la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, el primer párrafo del artículo 149 de la Ley Hipotecaria en su precisa mención a la cesión de la titularidad de la hipoteca, resulta del tenor siguiente: “La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad”. Con anterioridad a la indicada reforma el precepto reseñado disponía lo que sigue: “El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro”. Una consideración precipitada del precepto reformado pudiera conducir a considerar que con anterioridad a su modificación, además de la inscripción registral –que, en todo caso, presupone el otorgamiento de escritura pública–, para la cesión del crédito hipotecario se precisaba la notificación al deudor de la escritura de cesión, si bien, en buena lógica, más bien parecía adecuado entender que dicha notificación únicamente se hacía necesaria para que el deudor hipotecario quedara vinculado con el cesionario (nuevo acreedor hipotecario), toda vez que así se colige de lo dispuesto en los artículos 1527 (“el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor; quedará libre de la obligación”) y 1198 (“el deudor que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente” –párr. 1°–; “si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores” –párr. 2°–; “si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor; podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión” –párr. 3°–) del Código Civil y de la disposición contenida en el artículo 176 del Reglamento Hipotecario (“la inscripción de la cesión de créditos hipotecarios, cuando constare en el Registro que se ha dado conocimiento al deudor y éste pagare al cedente, podrá cancelarse con el documento que acredite dicho pago, sin perjuicio de las responsabilidades a que se

refiere el artículo 151 de la Ley¹⁷⁾, de tal manera que el requisito de la notificación al deudor cedido únicamente actuaba a los efectos de fundar la oponibilidad de la cesión frente al mismo que, en definitiva, no es sino un tercero ajeno al contrato de cesión. El mismo juicio apresurado, referido a la norma ya reformada, pudiera conducir a la conclusión de que, al suprimir la mención que al respecto se contenía en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, la reforma ha eliminado en todo caso el requisito de la notificación al deudor cedido a los efectos indicados. No obstante, el artículo 242 del Reglamento Hipotecario¹⁸ lo sigue previendo y también el artículo 151 de la Ley Hipotecaria¹⁹ lo considera al hacer responsable al cedente de los posibles perjuicios que pudieran afectar al cesionario no notificado. En definitiva, a pesar de la supresión en el artículo 149 de la mención al requisito de la notificación al deudor cedido, e incluso considerándose la diferenciación -legalmente consagrada con requisitos diversos- entre la cesión del crédito asegurado mediante hipoteca -sometida a las previsiones del artículo 1526 del CC- y la cesión de la titularidad de la hipoteca -para cuya eficacia se requiere su otorgamiento en escritura pública que debe inscribirse-, no cabe desatender el contenido de los preceptos antedichos que nos llevan a concluir la persistencia del necesario conocimiento por parte del deudor hipotecario cedido de la cesión del crédito hipotecario, por tratarse de una

17 Y ello a pesar de que la aplicación de las normas generales sobre el pago realizado de buena fe determinaría la extensión de la liberación del deudor hipotecario cedido incluso en el supuesto de que la cesión no se hubiera inscrito, desde la posición que mantiene que la inscripción de la cesión del crédito hipotecario no tiene carácter constitutivo. En concordancia con dicha previsión, y en el ámbito de la relación entre el emisor y el Fondo de Titulización, en el artículo 33 del RD 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, tras indicarse que extinguido el crédito hipotecario participado el titular de las participaciones conservará acción contra el emisor hasta el cumplimiento de sus obligaciones, se declara: "2. En su caso, al extenderse el asiento de cancelación del préstamo o crédito hipotecario participado, para lo que bastará el pago al acreedor hipotecario o cualquier otra causa legal, se cancelará de oficio la nota marginal de emisión de las participaciones", resultando que "el acta notarial de amortización o inutilización del título de participación en poder de la entidad emisora será título de la afectación, bien total, bien parcial, respecto de los amortizados o inutilizados".

18 El artículo 242 del RH dispone lo siguiente: "Del contrato de cesión de crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor por los medios establecidos en el artículo 222, a menos que hubiera renunciado a este derecho en escritura pública o se estuviere en el caso del artículo 150 de la Ley -precepto que exonera de la necesidad de dar conocimiento al deudor así como de la constancia registral de la transferencia del "derecho hipotecario", que se entenderá transferido con la obligación o con el título, en los supuestos de transmisión de obligaciones transferibles por endoso o de títulos al portador asegurados mediante derecho real de hipoteca-". Conviene tener en cuenta que, en punto al conocimiento de la cesión por el deudor hipotecario cedido, la STS, Sala 1ª, nº 792/2009, de 16 de diciembre de 2009, declara abusiva la cláusula de exoneración de la comunicación de la cesión del crédito hipotecario, señalando a tal efecto que, si bien es cierto que el artículo 242 del RH admite la renuncia del deudor cedido a que se le dé conocimiento de la cesión del crédito hipotecario, no obstante "dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que sanciona como abusivas "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato...", entendiéndose que la renuncia anticipada a la notificación participa de tal naturaleza de abusiva "en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido, y muy concretamente el apartado 11 de la D.A 1ª LGDCU que considera abusiva "la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos". La limitación al principio de autonomía de la voluntad ex artículo 1255 del Código Civil se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente".

19 El artículo 151 de la Ley Hipotecaria resulta del tenor siguiente: "Si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta".

exigencia legal justificada²⁰, muy especialmente a los efectos de poder evitar el efecto liberatorio del pago realizado al originario acreedor hipotecario toda vez que en caso contrario difícilmente se puede justificar la responsabilidad que ex artículo 151 de la Ley Hipotecaria incumbe al cedente por los daños y perjuicios que pudiera padecer el cesionario como consecuencia de la falta de notificación, atendiendo, además, a la circunstancia de que la apuntada renuncia cabe ser considerada como abusiva si la contratación cuestionada se verifica en el ámbito de los consumidores y usuarios²¹; sin que tampoco deba desconsiderarse a tal efecto el contenido del ya referido artículo 176 del Reglamento Hipotecario que permite la cancelación de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario liquidado por el deudor al cedente mediante el documento que acredite el pago en los supuestos en que no conste registralmente la notificación de la cesión al deudor cedido²².

V. DETERMINACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA “AD CAUSAM” EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO HIPOTECARIO EN EL SUPUESTO DE PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS Y CERTIFICADOS DE TRANSMISIÓN DE HIPOTECAS: REAPERTURA DEL DEBATE EN TORNO A LA SUBSANACIÓN DE LA TITULARIDAD REGISTRAL A LOS EFECTOS DE LA RECLAMACIÓN JUDICIAL EJECUTIVA. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN DE LAS CESIONES HIPOTECARIAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

I. Planteamiento.

Sabido es que la persistente crisis económica y su consecuente incremento de los impagos, afectante muy especialmente a los generados por los préstamos hipotecarios, ha determinado un aumento de las demandas ejecutivas dirigidas a la obtención del cobro de sus deudas por parte de las entidades crediticias y

20 En contra CARRASCO PERERA, Á.: “No es una práctica comercial abusiva la no puesta en conocimiento del deudor hipotecario de la cesión de la hipoteca”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, marzo de 2016 (en tres páginas), al criticar la resolución de 8 de marzo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Mercantil n° 1 de Donostia –y al tiempo, y por compartir fundamentación y conclusión dispositiva- también la STS, Sala 1ª, n° 792/2009, de 16 de diciembre de 2009, ya referida-. En el mismo sentido, contrario a la necesidad de notificación al deudor cedido, se manifiesta el Banco de España, en su documento respuesta –no vinculante jurídicamente- a la consulta planteada por el Letrado D. Óscar Viera, de fecha 26 de marzo de 2015, al señalar que “...de la normativa aplicable a la titulización de préstamos no se desprende que los deudores tengan que ser informados en ningún momento, ni de la incorporación, ni de la baja de sus préstamos a un fondo de titulización...”.

21 Cfr. STS, Sala 1ª, n° 792/2009, de 16 de diciembre de 2009, *supra* mencionada.

22 En este mismo sentido, de no considerar innecesaria la notificación al deudor cedido después de la reforma del artículo 149, párrafo primero de la LH por la Ley 41/2007, esta interpretación resulta precisada por RODRÍGUEZ BOIX, F.: “La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, en www.notariosyregistradores.com, para quien la nueva redacción del artículo 149, párrafo primero de la LH, pretende atajar la distinción entre los efectos de la cesión respecto de terceros y respecto del deudor cedido, de tal manera que la inscripción de la cesión a todos los efectos reemplaza ahora al requisito de la notificación, por lo que la referida inscripción, de ineludible verificación, surte efectos absolutos, frente a todos, también frente al deudor, resultando que, en definitiva, tras la reforma del artículo 149 de la LH, el requisito de la notificación al deudor ha quedado suprimido del precepto pero por haber sido reemplazado por la inscripción. Sin duda, esta interpretación se manifiesta coherente con el principio de eficacia positiva de la publicidad registral que presume que es por todos conocido el contenido del Registro respecto del que no se puede alegar ignorancia.

financieras, resultando asimismo harto frecuente que numerosos procedimientos ejecutivos tengan por objeto préstamos hipotecarios que en su momento fueron titulizados²³, planteándose en estos casos, como cuestión antecedente a su admisión a trámite, la determinación de la legitimación activa *ad causam* en los supuestos en que la demanda ejecutiva resulta interpuesta por la entidad crediticia cedente.

Desde la ineludible necesidad de resolver con carácter previo la cuestión procesal suscitada en torno a la determinación de la legitimación activa para instar la ejecución del préstamo hipotecario titulado, por ser materia de orden público, se constata una embrionaria corriente jurisprudencial –mejor judicial, por tratarse de la imprecisamente llamada “jurisprudencia menor”–, en expansión y a mi juicio plenamente atinada, que cuestiona la legitimación pasiva *ad causam* de las entidades bancarias demandantes ejecutivas en procedimientos hipotecarios fundados en créditos de la misma naturaleza que anticipadamente a su ejecución fueron titulizados²⁴.

La cuestión provoca la reapertura del debate –si bien con específicas previsiones– en torno a la constancia tabular de la titularidad del crédito hipotecario en las cesiones de hipotecas, significativamente prolongado a propósito de las estructurales modificaciones bancarias –fusiones y absorciones– últimamente determinadas por la reestructuración de las entidades financieras, y que empieza a resolverse desde el acertado presupuesto de que la titulación implica una cesión crediticia que “supone, de conformidad con la normativa aplicable, que la entidad que concedió el crédito/préstamo deja de ser la acreedora del mismo, a través de su cesión al

23 Resultando, en tales casos, según dispone la normativa específica, que la correspondiente ejecución hipotecaria se funda en activos del Fondo de Titulización integrados de ordinario por participaciones y certificados de transmisión hipotecaria que son títulos semejantes a las participaciones hipotecarias, pero de una condición crediticia menos ventajosa, que permiten asimismo la movilización del crédito hipotecario, siendo igualmente posible hacer partícipe al tercero de la totalidad del riesgo inherente a un determinado préstamo, conservando el emisor la custodia y administración de los créditos y estando obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo, y debiendo abonar al titular del certificado de transmisión hipotecaria el importe que le corresponda en concepto de capital e interés en función de su participación en el crédito y de las condiciones de emisión, incluso en el supuesto de pago anticipado (cfr. art. 26.4 del RD 716/2009, de 24 de abril), resultando asimismo normativamente señalado que el ejercicio de las acciones ejecutivas corresponde al emisor del certificado de transmisión hipotecaria que podrá ser compelido por el titular para ejercitar la acción hipotecaria, pudiendo éste concurrir con el emisor en dicha ejecución en igualdad de derechos y quedando el titular legitimado por subrogación si el emisor no inicia el procedimiento en el plazo de sesenta días hábiles desde la diligencia notarial de requerimiento de pago de la deuda, pudiendo subrogarse en la posición de aquél y continuar el procedimiento en caso de que la causa instada por el emisor se paralice (cfr. arts. 30 y 31 del RD 716/2009, de 24 de abril).

24 Cfr., entre otros, AA del Juzgado nº 8 de Málaga, de 20 de enero de 2015, del Juzgado nº 1 de Fuenlabrada, de 6 de marzo de 2015, del Juzgado nº 6 de Arganda del Rey, de 12 de mayo de 2015, del Juzgado nº 7 de Granollers, de 5 de octubre de 2015, del Juzgado de Instancia nº 2 de Barcelona, de 20 de enero de 2016, del Juzgado nº 4 de Collado Villalba, de 11 de marzo de 2016, y del Juzgado nº 5 de Gijón, de 13 de abril de 2016. A alguna de estas resoluciones, y a alguna otra dictada en el mismo sentido, me iré refiriendo en las siguientes páginas.

fondo de titulización, en los casos de participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipotecas^{25,26} (el subrayado es mío).

2. Justificación de la necesidad de la constancia registral de la titularidad del crédito para instar la ejecución hipotecaria: de las fusiones y absorciones bancarias a la titulización hipotecaria.

En efecto, la cuestión relativa a la constancia registral de la titularidad crediticia hipotecaria en las cesiones de hipotecas en orden a la determinación de la legitimación activa de la entidad ejecutante no constituye una novedad en nuestro ámbito jurisprudencial ni tampoco en el doctrinal, constituyendo materia ampliamente debatida en nuestras Audiencias Provinciales²⁷ y también entre los

- 25 REDONDO TRIGO, F.: "Algunos problemas de la titulización ante los procesos de ejecución hipotecaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 753, 2016, p. 600. En este mismo sentido se manifiesta el Banco de España en la respuesta –no vinculante en términos jurídicos– emitida en fecha 26 de marzo de 2015 ante la consulta planteada por el Letrado D. Óscar Viera, al manifestar, entre otros extremos, lo que sigue: "De conformidad con la Ley 19/1992, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, la titulización de un préstamo supone que la entidad que concedió el mismo deja de ser la acreedora del préstamo, aunque conserve por Ley la titularidad registral y siga manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración..." (subrayado por mí).
- 26 En definitiva, se sostiene que mediante la cesión al Fondo de Titulización del activo constituido por el crédito hipotecario la entidad crediticia cedente ha perdido su legitimación para interponer la demanda ejecutiva. Y desde esta consideración se declara que: "Se significa expresamente a la ejecutante que la misma se ha postulado en la demanda como acreedora, como titular del crédito. De tales manifestaciones se infiere que el mismo no ha sido cedido a ningún Fondo de Titulización Hipotecaria de Activos. Es evidente que, si la cesión hubiera tenido lugar, la promotora del expediente no podría actuar sino como administrador de los créditos cedidos y carecería de la legitimación que pretendió. En consecuencia, se advierte a la acreedora mediante esta resolución que, si resultara no serlo, se declarará la nulidad de lo actuado y de inadmitirá la demanda con efectos ex tunc" (el subrayado es mío) (cfr. SAP de Valencia, Sección 9ª, de 14 de junio de 2005, AAAP de Castellón, Sección 3ª, de 12 de julio –n° 133/2012– y 24 de julio –n° 141/2012– de 2012). En este ámbito destaca el atinado razonamiento jurídico contenido en el Auto del Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Fuenlabrada de 6 de marzo de 2015 que certeramente analiza las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipotecas como genuinas cesiones de créditos hipotecarios con fundamento en los siguientes argumentos o razones: "1ª. Precisamente por la cesión operada, lo único que conserva el titular de la participación es "la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo" (art. 26.3 II inc. RMH 2009; para el CTH, disp. Ad. 1ª 7 RMH 2009). Obsérvese el inciso "en su caso", luego no siempre (como en la titularidad fiduciaria), refiriéndose el caso a la cesión parcial. 2ª. El artículo 15 párr.VI LMH menciona expresamente la cesión: "La parte de créditos cedida en participaciones hipotecarias no se computará dentro de la cifra de capitales en riesgo". En efecto, la salida patrimonial o venta incondicional es requisito indispensable para la desvinculación del riesgo de crédito de los préstamos hipotecarios, permitiendo obtener liquidez a la entidad emisora, aligerando su balance y reduciendo sus requerimientos de recursos propios. Para anotar una baja de activos financieros en el balance del cedente debe verificarse la transferencia efectiva de los derechos contractuales asociados a los activos de la entidad emisora. De forma específica para las entidades financieras, así lo dispone la Circular 4/2004 del Banco de España, norma 23ª: "Baja del balance de los activos financieros". 3ª. Abona la tesis de que el crédito hipotecario sale del patrimonio de la entidad emisora que "en el caso de concurso de la entidad emisora de la participación, el negocio de la emisión de la participación solo será impugnado en los términos del artículo 10 y, en consecuencia, el titular de aquella participación gozará de derecho absoluto de separación (art. 15 últ. LMH). 4ª. Finalmente, esta es la actual interpretación reglamentaria, lo que nos parece decisivo. La disposición adicional Segunda de la LMH efectúa una llamada reglamentaria para que el Gobierno dicte "normas complementarias para el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario". En ellas se nos dice: "Queda definitivamente claro que mediante la emisión de participaciones hipotecarias se produce una verdadera cesión de la parte del crédito hipotecario que se participa. La entidad de crédito que emite las participaciones hipotecarias traslada la totalidad del riesgo de la parte del crédito que se cede. Se aclara, además, que cada uno de los títulos de participación hipotecaria representa una participación en un crédito particular, no en un grupo de créditos" (Preámbulo del RMH 2009, apartado III, párr. IV). Respecto a los certificados de transmisión de hipoteca, se configuran "como una cesión de crédito al igual que las participaciones hipotecarias" (Preámbulo del RMH, apartado V, párr. I med.)".
- 27 En el ámbito jurisprudencial, sintetiza el debate abierto planteado en torno al carácter constitutivo de la inscripción de la cesión de hipoteca en el Registro de la Propiedad el Auto de la AP de Madrid, Sección 25ª, n°

autores. En el ámbito del proceso de reestructuración bancaria la proliferación de supuestos de fusiones o absorciones de entidades crediticias ha venido generando abundantes casos en que se pretende el acceso al Registro de la Propiedad de actos otorgados por las entidades resultantes cuando los inmuebles o derechos sobre los mismos persisten inscritos a nombre de la entidad absorbida y, en el mismo sentido, en numerosas ocasiones la entidad resultante pretende la interposición de la demanda ejecutiva cuando en la escritura de constitución de la hipoteca sigue apareciendo como sujeto activo de la misma la entidad originaria. Y es precisamente al tiempo de examinar la demanda y los documentos que la acompañan cuando el órgano jurisdiccional debe apreciar de oficio los requisitos procesales necesarios en orden a su admisión, entre los que destaca la legitimación de la parte actora (art. 551.1 de la LECiv), fundada en la constancia de la titularidad de su derecho en el Registro de la Propiedad, de tal manera que si por cualquier título hubiera tenido lugar la cesión del crédito hipotecario la misma debe haber sido objeto de inscripción registral, tal y como se desprende de la literalidad del artículo 149 de la Ley Hipotecaria, según redacción dada por la Ley 1/2007, de 7 de diciembre²⁸, toda vez que la sucesión universal entre entidades de crédito inscrita en el Registro Mercantil determinante de la transmisión en bloque del patrimonio de la entidad cedente a la sociedad sucesora, incluso mediando cambio de titularidad en todos los créditos –hipotecarios o no-, no asegura que el ejecutante sin derecho real de hipoteca inscrito sea su titular, pues producida la sucesión universal el crédito hipotecario puede ser objeto de sucesiva transmisión por compraventa u otro negocio jurídico y la tenencia de la escritura de constitución de hipoteca no legitima por sí sola al acreedor hipotecario para el dictado del despacho de ejecución toda vez que el artículo 150 de la Ley Hipotecaria constriñe esta circunstancia a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador. Y por cuanto se refiere a los requisitos establecidos en el artículo 89 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que declara la efectividad de la cesión con la mera inscripción de la misma en el Registro Mercantil, debe precisarse que dicha consecuencia en modo alguno puede reemplazar a la inscripción de la titularidad del concreto crédito en el Registro de la Propiedad, pues el despacho de ejecución habitualmente se pretende en una fase muy posterior a la sucesión verificada y si bien en algunos supuestos de ejecución hipotecaria ambas cualidades pudieran coincidir en el ejecutante, sin duda, tras la reforma del sistema financiero la inseguridad sobre este particular resulta notoria por cuanto que en el momento de despachar ejecución se desconoce la

48/2014, de 14 de febrero de 2014, ofreciendo un amplio resumen de las diversas posiciones defendidas por las Audiencias Provinciales. En el mismo sentido, si bien con precisa referencia a las reestructuraciones bancarias, las distintas posiciones enfrentadas sostenidas por las Audiencias Provinciales resultan expuestas en el Auto de la AP de Madrid, Sección 14ª, nº 337/2014, de 18 de diciembre de 2014.

28 A cuyo tenor: "El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad".

realidad extratabular del crédito que se pretende ejecutar; concurriendo, además, otros argumentos legales para entender que, con carácter general, la acreditación de la titularidad del específico crédito que se ejecuta únicamente se determina mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad a favor del ejecutante, de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 149 y 130 de la Ley Hipotecaria.

Y así proceden ser interpretadas las disposiciones contenidas en los dos primeros apartados del artículo 540 de la LECiv, al establecer que: “1. La ejecución podrá despacharse a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo y frente al que se acredite que es el sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado. 2. Para acreditar la sucesión, a los efectos del apartado anterior, habrán de presentarse al Tribunal los documentos fehacientes en que aquélla conste. Si el Tribunal los considera suficientes a tales efectos, procederá, sin más trámites, a despachar la ejecución a favor o frente a quien resulte ser sucesor en razón de los documentos presentados”. En mi opinión, toda vez que no es posible acreditar fehacientemente la titularidad del crédito hipotecario por medio diverso de la certificación registral de la inscripción de la hipoteca a favor del ejecutante, la carencia de constancia tabular determinaría la inaplicabilidad del apartado tercero del artículo 540 de la LECiv cuya referencia a los documentos que no se consideran suficientes debe entenderse referida a los -precitados- documentos fehacientes²⁹. Ciertamente, tras la modificación del artículo 149 de la Ley Hipotecaria por la Ley 41/2007 un amplio sector doctrinal se manifiesta a favor del carácter constitutivo

29 El artículo 540.3 de la LECiv resulta del tenor siguiente: “Si la sucesión no constara en documentos fehacientes o el Tribunal no los considerare suficientes, de la petición que deduzca el ejecutante mandará que el Secretario Judicial dé traslado a quien conste como ejecutado en el título y a quien se pretenda que es su sucesor y, oídos todos ellos en comparecencia señalada por el Secretario, el Tribunal decidirá lo que proceda sobre la sucesión a lo solos efectos del despacho de la ejecución”.

de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario³⁰, si bien algún autor se expresa defendiendo la posición contraria³¹.

A mi juicio, debe sostenerse el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en el Registro de la Propiedad, y ello básicamente por el propio tenor del artículo 149 de la Ley Hipotecaria tras la modificación producida por la Ley 41/2007, habida cuenta de la incorporada diferenciación entre la cesión del crédito hipotecario y la del derecho real de hipoteca, toda vez que respecto de la primera se dispone que “podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil”, resultando que por cuanto se refiere a la “cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad”. Si bien es cierto que, de mantenerse el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en el Registro de la Propiedad por aplicación de la disposición contenida en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, resulta de difícil inteligencia la previsión contenida en el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril –por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero– que tras declarar –en su Exposición de Motivos, como ya anticipé– que las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipotecas son

30 Cfr., por todos, GARCÍA GARCÍA, J. M. en “Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil”, Navarra, 2010 (31ª ed.), p. 292, al señalar que por cuanto se refiere a la inscripción de la cesión del crédito hipotecario debe entenderse que la misma es constitutiva “pues el artículo 1875 del Código Civil alude a “las formalidades previstas por la Ley”, que indudablemente es la Ley Hipotecaria, con esa doble exigencia para “posibilitar” la cesión del crédito hipotecario, y que respecto a la inscripción sería la inscripción constitutiva prevista en general en el artículo 1875 del Código Civil y en el artículo 145.2 LH”; PARRA LUCÁN, Mª Á.: “Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 711, enero-febrero de 2009, pp. 321 y ss., quien precisa que con la redacción que da al artículo 149 de la LH la Ley 41/2007, “resulta claro ahora que la transmisión del crédito hipotecario no comporta automáticamente la cesión de la hipoteca. Para que el cesionario, nuevo acreedor del crédito, sea también titular de la hipoteca, es preciso que la cesión de la hipoteca se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro. La hipoteca sólo se transmite mediante la inscripción de la cesión en el Registro. Esta exigencia de forma es coherente con el carácter constitutivo que la inscripción tiene cuando se constituye la hipoteca. Igualmente debe ser cuando cambia su titular...”; IGLESIAS GARCÍA-VILLAR, M.: “Inscripción en el Registro de la Propiedad de las cesiones de los créditos hipotecarios: cuestiones polémicas en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria”, *Diario La Ley*, nº 8409, Sección Doctrina, 29 de octubre de 2014; y BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Madrid, 2009, p. 77 y ss., explicando que el artículo 149 de la LH, tras la modificación operada por la Ley 41/2007, “al haber disociado la transmisión del crédito de la transmisión de la hipoteca o, lo que es lo mismo, al haber distinguido entre la cesión del crédito garantizado con hipoteca y la cesión de la titularidad de la hipoteca, somete a aquélla a las reglas de la cesión de créditos establecidas en el artículo 1526 del Código Civil, mientras que la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantiza ese crédito debe hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad”, resultando de ello que “el cesionario, nuevo acreedor del crédito, no será también titular de la hipoteca que garantiza dicho crédito, es decir, no se habrá convertido por la simple perfección del contrato de cesión en el nuevo acreedor hipotecario. Para que esto suceda es requisito imprescindible que la cesión de la titularidad de la hipoteca se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro, tal y como se establece, con carácter imperativo, el nuevo artículo 149.1 LH. Hasta que esto se produzca, el titular registral del derecho real de hipoteca continuará siendo el cedente”.

31 CARRASCO PERERA, Á.: *Tratado de los Derechos de Garantía. Tomo I. Garantías personales. Introducción a las garantías reales. Hipoteca*, Madrid, 2015, 3ª ed., pp. 932 y ss., quien señala que si la pretensión de la reforma operada por la Ley 41/2007 sobre el artículo 149 de la LH “era dotar de carácter constitutivo a la inscripción de la cesión, lo cierto es que esta finalidad ha resultado totalmente frustrada, pues precisamente la aplicación del régimen establecido en el artículo 1526 del Código Civil comporta la transmisión de la hipoteca como accesorio del crédito sea cual sea la forma en que haya tenido lugar la cesión del crédito...”.

auténticas cesiones de créditos, no obstante rechaza la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad de las participaciones hipotecarias a no ser que vayan destinadas a inversores no profesionales (*cf.* art. 29), impidiendo asimismo, pues, el ingreso tabular de los certificados de transmisión de hipotecas toda vez que los mismos únicamente pueden estar destinados a inversores profesionales. Sin duda, la indicada contradicción no es más que el reflejo de la evidente descoordinación existente entre las normas financieras y las hipotecarias en la materia que nos ocupa. Lo que permite concluir, atendido el principio de jerarquía normativa, y frente al contenido de la prevalente disposición legal, la ineficacia de la norma reglamentaria que, además, repercute negativamente en interés del deudor hipotecario que habitualmente desconoce la identidad del titular de la correspondiente participación hipotecaria, lo que le ubica en una innegable posición de indefensión a los efectos de poder interesar la nulidad de actuaciones por falta de legitimación activa en el procedimiento ejecutivo hipotecario que resulta instado por el emisor de las participaciones hipotecarias (cedente del crédito titulizado) y no por el titular de las mismas (Fondo de Titulización), y ello cuando no se ha respetado la previsión en orden a la legitimación a que se refiere el artículo 31 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril. En todo caso, lo esencial es que, en los casos de participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipotecas, la titulización implica que la entidad cedente deja de ser la acreedora del crédito cedido al fondo de titulización y que, en buena aplicación de la normativa vigente, dicha cesión para ser eficaz jurídicamente debiera constar registralmente³², y ello a pesar de la previsión financiera en contra (art. 29 del RD 716/2009, de 24 de abril) que en modo alguno puede desvirtuar la conclusión que permite rechazar la legitimación activa *ad causam* de la entidad originaria que ya no es la acreedora hipotecaria.

3. Consecuencia.

Sentado cuanto antecede, y ante el panorama normativo descrito, una reciente corriente judicial resuelve atinadamente la cuestión de la legitimación activa *ad causam* aplicando la solución de negársela a la entidad crediticia cedente, por entender que la titulización implica una cesión del crédito determinante de que la acreedora originaria pierda tal condición a favor del Fondo de Titulización. A la revisión de esta argumentación, últimamente en expansión, dedico el tramo final de este trabajo.

Y así, por tratarse de una resolución paradigmática, me refiero seguidamente al contenido del Auto del Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Fuenlabrada de 6 de marzo de 2015 que aborda la materia relativa a la legitimación activa en la ejecución

32 Sin que a tal efecto resulte oponible la circunstancia de que el Fondo de Titulización carece de personalidad jurídica, toda vez que el artículo 16.3 de la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial, permite la inscripción registral del dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización y, por otra parte, y además, en todo caso la Sociedad Gestora de los Fondos de Titulización sí que tiene atribuida personalidad jurídica.

hipotecaria cuando concurre emisión de participaciones hipotecarias, cuestionando la legitimación procesal para instar la ejecución hipotecaria en aquellos supuestos en los que el crédito hipotecario originario ha sido cedido a un tercero (Fondo de Titulización). En el supuesto de hecho considerado se resuelve la oposición planteada por una persona física frente al despacho de ejecución decretado contra los deudores hipotecarios y fiadores al objeto de proseguir la ejecución conforme a las normas ordinarias aplicables, en la que se alegaba, entre otros motivos, la circunstancia de que la entidad ejecutante había cedido el crédito en cuestión a un Fondo de Titulización Hipotecaria que habría adquirido el inmueble a un precio inferior al remate, planteándose defecto de legitimación de la ejecutante por corresponder la misma, en su caso, al Fondo. Por su parte, la entidad ejecutante, en su escrito de impugnación a la oposición planteada de contrario, defendía su legitimación activa fundada en el encargo de la propia cesionaria con poderes concedidos al efecto. En sus razonamientos jurídicos el Auto ahora considerado declara que quien ha transmitido un derecho carece de disposición sobre el mismo y no puede constituirse en accionante para defender aquello de lo que se ha desprendido y sobre lo que ninguna disposición tiene. En consecuencia, planteada la legitimación como una cuestión preliminar sobre el fondo de la controversia en relación con la acción ejercitada que corresponde a favor de quien acude a la jurisdicción en virtud del derecho que le compete, se niega a la ejecutante –otorgante del crédito hipotecario- el derecho al ejercicio de la acción por haberlo transmitido a un tercero, interpretando que acción y derecho son inseparables y declarando que aunque la denominada “legitimación por sustitución” está procesalmente admitida por la Ley en determinados supuestos, no resulta aplicable en el supuesto de una cesión de crédito hipotecario, toda vez que la representación legal del Fondo de Titulización Hipotecaria corresponde a su Sociedad Gestora al tratarse aquél de un ente sin personalidad jurídica, por lo que debe comparecer en juicio por medio de las personas que ejerzan dicha representación. Por consiguiente, se concluye que el Fondo de Titulización Hipotecaria es el único legitimado en el caso de adquisición total del crédito, pues dicha cesión integral comporta que la legitimación ordinaria para las acciones que se derivan de la titularidad del crédito hipotecario corresponde al Fondo, resultando que la entidad emisora (titular original) sólo es una cedente sin legitimación, salvo que la normativa le otorgara una legitimación extraordinaria, y esta conclusión, fundada en el principio de legalidad procesal, prevalece sobre los pactos que en esta materia pudieran existir entre la entidad emisora y el Fondo de Titulización Hipotecaria. Desde la anterior consideración, y atendida la circunstancia de que el Fondo cesionario no se personó en el proceso invocando la legitimación derivada por sustitución extraprosesal con carácter previo a la demanda de ejecución, interesando por sí mismo la prosecución de la ejecución con fundamento en la previsión contenida en el artículo 540 de la LECiv, se concluye que no concurre el supuesto de sustitución procesal por transmisión del objeto a que se refiere el artículo 17 de la Ley Procesal ni tampoco nos hallamos ante un supuesto de intervención voluntaria en un proceso válidamente incoado por

la entidad emisora. En definitiva, puesto que la falta de legitimación —a diferencia del defecto de representación, voluntaria o legal— es insubsanable y el defecto de dicho presupuesto debe ser apreciado de oficio por el órgano jurisdiccional es por lo que, al tratarse de un defecto procesal esencial, procede dictar auto dejando sin efecto la ejecución despachada, si bien el Fondo de Titulización Hipotecaria, como parte legitimada, podrá presentar, si a su derecho conviniere, a través de su Sociedad Gestora, una nueva demanda ejecutiva complementaria de conformidad con las normas ordinarias aplicables a toda ejecución³³.

Participando de la conclusión alcanzada, con fundamento en semejantes argumentos se manifiestan, entre otras resoluciones, los Autos del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Barcelona de 20 de enero de 2016³⁴, del Juzgado de Primera Instancia n° 5 de Gijón de 13 de abril de 2016³⁵, del Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Benidorm de 10 de junio de 2016³⁶, del Juzgado de Primera Instancia

33 Y así, a modo de conclusión, el apartado E) del FJco 3° declara “que en supuestos, como el presente, en los que la participación del partícipe en el préstamo hipotecario es total, la entidad emisora de la participación hipotecaria carece de legitimación para instar el despacho de la ejecución complementaria (art. 579.1 LEC)”, lo que “prevalece sobre los pactos que en esta materia pudieran existir entre la entidad emisora y el Fondo partícipe, por el principio de legalidad procesal (art. 1 LEC)”, lo que acontece “con independencia de que ni siquiera el modo de ejercicio por la ejecutante de la acción hipotecaria y las personales complementarias se ajusta a la legislación especial, porque no acredita la compulsión del Fondo a la ejecución. La comparecencia de la ejecutante se arregla a la escritura de constitución del Fondo, por la que se otorga un poder... contra los deudores hipotecarios. En el presente proceso y en la ejecución hipotecaria antecedente, la ejecutante se ha presentado actuando en nombre propio (hasta el punto de aparentar una cesión de la adjudicación al verdadero dueño del crédito y beneficiario de la garantía (según la tesis de la participación hipotecaria como cesión), con lo que la entidad emisora se ha extralimitado del ámbito de su apoderamiento”.

34 Auto n° 24/2016, del JPI n° 2 de Barcelona, de 20 de enero de 2016. En esta resolución, en la que supuestamente se produce una cesión total del crédito hipotecario, se significa que por la entidad cedente —ejecutante— no consta aportada documentación alguna al respecto “a cuyo alcance estaba, desconociéndose del todo la naturaleza, condiciones, plazo y partes de la operación realizada en la citada fecha en relación con el préstamo de autos, no constando tampoco el acceso al Registro en su caso de dicha hipotética participación hipotecaria”, advirtiéndose igualmente que, “de haber existido una cesión o transmisión del préstamo garantizado ..., concurriría la falta de legitimación activa alegada por los ejecutados en la entidad cedente del crédito al no ser éste titularidad de la misma en el momento de ejecución de la hipoteca que lo garantizaba”, toda vez que, “siendo que el procedimiento de ejecución hipotecaria está encaminado a obtener la satisfacción de la deuda garantizada con hipoteca (artículo 861 de la LEC), dicho derecho real no es independiente sino accesorio o vinculado al crédito que garantiza, exigiendo de hecho el artículo 685.2° de la LEC la aportación precisamente del título del crédito...”, y “de haberse producido la meritada cesión del préstamo hipotecario en su día suscrito..., la ejecutante habría perdido su condición de titular acreedor del préstamo y, con ello, también las acciones destinadas a su ejecución, incluida la hipotecaria ...” (FJco 2°).

35 Auto 67/2016, del JPI n° 5 de Gijón, de 13 de abril de 2016. En el que, en el contexto de una cesión total, se concluye la falta de legitimación activa de la ejecutante, toda vez que “al haberse producido una cesión a tercero del préstamo hipotecario en su día suscrito por los ejecutados ..., la ahora ejecutante habría perdido su condición de titular acreedor del préstamo y, con ello, también las acciones destinadas a su restitución, incluida la hipotecaria” (FJco 3°), significando, además, ser ésta la tesis mantenida por el Banco de España, por lo que “se debe apreciar falta de legitimación activa por no ostentar ... la condición de parte legítima conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” (FJco 3°).

36 Auto 221/2016, del JPI n° 1 de Benidorm, de 10 de junio de 2016. En este Auto se declara que: “En la cesión total de los derechos de crédito, en su caso, la legitimación ordinaria para las acciones que derivan del crédito hipotecario correspondería al partícipe, no teniendo legitimación la entidad emisora, que es la ejecutante en el presente procedimiento. La entidad emisora no ha cedido a un tercero una parte o participación de sus derechos hipotecarios, sino que se agrupan en varios préstamos hipotecarios, y se ceden en su totalidad a un Fondo de Titulización de Activos, por lo que no se puede aplicar el art. 15 de la Ley de Mercado Hipotecario, ni el art. 16 y 65.3 RD 685/82, que solamente tendrían sentido cuando se cediera una porción de derechos de créditos, y que en todo caso se debería repartir conforme cada participación la parte que le pudiera corresponder al partícipe y al cedente”, de tal manera que, al haberse producido una cesión del préstamo hipotecario a un tercero, la ahora ejecutante habría perdido su condición de titular acreedor del préstamo,

e Instrucción nº 2 de Moncada de 15 de junio de 2016³⁷, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Villajoyosa de 11 de julio de 2016³⁸, y del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Herrera del Duque de 6 de julio de 2016³⁹.

Por su parte, en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Barcelona de 3 de mayo de 2016, si bien se declara que desde que se produjo la cesión el titular del crédito es el Fondo de Titulización, no se le niega la legitimación a la entidad cedente ejecutante que, además de seguir apareciendo como titular registral del crédito, ha actuado como custodia, administradora y gestora del crédito, estando por ello obligada a realizar todos los actos necesarios para su efectividad⁴⁰.

Para concluir, debe señalarse que, contrariamente a las resoluciones precitadas, partiendo de la premisa de que la titulización no supone venta ni cesión del crédito, mantiene una posición favorable al reconocimiento de la legitimación activa a favor de la entidad cedente ejecutante el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª, de 17 de septiembre de 2015⁴¹. El mismo criterio sostiene el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19ª, de 3 de marzo de 2016⁴². Por

y con ello, también las acciones destinadas a su restitución, incluida la hipotecaria. A tenor del art. 149 LH el crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte conforme el art. 1526 Cc, subrogándose el cesionario en todos los derechos del cedente. Por su parte, el art. 1528 Cc expone que la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorio, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio" (FJco 1º).

- 37 Auto nº 129/2016, del JPI nº 2 de Moncada, de 15 de junio de 2016. Por considerar que, partiendo de la existencia de una cesión de créditos determinada por la titulización "a la luz del derecho positivo sólo está legitimado para ejercer acción ejecutoria el titular del préstamo de garantía hipotecaria y no siendo el ejecutante procede estimar la excepción planteada por la ejecutada" (FJco 1º).
- 38 Auto 339/2016, del JPI nº 2 de Villajoyosa, de 11 de julio de 2016. En esta resolución, que resuelve un supuesto de hecho en el que ya había recaído dictado del despacho de ejecución, acreditada la cesión de créditos determinada por la titulización, se concluye que "el despacho de ejecución a favor de quien no ostenta la condición de parte legitimada debe considerarse nulo por no haberse seguido las normas esenciales del procedimiento al faltar uno de los requisitos fundamentales de la acción ejercitada, como es que la entidad demandante no era titular del crédito que pretendía ejecutar (causa de nulidad del art. 225.3º)" (FJco 3º).
- 39 Auto 54/2016, del JPI nº 1 de Herrera del Duque, de 6 de julio de 2016. El Auto aprecia la falta de legitimación activa de la entidad ejecutante, toda vez que "la escritura revela que la transmisión del préstamo ha sido del 100% por lo que nos encontramos ante un supuesto de cesión total del crédito en el que el cedente ha perdido toda su legitimación quedando como único legitimado ordinario el cesionario" (FJco 2º).
- 40 Sentencia nº 88/2016, del JPI nº 54 de Barcelona, de 3 de mayo de 2016. Así, se concluye que desde la fecha de la titulización del crédito hipotecario el titular del mismo fue el Fondo de Titulización en virtud de la cesión efectuada, si bien la ejecutante mantuvo la titularidad registral y la custodia, administración y gestión del crédito como emisor del mismo estando obligada por ello a realizar todos los actos necesarios para su efectividad y buen fin, siendo, además, la única suscriptora de los bonos emitidos por el Fondo (FJco 6º).
- 41 En esta resolución se declara lo siguiente: "La Sala ante la falta de prueba del hecho y que en la certificación registral de la hipoteca aparece como acreedora la ejecutante ... no entra ni siquiera a analizar el motivo. Simplemente constata que, en efecto, de acuerdo con la normativa señalada, no hay venta ni cesión de los créditos sino simplemente una forma de titulización para colocar esos activos en el mercado hipotecario y obtener financiación, con el beneficio añadido para la entidad financiera, en alguna de las modalidades, de sacarlos de balance (art. 1 de la Ley 1/1982 y 20 RD 716/2009). En suma, el acreedor mantiene la titularidad (art. 26.3 DR 716/2009) y ... está legitimada activamente".
- 42 Resolución que precisa el argumento precedentemente expuesto en el Auto de la Sección 1ª de la AP de Tarragona de 17 de septiembre de 2015, declarando que la ejecutante mantiene la titularidad "por cuanto el art. 26.3 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, señala que: "El emisor conserva la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo y vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo". Además, el ejercicio de acción hipotecaria le corresponde al emisor ... conforme a lo

su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 12 de abril de 2016, concluye que la cedente ostenta legitimación activa para el ejercicio de la acción hipotecaria toda vez que el Fondo de Titulización de Activos cesionario “no ostenta legitimación por carecer por completo de personalidad y por ende capacidad para ser parte conforme al artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no estando incluido ni en el supuesto del apartado 4º de tal precepto legal (pues la carencia de titular no es transitoria) ni en el caso del artículo 5 pues la ley no le reconoce capacidad para ser parte, sino todo lo contrario, le niega de forma clara y rotunda toda capacidad, por así fijarlo el artículo 1 del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, regulador precisamente de los Fondos de Titulización de Activos aplicable por razones temporales”, y que “la Sociedad Gestora ... no tiene otorgado por ley, tampoco en la escritura de constitución del Fondo..., la facultad de entablar las acciones correspondientes para reclamar frente a los deudores de los préstamos hipotecarios, pues no tiene asignada la gestión ni la administración de los préstamos hipotecarios objeto de certificación ...”, resultando que la “entidad prestamista tiene por ley (también por contrato en el caso presente) otorgada la administración y gestión de los préstamos hipotecarios objeto de certificación de transmisión; pues el artículo 2-2 apartado b-último párrafo del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, fija: “En cualquier caso, el cedente conservará la administración y cesión del crédito cedido, salvo pacto en contrario”. Es más, al momento de constituirse este Fondo ..., y dada esa redacción legal, no se dispuso nada en contrario a la norma legal general, al contrario, reforzaron tal encomienda a la entidad bancaria, más si cabe, al facultarle para la reclamación ejecutiva de los préstamos hipotecarios por impago de los deudores” (F. Jco 3º)⁴³.

prevenido por los artículos 30.1 y 31 a) de la mencionada norma legal”. A la misma conclusión llega el Auto del JPI nº 26 de Barcelona de 7 de junio de 2016 que, partiendo de la consideración de que el procedimiento de ejecución hipotecaria se encuentra basado en la legitimación registral y en los pronunciamientos de los asientos del Registro de la Propiedad, que permiten presumir que el derecho de hipoteca pertenece a su titular, el acreedor hipotecario, en la forma que resulta del Registro, presunción no desvirtuada en la causa enjuiciada, por cuya virtud la legitimación procesal ordinaria para la ejecución hipotecaria corresponde a la entidad bancaria emisora de las participaciones hipotecarias –salvo concurrencia de las circunstancias que determinarían la legitimación subsidiaria por subrogación del titular de la participación hipotecaria por la cuantía de su respectiva participación- por aplicación de los principios de legalidad y especialidad hay que atenerse a la normativa especial vigente frente a las disposiciones de carácter general u ordinarias y, sin discutir que la participación hipotecaria conlleva una cesión, total o parcial, del crédito, concluir que el legislador no ha optado por la transmisión del crédito hipotecario a través de un contrato de cesión ordinaria sino que la operación se vehiculiza a través de un título intermedio –las participaciones hipotecarias o los certificados de transmisión hipotecaria- que determina una doble titularidad de un determinado crédito hipotecario de la entidad emisora y, además, que representa los derechos del partícipe frente a dicha entidad, en definitiva, una doble titularidad determinante de una cotitularidad en régimen especial respecto del crédito hipotecario participado y un derecho de crédito específico frente al banco emisor, régimen especial de cotitularidad no sujeto al Código Civil sino al previsto en la normativa especial conforme al cual el banco puede ser o no cotitular de una parte del crédito pero, en todo caso, conserva facultades/funciones de administración y custodia del mismo y en su virtud vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del crédito conservando, por disposición legal, la titularidad registral y por ello la legitimación como acreedor hipotecario para ejecutarlo y únicamente en el caso de impago de las participaciones por impago del crédito participado y –concurrente- inactividad ejecutiva del banco tendrá legitimación por subrogación el titular de la participación que podrá concurrir, en igualdad de derechos, con el acreedor hipotecario en la ejecución que se siga contra el deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación.

43 Auto nº 516/2016, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 12 de abril de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Caruana Font de Mora.

BIBLIOGRAFÍA

ARNAL MARTÍNEZ, J. y BRAVO ÁLVAREZ, A. J.: "Un breve estudio de la Ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial", *Boletín Económico del ICE, Información Comercial española*, núm. 3067, del 1 al 30 de septiembre de 2015, pp. 29-38.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Madrid, 2009.

CARRASCO PERERA, Á.:

- *Tratado de los Derechos de Garantía. Tomo I. Garantías personales. Introducción a las garantías reales. Hipoteca*, Madrid, 2015, 3ª ed.

- "No es una práctica comercial abusiva la no puesta en conocimiento del deudor hipotecario de la cesión de la hipoteca", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, marzo de 2016 (en tres páginas).

CATARINEU, E. y PÉREZ, D.: "La titulación de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial", *Estabilidad Financiera*, núm. 14, 2008 (en 36 páginas).

GARCÍA-OCHOA MAYOR, D. y EGUÍA, J. M.: "Una aproximación al futuro régimen de las titulaciones en la Unión Europea: análisis de la opinión del BCE", *Diario La Ley*, nº 8849, Sección Tribuna, 24 de Octubre de 2016.

GARCÍA GARCÍA, J. M. en "Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil", Navarra, 2010 (31ª ed.).

IGLESIAS GARCÍA-VILLAR, M.: "Inscripción en el Registro de la Propiedad de las cesiones de los créditos hipotecarios: cuestiones polémicas en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria", *Diario La Ley*, nº 8409, Sección Doctrina, 29 de octubre de 2014.

PARRA LUCÁN, Mª. Á.: "Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 711, enero-febrero de 2009, pp. 261-349.

REDONDO TRIGO, F.: “Algunos problemas de la titulación ante los procesos de ejecución hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 753, 2016, pp. 599-619.

RODRÍGUEZ BOIX, F.: “La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, en www.notariosyregistradores.com.

ROMERO REY, M. Á.: “El régimen jurídico de la titulación de activos; referencia especial al deporte”, *Revista Jurídica de deporte y entretenimiento; deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, n° 12, 2004, pp. 189-216.



**PRESUNCIONES DE COTITULARIDAD Y DE DONACIÓN
ENTRE CÓNYUGES CASADOS EN RÉGIMEN DE SEPARACIÓN EN
CASO DE CONCURSO DE UNO DE ELLOS. LEY CONCURSAL Y
DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS ISLAS BALEARES**

**PRESUMPTIONS OF CO-OWNERSHIP AND DONATION
BETWEEN MARRIED SPOUSES ON SEPARATION BASIS IN CASE
OF BANKRUPTCY FROM ONE OF THEM. INSOLVENCY LAW AND
CIVIL LAW OF THE BALEARIC ISLANDS**

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 170-191



Petra M.
THOMÀS PUIG

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de abril de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: Para determinar la masa activa del concurso de persona casada en régimen de separación hay que analizar la presunción de la donación al cónyuge de la totalidad de la contraprestación procedente del patrimonio del concursado, la presunción de donación de la mitad de la contraprestación cuando no puede probarse la procedencia de la misma y la presunción de cotitularidad por mitades indivisas entre otros aspectos como la atribución preferente de la vivienda familiar, el derecho de alimentos, las cuentas indistintas, los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia y la reintegración a la masa.

PALABRAS CLAVE: Masa activa del concurso; concurso de persona física y régimen matrimonial; separación de bienes de los cónyuges y concurso.

ABSTRACT: To determine the active mass of the married person in a separation scheme, the presumption of the donation to the spouse of the entire consideration from the assets of the bankrupt must be analyzed, the presumption of donation of half the consideration when it can not be proved the origin of the same and the presumption of co-ownership by undivided halves, among other aspects, such as the preferential allocation of family housing, the right to food, indistinct accounts, assets acquired with a pact of survival and reintegration into the mass.

KEY WORDS: Active mass of the bankruptcy; individual bankruptcy and matrimonial regime; separation of assets of the spouses and bankruptcy.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Presunción de donaciones entre cónyuges en caso de concurso.- I. Presunción de donación de la totalidad de la contraprestación procedente del patrimonio del concursado.- 2. Presunción de donación de la mitad de la contraprestación cuando no puede probarse la procedencia de la misma.- III. Presunción de cotitularidad por mitades indivisas del ajuar doméstico. Atribución preferente sobre la vivienda familiar. Alimentos y concurso.- I. Presunción de cotitularidad por mitades indivisas del ajuar doméstico.- 2. Atribución preferente de la vivienda familiar.- 3. Alimentos y concurso.- IV. Cuentas indistintas.- V. Bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia y concurso.- VI. Reintegración a la masa activa del concurso.

I. INTRODUCCIÓN.

Teniendo en cuenta la Ley Concursal estatal española y la existencia de regímenes económicos matrimoniales territoriales de separación de bienes y la presunción de donaciones entre cónyuges en caso de concurso, para determinar la masa activa del concurso de persona casada en régimen de separación¹ hay que analizar la presunción de la donación de la totalidad de la contraprestación procedente del patrimonio del concursado, la presunción de donación de la mitad de la contraprestación cuando no puede probarse la procedencia de la misma y la presunción de cotitularidad por mitades indivisas entre otros aspectos.

II. PRESUNCIÓN DE DONACIONES ENTRE CÓNYUGES EN CASO DE CONCURSO.

I. Presunción de la donación de la totalidad de la contraprestación procedente del patrimonio del concursado.

Si se declara el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, en caso de adquisición onerosa de un bien por el cónyuge del concursado, se presume (en beneficio de la masa activa del concurso), salvo prueba en contra,

¹ Vid. THOMÁS PUIG, P. M.: "Determinación de la masa activa del concurso de persona casada. Ley concursal y derecho civil propio de las Islas Baleares" (artículo enviado para su publicación en la Revista *Actualidad Jurídica Iberoamericana*).

• Petra M. Thomàs Puig

Prof. C. Dra. de Derecho Mercantil de la Universidad de las Islas Baleares (acr. titular de universidad). Licenciada en Derecho, Especialista Universitaria en Criminología, Especialista en Derecho de la Informática y nuevas tecnologías y Doctora en Derecho por la Universidad de las Islas Baleares. Ha sido profesora en el Departamento de Derecho Público (UIB) y abogada. Desde el curso académico 2006-2007 es profesora de Derecho Mercantil (UIB) a tiempo completo en diversos grados, licenciaturas y máster. Ha sido directora del Máster en Derecho Concursal y Reestructuración Empresarial, del Máster en Derecho de Sociedades y del Máster de Abogacía. Ha participado en proyectos de investigación de derecho internacional uniforme, derecho de sociedades, derecho concursal y derecho deportivo y es autora de numerosas publicaciones especialmente en los ámbitos societario y concursal. Correo electrónico: petra.thomas@uib.es.

que el concursado donó a su cónyuge la contraprestación que este satisfizo si esta contraprestación procede del patrimonio del concursado (y esto está suficientemente acreditado o pueden los acreedores probar que los medios utilizados para la adquisición proceden del patrimonio del cónyuge concursado)².

Por tanto, los requisitos de esta presunción son:

a. Adquisición de bienes a título oneroso por el cónyuge del concursado (en el periodo sospechoso de los dos años anteriores a la declaración del concurso previsto para el ejercicio de las acciones de reintegración)³; y

b. Que la contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado para la adquisición de bienes a título oneroso proceda del patrimonio del concursado⁴.

Y, en consecuencia, no se aplica:

a) Si el cónyuge no concursado prueba que realizó la adquisición a título gratuito (por ejemplo, donación de un tercero).

b) Si el cónyuge del concursado prueba que, si bien la adquisición fue onerosa, los fondos no procedían del patrimonio del concursado.

c) Si el cónyuge del concursado acredita que, en el momento de la adquisición, estaba separado del concursado o que la adquisición era previa al matrimonio⁵.

2 Dificultad probatoria: pago realizado directamente por el concursado, cargo realizado de una cuenta del concursado en una entidad de crédito...

3 Esta es la interpretación más razonable desde un punto de vista concursal integrando el art. 78.1, 1.ª parte LC con el art. 71.1 LC. Si bien, como ya hemos dicho anteriormente, podría parecer, al no establecerse plazo, que quedan afectadas todas las adquisiciones onerosas realizadas por el cónyuge del concursado durante el matrimonio (o vigencia del régimen económico matrimonial) con independencia de la proximidad temporal de dichas adquisiciones a la declaración del concurso y, para limitar el ámbito temporal de la presunción, cabría también entender que debe haberse realizado la adquisición, por aplicación del último inciso del art. 78.1 LC para la segunda presunción, en el plazo del año anterior a la declaración de concurso (sin perjuicio de que las anteriores sean rescindibles por la vía del art. 71.2 LC si se han realizado en los dos años anteriores o por las demás de impugnación por remisión del art. 71 LC a la normativa civil (cuatro años)).⁷²ació els objectes de valor ext

4 Cabe enervar la presunción de donación si se demuestra que la contraprestación procedente del patrimonio del concursado fue recibida por el cónyuge no a título de donación, sino por otro concepto distinto (por ejemplo, préstamo devuelto, pago de una deuda vencida...).

5 También escapan del ámbito de aplicación de la presunción del art. 232-3.1 in fine CCCat, "(...) las adquisiciones previas a la celebración del matrimonio siendo así que el pago se efectúa una vez contraído y con bienes o dinero procedentes del patrimonio de quien ya es cónyuge del adquirente. En caso de adquisición constante matrimonio y, no obstante, de pago previo al vínculo, la no aplicación de la presunción podría explicarse porque al tiempo del pago la contraprestación no fue satisfecha con bienes o dinero "del otro cónyuge". Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 14a, 4.11.2003 (JUR 2004\4484). El litigio trae causa de la adquisición de un negocio de farmacia, puesto a nombre de la mujer pero costeado por ésta y por su pareja. Descartada la aplicación del art. 39 CFCat porque la situación se produjo antes del matrimonio, se descarta de igual modo el recurso al expediente de la subrogación real a fin de justificar la cotitularidad del negocio, mas "sin perjuicio de los derechos de crédito que pudieran existir". Vid. ARNAU RAVENTÓS, L.: "Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación", *InDret*, núm. 4/2011, p. 12. C RRATO, E. ADRID, 2008RSAL", EN II

d) Si está demostrado que la adquisición fue onerosa con fondos procedentes del patrimonio del concursado⁶, a pesar de la presunción de gratuidad, el cónyuge del concursado podrá probar que no hubo donación del concursado (si, p. ej., el dinero se concedió a título de préstamo o por cualquier otra causa *no donandi*).

e) No se puede presumir la donación entre cónyuges si el bien lo ha adquirido el cónyuge concursado⁷. Si está suficientemente probado que el acto dispositivo a título gratuito a favor del cónyuge del concursado lo hizo el propio concursado, se presume *iuris et de iure* el perjuicio patrimonial (si se realizó en los dos años anteriores a la declaración del concurso). Pero, si se trata de una adquisición conjunta del concursado y su cónyuge (ya sea probada o en los casos en los que no se puede acreditar cuál de los dos cónyuges fue el adquirente) sí que también podría aplicarse el art. 78.I LC si se dan los presupuestos para ello. Si se presume, salvo prueba en contra, que el concursado donó a su cónyuge la totalidad de la contraprestación satisfecha por éste y el bien se ha adquirido conjuntamente, la presunción afectaría a la parte del cónyuge concursado, es decir, a la mitad de la contraprestación satisfecha.

f) No se puede presumir la donación entre cónyuges, obviamente, si el bien lo ha adquirido un tercero.

g) El transmitente debe ser un tercero ya que, si quien transmite el bien al cónyuge no concursado es el concursado, no entra en juego el art. 78.I LC ya que se trataría de un acto dispositivo a título oneroso realizado por el deudor a favor de

6 "A propósito del pago o cumplimiento con bienes o dinero del cónyuge no-adquirente, la literalidad del art. 232-3.I CCCat sugiere preguntarse por quién y qué se pagó. En relación a lo primero, el "se pagó" da cabida tanto al pago satisfecho por el propio cónyuge-adquirente (supuesto en el que, probablemente, está pensando la norma), como al realizado por el no adquirente. Se recurre también a la forma impersonal en el art. 231-12 CCCat; por el contrario, el art. 78.I LC exige que el pago se haya satisfecho por el cónyuge del deudor. En este segundo caso, el juego de la presunción permitiría concebir el supuesto como de pago por tercero o de deuda ajena con ánimo extintivo de la obligación (descartándose así la vía del art. 1210 CC) y con *animus donandi* respecto de su cónyuge (cerrándose también la de repetición del art. 1158, párrafo. 2º; art. 1894, párrafo. 1º, in fine Cc y art. 237-11.I in fine CCCat). Ello regiría con independencia de que, tratándose de una adquisición onerosa realizada a fin de satisfacer necesidades familiares, el cónyuge no-adquirente asumiera legalmente, y frente al acreedor, una responsabilidad solidaria (art. 231-8 CCCat). Esto último simplemente implicaría que se le podría exigir la deuda pese a no haber participado en el contrato ni, en consecuencia, haber adquirido la condición de deudor. De ahí que, de satisfacerse, el pago lo habría sido también de deuda ajena". Vid. ARNAU RAVENTÓS, L.: "Adquisiciones onerosas...", cit., p. 7. 72ació els objectes de valor ext

7 En relación con el art. 232-3.I CCCat, si bien la literalidad del precepto no lo descarta, "(...) no parece que el precepto resulte aplicable a las adquisiciones procedentes del propio cónyuge financiador. La estrategia (esto es: que uno de ellos facilite al otro los fondos con los que satisfacer después al primero el precio por la adquisición de un bien), no parece que pueda tener mucho sentido. Sí, en cambio, frente a terceros: puede devenir un mecanismo a fin de que las acciones de impugnación de la donación afecten al precio (que es lo que se entenderá donado; así, en el art. 231-12.I a CCCat) pero no al bien. Por cierto que en el contexto de este último precepto, cabe reproducir la cuestión apuntada a propósito de las atribuciones patrimoniales entre cónyuges realizadas al margen de toda adquisición procedente de tercero. En tanto la presunción de donación prevista en el art. 12 CF permitía ser aplicada a los supuestos de adquisición onerosa procedente del cónyuge concursado, en el contexto del art. 231-12.I CCCat el caso parece ignorarse. De estimarse que no rige entonces aquella presunción legal, se aboca a los acreedores a interponer la correspondiente acción declarativa de donación (así, si lo que acontece es que, sin causa acreditada, la titularidad del bien consta ahora a favor del no deudor) o, en su caso, de simulación de la causa onerosa (dándose entrada, en este caso, al art. 231-11 in fine CCCat)". Vid. ARNAU RAVENTÓS, L.: "Adquisiciones onerosas...", cit., p. 17. 72ació els objectes de valor extC RRATO, E.ADRID, 2008RSAL", en II C RRATO, E.ADRID, 2008RSAL", en II

persona especialmente relacionada con el concursado (art. 71.3.1º. LC en relación con el art. 93.1.1º. LC).

2. Presunción de donación de la mitad de la contraprestación cuando no puede probarse la procedencia de la misma.

La segunda presunción del art. 78.1 LC entrará en juego en los casos en los que no pueda probarse la procedencia de la contraprestación y, en tal caso, se considera, salvo prueba en contra, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que esta adquisición se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso. Los requisitos de esta segunda presunción son:

a. Adquisición de bienes a título oneroso por el cónyuge del concursado. Las dos presunciones del art. 78.1 LC parten de una adquisición a título oneroso por parte del cónyuge no concursado que debe ser probada por los acreedores; si el bien ha sido donado por el concursado, lo que procede es la rescisoria;

b. Que no se acredite⁸ la procedencia de la contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado para la adquisición de bienes a título oneroso; y

c. Que la adquisición de los bienes a título oneroso se haya realizado en el año anterior a la declaración del concurso⁹ y, aunque el precepto no lo diga expresamente, con posterioridad a la celebración del matrimonio. Por ello, si el cónyuge no concursado quiere desvirtuar esta segunda presunción puede alegar (además de lo indicado para la primera) que la adquisición del bien se realizó antes del año señalado en el artículo 78 LC, a contar desde la declaración de concurso.

En este segundo supuesto del art. 78.1 LC se presume, pues, salvo prueba en contra (a no ser que el cónyuge del concursado plantee una duda razonable sobre la procedencia de los fondos que sirva para desvirtuar la presunción), que el concursado donó a su cónyuge la mitad de la contraprestación satisfecha por éste, de modo que, al menos, la mitad del bien formará parte de la masa activa del concurso. En caso de adquisición conjunta por ambos cónyuges, la presunción afectará a la parte del cónyuge concursado, que deberá dividirse en dos partes, de las que a sólo una alcanza la presunción¹⁰. Hay que señalar que el art. 231-12.2 CCCat, en el caso que no pueda acreditarse la procedencia de la contraprestación,

8 En la práctica, esta segunda presunción será la que más funcionará pues bastará alegar un hecho que suscite en el juez del concurso la mínima duda, para que pueda aplicarse.

9 Probablemente se recogió el plazo que establecía el art. 1.442 CC (“un año anterior a la declaración o en el periodo a que alcance la retroacción de la quiebra”). Sin embargo, por la finalidad de reintegración concursal de la norma, hubiera sido preferible que el plazo fuera el de dos años (arts. 71-73 LC).

10 Vid., en este mismo sentido, en un análisis exhaustivo de la doble presunción del art. 78.1 LC, LINACERO DE LA FUENTE, M.: “La doble presunción de donación de persona casada en régimen de separación de bienes”, *Foro, Nueva época*, 2009, núm. 15º, pp. 125-144.

dispone que la presunción de donación por mitad, como ya hemos comentado, se destruye si se acredita que, en el momento de la adquisición, el adquirente tenía ingresos o recursos suficientes para efectuarla¹¹.

III. PRESUNCIÓN DE COTITULARIDAD POR MITADES INDIVISAS DEL AJUAR DOMÉSTICO. ATRIBUCIÓN PREFERENTE SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR, ALIMENTOS Y CONCURSO.

I. Presunción de cotitularidad por mitades indivisas del ajuar doméstico¹².

El art. 3 CDCB 1990¹³ establece que, "(...) salvo prueba en contrario, se presumirá que pertenecen a los cónyuges, por mitad, los bienes integrantes del ajuar doméstico, no entendiéndose comprendidos en la presunción las joyas y objetos artísticos e históricos de considerable valor. Al fallecimiento de uno de los cónyuges, corresponderán aquéllos en propiedad al sobreviviente, sin computárselos en su haber".

También en el CCCat¹⁴, los bienes muebles de uso familiar adquiridos onerosamente durante el matrimonio, se presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades indivisas (sin que la presunción se desvirtúe por la prueba de la titularidad formal)¹⁵.

En el art. 39 APLRPM IB 2013, en su párrafo 2, se establecía, en la misma línea, que los bienes muebles de uso familiar adquiridos durante el matrimonio de forma

11 En el CFCat se recogía una sola presunción general de donación sin distinguir los casos en los que no se pudiera acreditar la procedencia de la contraprestación que se desvirtuaba si el cónyuge adquirente podía acreditar que disponía de ingresos o recursos suficientes para efectuar la adquisición.

12 Según el art. 14 APLRPM IB 2013: "2. El parament familiar comprèn els mobles, els estris, la roba i altres béns d'ús ordinari de l'habitatge familiar. No tenen aquesta consideració els objectes de valor extraordinari atès el nivell de vida familiar".

13 Art. 3 Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares: "1. El régimen económico conyugal será el convenido en capitulaciones, formalizadas en escritura pública, antes o durante el matrimonio, y a falta de ellas, el de separación de bienes. 2. En dicho régimen cada cónyuge estará facultado para realizar cualesquiera actos o negocios de dominio, administración, disfrute y disposición de sus bienes, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente. 3. Serán bienes propios de cada cónyuge los que le pertenezcan al establecerse el régimen de separación y los que adquiera por cualquier título mientras el mismo esté vigente. No obstante, salvo prueba en contrario, se presumirá que pertenecen a los cónyuges, por mitad, los bienes integrantes del ajuar doméstico, no entendiéndose comprendidos en la presunción las joyas y objetos artísticos e históricos de considerable valor. Al fallecimiento de uno de los cónyuges, corresponderán aquéllos en propiedad al sobreviviente, sin computárselos en su haber. 4. Cada cónyuge responderá con sus bienes propios del cumplimiento de las obligaciones que hubiere contraído. Sin embargo, de las causadas por el levantamiento de las cargas del matrimonio será subsidiariamente responsable el otro cónyuge".

14 Art. 232-3 CCCat: "1. Els béns adquirits a títol onerós durant el matrimoni pertanyen al cònjuge que consti com a titular. Si es prova que la contraprestació es va pagar amb béns o diners de l'altre cònjuge, se'n presumeix la donació. 2. Si els béns adquirits a títol onerós durant el ma-trimoni són béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar, es presumeix que pertanyen a ambdós cònjuges per meitats indivises, sense que prevalgui contra aquesta presumpció la mera prova de la titularitat formal".

15 Precisamente una de las novedades del CCCat 2010 en relación con el CFCat 1998 es que se excluyen de la presunción de donación de la contraprestación, los bienes muebles destinados al uso familiar respecto a los que se presume la pertenencia por mitades indivisas a ambos cónyuges.

onerosa se presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades indivisas¹⁶; en cambio, los muebles de uso personal de uno de los cónyuges y los que estén directamente destinados al desarrollo de su actividad le pertenecen en exclusiva (art. 40 APLRPM IB 2013)¹⁷. Esto significa que integrarían la masa activa del concurso de uno de los cónyuges los muebles que él destine al desempeño de su actividad y la mitad, salvo prueba en contra (de que uno de los cónyuges es el titular exclusivo), de los muebles de uso familiar adquiridos de forma onerosa constante matrimonio, si bien estos bienes están afectos al levantamiento de las cargas familiares¹⁸, tema al que nos referimos a continuación.

Para desvirtuar esta presunción no basta el título adquisitivo ya que, precisamente, se ha excepcionado para esta categoría de bienes la regla de la titularidad formal y tampoco bastará la simple confesión o reconocimiento de titularidad por el cónyuge concursado ya que, con ello, se perjudica terceros acreedores.

2. Atribución preferente de la vivienda familiar.

El art. 1320 CC exige el consentimiento de ambos cónyuges para la realización de actos de disposición sobre la vivienda habitual con independencia de que su titularidad sea de uno o del otro cónyuge. Sin embargo, esto no impide el embargo de la vivienda por deudas, de modo que en el caso de que se declare el concurso respecto de uno de los cónyuges, la vivienda habitual integrará la masa activa del concurso cualquiera que sea su naturaleza ganancial o privativa del cónyuge concursado. Sin embargo, al responder la vivienda habitual a una necesidad básica de

16 Art. 39.2: "(...) els béns mobles d'ús familiar adquirits onerosament durant el matrimoni es presumeix que pertanyen a ambdós cònjuges per meitats indivises". En el Borrador de Anteproyecto en el que la Comisión sigue trabajando se prevé en el art. 15.2 en sede de predetracción del ajuar familiar del haber del cónyuge superviviente que: "El parament familiar comprèn els mobles, la roba i altres béns d'ús ordinari de l'habitatge familiar. No tenen la consideració de parament familiar els béns de valor extraordinari d'acord amb el nivell de vida dels cònjuges i els mobles d'origen familiar. Es presumeix que els béns que integren el parament familiar pertanyen per meitats a cada cònjuge, tret de prova en contra".

17 Art. 40.2: "Es presumeix que els béns mobles d'ús personal d'un dels cònjuges i els que estiguin directament destinats al desenvolupament de la seva activitat li pertanyen exclusivament". En idèntico sentido el art. 36.2 del Borrador de Anteproyecto en el que la Comisión sigue trabajando.

18 Art. 11 APLRPM IB 2013: "Els béns propis de cada cònjuge són afectes a l'aixecament de les càrregues familiars, sens perjudici de l'existència d'un patrimoni especialment afectat". La responsabilidad ante terceros se regula en el art. 12 de este mismo texto: "1. Davant terceres persones, ambdós cònjuges responen solidàriament de les obligacions que contreen conjuntament en l'aixecament de les càrregues familiars. 2. De les obligacions concretes per un dels cònjuges per atendre les necessitats i despeses familiars respon davant terceres persones el cònjuge que les va contreure i, subsidiàriament, l'altre. 3. Les regles de responsabilitat dels paràgrafs anteriors s'han d'aplicar sens perjudici dels criteris de contribució interna que es derivin de l'article 8 d'aquesta Llei" y la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante en el art. 13: "1. L'efectivitat de la responsabilitat subsidiària establerta en l'article anterior exigeix l'execució prèvia dels béns del cònjuge contractant. No obstant això, la demanda es pot plantejar contra ambdós cònjuges sol·licitant la condemna, amb caràcter principal, del cònjuge contractant, i, subsidiàriament, de l'altre cònjuge. 2. L'embargament i el constreyniment dels béns del cònjuge no contractant no és procedent fins que hagin estat objecte de realització els del cònjuge que va contraure l'obligació i en la mesura necessària per cobrir-la. 3. No és procedent l'exigència de responsabilitat subsidiària respecte d'obligacions concretes quan el matrimoni estigui separat de fet, sens perjudici dels criteris de contribució interna que es derivin de la regla de l'article 8 d'aquesta Llei. 4. Tampoc no és exigible la responsabilitat subsidiària en el cas que el creditor hagi concedit al cònjuge contractant pròrroga expressa, sense consentiment de l'altre cònjuge i en perjudici seu". En sentido prácticamente idéntico, los arts. 11-13 del Borrador del Anteproyecto en el que sigue trabajando actualmente la Comisión.

la familia, el artículo 78.4 LC¹⁹ permite al cónyuge no deudor, exigir que la vivienda se incluya en su lote en la disolución de la sociedad de gananciales. En el caso de que el valor de la vivienda²⁰ exceda de lo que corresponde al cónyuge por su mitad de gananciales, deberá ingresarse la diferencia en metálico a la masa activa.

La necesidad de consentimiento para realizar actos de disposición sobre la vivienda familiar; como novedad en derecho civil balear y en línea con los ordenamientos civiles españoles, en el art. 15 APLRPM IB 2013²¹ se establecía que el cónyuge titular o cotitular de cualquier derecho sobre la vivienda familiar no podía disponer de ella²². Sin embargo, esta norma no se aplicaba a los matrimonios sujetos a las disposiciones aplicables a Ibiza y Formentera (art. 45 APLRPM IB 2013).

Para que el cónyuge no concursado pueda ejercitar el derecho de atribución preferente del art. 78.4 LC²³ es preciso que concurren estos requisitos:

a. La vivienda debe ser la habitual de la familia²⁴. Esto significa que debemos hablar de un bien inmueble que permita realizar una vida en común a la familia²⁵.

b. Vivienda ganancial y el cónyuge no deudor ha solicitado la disolución de la sociedad de gananciales. El problema se plantea cuando la vivienda es en parte ganancial y en parte privativa de uno de los cónyuges²⁶ o si la vivienda pertenece en copropiedad a los dos cónyuges en el régimen de separación de bienes, si bien, en

19 Sorprende quizás la ubicación sistemática en el art. 78.4 LC (régimen de separación) cuando parece que los problemas se plantean en gananciales (atribución preferente sobre la vivienda familiar si es ganancial o pertenece a la comunidad conyugal). Parece ser que ello se debe a las prisas de incluir el precepto en el último momento en el Dictamen de la Comisión del Senado. Vid. BOCG, Senado, VII, Legislatura de 4 de junio de 2003.

20 Aunque la LC no especifica cómo debe determinarse, quizás lo más razonable es entender que debe tenerse en cuenta el valor de adquisición, si bien actualizado pero es cierto que habría defender (ex art. 1410 CC) que debe tenerse en cuenta el valor real de la vivienda al tiempo de la liquidación.

21 Art. 15: "1. El cònjuge titular o cotitular de qualsevol dret sobre l'habitatge constituït de la llar familiar i el seu parament no podrà realitzar actes de disposició, alienació o gravamen del seu dret sense el consentiment exprés de l'altre cònjuge. 2. Si el cònjuge no titular no dóna el seu consentiment, el jutge podrà autoritzar l'acte pretès, en interès de la família. 3. Les regles establertes en els dos apartats anteriors tenen caràcter imperatiu".

22 No me consta que esta norma se haya mantenido en el Borrador de Anteproyecto en el que está trabajando aún la Comisión, si bien en el art. 3.2 de este Borrador se establece: "Els cònjuges estan obligats a lliurar-se recíprocament i de manera periòdica informació suficient sobre els seus ingressos, activitats econòmiques i patrimoni, per poder adoptar conjuntament les decisions més oportunes sobre la manera de subvenir a les càrregues familiars".

23 "Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso".

24 Art. 14.1 APLRPM IB 2013: "S'entén per habitatge familiar aquell on resideixen habitualment els cònjuges o un d'ells amb la major part dels fills comuns". Y en idénticos términos, el art. 5.2 del Borrador de Anteproyecto (en el que aún trabaja la Comisión).

25 Ello lleva a excluir del concepto de vivienda familiar determinados bienes inmuebles que por su propia naturaleza pueden ser utilizados por la familia para vivir por algún tiempo. Vid. MAGRO SERVER, V.; "La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico matrimonial en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal", *La ley*, núm. 6213, p. 1622.

26 Arts. 1367 y 1354 CC.

este caso, cabe plantear si puede aplicarse por analogía el art. 78.3 LC²⁷ (el régimen jurídico de los bienes sometidos a pacto de sobrevivencia por lo que el cónyuge no deudor podría adquirir la mitad de la vivienda del cónyuge concursado abonando el precio por dicha cuota) que veremos posteriormente.

c. No cabe oponer el derecho de atribución preferente a los acreedores hipotecarios cuyo derecho de garantía recae sobre la vivienda habitual que podrán ejecutar sus derechos de crédito sobre el bien hipotecado con anterioridad a la liquidación de la sociedad de gananciales. Es habitual que matrimonios casados en régimen de separación de bienes hayan adquirido su vivienda habitual por mitades indivisas, y con un crédito hipotecario suscrito por ambos de forma solidaria, con la hipoteca que grava la vivienda por completo. En estos casos, al declararse el concurso de uno de los cónyuges el crédito hipotecario, respecto del concursado, deberá someterse a las reglas del concurso (arts. 61.1, 56 y 155 LC). La administración concursal puede pagar las cuotas del préstamo hipotecario contra la masa, pero normalmente no hay bienes para hacerlo o se destinan al pago de otros créditos. Así, para evitar la ejecución de la garantía²⁸, el cónyuge del concursado, si puede, ha de pagar la totalidad de las cuotas del préstamo hipotecario y subrogarse en la posición del acreedor para recuperar el exceso de lo pagado, eso sí, como acreedor subordinado (arts. 97.4.4º, 93.1.1º y 92.5º LC)²⁹.

27 “El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratase de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno”.

28 Una de las cuestiones que más llama la atención de la Ley Concursal, en cuanto al concurso de la persona física, es la discriminación que sufre la vivienda habitual respecto de los bienes necesarios para la actividad empresarial. Quizás el único aliciente que tenga el consumidor para acudir al concurso sea, precisamente, el de conservar su vivienda, por lo que estaría bien que se le permitiera seguir pagando las cuotas o abonar al cónyuge que las pague la parte correspondiente al concursado. Por lo que respecta a la Ley Concursal, el artículo 56 dispone que se paralizarán las ejecuciones hipotecarias sobre los bienes necesarios para continuar la actividad del deudor, y pueden continuar todas las demás ejecuciones hipotecarias, incluidas las de la vivienda habitual del concursado persona física. Esto, unido al hecho de que el artículo 155 de la propia Ley Concursal prevé como una mera facultad de la Administración Concursal el pago de las cuotas hipotecarias, deja totalmente desprotegida dicha vivienda habitual. “El peso excesivo que tiene la deuda hipotecaria en el pasivo de las familias implica que sea ésta precisamente una de las causas generadoras de la insolvencia. Sin embargo, la LC discrimina negativamente a la familia en tanto que, aunque uno de los miembros de la unidad familiar se declare en concurso (pues la familia como tal no puede hacerlo), tal declaración no va a permitir una paralización temporal de la ejecución de la hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar”. Vid. CUENA CASAS, M.: “Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley Concursal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2008, núm. 762, Aranzadi, Madrid, p. 3.

29 Vid. CERRATO, E.: “La discriminación negativa del consumidor ante la ejecución de garantías reales en la Ley Concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, 2012, núm. 26, Civitas, Madrid, p. 11: “El ordenamiento jurídico español ha querido regular todas las posibles situaciones de insolvencia a través de un único procedimiento concursal. A pesar de ello, no ha sido capaz de ofrecer una respuesta equitativa para todos los supuestos planteados, especialmente cuando el deudor concursado es una persona física sin actividad empresarial o profesional, esto es, un consumidor. Así, la realidad práctica pone de manifiesto que el gran olvidado de la LC ha sido el consumidor, que lejos de obtener una respuesta satisfactoria a su situación de insolvencia –como se pretende con las empresas para tratar de salvar su actividad económica– ve como se empeora todavía más. Esta realidad, genera un injustificado trato discriminatorio de estas personas respecto de las personas jurídicas en distintas circunstancias, entre las que llama la atención la ejecución de los bienes del concursado gravados con una garantía real. Curiosamente, como salvedad a la regla general, en este supuesto el legislador ha vetado su ejecución singular cuando estuviesen afectos a una actividad profesional o empresarial. Esta loable decisión del

3. Alimentos y concurso.

Los alimentos forman parte de las cargas familiares³⁰ y los bienes de ambos cónyuges³¹ quedan afectos al levantamiento de estas cargas³².

Merece una mención especial el tratamiento que hace la Ley Concursal del derecho de alimentos (art. 47 LC), precepto que debe ponerse en conexión con el art. 76.2 LC, que excluye de la masa activa los bienes que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables (art. 606.1o LEC)³³. El artículo 47 LC

legislador no lo ha sido tanto para con los consumidores que irremediamente ven como además de perder su principal activo, esto es, la vivienda familiar o habitual sobre la que recae la hipoteca (evidentemente, no afecta a ninguna actividad empresarial o profesional), sigue sin extinguirse su deuda, que se perpetúa. De este modo, llegamos a la conclusión de que el procedimiento concursal carece de toda utilidad para solucionar uno de los problemas que en el actual escenario de crisis económica y financiera más acecha a los consumidores: el pago de la hipoteca constituida sobre su vivienda familiar o habitual. (...) En la actualidad resulta inexplicable que el legislador todavía no haya tenido la valentía de abordar esta grave problemática de nuestra sociedad, concediendo un tratamiento especial a la vivienda familiar. (...) Del mismo modo que se dispone para las ejecuciones singulares (arts. 605 y 606 LEC), debiera meditarse la posible inembargabilidad de determinados bienes inmersos en una ejecución colectiva, como es el caso de la vivienda familiar”.

- 30 Art. 6 APLRPM IB 2013: “1. Tenen la consideració de càrregues familiars les necessàries per al manteniment de la família d'acord amb el seu nivell de vida i els usos socials. 2. En particular, són en tot cas càrregues familiars les originades per: a) Aliments, que inclouen tot el que és indispensable per al manteniment, l'habitatge, el vestit, i l'assistència mèdica. Igualment, l'educació i la instrucció en la minoria d'edat, i en la majoria si la formació no hagués conclòs per raons alienes a l'alimentat. b) Atencions de previsió, mèdiques i sanitàries. c) Conservació de l'habitatge familiar o altres béns utilitzats per la família. 3. No són càrregues familiars les que responen a l'interès exclusiu d'un dels cònjuges, ni les derivades de la gestió i defensa dels béns privatis, llevat que aquests siguin utilitzats per la família”. El art. 6 del Borrador en el que està treballant la Comisión dispone: “Tenen la consideració de càrregues familiars les necessàries per al manteniment de la família d'acord amb el seu nivell de vida i els usos socials. En particular, són en tot cas càrregues familiars les originades per: a) Aliments, que inclouen tot el que és indispensable per al manteniment, l'habitatge, el vestit i l'assistència mèdica. Igualment, l'educació i la instrucció en la minoria d'edat, i en la majoria si la formació no ha conclòs per raons alienes a l'alimentat. b) Atencions de previsió, mèdiques i sanitàries. c) Les despeses per a la conservació de l'habitatge familiar per tal de mantenir-ne l'habitabilitat. No són càrregues familiars les que responen a l'interès exclusiu d'un dels cònjuges, ni les derivades de la gestió i defensa dels béns privatis. Són beneficiaris de les càrregues els membres de la família, encara que els ascendents i descendents no comuns que convisquin en el domicili familiar només ho seran en el cas que ho necessitin”.
- 31 Art. 7 APLRPM IB 2013: “1. Les càrregues familiars poden ser aixecades tant de forma directa com mitjançant l'abonament de l'import del seu cost. L'obligació d'aixecament recau sobre els cònjuges, sens perjudici de la contribució prevista a l'article següent per la resta de membres de la família. 2. La contracció d'obligacions per a l'aixecament de càrregues familiars s'ha de dur a terme de comú acord per ambdós cònjuges. 3. No obstant això, qualsevol dels cònjuges pot contraure obligacions per atendre les necessitats i les despeses familiars ordinàries d'acord amb els usos i el nivell de vida de la família i s'ha de presumir que ho fa amb el consentiment de l'altre”. En relación con la contribución al levantamiento, el art. 8 establece que: “1. Els cònjuges han de contribuir a l'aixecament segons allò pactat expressament entre ells, i, a falta de pacte, en proporció als seus ingressos, rendes i patrimonis, tret de l'existència d'un patrimoni afecte. 2. Els altres membres de la família han de contribuir equitativament, segons les seves possibilitats, i d'acord amb les despeses que generin, a l'aixecament de càrregues mentre convisquin en la unitat familiar. 3. Si alguna de les persones obligades no contribueix a l'aixecament de les càrregues, qualsevol dels cònjuges pot sol·licitar al jutge l'adopció de les mesures pertinents per assegurar-ne el compliment”, para lo que se computa el trabajo para la familia (art. 9) y la aportación a la vivienda y el ajuar doméstico (art. 10). De forma bastante similar pero con modificaciones se regula esta materia en el Borrador de Anteproyecto en el que trabaja la Comisión.
- 32 Art. 11 APLRPM IB 2013 (y en idéntico sentido el art. 11 del Borrador del Anteproyecto): “Els béns propis de cada cònjuge són afectes a l'aixecament de les càrregues familiars, sens perjudici de l'existència d'un patrimoni especialment afectat”. En los arts. 12 y 13 APLRPM IB 2013 (e, igualmente, los del Borrador) se regula la responsabilidad ante terceros y la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante.
- 33 En aplicación de la Disposición Final 5a de la propia LC, debemos acudir a las normas contenidas en la LEC para los procesos de ejecución, para saber qué bienes son inembargables. Así, el artículo 606.1º de la LEC establece que son inembargables, en general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia, y el artículo 607 LEC dispone que es inembargable el sueldo hasta la

condiciona el derecho a la percepción de los alimentos a que en la masa activa existan bienes bastantes para atender las necesidades del concursado y de su familia, cuando, precisamente, la pensión alimenticia se necesita si no existen bienes suficientes (se entiende rentas de los dos cónyuges y bienes inembargables del concursado) para cubrir estas necesidades. Y ello independientemente de los criterios de contribución interna a las cargas entre cónyuges que darán lugar al derecho por la diferencia al liquidarse el régimen del matrimonio de forma coordinada con el convenio o liquidación concursal. Según el art. 145.2 LC, la apertura de la liquidación supone la extinción de la pensión alimenticia con cargo a la masa activa, salvo cuando fuere imprescindible para atender las necesidades del concursado y su familia (o sea, si no han cambiado las circunstancias a la hora de abrir la liquidación, lo que es más que probable ya que si hubieran cambiado no habría necesidad de acudir a la liquidación).

VI. CUENTAS INDISTINTAS.

Ex art. 79.1 LC, “Los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto se integrarán en la masa activa, salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal”. “Contra la decisión que se adopte podrá plantearse incidente concursal³⁴” (art. 79.2 LC). Este precepto no se refiere solo al concursado persona física casada, si bien es cierto que la titularidad indistinta suele darse precisamente entre personas unidas por una relación familiar de confianza (normalmente cónyuges, incluso casados en régimen de separación³⁵) y es contradictoria con la presunción de que, si no se puede acreditar otra cosa, los saldos acreedores pertenecen por cuotas iguales a sus cotitulares (y, según la que, salvo prueba en contra, solo se integraría en la masa activa la mitad del saldo acreedor de una cuenta indistinta titularidad de ambos cónyuges).

cuantía del Salario Mínimo Interprofesional (desde el Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, entiéndase el Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM)) y en cuanto al exceso sólo se puede embargar según la escala establecida en el apartado 2 de dicho precepto. RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “El crédito alimenticio en el concurso tras la reforma de la Ley 38/2011”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, núm. 7, Aranzadi, Madrid, 2011.

- 34 El cónyuge debe estar plenamente legitimado por ser titular de un interés legítimo; la norma catalana (art. 231-13 CCCat) lo legitima expresamente.
- 35 En cuyo caso, hay que tener en cuenta la presunción de indivisión del art. 1.441 CC. La presunción del art. 79 LC excepciona la presunción general de que, si no se puede acreditar otra cosa, los saldos pertenecen a sus cotitulares por cuotas iguales. En el caso de gananciales, el saldo acreedor de una cuenta de titularidad indistinta (o conjunta), si no se puede acreditar que los fondos son privativos, entrará en la masa activa del cónyuge concursado, como bien ganancial, por la presunción de ganancialidad del art. 1.361 CC. Si los saldos se presumen gananciales (art. 1.361 CC), ex art. 77.2 LC, solo se incluirán en la masa activa cuando deban responder de obligaciones del concursado. No obstante, de no existir bienes suficientes en el patrimonio del deudor se podrán afectar los gananciales, en cuyo caso el cónyuge no deudor podrá solicitar la disolución de la sociedad de gananciales (ex art. 77.2 in fine LC), por lo que estos saldos no se podrán utilizar para hacer frente a ningún pago hasta que no se determine la titularidad de los mismos, pues la sociedad ganancial solo se podrá liquidar de forma coordinada con el convenio o la liquidación del concurso. Sin embargo, el art. 79 LC establece una excepción al régimen de gananciales al presumir que los fondos son privativos del concursado, lo que obliga a su cónyuge a tener que probar que los fondos no son privativos del concursado (y que son privativos suyos o gananciales) en lugar de aplicarse la presunción de ganancialidad. Sobre los problemas de integrar la LC con los contenidos de la LEC y del CC, vid. CUENA CASAS, M.: “Insolvencias familiares...”, cit., p. 239-321.

En el art. 231–13 CCCat³⁶ también se regulan las cuentas de titularidad indistinta pero, en este caso, entre cónyuges (al tratarse de una norma de régimen económico matrimonial). En caso de declaración de concurso de alguno de los cónyuges, el no concursado podrá sustraer de la masa activa del concurso los importes que acredite que le pertenecen, de forma que si el cónyuge del concursado acredita la pertenencia total o parcial del saldo, este no va a integrar la masa activa concursal. Por tanto, ex art. 79 LC el saldo acreedor se integrará en la masa activa (salvo prueba en contra apreciada como suficiente por la administración concursal) pero si el cónyuge del concursado acredita que el saldo le pertenece a él total o parcialmente en exclusiva, la administración concursal no va a poder integrarlo en la masa activa concursal³⁷ y, si lo hace, el cónyuge del concursado podrá, en su caso, pedir la separación del mismo³⁸ (art. 80 LC)³⁹.

Para las cuentas indistintas cotitularidad de ambos cónyuges, cuyo matrimonio esté sujeto al derecho civil balear, ante una falta de regulación propia de esta cuestión, se aplicará supletoriamente el art. 79 LC y, por ello, la administración concursal integrará el saldo acreedor en la masa activa salvo que el cónyuge del concursado pruebe que el saldo le pertenece a él por un medio de prueba que la administración concursal estime suficiente contra cuya decisión cabe plantear incidente concursal (art. 79.2 LC)⁴⁰.

V. BIENES ADQUIRIDOS CON PACTO DE SOBREVIVENCIA Y CONCURSO.

Los bienes sometidos a un pacto de sobrevivencia son aquellos bienes adquiridos conjuntamente y por mitad por ambos cónyuges, cuyo régimen económico matrimonial es el de separación de bienes. En esta adquisición han establecido un pacto en virtud del cual estos bienes pasarán a pertenecer en su totalidad a aquél de

36 Art. 231-13 CCCat: “Comptes indistints. En cas de declaració de concurs de qualsevol dels cònjuges o d’embargament de comptes indistints per deutes privatis d’un dels cònjuges, el cònjuge no deutor pot sostreure de la massa activa del concurs o de l’embargament els imports que acrediti que li pertanyen”.

37 Ya en relación con el art. 13 CFCat se había planteado la duda de si, en un proceso concursal, la administración concursal podía integrar los saldos en la masa activa del concurso aunque el cónyuge hubiera acreditado suficientemente su derecho sobre los fondos. En el artículo 13 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, se hacía mención a la posibilidad que el cónyuge tenía de sustraer del embargo los importes que acreditara que le pertenecían con carácter exclusivo, pero no se hacía ninguna referencia a los supuestos de que el cotitular se encontrara inmerso en un proceso concursal. Otra pregunta que se planteaba (en relación con los embargos de cuentas indistintas) era si con el saldo acreedor embargado (del que fuera titular real el cónyuge del concursado) podían o no cobrar (además de los acreedores por gastos familiares) todos los acreedores del concurso (en relación con los que el cónyuge del concursado no era responsable), a lo que el art. 13 CFCat (que solo se refería a las deudas privativas) no daba respuesta por tratarse de una materia concursal.

38 Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal” en AA.VV.: *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J. dirs.), Dilex, Madrid, 2002, p. 159.

39 Art. 80 LC: “1. Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos. 2. Contra la decisión denegatoria de la administración concursal podrá plantearse incidente concursal”.

40 “Contra la decisión que se adopte podrá plantearse incidente concursal”. El cónyuge debe estar plenamente legitimado por ser titular de un interés legítimo; la norma catalana (art. 231–13 CCCat) lo legitima expresamente.

los cónyuges que sobreviva al otro⁴¹. Estos bienes, ex art. 78.3 LC, se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, de forma que se integra en la masa activa la cuota correspondiente a la mitad de tales bienes, pertenecientes al cónyuge concursado.

“Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado. El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno” (art. 78.3 LC). El legislador concursal del 2003 tuvo presente las especialidades que presentan los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia (arts. 44 y ss del Código de Familia de Cataluña de 1998), incluyendo una norma en el art. 78.3 LC que prevé el derecho del cónyuge del concursado a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor y especificando que si el bien es la vivienda habitual del matrimonio la valoración se hará conforme al precio de adquisición actualizado (conforme al índice de precios al consumo específico) sin que pueda superar el de su valor de mercado.

En el caso de cónyuges titulares por mitad indivisa de un bien (frecuentemente la vivienda familiar) con pacto de sobrevivencia,“(…) el régimen concursal (…) es prácticamente análogo en la Ley Concursal (art. 78.3) y en el Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010 (art. 231-17), si bien la redacción de este último difiere de la utilizada por el legislador estatal. (...) Tanto en la norma concursal como en la autonómica se parte de reconocer al cónyuge del concursado un derecho de adquisición sobre la parte del bien que ha pasado a integrar la masa activa del concurso. Posteriormente, en ambas se realiza una apreciación sobre el valor que habrá de dársele a estos bienes para el caso de que el cónyuge no concursado ejercite el derecho que se le reconoce y de tratarse de la vivienda habitual (el Código Civil Catalán habla de familiar), el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico. El valor de la vivienda habitual del matrimonio, como se ha dicho, no es el de mercado sino el de adquisición actualizado. Esta excepción a la regla general parece, para un sector doctrinal, tener su fundamento en la protección de los intereses del grupo familiar y del cónyuge del concursado respecto a los intereses de los acreedores

41 FRADERAS RUEDA, O.: “Comentario al artículo 78 de la Ley Concursal”, en AA.VV.: *Comentarios a la Legislación Concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, T. I, Dykinson, Madrid, 2004, p. 819.

del concurso, con lo que, se permite que un cónyuge pueda acceder al pago de la vivienda, evitándose así importantes perjuicios al grupo familiar¹⁴².

- 42 Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección I) 24.10.2011 (Sentencia 419/2011; Rollo 410/2011): "PRIMERO.-Los esposos Da. Patricia, que interpuso la demanda rectora del presente recurso, y el codemandado y esposo de aquella D. Imanol, impugnan la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Girona que estimó la oposición de la administración concursal, también parte codemandada, a la compraventa de la mitad indivisa por parte de la Sra. Patricia a su esposo. Son hechos de consideración necesaria los siguientes: Los ahora recurrentes (actora y codemandado) son titulares por mitad indivisa de las fincas registrales consistentes en un solar y edificación que constituía la vivienda familiar, que les pertenece por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia, desde el año 1997. El codemandado Sr. Imanol fue declarado en concurso voluntario de acreedores en Auto de 6 Noviembre 2007 del Juzgado de lo Mercantil de Girona (no 115/07). En fecha 20 de junio de 2008 la administración concursal solicitó autorización judicial para que el concursado pudiera proceder a la venta de su mitad indivisa a su esposa. El 25 Junio de 2008 los esposos aquí litigantes otorgaron escritura de compraventa en notaría de Barcelona en la que el Sr Imanol vendía a su esposa las mitades indivisas de las fincas, siendo el precio de la venta el de 60.301,90 euros. El Juzgado de lo Mercantil autorizó dicha venta, pero no aceptó el precio, que lo fijó en la suma de 410.000 euros y remitió mandamiento el Registro de la Propiedad a fin de que no se procediera a la inscripción tabular de la meritada venta. Los esposos, por medio del presente recurso, pretenden que prevalezca el precio pagado en la escritura de compraventa realizada en Barcelona. SEGUNDO.-La controversia que enfrenta a las partes con la administración concursal radica en la aplicación del art. 78.3 de la LC en relación con la forma de valorar la vivienda conyugal del concursado en su mitad indivisa adquirida por su esposa. En efecto, el legislador ha tenido presente las especialidades que presentan los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia (arts. 44 y ss del Código de Familia de Cataluña), incluyendo una norma en el art. 78.3 LC que prevé el derecho del cónyuge del concursado a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor y al respecto, en el meritado precepto, se especifica la hipótesis de que uno de tales bienes sea la vivienda habitual del matrimonio para el cual se establecen unos criterios de valoración: el precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico sin que pueda superar el de su valor de mercado. Por cierto que, el régimen concursal de las adquisiciones con pacto de supervivencia es prácticamente análogo en la Ley Concursal (art. 78.3) y en el Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010 (art. 231-17), si bien la redacción de este último difiere de la utilizada por el legislador estatal. Tanto en la norma concursal como en la autonómica se parte de reconocer al cónyuge del concursado un derecho de adquisición sobre la parte del bien que ha pasado a integrar la masa activa del concurso. Posteriormente, en ambas se realiza una apreciación sobre el valor que habrá de dársele a estos bienes para el caso de que el cónyuge no concursado ejercite el derecho que se le reconoce y de tratarse de la vivienda habitual (el Código Civil Catalán habla de familiar), el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico. El valor de la vivienda habitual del matrimonio, como se ha dicho, no es el de mercado sino el de adquisición actualizado. Esta excepción a la regla general parece, para un sector doctrinal, tener su fundamento en la protección de los intereses del grupo familiar y del cónyuge del concursado respecto a los intereses de los acreedores del concurso, con lo que, se permite que un cónyuge pueda acceder al pago de la vivienda, evitándose así importantes perjuicios al grupo familiar. TERCERO.-En el presente caso, la administración concursal pretende que el valor de la vivienda sea el de 820.000 euros, tomando como base la valoración contenida en el informe realizado por el experto independiente designado por el Juzgado, por lo que, en consecuencia, la mitad del valor de la vivienda y de los terrenos en los que la se halla, es la de 410.000 euros. Por el contrario, la demandante valora dichos inmuebles en la suma de 60.301,90 euros. A ello se añade por la administración concursal que la venta se hizo a espaldas suyas sin la autorización del Juez del concurso. Pues bien, consta documentalmenete que la demandante remitió carta de 29 de febrero de 2008 a su esposo y a la administración concursal, en el que hacía saber su voluntad de adquirir la mitad indivisa en la firma de escritura de compraventa el día 26 de mayo siguiente. Por escrito de 16 de abril de 2008 se aportó dicha carta y la documentación remitida a la administración concursal y el día 22 de mayo siguiente los cónyuges se personan en la Notaría de Barcelona y al no comparecer la administración concursal se aplazó la misma hasta el día 25 de junio siguiente, al cual tampoco compareció la administración concursal, por lo que hecha la compraventa se procedió al ingreso de la parte correspondiente en la cuenta del concurso. Es claro que no puede oponerse el no preaviso a la administración concursal, cuando del escrito de la demandante se dio traslado a la misma, y aquella realizó su informe una vez concluida la venta. No hay mala fe ni animo de ocultación, por ello, en la demandante, máxime cuando el documento no 1 de la demanda consta la carta remitida en fecha 29 febrero de 2008 a la administración concursal participando la intención de compra, el precio y la citación en la Notaría. Ciertamente es que el art. 40.1 LC limita las facultades dominicales del concursado al quedar sometido al complemento de capacidad de la administración concursal, pero también lo es, que, en el presente caso, dicha administración decide no acudir al acto de la venta y ni siquiera se preocupa de que su informe llegue a manos del deudor con anterioridad a dicho acto de disposición. Y por lo que respecta a la valoración, ya se dijo precedentemente, que, el valor de la vivienda habitual del matrimonio no es el de mercado sino el de adquisición actualizado, lo que, de facto supone una excepción a la regla general que, se reitera, parece tener su fundamento en la protección de los intereses del grupo familiar y del cónyuge del concursado respecto a los intereses de los acreedores del concurso y siendo ello así, es claro que no de be estarse al valor de mercado, sino al de adquisición actualizado, pues así lo quiso el legislador concursal, acogiendo una institución catalana y admitiendo una excepción al sistema general de valoración, al hilo de lo que dispone el hoy vigente

Entre las diferencias más notables entre el CCCat 2010 y el anterior CFCat 1998 encontramos la de la regulación del régimen de las adquisiciones con pacto de supervivencia que, si bien se mantiene en el ámbito familiar⁴³ (como no podría ser de otra forma), se desvincula de los regímenes económicos matrimoniales de separación de bienes o de participación y, además, ya no se limita a las compraventas sino que se extiende a todo tipo de adquisición onerosa.

Los bienes adquiridos con pacto de supervivencia se sujetan a las siguientes reglas:

1ª) Los actos dispositivos (enajenación o gravamen) en vida de los cónyuges (sobre el bien o sobre la cuota de cada uno de ellos) requieren el consentimiento de ambos. Ninguno de ellos puede transmitir a terceros su derecho y debe mantenerse necesariamente la indivisión de los mismos (art. 231.15 CCCat).

2ª) El pacto de supervivencia sobre determinados bienes no puede ser una vía para impedir la aplicación del principio de responsabilidad universal por deudas de cualquiera de los cónyuges⁴⁴. La cuota de participación del cónyuge podrá ser embargada y, si entra en concurso, se integrará en la masa activa (por aplicación de la LC se divide el bien que por pacto era indivisible), en cuyo caso, el cónyuge del concursado podrá adquirir la totalidad del bien objeto de pacto de supervivencia, ingresando en la masa activa la cantidad correspondiente a la mitad de su valor⁴⁵.

3ª) “El acreedor de uno de los cónyuges puede solicitar el embargo sobre la parte que el deudor tiene en los bienes adquiridos con pacto de supervivencia” (art. 231-17 CCCat), si bien “el embargo debe notificarse al cónyuge que no sea parte en el litigio”. Si se embarga un bien afectado por el pacto, se produce la extinción de éste (art. 231-18.1 c CCCat).

4ª) Cuando uno de los cónyuges es declarado en concurso, en realidad, los bienes afectados por el pacto, son comunes en régimen de comunidad ordinaria. A efectos concursales, cabe incluir en la masa activa la cuota que sobre el bien afectado

Codi Civil de Catalunya. En la mencionada carta se decía que las fincas sin edificar costaron 1.750.000 pts. y que la construcción de la vivienda tuvo un coste de 12.423.893 pts, calculándose el IPC de las fincas según el INE entre el 16 de mayo de 1994 y la fecha de la venta en 7.958,90 euros y el de la vivienda desde mayo de 1996 hasta la venta en 15.000 euros. Pues bien, los datos de los precios figuran en la escritura de venta y en el presupuesto del arquitecto así como en el recibo del constructor. Es por todo lo expuesto que procede dar lugar a lo solicitado en la demanda, que no es otra cosa, que validar la compraventa hecha por los cónyuges litigantes en fecha 25 de junio de 2008 ordenando su inscripción en el Registro de la Propiedad de Figueras”.

43 El art. 231-15.1 CCCat permite que los futuros contrayentes adquieran bienes conjuntamente con pacto de supervivencia pero advierte que dicho pacto caducará si el matrimonio no llega a celebrarse en el plazo de un año (art. 231-15.4).

44 ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 247 y ss. Indica este autor como, de no haberse considerado divisibles los bienes con pacto de supervivencia, el legislador habría excepcionado el principio de responsabilidad patrimonial universal.

45 Ex art. 82 LC, en el inventario, la administración concursal habrá determinado el valor del bien (o, al menos, del 50% del cónyuge concursado).

ostenta el concursado y su cónyuge puede adquirir la totalidad del bien (antes del fallecimiento de su consorte), abonando el valor de la mitad del concursado a la masa activa, con lo que la expectativa de adquisición gratuita por supervivencia de la totalidad del bien se convierte en un derecho a adquirir a título oneroso la mitad del bien del concursado. Hay que recalcar que el cónyuge puede ejercer su derecho desde el momento en el que se incluye el bien en la masa activa⁴⁶ y sin tener que esperar a su liquidación.

En los arts. 18 y 19 APLRPM IB 2013⁴⁷ se preveía solamente un derecho de posesión de la vivienda familiar del cónyuge superviviente durante un año desde la muerte del titular del derecho sobre la misma y la predetracción de los bienes del ajuar doméstico del haber hereditario del premuerto, por lo que, en el caso de que los cónyuges en régimen de separación adquieran conjuntamente su vivienda con pacto de supervivencia⁴⁸, lo que es una materia estrictamente civil, si uno de los cónyuges entra en concurso⁴⁹, será de aplicación supletoria el art. 78.3 LC (al igual

46 A pesar del reconocimiento del derecho al cónyuge, ni la LC ni el CCCat se refieren a cómo puede personarse este en el procedimiento concursal, pues no se prevé que se le notifique al cónyuge no concursado su derecho, si bien, podrá acudir al concurso cuando la administración concursal realice el inventario o posteriormente presentar un incidente. En el CFCat sí se preveía, para los casos de embargos singulares que era lo que se regulaba, la necesaria notificación al cónyuge que no fuera parte del litigio (art. 47.2).

47 Art. 18 APLRPM IB 2013: "1. El cònjuge supervivent, no separat judicialment ni de fet, que, per qualsevol títol, no tingui dret a l'ús de l'habitatge familiar pot mantenir-ne la possessió durant l'any posterior a la mort de l'altre, sempre que no incorri en causa d'indignitat successòria i que el dret a posseir formi part de l'herència. 2. El dret esmentat no s'ha de computar en l'haver hereditari del cònjuge supervivent i s'extingeix, en tot cas, en contreure noves núpcies, constituir una parella estable o de fet, o incomplir els deures inherents a la pàtria potestat respecte dels fills tinguts amb el cònjuge premort". El art. 14 del Borrador de Anteproyecto con el que todavía trabaja la Comisión dispone: "1. El cònjuge supervivent, no separat judicialment ni de fet, que, per qualsevol títol, no tengui dret a l'ús de l'habitatge familiar, pot mantenir-ne la possessió durant l'any posterior a la mort de l'altre, sempre que no incorri en causa d'indignitat successòria i que el dret a posseir formi part de l'herència. Aquest dret no s'ha de computar en l'haver hereditari del cònjuge supervivent. 2. El dret esmentat s'extingeix, en tot cas, si durant l'any següent a la mort del cònjuge, el supervivent contreu noves núpcies, constitueix una parella estable o de fet, o incompleix els deures inherents a la pàtria potestat respecte dels fills tinguts amb el cònjuge premort". Art. 19 APLRPM IB 2013: "Quan es produeixi la mort d'un dels cònjuges, els béns integrants del parament seran propietat del supervivent i no es computaran en el seu haver". El art. 15 del Borrador de Anteproyecto con el que todavía trabaja la Comisión dispone: "1. Quan es produeixi la mort d'un dels cònjuges, els béns integrants del parament familiar seran propietat del supervivent i no es computaran en el seu haver. 2. El parament familiar comprèn els mobles, la roba i altres béns d'ús ordinari de l'habitatge familiar. No tenen la consideració de parament familiar els béns de valor extraordinari d'acord amb el nivell de vida dels cònjuges i els mobles d'origen familiar. Es presumeix que els béns que integren el parament familiar pertanyen per meitats a cada cònjuge, tret de prova en contra". este estudio.en la segunda arte de

48 Nada obsta a que los cónyuges en régimen de separación puedan adquirir conjuntamente y por mitad un bien con pacto de supervivencia constante matrimonio, en cuyo caso, el bien se ha adquirido en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas y en el mismo título de adquisición se añade un pacto por el que, al fallecer un cónyuge, el sobreviviente resulte único titular de la totalidad.

49 Como indica ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración...*, cit., p. 157, en el caso de que los dos cónyuges estén en concurso, si alguno de ellos tuviera bienes suficientes para sustraer del bien la cuota del otro, la consecuencia sería que dicho bien dejaría de encontrarse en la masa activa del concurso de su cónyuge, pero irremediamente formaría parte de la del suyo.

que ocurría en Cataluña antes de la inclusión en el CCCat del art. 231.17.2⁵⁰ que contiene una redacción prácticamente idéntica a la del párrafo 3 del art. 78 LC⁵¹.

VI. REINTEGRACIÓN A LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO.

Antes de solicitar el concurso, el concursado puede haber realizado diversos actos (donaciones, ventas simuladas, constitución de garantías,...) para distraer bienes y ponerlos a resguardo de los acreedores o para favorecer determinadas personas allegadas. Lo definitivo no es el resultado (la recomposición del patrimonio del deudor), sino lo que determina los efectos jurídicos que se derivan del ejercicio de la acción de nulidad, la de simulación, las rescisorias (tanto las rescisorias ordinarias como las concursales⁵² responden a una misma finalidad)⁵³, si bien el fundamento, la estructura, los requisitos y los efectos que se derivan de cada una de estas acciones son distintos.

El art. 78.1 LC, si bien está situado en sede de composición de la masa activa, recoge dos presunciones de donación a los efectos del ejercicio de acciones de

-
- 50 “En caso de declaración de concurso, la parte correspondiente al cónyuge concursado se integra en la masa activa. El otro cónyuge tiene derecho a sustraer de la masa esta parte satisfaciendo su valor. Si se trata de la vivienda familiar, el valor es el del precio de adquisición actualizado de acuerdo con el índice de precios al consumo específico del sector de la vivienda. En los demás bienes, el valor es el que determinen de común acuerdo el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que fije la autoridad judicial después de haber escuchado a las partes y previo informe de un experto si lo considera pertinente”.
- 51 Lo que confirma la competencia por razón de la materia de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio para regular los aspectos del régimen patrimonial del matrimonio con incidencia concursal. Al reproducirse en el CCCat la norma del art. 78.3 LC se prevé un nuevo supuesto de extinción del pacto de sobrevivencia que no estaba contemplado antes en el CFCat, si bien quizás hubiera sido suficiente recoger el nuevo supuesto de extinción en el art. 231-18 CCCat. Tanto en la norma concursal como en la autonómica se reconoce al cónyuge del concursado un derecho de adquisición sobre la parte del bien que ha pasado a integrar la masa activa del concurso y se realiza luego una apreciación sobre el valor que habrá de dársele a estos bienes para el caso de que el cónyuge no concursado ejercite este derecho. Si se trata de la vivienda familiar habitual, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico (con lo que se protege la familia respecto a los acreedores del concurso). Para el resto de los bienes, se prevé que el valor sea el que determinen la administración concursal y el cónyuge del concursado y, si éstos no llegan a tasarlo, el que establezca el Juez, oídas las partes y previo informe de experto, si así lo considera necesario.
- 52 El régimen de la Ley Concursal ha regulado algunos de los elementos más básicos de las acciones rescisorias concursales a partir del modelo de las acciones rescisorias ordinarias, como el concepto de perjuicio o el régimen de los efectos.
- 53 “La acción de reintegración de la Ley concursal es una acción de rescisión por lesión, que no requiere una intención fraudulenta del deudor; ni *consilium fraudis* entre éste y el tercero que sea parte del contrato, mientras que en la acción pauliana se caracteriza por su naturaleza rescisoria por la intención fraudulenta de la acción. La acción del (...) art. 71,1 de la Ley Concursal no tiene carácter subsidiario, a diferencia de la pauliana, que conforme a lo dispuesto en el art. 1294 CC no puede ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio sufrido. Los perjudicados por el negocio jurídico, cuya ineficacia se intenta mediante el ejercicio de las acciones rescisorias, previstas en el art. 72 LC, son los acreedores del deudor declarado en concurso, pues al sufrir el patrimonio del concursado una reducción injustificada del activo, provocada por un determinado acto de disposición realizado por el deudor (luego declarado en concurso) que no se ve patrimonialmente correspondido por la entrada de un contravalor equivalente, se reduce la masa de bienes y derechos del concursado, con el consiguiente perjuicio para sus acreedores, quienes tendrán así menos bienes realizables del deudor para hacerse pago con ellos. Cuando el acto impugnado lo es con base en el art. 72 LC, el demandante no tiene que probar la existencia de un acuerdo defraudatorio entre el deudor, luego declarado en concurso, y la persona que con él celebra el acto impugnado, sino que debe limitarse a probar que dicho acto es perjudicial para la masa activa, perjuicio que, además, se presume en los supuestos previstos en el art. 71 LC” (Sentencia 201/2014 Audiencia Provincial Murcia (Sección 4) 27.03.2014).

reintegración y en los actos de disposición a título gratuito se presume iuris et de iure el perjuicio para la masa activa del concurso a efectos de facilitar su rescisión.

No obstante, lo que se pretende, en el caso de la doble presunción del art. 78.I LC, no es la reintegración del bien⁵⁴ adquirido por el cónyuge no concursado sino la recuperación del dinero donado (se presume la donación no del bien adquirido, sino del total o la mitad de la contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado)⁵⁵, por lo que no se ataca el negocio oneroso entre el cónyuge no deudor y el tercero sino el negocio gratuito entre los cónyuges⁵⁶. Por tanto, el régimen de reintegración será el previsto para los actos que pueden ser objeto de reintegración (arts. 71-73 LC) y lo que debe ser objeto de reintegración a la masa activa del concurso será la contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado debidamente actualizada⁵⁷.

54 Ex art. 76 LC, la masa activa la constituyen por un lado los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a fecha de declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiriera hasta la conclusión del procedimiento.

55 En relación con la presunción contenida en el art. 1.442 CC, que literalmente presumía la donación en su mitad de los bienes adquiridos a título oneroso por el cónyuge del concursado, había sido interpretado por la doctrina, no como donación del bien adquirido, sino como donación de fondos.

56 Sobre ello, vid. ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración...*, cit., pp. 99 y ss.

57 Criterio que se sigue en el art. 78.3 LC a efectos de valorar la vivienda habitual del matrimonio.

BIBLIOGRAFÍA

ARNAU RAVENTÓS, L.: “Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación”, *InDret*, núm. 4/2011.

ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*, Atelier, Barcelona, 2005.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal” en AA.VV.: *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J. dirs.), Dilex, Madrid, 2002, p. 159.

CERRATO, E.: “La discriminación negativa del consumidor ante la ejecución de garantías reales en la Ley Concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, 2012, núm. 26, Civitas, Madrid, p. 11.

CUENA CASAS, M.: “Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley Concursal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2008, núm. 762.

FRADERAS RUEDA, O.: “Comentario al artículo 78 de la Ley Concursal”, en AA.VV.: *Comentarios a la Legislación Concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, T. I, Dykinson, Madrid, 2004.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: “La doble presunción de donación de persona casada en régimen de separación de bienes”, *Foro, Nueva época*, 2009, núm. 15º.

MAGRO SERVER, V.: “La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico matrimonial en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, *La ley*, núm. 6213, p. 1622.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “El crédito alimenticio en el concurso tras la reforma de la Ley 38/2011”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, núm. 7, Aranzadi, Madrid, 2011.

THOMÁS PUIG, P. M.: “Determinación de la masa activa del concurso de persona casada. Ley concursal y derecho civil propio de las Islas Baleares”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, febrero 2017.

ABREVIATURAS

APLC 1983: Anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 27 de junio de 1983.

APLRPM IB: Anteproyecto de ley de régimen patrimonial del matrimonio de 6 de febrero de 2013 de Baleares.

BAPLRPM IB: Borrador de Anteproyecto de ley de régimen patrimonial del matrimonio de Baleares.

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.

CC: Código civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889).

CCCat 2010: Código civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio).

CDCB 1990. Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares.

CE: Constitución española (BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978).

CFCat 1998: Código de Familia de Cataluña (Ley 15 de julio de 1998).

LC: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LPE: Ley 18/2001, de 29 de diciembre, de parejas estables de Baleares.

PAPLC 1995: Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal concluida el 12 de diciembre de 1995.



UNA APROXIMACIÓN SUSTANTIVA Y PROCESAL AL
CONCURSO DE ACREEDORES DE PERSONA FÍSICA EN EL
DERECHO CONCURSAL ESTADOUNIDENSE

REGULATION OF PERSONAL BANKRUPTCY UNDER ITS
PROCEDURE RULES AND THE UNITED STATES CODE

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 192-225



Killian
BENEYTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de marzo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: La tan reiterada cultura del emprendedor esconde una innegable fuente de inspiración en el ámbito sociocultural estadounidense. Este familiar vocablo de moda, aclamado política y socialmente, también guarda su importancia en el último escalón sustantivo y jurisdiccional de la regulación de la insolvencia de una persona física: su salida de tal insolvencia -parte sustantiva- y cómo articularla -parte jurisdiccional-. Todo ello motiva, junto con el interés propio de cualquier estudio de derecho comparado, la elección del derecho concursal estadounidense como fuente de estudio, crítica y contraste con nuestra Ley Concursal.

PALABRAS CLAVE: Insolvencia de la persona física; concurso de acreedores; derecho comparado; condonación de deudas; derecho concursal estadounidense; consumidores; liquidación concursal; convenio de acreedores.

ABSTRACT: Spain's recent efforts to encourage an "entrepreneurial culture" are certainly inspired by the american dream's most renowned ideals of success and wealth. This whole social movement may also act as an influential key factor with regards to the legal treatment of personal bankruptcy, by means of establishing its ultimate goal: a fresh start (aka discharge and exemption laws) and how it must be conducted (aka its legal procedure). For this reason, it is our aim to examine from a comparative law perspective the U.S. Bankruptcy Law and its procedure rules, considering its main benefits and downsides in contrast with the Spanish Insolvency Act.

KEY WORDS: Personal bankruptcy; Title 11 U.S.C.; discharge; bankruptcy law; individuals; exemption laws; bankruptcy procedure; united states code; federal rules of bankruptcy procedure; liquidation; adjustment of debts; fresh start; comparative law.

SUMARIO.- I. Antecedentes históricos y contexto normativo actual: la enrevesada dispersión normativa provocada por un cuestionable sistema federal.- II. Estructura jurisdiccional en el derecho concursal estadounidense: normas procesales, sistema judicial y poderes.- III. Objeto, presupuestos y naturaleza del concurso voluntario.- IV. Especial legitimación y presupuestos en el concurso necesario (involuntary filings).- V. Efectos principales para la protección del concursado persona física: automatic stay & exemption laws.- 1. Automatic stay.- 2. Exemption laws.- VI. Síntesis de las vías procedimentales concursales disponibles para la persona física: chapters 7, 11, 12 y 13 del Bankruptcy Code.- 1. Chapter 7: liquidación concursal.- 2. Chapter 11: posible acogimiento del deudor persona física al procedimiento de reorganización de deuda a priori pensado para las personas jurídicas.- 3. Chapter 13: reestructuración de deudas de la persona física.- 4. Chapter 12: el tratamiento ad hoc de determinados tipos de insolvencia en función del ámbito socioeconómico (farmers & fishermen).

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CONTEXTO NORMATIVO ACTUAL: LA ENREVESADA DISPERSIÓN NORMATIVA PROVOCADA POR UN CUESTIONABLE SISTEMA FEDERAL.

Mientras que la llamada *Bankruptcy Act* de 1800 se identifica claramente con la primera Ley *federal* de los Estados Unidos, ello de conformidad con tal carácter federal -léase uniforme- que la Sección 8ª, del Artículo I, de la Constitución de los EE.UU.¹ exige sobre el derecho concursal, con carácter previo a dicha Ley la legislación concursal aplicable en los EE.UU venía dependiendo según la *Ley estatal* (*state law*) correspondiente, datando la más antigua de éstas de marzo del año 1638, fecha en la que el *Act for the recovery of debts* fue aprobada por la Asamblea General de Maryland².

1 De modo análogo a lo que prevé el art. 149.1.6ª de nuestra Constitución Española.

2 Considerada la primera Ley concursal en el continente americano, según concluye REGIS NOEL, F.: *A history of the bankruptcy law*, ed. William S. Hein & Co Inc.: 2003, p.43 et 65.
Téngase en cuenta que estas *Leyes estatales* continuaron siendo promulgadas incluso después de la entrada en vigor (1789) de la Constitución de los EE.UU, véase así por ejemplo el *Act to establish a system of bankruptcy within this Commonwealth*, aprobada el 8 de febrero de 1797 por la Asamblea General de Pensilvania.

• Killian Beneyto

Es abogado y director de la oficina de Madrid de Antonia Magdaleno Abogados y Economistas. En cuanto a su experiencia profesional, dentro del ámbito del Derecho concursal, ha participado desde la posición de Administración Concursal en diversos concursos de acreedores, incluyendo varios considerados de gran tamaño y trascendencia nacional en España. También ha participado en procesos concursales como Letrado instante y en defensa de los intereses de acreedores. En cuanto a su experiencia académica, ha sido Premio Extraordinario del Máster Oficial en Abogacía de la Universidad de Valencia, y cursa actualmente estudios de Doctorado en el Dpto. de Derecho Procesal de la misma universidad, habiendo realizado estancias investigadoras en las Universidades de Harvard (EE.UU.) y Oxford (Inglaterra). También ha participado como autor de diversas monografías (editoriales Bosch y Tirant lo Blanch), así como para distintos artículos en periódicos y revistas jurídicas.

Sin perjuicio de la práctica forense derivada de estas primigenias legislaciones concursales, de tipo estatal, lo cierto es que la citada *Bankruptcy Act* de 1800 no resultó sino una mera transcripción del derecho concursal británico (*1732 English Statute of King George II*) al tiempo vigente, toda vez que debido a su alta impopularidad fue derogada tan pronto como en 1803³. Por lo demás, cabe asimismo recordar la pretérita existencia de otras tantas legislaciones concursales de tipo *federal* a lo largo del siglo XIX: aquellas de 1841 y 1867, así como finalmente la más longeva *Bankruptcy Act* de 1898.

El actual Título 11⁴ del *United States Code*⁵ (en adelante, "U.S.C."), comunmente referido como *Bankruptcy Code*, encuentra sus orígenes normativos en el *Bankruptcy Reform Act of 1978*, vigente desde el 1 de octubre de 1979. Con anterioridad a dicha reforma, el derecho concursal federal estadounidense se encontraba regulado por la llamada *Chandler Act (Bankruptcy Act de 1938)*, cuyo cometido fue someter a una profunda renovación la antes citada *Bankruptcy Act* de 1898⁶.

La mencionada reforma concursal federal de 1978, que sentó las bases y estructura de lo que hoy se conoce como el ya referido *Bankruptcy Code*, ha sido posteriormente objeto de ulteriores reformas, a saber -principalmente- (i) the *Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act of 1984* (BAFJA), (ii) the *Bankruptcy Judges, United States Trustees, and Family Farmer Bankruptcy Act of 1986*, (iii) the *Bankruptcy Reform Act of 1994* y (iv) the *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005* (BAPCPA).

Así las cosas, puede afirmarse que a la fecha el Título 11 U.S.C. resulta nuestra principal fuente legislativa federal para el estudio del derecho concursal, tanto respecto de las personas físicas como jurídicas. Este *Bankruptcy Code* se encuentra, a su vez, dividido en un total de 9 capítulos (*chapters*), si bien numerados de forma no consecutiva -los Capítulos 2, 4, 6, 8, 10 y 14 no existen-.

Ahora bien, enunciado esto desde una cándida aproximación general, cuestión muy distinta y que pone en entredicho el propio mandato constitucional de *uniformidad* en materia concursal, al comienzo citado, es el hecho de que continúen

3 Entre los aspectos más negativos de la *Bankruptcy Act* de 1800, destaca que sólo los acreedores -y no el propio deudor- podían demandar el concurso de este último (tradúzcase ello en términos de legitimación activa), toda vez que solamente los deudores comerciales eran aptos para entrar en concurso (tradúzcase ello en términos de presupuesto subjetivo).

Para más detalles, *vid.* JORDAN TABB, C.: "The History of the Bankruptcy Laws in the United States", *American Bankruptcy Institute Law Review*, 1995, vol. 3

4 Disponible online en la página oficial del gobierno federal: <http://uscode.house.gov/browse.xhtml>

5 El Código de los Estados Unidos puede definirse como la compilación oficial de aquellas normas generales y permanentes de naturaleza *federal*. Se divide en 54 "títulos", estando el Derecho concursal ubicado bajo el referido Título 11. Este Código se publica cada seis años por parte del *Office of the Law Revision Counsel*, siendo su última y actual edición del año 2012.

6 WILDE, C.: "The Chandler Act", *Indiana Law Journal*, 1938, vol. XIV, no. 2.

coexistiendo distintas *state laws* y que -realmente- estas últimas terminen por imponer sus notables particularidades en la relación jurídico-material entre deudor y acreedores. Como bien apunta el profesor BLUM⁷, el derecho concursal federal se ve a la postre obligado a “interactuar” con todo este cuerpo de supuestas *non-bankruptcy laws* y con el único límite de que estas últimas no pueden resultar contrarias a lo dispuesto en el mentado *Bankruptcy Code* (Título 11 U.S.C.).

El Tribunal Supremo Federal de los EE.UU. (*Supreme Court of the United States*) ya tuvo ocasión de pronunciarse a todo este respecto y con bastante prontitud, concretamente en *Hanover National Bank v. Moyses*, 186 U.S. 181 (1902), concluyendo que la aludida uniformidad constitucional en materia concursal (*Section 8, Article I*) sólo se requiere desde una perspectiva geográfica⁸ y no sustantiva. Así por ejemplo, en materia de protección de activos del deudor (*exemption laws*), tales como su vivienda habitual, cabe observar cómo el propio Título 11 U.S.C. §522 hasta dispone una remisión a la correspondiente *state law*.

En cualquier caso, dejando a un margen toda esta fricción formal con el mandato de uniformidad constitucional, igualmente han sido criticados -ya en términos más terrenales de coherencia e igualdad⁹- los resultados prácticos de semejante heterogeneidad normativa, pues -siguiendo con el ejemplo anterior- en el ámbito de las variadas *exemption laws* (fundamentales en los concursos de persona física) no han sido infrecuentes los casos de deudores adquiriendo una vivienda en aquel estado con mayores protecciones. Particularmente afamada es la generosa *exemption law* aplicable en el estado de Florida, por medio de su Constitución estatal, y sobre la que luego tendremos ocasión de referirnos. Incluso el propio Tribunal Supremo Federal ha tenido que admitir, desde una óptica *favor creditoris*, que una de las finalidades del derecho concursal federal también es garantizar una uniformidad en el tratamiento de los acreedores¹⁰.

Para completar esta resumida visión de las distintas normativas sustantivas concursales existentes (federales y estatales), también debe realizarse una breve mención al tratamiento normativo tributario y penal bajo un escenario concursal. Respecto de la primera materia, deberá estarse al *Bankruptcy Tax Act* de 1980, hoy contenida en el llamado *Internal Revenue Code* (Título 26 U.S.C.), esto es, de forma separada al *Bankruptcy Code* (Título 11 U.S.C.) si bien al menos gozando ambas fuentes de naturaleza federal. En el ámbito de la insolvencia punible, al igual que sucede en los arts. 259 a 261.bis de nuestro Código Penal, también pueden localizarse distintos tipos delictivos de esta naturaleza, concretamente en el Título 18

7 BLUM, B. A.: *Bankruptcy and Debtor/Creditor*, ed. Aspen Publishers, 2006, p. 89.

8 MALINS ROSE, W.: *Abandoned property act to Equitable title*, ed. Bancroft-Whitney, 1903, p. 294.

9 AUSTIN, D. A.: “Bankruptcy and the Myth of Uniform Laws”, *Seton Hall Law Review*, 2012, vol. 42, no. 3.

10 *Central VA. Community College v. Katz* 546 U.S. 356 (2006).

U.S.C. §151 a §158, véase por ejemplo el delito de *bankruptcy fraud* (castigado con pena de prisión de hasta 5 años).

Dicho todo esto, en lo relativo a las distintas fuentes de derecho concursal *sustantivo*, desafortunadamente no debemos olvidar que buena parte del mismo y cuestionable fenómeno normativo también concurre en el ámbito procesal concursal estadounidense.

Así, una vez más, aparentemente se cuenta con un punto de partida procesal uniforme, esto es, las llamadas *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* ("FRBP")¹¹, establecidas por el Tribunal Supremo Federal y conforme le permite para dicha potestad legislativo-procesal el Título 28 U.S.C. §2075. Las FRBP se encuentran en vigor desde el pasado 1 de agosto de 1983, resultando aplicables con carácter general en todos los EE.UU.

El inmediato predecesor de las FRBP se encuentra en las *Bankruptcy Rules* de 24 de abril de 1973, también promulgadas por el Tribunal Supremo Federal y vigentes desde el 1 de octubre del mismo año, toda vez que su antecedente más antiguo se sitúa en las llamadas *general orders* adoptadas por el Tribunal Supremo Federal en 1898¹².

Sin embargo, como ya se ha querido advertir anticipadamente, también en el ámbito procesal concursal deberá estarse a la correspondiente Ley procesal civil estatal, que bien puede introducir variaciones o especialidades sobre las FRBP. Repárese en que más de la mitad de los 50 estados de EE.UU cuentan con su propia Ley procesal civil, véanse *ad exemplum* las *Massachusetts Rules of Civil Procedure*, con sus propias y también separadas normas procesales de apelación, las *Massachusetts Rules of Appellate Procedure*. Por todo lo cual, es fácil adivinar, el ejercicio práctico del Derecho entre un Estado y otro puede suponer tanto como tener que empezar de cero.

Este fenómeno normativo encuentra su explicación -que no justificación- en la organización territorial federal vigente en los EE.UU, que implica que existan *State Courts* (Tribunales estatales) y que éstos puedan contar con su propio sistema (*state court system*) separado del sistema federal (*federal court system*).

Entiéndase bien: en un mismo Estado coexistirán estos Tribunales estatales con los Tribunales federales, no siendo éstos siquiera los únicos posibles (municipales, por condados), pero ello sin compartir idéntica regulación procesal, pues la creación de normas procesales no es una material federalmente reservada por la Constitución

¹¹ Disponibles en la página web oficial www.uscourts.gov/file/rules-bankruptcy-procedure.

¹² FREY, M.A. y SWINSON, S. K.: *Introduction to bankruptcy law*, ed. Delmar, 2013, p. 23.

de los EE.UU, a diferencia de lo que sí restringe el art. 149.1.6° de la Constitución Española. Tanto es así que, incluso, dicha creación de normas procesales estatales se encuentra expresamente permitida en la *Rule 83* de las *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), siempre y cuando no resulten *inconsistentes* con dichas FCRP¹³. Naturalmente, como era también de adivinar o prever, esta permisividad no ha hecho sino provocar una abundante proliferación de normas procesales y un marcado suspenso en cualquier tipo de *consistency test* con las FRCP que quiera hacerse¹⁴.

Por si este trasfondo de notable desconcierto jurisdiccional no fuera suficiente, resulta además que en el concreto ámbito del derecho procesal concursal -precisamente- esta difícil coexistencia ha sido objeto de una notoria polémica y, en última instancia, resuelta si bien para ello creándose sus propias y únicas especialidades jurisdiccionales.

En efecto, por los motivos que intentaremos exponer con la mayor claridad posible en el siguiente apartado, un concurso de acreedores (*bankruptcy proceeding*) no puede peticionarse ni seguirse ante una *State Court*, sino ante la figura *ad hoc* de los denominados *Bankruptcy Courts*, gobernados procesalmente no por las aludidas FRCP, sino por las ya citadas *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* (FRBP); y en última instancia, sin poder escapar tampoco en este ámbito procesal a las consiguientes *local bankruptcy rules* que adopten los *District Courts*, debiendo sumar las *general orders* que estos mismos *District Courts* también pueden adoptar e, incluso, pudiendo llegar a extremos procesales tan *microscópicos* como las posibles especialidades procedimentales individualmente establecidas por cada Juez.

II. ESTRUCTURA JURISDICCIONAL EN EL DERECHO CONCURSAL ESTADOUNIDENSE: NORMAS PROCESALES, SISTEMA JUDICIAL Y PODERES.

Como es evidente, el derecho concursal no sólo puede ser analizado desde un punto de vista sustantivo, normalmente objeto de mayor atención mediática, sino también desde la óptica jurisdiccionalista. Esta doble perspectiva de estudio se hace especialmente necesaria en el particular y complejo sistema procesal concursal estadounidense.

En primer lugar, hemos llamado nuevamente nuestra atención sobre el Título 28 U.S.C. §2075, que ya hemos tenido ocasión de mencionar en el epígrafe anterior. Bajo dicho Título 28, de naturaleza puramente jurisdiccionalista al estar destinado a la regulación del *judiciary and judicial procedure*, su citada sección (§2075) concede determinadas potestades legislativo-procesales al Tribunal Supremo Federal de

13 Así lo explican, por todos, CARTER, J. H. y FELLAS, J.: *International Commercial Arbitration in New York*, ed. Oxford University Press, 2010, p. 42.

14 ROBERTS, D. M.: "The Myth of Uniformity in Federal Civil Procedure: Federal Civil Rule 83 and District Court Local Rulemaking Powers", *University of Puget Sound Law Review*, 1985, vol. 8.

los EE.UU en materia concursal: *to prescribe by general rules, the forms of process, writs, pleadings, and motions, and the practice and procedure in cases under title 11* (recuérdese que dicho Título 11 constituye el *Bankruptcy Code*). Bajo este mandato es como nacen las llamadas *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* (FRBP), vigentes desde el 1 de agosto de 1983¹⁵.

Las FRBP se encuentran organizadas en nueve capítulos, todos ellos con el objeto de servir como las normas que regularán el concurso de acreedores: así por ejemplo, la parte I destinada al procedimiento y declaración de concurso, como lo hace el Título I de nuestra Ley Concursal; la parte II estando destinada a la elección del Administrador Concursal (*trustee*); la parte VII como una suerte de regulación especial aplicable sobre determinados incidentes concursales allí definidos, consistiendo en una adaptación o incluso remisión a las FRCP generales (del mismo modo que el carácter supletorio de la LEC sobre la Ley Concursal); o la parte VIII regulando el sistema de apelación, entre otros ejemplos.

Dicho lo cual, como complemento a las FRBP deberá estarse seguidamente a las apodadas *local bankruptcy rules*, tal y como dispone la Regla 9029 de las FRBP, véanse así -entre muchos otros ejemplos- las *local bankruptcy procedure rules* aplicables en el *Bankruptcy Court District of Massachusetts*¹⁶.

Dejando al margen la cuestionable idoneidad de no haberse reservado constitucionalmente la creación de normas procesales de manera uniforme y por ende solamente de tipo federal, ¿cuál es el sentido práctico de estas normas procesales adicionales? Según apunta LEVIN¹⁷, las mismas determinan las "peculiaridades locales procedimentales y de la práctica forense", aunque no podrán resultar "inconsistentes" -de nuevo se hace uso de esta abstracta fórmula- con las FRBP. Recuerda también el citado autor, y así puede comprobarse en las respectivas páginas web oficiales de cada *Bankruptcy Court*, la existencia complementaria -en una suerte de tercer nivel- de *general orders* adoptadas por dichos *Bankruptcy Courts* e incluso de normas individuales propias de cada Juez -cuarto y último nivel procedimental-.

Partiendo, pues, de este múltiple contexto normativo procesal (FRBP + *local bankruptcy rules* + *general orders* + *single-judge orders*), la segunda pregunta a hacerse gira en torno al propio sistema judicial (*bankruptcy court system*), de una complejidad insólitamente torpe.

En aras de poder comprender dicho *bankruptcy court system*, debemos retroceder un escalón conceptual previo: entender la dualidad existente entre (i) los tribunales

15 Sin perjuicio de las distintas reformas operadas sobre las FRBP, la última de éstas tuvo lugar el pasado 29 de abril de 2015, entrando en vigor el 1 de diciembre de ese mismo año.

16 Disponibles en su página web oficial: http://www.mab.uscourts.gov/pdffdocuments/localrules/OLR_06-2015.pdf.

17 LEVIN, R. B. en AA.VV.: *Fundamentals of bankruptcy law*, ed. Aliaba, 2010, p. 17.

cuya potestad jurisdiccional emana directamente del artículo III de la Constitución de los EE.UU, y (ii) todos aquellos Tribunales restantes y no creados con base en dicho precepto, sino sobre los artículos I o IV de la misma Constitución, siendo que estos últimos no gozan de las protecciones -nominación presidencial sujeta al Senado, cargo vitalicio, garantías salariales- de las que únicamente disponen los jueces del Artículo III (*Article III judges*)¹⁸. El debate legal sobre la constitucionalidad, cuando un juez *federal* no está protegido al amparo de las protecciones del citado Artículo III, no es ni mucho nuevo, pudiendo destacar los precedentes *American Insurance Company v. Canter* 26 U.S. 511 (1828) y *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* 59 U.S. 272 (1856).

La creación de la llamada *public rights doctrine*, a través de este último precedente, antes citado, ha sido mantenida a lo largo del siglo XX y como criterio para analizar la admisibilidad de los Tribunales no respaldados por el marco constitucional del Artículo III y de los propios poderes legislativos para su creación, si bien quedó superada por la posterior y actual doctrina de la *separación de poderes*. A este último respecto, como señala COFFIN¹⁹, no es necesario que un Tribunal cumpla con los requisitos del Artículo III, sino únicamente cuando se ejercita el poder *judicial* emanado de la Sección 2ª del Artículo III (*common law*, equidad o Derecho marítimo)²⁰.

En palabras de DODGE²¹, los *non-Article III tribunals* deben ser concebidos como órganos "no judiciales", es decir, como órganos pertenecientes al poder legislativo o incluso ejecutivo y no obstante su *nomen iuris* como Tribunal. Por lo demás, la política expansiva en la creación de *non-Article III tribunals* constituye un complejo y sempiterno debate político, como en el ámbito español existe -especialmente pero no siendo el único- el debate sobre la politizada elección de los miembros del Tribunal Constitucional, todo lo cual excede de los términos de este estudio.

Pues bien, pese a la existencia -o fruto- de todas estas polémicas, la *Bankruptcy Act Reform* de 1978 no tuvo mejor idea que conceder a los *bankruptcy judges* unos amplísimos poderes -judiciales- al amparo constitucional del Artículo III y, al mismo tiempo, no establecer su cargo de tipo vitalicio sino por un periodo de 14 años (*vid.* Título 28 U.S.C. §152). Todo ello, como era pronosticable, dio lugar al precedente *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipeline Co.* 458 U.S. 50 (1982), a través del cual el Tribunal Supremo Federal concluyó que unos jueces concursales

18 Estas protecciones exclusivas de los *Article III judges*, así como el poder que dispone el Congreso de los EE.UU para crear *non-Article III Courts* se explican por ATTANASIO, J. y GOLDSTEIN, J. K.: *Understanding Constitutional Law*, ed. Matthew Bender & Company Inc.: 2012, pp. 58 et seq.

19 COFFIN, K. G.: "Limiting Legislative Courts: Protecting Article III from Article I Evisceration", *Barry Law Review*, 2011, vol. 16.

20 Aunque con algunas excepciones, *vid.* *CFTC v. Schor* 478 U.S. 833 (1986).

21 DODGE, J.: "Reconceptualizing Non-Article III Tribunals", *Minnesota Law Review*, 2015, vol. 99.

federales sin cargo vitalicio no podían quedar facultados para ejercer tan amplios poderes judiciales concedidos (*vid.* derogado Título 28 U.S.C. §1471), procediendo así a declarar la nulidad de todo el sistema judicial concursal introducido por aquella reforma de 1978.

Debido a la decretada nulidad sobre el sistema judicial concursal, por parte del Tribunal Supremo Federal, no se tuvo más remedio que adoptar una *Emergency Rule* como norma jurisdiccional temporal a propuesta de la *Judicial Conference* de los EE.UU (órgano relativamente similar a nuestro CGPJ) y cuyo poder emana del Título 28 U.S.C. §331), por medio del cual los jueces concursales podrían -competencialmente- entrar a conocer sobre asuntos concursales (*core matters*) y únicamente *recomendar* respecto de aquellos asuntos no propiamente derivados del Derecho concursal (ej.: el divorcio del deudor), cuya resolución pasaba a ser enjuiciada por el *District Court* federal del correspondiente estado (existiendo un total de 94 *District Courts*, aproximadamente dos por estado), en tanto que estos Tribunales sí gozan de las protecciones constitucionales del Artículo III.

¿Cuál es la situación actual? La reforma concursal operada en 1984 (*BAFJA Act*), mencionada en el epígrafe introductorio, terminó por resolver esta inestable etapa normativa al establecer, en una propuesta similar a la mentada *Emergency Rule*, que los jueces concursales (*bankruptcy judges*) serían considerados una *unidad* del *District Court*, pasando a ser conocidos como el *Bankruptcy Court* integrado en el oportuno *District Court* (Título 28 U.S.C. §151), así como reduciéndose su competencia objetiva para conocer sobre aquellas materias no concursales (*non-core proceedings*). Ello último sería logrado, conforme al Título 28 U.S.C. §157(c)(1), mediante la fórmula de que los jueces concursales únicamente podrán remitir una propuesta de los hechos y conclusiones jurídicas al *District Court*, pero siendo el distinto *district judge* -y no el *bankruptcy judge*- el titular competente para resolver tales *non-core proceedings*. Ésta viene a ser, en esencia, la singular estructura dualista del sistema judicial concursal estadounidense.

Así pues, de conformidad con el Título 28 U.S.C. §157(b)(3), el juez concursal (*bankruptcy judge*) determinará -siendo su resolución susceptible de apelación- si una materia puede considerarse o no propia del Derecho concursal (*core vs. non-core*), toda vez que el Título 28 U.S.C. §157(b)(2) enumera -aunque sin efectos *numerus clausus*- una serie de asuntos definitivamente clasificables como *core*.

Tal y como recuerda Cook²², ha venido dándose un continuo debate jurídico sobre si este concepto (*core vs. non-core*) debería ser interpretado en un sentido amplio o bien en uno más limitado, siendo la primera de estas opciones la que parece ser más aceptada, según el autor citado. En todo caso, cabe apreciar cómo

22 Cook, M. L.: *Bankruptcy Litigation Manual*, ed. Wolters Kluwer Law & Business, 2014, pp.120 y ss.

la delimitación del objeto del proceso (*petitum*) y su causa de pedir guardan una particular relevancia añadida en el transcurso de un concurso de acreedores en EE.UU.

Junto con dicha primera distinción a efectos competenciales, sobre si una materia puede considerarse o no propia del derecho concursal, a continuación debe notarse también en materia de competencia cómo el Título 28 U.S.C. § 1334 otorga ampliamente tanto (i) exclusiva jurisdicción y competencia objetiva -por materia- en favor de los *District Courts* sobre cualquier *bankruptcy case*, así como (ii) jurisdicción y competencia no-exclusivas en favor de los mismos *District Courts* sobre todos aquellos otros litigios civiles surgidos bajo el Bankruptcy Code, relacionados o con efectos sobre éste, ello último a gran diferencia de lo que viene sucediendo en el cuestionadamente limitado art. 8.1º de la Ley Concursal.

Esta amplitud competencial ha sido ensalzada²³ por evitar la dispersión de a través de su unificación ante el referido *District Court*, así como por su particular flexibilidad, pues permite a éste incluso *abstenerse* de conocer una determinada materia concursal de su competencia (sea ya ésta *core* o *non-core*). Al respecto de dicha especie de potestad de abstención competencial, la misma bien puede ser otorgada por el *District Court* de forma voluntaria (*permissive abstention*) conforme al Título 28 U.S.C. § 1334(c)(1) o de forma preceptiva -Título 28 U.S.C. § 1334(c)(2)-. Especial mención merece también el Título 28 U.S.C. § 1452, en tanto que permite la acumulación al concurso de procesos declarados *ex ante* con mucha mayor amplitud que el equivalente art. 51.1.II de nuestra Ley Concursal.

¿Cuál es, entonces, la correcta inteligencia competencial que debe regir entre los *Bankruptcy Courts* y los *District Courts*, siendo ambos de tipo federal y siendo que los segundos ostentan formalmente la competencia exclusiva en *bankruptcy cases*? Siguiendo a GINSBERG, MARTIN y KELLEY²⁴, la clave reside en la ya comentada potestad dispositiva de los *District Courts* sobre su competencia (original) en materia concursal, para así "cederla" en favor de los *Bankruptcy Courts* (cuya competencia es por tanto cedida o derivada), quienes no obstante solamente podrán resolver asuntos propiamente de Derecho concursal (los aludidos *core proceedings*) según el ya citado Título 28 U.S.C. § 157(a).

Advertida esta dicotomía entre Tribunales, por lo demás puede decirse que un *bankruptcy court* opera como un tribunal ordinario y pese a su singular concepción como *unidad del District Court*²⁵.

23 BLUM, B. A., cit., pp. 132-133 et 151.

24 GINSBERG, R. E., MARTIN, R. D. y KELLEY, S. V.: *Ginsberg & Martin on Bankruptcy*, ed. Wolters Kluwer, 2015, p. 34.

25 LEVIN, R. B.: *Fundamentals*, cit., p. 27.

Con todo, en los últimos años el sistema judicial concursal estadounidense ha resultado una vez más puesto en entredicho constitucional, concretamente a raíz de *Stern v. Marshall* 564 U.S. (2011), por medio del cual el Tribunal Supremo Federal estableció que las partes tienen Derecho a que su demanda (*claim*) sea enjuiciada por un *federal district judge* cuando tal *petitum* no resulte plenamente conexa al concurso de acreedores, véanse supuestos de demanda reconventional (*counterclaim*) como sucedía en aquel afamado caso.

Así pues, tras la resolución de dicho precedente, los *Bankruptcy Courts* se han visto obligados a estudiar las denominadas *Stern claims* de cada caso concreto, en aras de valorar si cuanto menos podían ser tratadas como materias *non-core* sobre las cuales poder remitir una propuesta fáctica y conclusiones jurídicas por parte del *Bankruptcy Court* al *District Court* -Título 28 U.S.C. §157(c)(1)-, para que éste sea quien resuelva como verdadero órgano competente, conforme al sistema dual competencial que ya hemos explicado con anterioridad.

Dicho adecuamiento competencial en la forma de posibles materias *non-core* no fue confirmado sino hasta el precedente *Executive Benefits Insurance Agency v. Arkison*, 134 S.Ct. 2165, 189 L.Ed. 2d 83 (2014). Ha sido incluso con todavía mayor posterioridad, en *Wellness Int'l Network, Ltd. v. Sharif* 575 U.S. (2015), cuando el Tribunal Supremo Federal ha matizado que si las partes consienten voluntariamente que un *Bankruptcy Court* pueda resolver materias reservadas constitucionalmente al amparo de su Artículo III, entonces dicho precepto no puede considerarse vulnerado no obstante la falta de plenas garantías constitucionales de los correspondientes *bankruptcy judges*.

Para finalizar nuestro recorrido por el sistema judicial-federal concursal de los EE.UU, cuyo punto de partida -léase la primera instancia- resultan los susodichos *Bankruptcy Courts* considerados como una *unidad* dentro de cada uno de los 94 *District Courts*, en un siguiente nivel podemos encontrar los *Circuit Courts* como Tribunales de apelación, existiendo un total de 13²⁶.

Sin embargo, tales *Circuit Courts* solamente conocerán en sede de apelación aquellas resoluciones -también en materia concursal- dictadas por los *District Courts* (Título 28 U.S.C. §1291 y 1292), mientras que las apelaciones ejercitadas frente a las resoluciones concursales dictadas por los *Bankruptcy Courts* son resueltas precisamente por los *District Courts* conforme al Título 28 U.S.C. §158(a)(1). Vemos, pues, cómo de nuevo se continúa con un dualismo competencial también en la segunda instancia.

26 El *First Circuit Court*, por ejemplo, abarca los *Districts Courts* de Maine, Massachusetts, New Hampshire, Puerto Rico y Rhode Island, ello conforme al Título 28 U.S.C. §41.

Todavía más, existe una segunda peculiaridad en el régimen de apelación concursal, por cuanto aquellas apelaciones dirigidas frente a resoluciones de un *Bankruptcy Court* pueden ser conocidas por los llamados *Bankruptcy Appellate Panels* (formados por un total de tres jueces), cuya creación resulta potestativa en virtud del Título 28 U.S.C.158(b)(1).

Nos encontramos, así, ante un sistema competencial *alternativo* -con idéntico alcance competencial y territorial- para dirigir tales apelaciones a dicho *Bankruptcy Appellate Panel* en lugar de formularla frente al *District Court*²⁷, pero que sin embargo no está disponible -al ser su creación potestativa- en todos (13) los Circuit Courts²⁸. Por su parte, las propias resoluciones emitidas en apelación por tales *Bankruptcy Appellate Panels* podrán ser recurridas ante el propio *District Court* conforme al Título 28 U.S.C.§158(d)(1); de modo que cabría también afirmar que en aquellos *District Courts* donde se haya creado un *Bankruptcy Appellate Panel* se ha originado, a su vez, una suerte de régimen de apelación *doble o intermedio*.

En el más alto escalón se encuentra el Tribunal Supremo Federal -no debiendo confundirse con aquellos otros Tribunales Supremos estatales-, órgano jurisdiccional éste también disponible en el ámbito concursal estadounidense como sucede en el español (art. 197.7 de la Ley Concursal), siendo la técnica para su acceso conocida como *petition for writ of certiorari*, consistente en una petición para una plena *revisión* del pleito en esta última instancia.

III. OBJETO, PRESUPUESTOS Y NATURALEZA DEL CONCURSO VOLUNTARIO.

Al igual que sucede con el *binomio* de concurso voluntario y necesario existente en nuestra Ley Concursal, idéntica dualidad tiene lugar en el Derecho concursal estadounidense: *voluntary e involuntary bankruptcy filings*. Todo ello, a la postre, no viene a significar sino -traducido en apropiada terminología procesal- una distinción del tipo de legitimación activa del solicitante del concurso.

La solicitud de concurso voluntario se confecciona a través de un formulario oficial (*Rule 9009 FRBP*), sin mediar requisito de postulación alguno (*Rule 9010 FRBP*). Ello no quita que, en la práctica, resulte necesario una adecuada dirección letrada, véase para cumplimentar toda la documentación que debe acompañar a dicha solicitud (*Rule 1007 FRBP*, equivalente a nuestro art. 6 de la Ley Concursal). Por su parte, a diferencia de la exención objetiva en el pago de la llamada *tasa judicial* aquí establecida sobre la demanda de concurso voluntario, huelga advertir que en el ámbito estadounidense la misma -*filing fee*- no se encuentra exenta -*vid.* Título 28

27 LEVIN, R. B.: *Fundamentals*, cit., p. 67.

28 Es el caso del *Second Circuit Court*, según recuerda RALPH MECHAM, L.: *Judicial Business of the United States Courts*, ed. Government Printing Office, 2008, p. 135.

U.S.C. §1930(a)-, sin perjuicio del fraccionamiento sobre su pago o su excepcional exención (*Rule 1006 FRBP*).

Así las cosas, en primer lugar, debe notarse que el término insolvencia -*bankruptcy*- no aparece definido en el Título 11 U.S.C. §101 (que recoge las *definitions*), a diferencia de lo que en mayor o menor medida sí prevé nuestro art. 2 de la Ley Concursal a modo de presupuesto objetivo del concurso. Tanto es así que, en puridad, una persona física *solvente* puede solicitar su concurso en EE.UU incluso interesando la vía liquidadora (*Chapter 7*). Ante dicha patente omisión sobre el presupuesto objetivo del concurso, debemos considerar sustituir la tradicional pregunta sobre qué entender por *bankruptcy* a cambio de (i) cuál es el objeto del concurso de persona física en EE.UU y (ii) quién reúne los presupuestos para su solicitud.

La primera de estas preguntas -el objeto del concurso de persona física- fue contundentemente contestado en *Grogan v. Garner* 498 U.S. 279 (1991): conceder un *fresh start* a aquellos sujetos adjetivamente calificables como *honest but unfortunate debtors*, léase deudores de buena fe. Para lograr dicho objetivo, según se recuerda posteriormente en *Marrama v. Citizens Bank of Mass.* 549 U.S. 365 (2007), podrá acudir a los distintos mecanismos contenidos en el Bankruptcy Code, ya sea una liquidación concursal o bien la reestructuración del pasivo del deudor.

Por el contrario, tan previsible propósito brilla por su ausencia en la Exposición de Motivos de nuestra Ley Concursal, más allá de referirse a que el convenio es la *solución normal* del concurso (*vid.* Exponendo VI), anhelo éste que cualquier conocedor de la -hasta ahora- práctica forense concursal sólo puede encontrar irónico. Dicha omisión ha sido al menos formalmente corregida mediante el intenso *periodo reformista* concursal español (años 2013 a 2015), véase así por ejemplo el Preámbulo I de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Respecto de la segunda pregunta a plantearse -quién reúne los presupuestos para solicitar el concurso de persona física-, debemos acudir a las *eligibility rules* contenidas en el Título 11 U.S.C. §109, que genéricamente exigen reunir la condición de "persona", en el bien entendido sentido de que se deberá cumplir con la norma definitoria concursalmente de "persona", antes ya referidas -concretamente en el Título 11 U.S.C. §101(41)-, siendo que la persona física así lo cumple.

Junto con lo anterior, no debe olvidarse el criterio -procesal- de competencia recogido igualmente a modo de presupuesto subjetivo, establecido en laxos términos en el Título 11 U.S.C. §109(a), exigiendo así que el deudor deba residir, tener un domicilio, un negocio y/o bien ser propietario de un bien inmueble en los EE.UU. En definitiva, se debe acreditar un nexo causal que justifique una solicitud de concurso bajo su ordenamiento jurídico y sin perjuicio de las ya comentadas

especialidades procesales y sustantivas -sobre todo en materia de protección de activos o *exemption laws*- existentes en diversos Estados.

Asimismo, por su singularidad, regulación aparte ha merecido el presupuesto subjetivo general establecido en el Título 11.U.S.C.11 U.S.C.§109(g), que prohíbe lo que se conoce como *filing abuse*, esto es, el abuso del concurso con fines fraudulentos frente a los acreedores. Este hipotético abuso del concurso, en nuestro ordenamiento, se nos presenta más complicado en tanto que sí existe un presupuesto objetivo de la insolvencia definido y enjuiciado *ab initio* (art. 14 de la Ley Concursal), así como por las propias garantías -intervención o suspensión de las facultades del deudor; sujeto al órgano de la Administración Concursal- que prevé la Ley Concursal en favor de los acreedores.

Por último, el Título 11 U.S.C.§109(h) cierra el elenco de presupuestos subjetivos *generales* con uno muy peculiar; solamente aplicable a la persona física, introducido en la reforma concursal de 2005 (BAPCPA): con carácter previo a solicitar el concurso voluntario y, como norma general, dicha persona física deberá recibir lo que se conoce como *credit counseling* -asesoramiento crediticio- por parte de alguna de las agencias a tal fin creadas (*vid.* Título 11 U.S.C.§111), ello dentro del plazo *ex ante* de los 180 días previos a la fecha de su solicitud de concurso y bajo una suerte de ánimo educacional sobre el -así visto- desdichado deudor.

Se ha de reseñar que, para mayor flexibilidad, la práctica forense²⁹ admite que dicho asesoramiento tenga lugar incluso el mismo día -aunque *stricto sensu* con ligera anterioridad- de la presentación de la solicitud de concurso. No existiendo un equivante en nuestra Ley Concursal, siquiera en el ámbito del derecho preconcursal, el precepto teleológicamente más cercano se encuentra en el art. 178.bis.3.3° de la Ley Concursal, que exige al sujeto que reúna los presupuestos para solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos así hacerlo, so pena de no considerársele deudor de *buena fe* y con ello negarle la exención concursalista de deudas allí regulada.

Superado este característico *cuadruple* presupuesto subjetivo general (*intuitu personae*-competencial-antiabusivo-educacional) del concurso, y no existiendo un presupuesto objetivo definitorio de la insolvencia como tal -ya se ha dicho que hasta el sujeto solvente puede solicitar su concurso por liquidación-, a continuación el mismo Título 11 U.S.C.§109 se subdivide en ciertos presupuestos subjetivos *especiales* en función del concreto *Chapter* que pretenda solicitarse.

Comenzando así por las solicitudes de concurso de persona física interesando la liquidación (*Chapter 7 filings*), de lejos las más prolíficas -un 66% en 2014³⁰-, lo cierto

29 *Vid. In re Warren*, 339 B.R. 475 (Bankr. E.D.Ark. 2006).

30 GERDANO, S. J.: *The 2015 Bankruptcy Yearbook & Almanac*, ed. Kerry A. Mastroianni, 2015, pp. 2 y 3.

es que junto con los presupuestos subjetivos *general* y *competencial* antes referidos no existe ninguna otra restricción subjetiva sobre las personas físicas, no así en el caso de ciertas personas jurídicas que sí se ven excluidas expresamente del Chapter 7 (aseguradoras, entidades financieras), *vid.* así Título 11 U.S.C. §109(b).

En siguiente lugar, en cuanto al *Chapter 11* (reorganización de deudas), sus especiales presupuestos subjetivos se encuentran recogidos en el Título 11 U.S.C. §109(d), que entre otros se remite a los del ya aludido *Chapter 7*. Con todo, el Tribunal Supremo tuvo que confirmar en *Toibb v. Radloff* 501 U.S. 157 (1991) que las personas físicas -y no solamente las jurídicas- podía igualmente optar por dicho Capítulo. Como más adelante se dirá, se trata ésta de una opción estadísticamente atípica entre las personas físicas, pero que podría resultar conveniente en aquellas con una masa pasiva particularmente elevada. De igual modo, para las personas físicas empresarios -*small business cases*-, según su definición el Título 11 U.S.C. §101(51)(D)(A), también puede resultar una vía concursal adecuada.

Frente a la amplitud en el presupuesto subjetivo de los aludidos *Chapters 7* y *11*, como ya se deduce por su nombre el *Chapter 12* (reestructuración de deuda de granjeros y pescadores) está obviamente limitado a aquellos sujetos que cumplan -de nuevo- con la pertinente definición legal de *family farmer* -Título 11 U.S.C. §101(18)(A)-, *family fishermen* -11 U.S.C. §101(19)(A)- o bien *farmer* -11 U.S.C. §101(20)-, que pueden incluir tanto personas físicas como jurídicas, en función de los distintos requisitos aplicables a cada una de estas definiciones, así como en función también de los límites cuantitativos sobre el pasivo -algo así como nuestro art. 190 de la Ley Concursal- actualizados cada tres años por la *Judicial Conference*, mediante la publicación del llamado *Revision of Certain Dollar Amounts in the Bankruptcy Code*³¹. Ante la singularidad del *Chapter 12*, no es de extrañar que en 2014 únicamente se declararan 361 concursos por esta específica vía sustantiva y procedimental, siendo además que solamente una de estas 361 declaraciones resultó ser de persona física. Por lo demás, huelga recordar que no existe *ius singulare* alguno en nuestro ordenamiento jurídico concursalista equivalente al *Chapter 12*.

Siguiendo con el orden numeral del *Bankruptcy Code*, en el ámbito de la persona física finalmente debe estarse al emblemático *Chapter 13* (reestructuración de deuda), única y exclusivamente apto para personas físicas y que, además, cuenten con ingresos regulares (*regular income*). Junto con lo anterior, el Título 11 U.S.C. §109(e) establece asimismo unos límites cuantitativos sobre el pasivo, importes estos que de nuevo se encuentran sujetos a su actualización cada tres años por parte de la *Judicial Conference*, mediante la ya referida *Revision of Certain Dollar Amounts in the Bankruptcy Code*.

31 Datando la última publicación de 22 de febrero de 2016, disponible en <http://regulations.justia.com/regulations/fedreg/2016/02/22/2016-03607.html>.

Los últimos límites cuantitativos, publicados por la *Judicial Conference* -*vid.* primera cita al respecto- el pasado 22 de febrero de 2016 y aplicables desde el 1 de abril de 2016, ascienden a 394.725 \$ en *unsecured debts* (créditos no garantizados) y 1.184.200 \$ en *secured debts* (créditos con garantía real, identificables con nuestro art. 90.I.1° de la Ley Concursal). ¿Cuál es, entonces, la alternativa para aquellos deudores persona física con un pasivo superior a uno u otro límite? Sencillamente, sólo podán optar por solicitar su concurso por la vía liquidadora del *Chapter 7* o bien a través de aquellas otras alternativas no-liquidadoras de los *Chapters 11* y -cuando aplicable- 12.

Podría decirse, *mutatis mutandis*, que el *Chapter 13* encuentra su equivalente en nuestro Convenio Concursal, sólo que la Ley Concursal contiene un único y más reducido cuerpo uniforme de normas relativas a dicho convenio concursal, con independencia del tipo del deudor y sin perjuicio de alguna concreta especialidad respecto de las personas jurídicas (*vid.* art. 100.2 de la Ley Concursal). Dicho de otro modo, no se encuentra -criticablemente- una separabilidad normativa tan desarrollada como la existente entre las distintas vías solutorias apreciables en los *Chapters 11*, 12 y 13.

¿Cuál es la correcta inteligencia que debe regir entre todo este recorrido presupuestario del Título 11 U.S.C. §109 y la admisión de la solicitud de concurso voluntario? Partiendo contaminadamente de nuestro sistema procesal concursal, intuitivamente podría concluirse que el incumplimiento de alguno de tales presupuestos subjetivos -generales y aquellos especiales aplicables- supondrá la desestimación de la *petitum* de concurso voluntario (art. 14 de la Ley Concursal) cuando no sea posible su subsanación (*vid.* art. 13.2 del mismo cuerpo legal).

Pues bien, frente a dicha presumible creencia, el elemento procesal fundamental aquí existente es que la solicitud de concurso voluntario en EE.UU guarda efectos constitutivos *ab initio*, es decir; desde su misma presentación y sin tener que aguardar a declaración judicial alguna. Tal y como irónicamente visualiza JORDAN TABB³², el deudor no ha presentado su solicitud de concurso ante un cajero del Burger King, por lo que válidamente habrá invocado su derecho al orden jurisdiccional federal y así a los efectos del concurso, entre otros su llamada *automatic stay* -una suerte de paralización de las acciones individuales análoga a los arts. 50 a 58 de la Ley Concursal, que más adelante se explicará- y que por ello mismo recibe dicho apelativo de automaticidad. Cuestión distinta, naturalmente, es que con posterioridad a tal solicitud de concurso ésta pueda verse archivada -revocada si se prefiere- y además con posibles efectos retroactivos.

32 JORDAN TABB, C.: *Law of Bankruptcy*, ed. West Academic Publishing, 2014, p. 131.
En el mismo sentido, *vid. In re Tomco* 339 B.R. 145 (Bankr. W.D. Pa. 2006).

En definitiva, debe partirse del concepto de que es la propia solicitud de concurso voluntario la que constituye el equivalente a su declaración constitutiva, su comienzo, desde el mismo momento en que el oficial (*clerk*) del Juzgado recibe la solicitud del concurso voluntario (*Rule 1002(a) FRBP*) y sella ya la misma³³.

¿Existe, entonces, algún posible límite al previsible abuso de solicitar el concurso voluntario para el inmediato aunque temporal beneficio de sus efectos automáticos? En el precedente estatal *In re Elmendorf* 345 B.R. 486 (*Bankr. S.D.N.Y. 2006*), se consideró aceptable el uso de la distinta herramienta procesal de la *inadmisión* (*striking*) en aras de evitar dicho comienzo automático del concurso y sus efectos con la mera solicitud³⁴.

En cualquier caso, mientras que la *inadmisión* (*striking*) no producirá efectos de litispendencia (*pendency*), con la ulterior revocación o archivo (*dismissal*) el concurso de acreedores no deja de haber existido durante un cierto periodo de tiempo, luego revocado con efectos retroactivos.

La declaración constitutiva del concurso que trae consigo, *per se*, la mera presentación de la solicitud de concurso voluntario, encierra una segunda consecuencia jurídico-procesal, cual es la propia naturaleza del concurso, que por tal motivo no puede calificarse de contenciosa sino como perteneciente a la jurisdicción voluntaria³⁵. Todo ello, como puede apreciarse, a gran diferencia de nuestro proceso concursal de naturaleza contenciosa, si bien no desconocemos que algunos autores procesalistas³⁶ han defendido que todo lo que transcurra a partir del Auto declarativo de concurso (art. 21 de la Ley Concursal) también participa de una naturaleza de jurisdicción voluntaria, debate este otro que excede del presente estudio.

¿Es el concurso voluntario de acreedores estadounidense permanentemente no-contencioso? A la vista de su extensa y variada tramitación procedimental, no cabe detenerse en dicha solicitud de concurso primigenia sino también en sus posteriores hitos, sirva a modo de ejemplo, los potenciales *adversary proceedings* regulados en *Part VII* de las FRBP. En consecuencia, resulta más preciso admitir un punto de partida no-contencioso del concurso, razón por la que aquí hemos venido refiriéndonos a su *solicitud* en lugar de su *demanda*, pero sin que ello elimine su potencial conversión en contencioso, en función del recorrido concreto de su *iter* procedimental.

33 JORDAN TABB, C.: *Law*, cit., p. 137.

34 Así lo explica SATORIUS, J.: "Strike or Dismiss: Interpretation of the BAPCPA 109(h) Credit Counseling Requirement", *Fordham Law Review*, 2007, vol. 75.

35 PFANDER, J. E. y BIRK, D. D.: "Article III Judicial Power, the Adverse-Party Requirement, and Non-Contentious Jurisdiction", *Yale Law Journal*, 2015, vol. 124, no. 5.

36 Para un resumen concentrado de tales posturas, vid. DAMIÁN MORENO, J. en AA.VV.: *Derecho procesal concursal*, ed. Marcial Pons, 2008, p. 157.

IV. ESPECIAL LEGITIMACIÓN Y PRESUPUESTOS EN EL CONCURSO NECESARIO (*INVOLUNTARY FILINGS*).

A diferencia de lo que acontece en nuestra Ley Concursal, la solicitud de concurso necesario (*involuntary filing*) únicamente puede iniciar su tramitación bajo el procedimiento liquidador del *Chapter 7*, o bien bajo aquel otro de reorganización de deudas previsto en el *Chapter 11*, quedando así expresamente excluidos los *Chapters 12 y 13 -vid. Título 11 U.S.C. §303(a)-*, así como en parte desactivados los presupuestos subjetivos del Título 11 U.S.C. §109 antes analizados.

No obstante, pese a dicho prefijado inicio procedimental y sin perjuicio de la posible oposición frente a la propia solicitud de concurso necesario, el deudor tiene la posibilidad de demandar una *conversión* del procedimiento liquidador (*Chapter 7*) en aquel otro de reestructuración de deuda de persona física (*Chapter 13*), según dispone el Título 11 U.S.C. §706.

Junto con dichas limitaciones procedimentales, el concurso necesario en su integridad se encuentra directamente restringido al legítimo acreedor -en su derecho de acción- frente a *farmers y family farmers*, no siendo legalmente posible solicitar el concurso necesario de cualquiera de éstos. De igual modo, tampoco una solicitud acumulativa de peticiones de concurso (*joint case*) es posible por parte del acreedor a diferencia de nuestro art. 25.2 y 25.3 de la Ley Concursal. Nos encontramos, pues, con que también el presupuesto subjetivo *intuitu personae* se ve igualmente sustituido o cuanto menos limitado.

A la vista de estas excepciones o alteraciones sobre los presupuestos subjetivos del concurso, no es aventurado preguntarse ¿existe también alguna variación en el presupuesto objetivo del concurso?

Siendo que éste resulta inexistente bajo el prisma del concurso voluntario, en el sentido de que la insolvencia no venía definida al punto de que un sujeto solvente puede solicitar su liquidación concursal, nos encontramos con que en el ámbito del concurso necesario existe un mínimo de pasivo exigido -Título 11 U.S.C. §303(b)-, actualmente fijado en 15.775\$ de lo que sería pasivo 'ordinario' (no garantizado con cargas reales), según la última *Revision of Certain Dollar Amounts in the Bankruptcy Code* de la *Judicial Conference*, de 22 de febrero de 2016. Podría deducirse, por tanto, que la legislación concursal no considera insolvente a aquel sujeto con un pasivo ordinario inferior a dicha cuantía, pues sencillamente no existe un derecho de acción para solicitar el concurso necesario frente al mismo.

Junto con todas estas restricciones sobre el derecho de acción, aún más atípico se nos hace el establecimiento de un litisconsorcio activo necesario (*compulsory joinder*), proscrito en nuestro ordenamiento procesal, para poder solicitar un

concurso necesario. En efecto, el Título 11 U.S.C. §303(b) requiere que un total de tres acreedores formulen dicha petición de concurso necesario siempre que el deudor tenga un pasivo compuesto por más de 12 acreedores. Solamente de ostentar una masa pasiva con un número de acreedores menor a 12, entonces desaparece dicho litisconsorcio activo y es posible la solicitud por uno de ellos.

Para finalizar, y si de la solicitud de concurso voluntario (epígrafe anterior) cabía extraer una naturaleza no contenciosa, ¿qué ocurre en el contexto de una solicitud de concurso necesario (*involuntary bankruptcy filing*)?

Aunque aquí se prevé un trámite previo de posible oposición del deudor (*Rules 1011 y 1013 FRBP*), así como dicha solicitud no constituye una *order for relief*³⁷ (declaración de concurso) por sí misma, no menos cierto es que tal solicitud de concurso necesario igualmente adelanta ciertos efectos del concurso durante este llamado *gap period* hasta que dicha declaración tenga lugar judicialmente, tales como la *automatic stay* (paralización de acciones y ejecuciones) o la creación de una masa activa (*bankruptcy estate*). Por todo lo cual, de nuevo, su naturaleza parece también identificable con la de la iniciación de un expediente de jurisdicción voluntaria, sin perjuicio de su potencial conversión en contencioso.

V. EFECTOS PRINCIPALES PARA LA PROTECCIÓN DEL CONCURSADO PERSONA FÍSICA: AUTOMATIC STAY & EXEMPTION LAWS.

I. Automatic stay.

Como ya se ha tenido ocasión de exponer, cualquier tipo de solicitud de concurso trae consigo *-per se-* el antes citado efecto de la *automatic stay* (espera o suspensión automática), homólogo a nuestros arts. 50 a 57 de la Ley Concursal, incluyendo una análoga prohibición de compensación (*vid.* art. 58 del mismo cuerpo legal), según determina el Título 11 U.S.C. §301 y el extenso 362(a).

La *automatic stay* supone, en esencia, una orden judicial (*injunction*) declarando la prohibición de ejercer acciones legales contra los activos del deudor durante su concurso, incluso su continuación a diferencia de nuestro actual art. 51 de la Ley Concursal, siendo extensiva dicha prohibición frente a cualquier tipo de reclamación (*claim*), según su amplia definición en el Título 11 U.S.C. §101(5). Por su parte, el Título 11 U.S.C. §362(a)(4) y (5) prohíben la creación o ejecución de todo tipo de garantía frente a la masa activa, toda vez que el Título 11 U.S.C. §362(c)(3) limita su duración temporal a 30 días cuando una previa solicitud de concurso hubiera

mediado en el año anterior y dicho concurso hubiera sido posteriormente revocado o archivado (*dismissed*)³⁸.

Cualquier acción declarativa o ejecutiva, iniciada o continuada, judicial o extrajudicial, que fuera ejercitada y contraria a dicha *automatic stay* resultará inmediatamente nula (*void*)³⁹, ahora bien, siempre que la misma no se encuentre dentro de las -también amplias- excepciones del Título 11 U.S.C. §362(b). A este último respecto, es de notar cómo dichas excepciones aglutinan variadamente desde cualquier proceso penal, que bien puede iniciarse o continuar con su tramitación, así como la continuación ejecutiva de un desahucio (*eviction*) resuelto (*judgment for possession*) con anterioridad al concurso, en detrimento del deudor concursado.

Junto con ello, la reforma concursal de 1994 introdujo notables excepciones a dicha *automatic stay*, concretamente en favor de los acreedores titulares de garantías reales sobre inmuebles. En este sentido, el Título 11 U.S.C. §362(d) permite una liberación (*relief from the automatic stay*) salvo que el deudor pueda cumplir con los requisitos establecidos en dicho precepto, básicamente que haya presentado un plan de pagos de previsible e inmediato cumplimiento, o bien comience a realizar pagos mensuales a dicho acreedor. Según resume BAIRD⁴⁰, el espíritu de ambas previsiones no es otro que el deudor sea capaz de demostrar su liquidez a corto plazo.

En cualquier caso, debe dejarse claro que una solicitud (*motion for relief*) del levantamiento de la *automatic stay* puede instarse por cualquier tipo de acreedor, de forma justificada, también por aquellos que no titulen garantía alguna (*unsecured creditors*), dándose previa audiencia del deudor (*response*) y la Administración Concursal para su posible oposición, con celebración de vista, antes de ser resuelta su petición.

¿Y en materia de ejecuciones hipotecarias (*foreclosure*) sobre la vivienda? Aunque éstas no aparecen inicialmente excluidas de la *automatic stay*, el acreedor hipotecario bien puede formular la mentada *motion for relief* basándose sencillamente en el -posible- adeudo ya existente sobre el préstamo hipotecario, si es que dicho adeudo tampoco consigue ser subsanado durante el concurso, en un tratamiento del crédito hipotecario sin equivalente en nuestro ordenamiento (*vid.* art. 90.1.1º de la Ley Concursal), pero que nos recuerda al art. 62.1 de la Ley Concursal relativo a los contratos sinalagmático funcionales de tracto sucesivo. Otra justificación habitual, para la concesión de la *motion for relief*, suele recaer en la propia solicitud de concurso, cuando de ésta se pueda deducir que el deudor no tiene como finalidad

38 Si el número de solicitudes de concurso archivadas o revocadas fuera superior, dentro de dicho mismo periodo, entonces directamente no se despliega ningún efecto de *automatic stay* -Título 11 U.S.C. §362(c)(4)(A)-.

39 Dicho efecto de inmediata nulidad se estableció tan pronto como en *Kalb v. Feuerstein* 308 U.S. 433 (1940).

40 BAIRD, D. G.: *Elements of bankruptcy*, ed. Foundation Press, 2014, p. 204.

mantener dicho activo, sino que prefiere librarse del mismo y con ello de su deuda garantizada.

Por otro lado, una solución intermedia consiste en suscribir la llamada *mortgage reaffirmation*, que no es sino una renuncia parcial -Título 11 U.S.C. §524(f)- de la exoneración de deudas (*discharge*) respecto de dicho crédito concreto, sujeta a control judicial, con el objeto de mantener la propiedad del activo garantizado y proseguir con los respectivos pagos periódicos de tal deuda no exonerada. Naturalmente, en caso de segundas y ulteriores cargas hipotecarias, ningún sentido tendría renunciar a la exoneración del primer préstamo hipotecario y en cambio ignorar las restantes garantías reales, pues incluso habiendo quedado éstas integradas dentro del *discharge* personal, por el contrario el *ius in re* del acreedor -y ésta es la clave- se mantiene incólume con independencia de dicha exoneración meramente *obligacional* frente al deudor.

En cualquier caso, obsérvese que el polémico sistema conceptual del bien necesario -antes *afecto*- a la actividad empresarial (arts. 55 y 56 de la Ley Concursal) guarda una mayor rigidez que el allí seguido, lo que a la postre restringe un mayor elenco de opciones al deudor hipotecario -especialmente si su voluntad es la de mantener el bien garantizado-, además de anticiparse estos efectos desde la misma solicitud de concurso.

2. Exemption laws.

Comoquiera que la solicitud de concurso provoca efectos constitutivos inmediatos, la consiguiente masa activa -*bankruptcy estate*- también nace de forma automática de acuerdo con el Título 11 U.S.C. §541.

Sin embargo, conforme ya hemos anticipado en el primer epígrafe, las denominadas *exemption laws* -con infinita mayor amplitud que nuestro art. 76.2 de la Ley Concursal- juegan un rol fundamental en esta materia, en tanto que excluyen de dicha masa activa un predeterminado importe *valorativo* sobre determinados bienes patrimoniales del deudor -comenzando por su vivienda-, lo que otorga a éste un escenario concursal completamente distinto al aquí conocido. Estas peticiones de exención-protección deberán demandarse en la propia solicitud de concurso o dentro de los 14 días siguientes (*Rules* 1007 y 4003 FRBP).

Por su capital importancia -y aliciente- respecto de la persona física concursada, tanto en escenarios de liquidación (evitando la venta del bien o garantizándole el ingreso de ésta) como de reestructuración de deuda (influyendo en el importe mínimo a devolver mediante el Plan de pagos), merece la pena detenerse algo más en el particular funcionamiento de estas llamadas *exemption laws*.

Aunque el *Bankruptcy Code* ya contiene su propia lista de *exemptions* -*vid.* Título 11 U.S.C. §522(d)-, incluyendo sobre la vivienda del deudor, como ya se ha advertido (*vid.* primer epígrafe) deberá estarse a la correspondiente *state exemption law*, resultando aquella existente en Florida la más afamada por sus elevados beneficios en favor del deudor. En efecto, repárese en cómo el Artículo X, Sección 4ª, de la Constitución del Estado de Florida, otorga una exención cuantitativamente ilimitada sobre el valor de mercado de la vivienda del deudor; ya se trate ésta de una mansión con todo lujo incorporado.

Frente a ello, para evitar posibles abusos, el Título 11 U.S.C. §522(b)(3)(A) exige al deudor haber establecido su residencia en el Estado a cuya *exemption law* pretenda acogerse, con al menos dos años de anterioridad a la solicitud de concurso. Asimismo, el Título 11 U.S.C. §522(p) estableció un límite cuantitativo respecto del valor protegido de dicha vivienda, actualmente fijado en 160.375\$ desde el pasado 22 de febrero de 2016 por parte de la *Judicial Conference* -ya citada su publicación online-, pero que sólo se aplicará si tal vivienda fue adquirida dentro de los 1215 días anteriores a la solicitud de concurso.

Para comprender correctamente el funcionamiento de las *exemption laws*, sea la federal o cualquiera de las estatales, debe asumirse la noción de que la exención no recae sobre el bien como tal, sino en su *cuota de valor de mercado exenta*; la masa activa del concurso, por tanto, sólo tendrá Derecho a aquel posible sobrante de valor existente⁴¹.

En concursos de persona física acumulados (*joint cases*), los cónyuges deberán llegar a un acuerdo en la elección de la legislación aplicable, optándose en defecto de acuerdo por aquella federal -Título 11 U.S.C. §522(b)(1)- y, en todo caso, doblándose tal cuota de valor de mercado exenta -Título 11 U.S.C. §522(m)-.

Dicho énfasis sobre el valor y no sobre el mismo bien en sí explica asimismo, por ejemplo, la posibilidad de utilizar la llamada *wild card* -Título 11 U.S.C. §522(d)(5)-, que sencillamente consiste en utilizar aquellas *cuotas de valor exentas y no utilizadas por el deudor* sobre activos en principio sin cuota de exención alguna, o bien con una cuota que no alcance a cubrir la totalidad de su valor de mercado.

Con todo, este peculiar sistema de *exemptions* resulta completamente estéril en aquellos bienes cuyo *equity* o valor de mercado -por su depreciación- se encuentre ya por debajo de cero, pues en tal caso nada hay que eximir o proteger. De igual modo, tampoco eliminan la obligación de seguir atendiendo los pagos del acreedor titular de aquellas posibles garantías reales que pesaran sobre un determinado bien, véase el clásico ejemplo del acreedor hipotecario, sin que la liquidación concursal

41 *Vid.* Schwab v. Reilly 560 U.S. (2010).

(Chapter 7) o el convenio (Chapter 13) dispongan de mecanismos para evitar su ejecución (*foreclosure*), más allá de la ya referida *automatic stay* e igualmente limitada.

Para finalizar, veamos con un ejemplo sencillo su funcionamiento: imagínese que un bien inmueble -vivienda- tiene un valor de mercado de 100.000\$ y se encuentra libre de cargas, toda vez que la pertinente *exemption law* aplicable solamente prevé una exención valorativa de hasta 80.000\$.

Ello significaría, por tanto, que en un escenario de liquidación concursal (Chapter 7) el Administrador Concursal estaría legitimado para intentar su enajenación pues existe un *equity* (valor de mercado) no cubierto por la exención. Si se produce dicha venta, abonará al deudor el importe valorativo de su exención y el sobrante (20.000\$) corresponderá al *bankruptcy estate* (masa activa).

Por el contrario, en un escenario de convenio (Chapter 13) la importancia de las *exemption laws* radica a *contrario sensu*: el importe total *no exento* actúa como mínimo que debe ser abonado, pues los acreedores no pueden recibir menos de lo que presumiblemente recibirían en liquidación concursal.

VI. SÍNTESIS DE LAS VÍAS PROCEDIMENTALES CONCURSALES DISPONIBLES PARA LA PERSONA FÍSICA: CHAPTERS 7, 11, 12 Y 13 DEL BANKRUPTCY CODE.

No se descubre nada al calificar de rotundo fracaso el tratamiento de la insolvencia de persona física bajo nuestra Ley Concursal. Las estadísticas oficiales dan buena fe de ello, siendo que en el año 2015, de un total de 5.510 declaraciones de concurso, solamente 769 correspondieron a personas físicas (594 de éstas *no empresarias*)⁴².

Este marcado desbalance estadístico entre los concursos de personas físicas y jurídicas, que puede identificarse en cualquiera de los datos relativos a años anteriores, no trae causa precisamente de una sociedad española pudiente, menos aún durante los años de la consabida crisis económica española y el grave fenómeno del sobreendeudamiento hipotecario, sino de una *lex concursalis* endémicamente estéril para encontrar soluciones a la insolvencia del individuo.

Por el contrario, en el derecho concursal estadounidense la tendencia estadística es justamente la opuesta. En este sentido, las declaraciones de concurso *non-business* (personas físicas) han venido siendo mayoría desde 1985 hasta nuestros días. Así por ejemplo, en 2014 se declararon en EE.UU un total de 909.812 concursos *non-business*, frente a los 26.983 *business bankruptcy filings*⁴³.

42 Vid. así los datos oficiales del INE, disponibles en <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epcpro0015.pdf>.

43 Estadísticas reflejadas por GERDANO, S. J.: *The 2015 Bankruptcy*, cit., pp. 4 et. 22.

I. *Chapter 7*: liquidación concursal.

Ya se ha tenido oportunidad de mencionar que las solicitudes de liquidación concursal (*Chapter 7 filings*) representan la mayoría -un 66% en 2014- de los concursos de persona física.

Tal y como sucede en nuestra homóloga Fase de liquidación (arts. 142 y ss. de la Ley Concursal), el objeto del *Chapter 7* no es otro que proceder a la liquidación de los activos del deudor no exentos (*non-exempt assets*), ello por parte del Administrador Concursal y conforme a su discrecional criterio. Respecto del concepto de *non-exempt assets*, debemos remitirnos a lo antes ya expuesto en materia de *exemption laws* -*vid.* epígrafe correspondiente- y cómo una adecuada estrategia en la utilización de dichos importes valorativos exentos pueden extraer de la enajenación concursal determinados activos totalmente exentos o, al menos, que el deudor reciba buena parte del precio de su venta.

En cuanto al orden legal de pagos (*priority rules*) a seguir tras la conversión en dinero de aquellos activos liquidados, establecido en el Título 11 U.S.C. §507 -por remisión del §726-, entre los créditos ordinarios (*unsecured claims*) existe un rango privilegiado de hasta diez tipos concretos de créditos en función de su origen o naturaleza, siendo el primero de ellos en el orden jerárquico las obligaciones por alimentos. En consecuencia, podría decirse que estos créditos no garantizados, pero prioritarios, acaban siendo tratados como una suerte de créditos con privilegio general (art. 91 de la Ley Concursal).

Por su parte, como ocurre en nuestro art. 155 de la Ley Concursal, aquellos *secured creditors* (acreedores especialmente privilegiados) cobrarán su crédito con cargo al bien afecto a su garantía (*collateral*). Desde la óptica de la Administración Concursal, ésta podrá incluso dar por directamente abandonado (Título 11 U.S.C. §554) dicho bien -en términos liquidadores- si considera que su valor de mercado no supera el de sus cargas reales y la parte exenta (*exemption law*) pagadera al deudor, por tanto sin que reste sobrante alguno para luego distribuir entre los acreedores.

En todo caso, huelga señalar que la masa pasiva del concurso vendrá constituida por las previas comunicaciones de crédito (*proof of claims*) a practicar por los acreedores, de modo análogo a nuestro art. 85 de la Ley Concursal, tal como dispone el Título 11 U.S.C. §501, si bien en relación con aquellos créditos devengados hasta la misma fecha de la presentación de la solicitud de concurso -Título 11 U.S.C. §502(b)-.

En contraposición al anhelado y tardío establecimiento de un especial régimen condonatorio de deudas concursal (primero ex art. 178.2 de la Ley Concursal y luego en el art. 178.bis de la misma Ley), que supusiera un aliciente para el concurso de persona física en España, lo cierto es que en el derecho concursal estadounidense

se ha seguido el camino opuesto: restringir la exoneración (*discharge*) de deudas concursales ante los abusos allí vividos. A tal concreto fin, la reforma concursal de 2005 (BAPCPA) procedió a establecer un régimen de acceso mucho más restringido al propio *Chapter 7* en su integridad, por medio del sometimiento del deudor a lo que se conoce como un *means test*. Dicho *abuse test* resulta sencillamente inexistente en nuestro art. 178.bis de la Ley Concursal, que se limita a reconducir esta cuestión por la vía de la buena fe, entendida ésta como *no culpabilidad* concursal, ni concurrencia de determinados ilícitos penales, así como al hecho de haberse intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, obviando así una cierta “zona gris” de posible comportamiento imprudente, según viene acertadamente recordando CUENA CASAS⁴⁴.

Advertido lo anterior, y retomando el ámbito del *means test*, conforme al Título 11 U.S.C. §707(b) un procedimiento liquidador (*Chapter 7*) resultará archivado o bien -si el deudor lo consiente- convertido a un procedimiento no-liquidador del *Chapter 11* o *13*, siempre que aprecie la posible concurrencia de un *abuso*, conceptualizando dicho abuso mediante una ardua fórmula de cálculo -disponible online⁴⁵- para determinar si sus ingresos mensuales se encuentran por encima de la *media* estadounidense del Estado concreto en que resida el deudor y en atención al tamaño de su familia, entre otros factores. Dicho de otro modo, el acogimiento a la liquidación concursal solamente resulta legítimo si los ingresos del deudor resultan lo suficientemente bajo.

Como cláusula de cierre, aun superándose dicho *means test* sigue siendo posible apreciar un abuso del concurso por la causa general de la mala fe -Título 11 U.S.C. §707(b)(3)-, toda vez que el mismo deudor solamente puede recibir una condonación cada ocho años -Título 11 U.S.C. §707(b)(8)-. Asimismo, dicho *discharge* también puede ser revocado por alguna de las causas contempladas en el Título 11 U.S.C. §707(d), si bien no por la -cuestionable- razón de venir a mejor fortuna como en cambio sí sanciona nuestro art. 178.bis.7.c) de la Ley Concursal.

Como puede verse, la concesión de una condonación de deudas está lejos de ser automática. Asimismo, tal y como se observa en ambos regímenes condonatorios de nuestro art. 178.bis de la Ley Concursal, la condonación de deudas tampoco es universal sino que existen determinados tipos de deudas impermeables a dicha exoneración -*vid.* Título 11 U.S.C. §523-, tales como las deudas tributarias, como tampoco se extiende sobre ninguno de los posibles créditos contra la masa (*post-petition debts*) devengados con posterioridad a la solicitud de concurso.

44 CUENA CASAS, M. en AA.VV.: *El Derecho de la insolvencia*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 106 y 107.

45 *Vid.* la página no oficial de consumidores <https://www.legalconsumer.com/bankruptcy/means-test/>

En cuanto al tratamiento de créditos garantizados, como es el clásico ejemplo del crédito hipotecario, ya se ha explicado -*vid.* epígrafe dedicado a la *automatic stay*- la debida distinción que debe hacerse entre la posible condonación de la deuda y la posibilidad de evitar la ejecución del bien objeto de la garantía, pues ambos efectos no tienen por qué coincidir; pudiendo exonerarse el pasivo pero mantenerse el correlativo *ius in re*, lo que a fin de cuentas obliga al deudor que quiera preservar dicha propiedad a continuar con el pago del préstamo hipotecario.

2. Chapter 11: posible acogimiento del deudor persona física al procedimiento de reorganización de deuda *a priori* pensado para las personas jurídicas.

Aunque en la Ley Concursal no se cuenta con un equivalente exacto al *Chapter 11*, ya hemos tenido oportunidad de señalar su naturaleza teleológicamente análoga a la del convenio concursal, siendo que su distinción con el *Chapter 13* -con idéntico fin- trae causa del tipo de solicitante, pues este último está exclusivamente reservado a la persona física, y ello aunque dicho deudor persona física bien puede optar por acogerse a las especialidades del *Chapter 11* -*vid.* *Toibb v. Radloff* 501 U.S. 157 (1991)-.

Así, bajo este escenario, el deudor deberá trabajar en la realización de un convenio (*reorganization plan*) para su sometimiento a los acreedores (Título U.S.C. §1126) ante el *creditors' committee* (junta de acreedores), ello dentro del plazo de 120 días a contar desde la solicitud de concurso (11 U.S.C. §1121) o 180 días en el caso de *small businesses*.

Dentro de dicho plan de reorganización, el deudor deberá clasificar a sus acreedores en distintas *clases* según la naturaleza del crédito (*vid.* nuestro análogo art. 94.2 de la Ley Concursal), como así prevé el Título 11 U.S.C. §1122. Junto con ello, el deudor deberá asimismo decidir si una determinada *clase*, de las antes referidas, se va a encontrar o no vinculadas por las previsiones del *reorganization plan*, calificándose de *impaired* a aquellos créditos que el deudor quiera afectar con su pretendido convenio concursal, y de *unimpaired* a los que no. Solamente aquellas clases afectas (*impaired creditors*) ostentarán un derecho de voto frente al *reorganization plan*. En cuanto al resto de requisitos que debe cumplir el *reorganization plan*, nos remitimos al extenso Título 11 U.S.C. §1129(a) y según los recoge en dieciséis apartados.

¿Qué mayoría legal es exigida para la aceptación -*confirmation*- del pretendido convenio? Lo que debería ser una respuesta sencilla no lo es tanto, pues el Título 11 U.S.C. §1129(a)(10) considera suficiente con que vote a favor una sola *impaired class*. Recuérdese, a este respecto, la plena libertad del deudor en crear tantas *clases* de créditos como considere, siempre que dichos créditos guarden entre sí una análoga naturaleza, así como en decidir cuáles de estas *clases* quiere el deudor intentar vincular a su *reorganization plan* (convirtiéndose así en *impaired*) y cuáles no. Junto

con ello, el Título 11 U.S.C. § 1126(c) requiere a continuación de una doble mayoría: (i) el voto favorable de más del 50% de los miembros de cada *impaired class* y (ii) que los miembros que votaron a favor representen al menos dos tercios del importe total de créditos de su *clase*.

Sin embargo, el efecto de no conseguir la aprobación del *reorganization plan* por razón de dicha falta de aceptación puede verse superado conforme al extraordinario poder previsto en favor del *Bankruptcy Court*, conocido como *cramdown* -Título 11 U.S.C. § 1129(b)-, que puede aprobar el susodicho convenio si éste cumple el resto de requisitos contenidos en el citado Título 11 U.S.C. § 1129(a) a excepción de dicha mayoría de votos. Esta extraordinaria facultad nos revela, a su vez, una naturaleza *procesalista* y no *contractualista* del *reorganization plan*, pues no sólo su efectividad se vincula con la necesaria aprobación judicial como sucede en la Ley Concursal (art. 127 de la Ley Concursal), sino que incluso puede suplirse la falta de aceptación por parte de determinadas *impaired classes*.

¿Qué papel juega la Administración Concursal (*trustee*) bajo el *Chapter 11*? Directamente ninguno, pues no se prevé su nombramiento sino que el deudor sencillamente se encuentra en una situación conocida como *debtor-in-possession*, lo que significa que el propio deudor viene a actuar con las mismas facultades que lo haría un Administrador Concursal (ej.: limitaciones para la venta de activos, *vid.* Título 11 U.S.C. § 363). Como contrapeso a dicha ausencia, el denominado *United States Trustee* -figura que no debe confundirse con el Administrador Concursal- tiene un papel de supervisión sobre el *debtor-in-possession*.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el *Chapter 11* también puede ser utilizado con fines liquidadores, a diferencia de nuestro convenio concursal (art. 100.3 de la Ley Concursal), pues así puede contemplarlo el propio *reorganization plan* -Título 11 U.S.C. § 1123(b)(4)-. Puede interesar así al deudor; a diferencia del *Chapter 7*, tener el control y dirección del procedimiento liquidador en lugar de someterse al criterio de un Administrador Concursal.

Finalmente, la condonación o *discharge* de deudas también se encuentra presente bajo este procedimiento -Título 11 U.S.C. § 1141(d)(5)- como efecto derivado de la aprobación del convenio. Ahora bien, ello en el correcto sentido de exonerar solamente aquellos créditos afectos al convenio aprobado y cuando éste resulte cumplido en su totalidad. En consecuencia, y como ya viene defendiéndose⁴⁶ en el marco de nuestro convenio concursal (art. 136 de la Ley Concursal), realmente no se estaría ante una eficacia propiamente extintiva sino más bien ante un mero *pacto de non petendo* condicionado al cumplimiento del convenio.

46 PULGAR EZQUERRA, J.: "Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: cláusulas convencionalmente pactadas", *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm. 279/2011.

3. *Chapter 13*: reestructuración de deudas de la persona física.

Como punto de partida, debe insitirse en que la esencia de este capítulo descansa en que se trata de un procedimiento de convenio configurado por y para la persona física.

Sin embargo, conforme a su especial presupuesto subjetivo establecido en el Título 11 U.S.C. §109(e), su acceso se encuentra cuantitativamente limitado en el importe de 394.725\$ respecto de créditos ordinarios (*unsecured claims*) y 1.184.200\$ para créditos garantizados (*secured claims*), según la última actualización de estos importes por parte de la *Judicial Conference*, a fecha 22 de febrero de 2016 y aplicables a partir del 1 de abril. Toda persona física cuyo pasivo supere dicho importe podrá, si no quiere optar por la liquidación (*Chapter 7*), acogerse al antes referido *Chapter 11*.

Junto con dicha limitación en el presupuesto subjetivo, debe asimismo recordarse que la legitimación activa para su incoación no se encuentra reconocida para los acreedores -Título 11 U.S.C. §303(a)-, es decir, que aquellos concursos de tipo necesario no podrán ser tramitados inicialmente bajo este procedimiento sino únicamente bajo el *Chapter 7* o el *Chapter 11*, ello sin perjuicio de su posible *conversión* procedimental a petición del deudor.

Con arreglo a la *Rule 3015 FRBP*, el deudor debe presentar una propuesta de convenio (*repayment plan*) en el sucinto plazo de 14 días a contar desde su solicitud de concurso, para su aprobación por el *Bankruptcy Court*.

En cuanto al contenido de la propuesta, es necesario que ésta prevea cuantitativamente que lo obtenido por los acreedores mediante la misma no suponga una minoración frente a lo que obtendrían por medio de la liquidación concursal, siendo que dicho importe último -a modo de cláusula de mínimo- vendrá constituido por el valor de mercado (*equity*) total de los *non-exempt assets* susceptibles de liquidación (*vid. epígrafe relativo a las exemption laws*).

Asimismo, es requisito indispensable que la propuesta prevea el pago en su totalidad de todas las llamadas *priority claims* -Título 11 U.S.C. §1322(a)(1) en relación con §507-, que como ya se ha dicho en anteriores epígrafes no vienen sino a formar una suerte de créditos con privilegio general (no dejan de ser *unsecured claims* priorizados *ex lege*).

Respecto de los créditos especialmente privilegiados (*secured claims*), si el deudor desea mantener el activo que garantiza el pertinente crédito deberá entonces prever su pago al menos en la cuantía del valor de tal garantía (*collateral*). En definitiva,

solamente aquellos *unsecured claims* sin *priority* (privilegio general) pueden verse sometidos a la respectiva quita.

¿Cómo funcionan los clásicos mecanismos de espera y quita? Respecto del primer elemento, más que una *espera* como tal se establece un plazo alternativo de duración del calendario de pagos, que podrá ser de hasta 3 o 5 años, en función de los ingresos del deudor -Título 11 U.S.C. § 322(d)-. En resumen, cuanto mayores sean los ingresos netos (*disposable income*) del deudor, más prolongado resultará su calendario de pagos, por lo que -a diferencia de lo que aquí acontece- al deudor le interesa cuanto menos *espera* sea legalmente posible.

En cuanto a la quita, que como ya se ha advertido únicamente operará sobre los *unsecured claims* sin *priority*, ésta se establece *a contrario sensu*: el deudor deberá pagar cuanto esté a su alcance debidamente calculado en función de sus ingresos netos (*best effort test*), toda vez que dicha cifra no podrá ser inferior a lo obtenible por la vía de la liquidación.

La iniciación de los efectos -pagos- del convenio concursal tiene lugar en el plazo de 30 días desde su presentación, esto es, incluso con anterioridad a su aprobación judicial (*Rule 3026 FRBP*). Dichos pagos no se realizan por el deudor, ni tampoco aquellos posteriores durante la vida del convenio concursal, sino que por el contrario se efectúan todos ellos por el deudor a la Administración Concursal, siendo esta última la encargada de su distribución a los acreedores -Título 11 U.S.C. § 302-.

Con respecto al tratamiento en sí de tales acreedores, la naturaleza procesal y no contractual de este tipo de convenio se revela en tanto que dichos acreedores no ostentan un previo derecho de voto frente al pretendido convenio. Se entiende así, en síntesis, que si el *Bankruptcy Court* considera que la propuesta de convenio cumple con todos los requisitos legalmente establecidos, entonces los acreedores ya se encuentran lo suficientemente protegidos al amparo de estas previsiones legales -Título 11 U.S.C. § 325-. Así pues, únicamente podrán oponerse a su aprobación, ante el *Bankruptcy Court* -*confirmation hearing*-, si consideran que dichos requisitos legales no concurren, resultando el argumento más utilizado en la práctica el consistente en defender que se obtendría un mayor importe de la liquidación concursal.

Durante la ejecución del convenio, el deudor no se ve liberado de determinados efectos concursales como sí ocurre en nuestro art. 133.2 de la Ley Concursal, en tanto que precisa de consentimiento judicial para la asunción de nuevos pasivos, además de depender del Administrador Concursal para realizar los pagos previstos en dicho convenio. Por otra parte, la potestad novatoria del convenio concursal, mediante su modificación, se encuentra expresamente recogida en el Título 11 U.S.C. § 329, a diferencia del estricto régimen de transitoriedad establecido por

nuestro legislador; solicitud ésta que podrá también interesarse por la Administración Concursal o cualquier *unsecured creditor*.

Naturalmente, podrá también el deudor solicitar su conversión a liquidación -Título 11 U.S.C. §1307- tal y como también prevé el art. 142.2 de la Ley Concursal, sólo que dicha opción no es la única sino que también puede solicitar el archivo o revocación del procedimiento del *Chapter 13*, sin conversión a liquidación, eliminando así sus efectos y potencial *discharge*. Esta última posibilidad también puede ser demandada por los acreedores, por ejemplo, en caso de sufrir un impago previsto en el convenio, en analogía con la demanda incidental por incumplimiento de convenio aquí prevista (art. 140 de la Ley Concursal).

Por último, al igual que sucede en el *Chapter 11*, es el cumplimiento del convenio el que concede la condonación extintiva o *discharge* de deudas -Título 11 U.S.C. §1328-, encontrándose el deudor entre tanto en un régimen de *pacto de non petendo*. Debe notarse que la amplitud de la condonación de deudas bajo el *Chapter 13* es apreciablemente más extenso que aquel otro *discharge* del *Chapter 7*, según las excepciones que contiene cada una (Título 11 U.S.C. §1328 vs. Título 11 U.S.C. §727).

Asimismo, existe también la posibilidad de que dicha condonación de deudas sea concedida pese al incumplimiento del convenio, lo que se conoce como *hardship discharge* -Título 11 U.S.C. §1328(b)-. Dicha posibilidad se restringe, no obstante, a aquellos sujetos que cumplan con las condiciones allí señaladas, básicamente que dicho incumplimiento no resulte imputable al deudor, así como que los acreedores hayan percibido tanto como lo hubieran hecho en un escenario de liquidación y, por último, que la posibilidad de modificación del convenio no resultaría materialmente eficaz para su cumplimiento.

4. *Chapter 12*: el tratamiento ad hoc de determinados tipos de insolvencia en función del ámbito socioeconómico (*farmers & fishermen*).

Introducido en la reforma concursal de 1986, por su singularidad aunque infrecuente utilización -menos aún por personas físicas- merece una breve mención esta otra vía sustantiva y procedimental, que no viene sino a actuar como el equivalente *Chapter 13*. Para su acceso, de igual modo, se establece un presupuesto subjetivo consistente en la limitación del pasivo del deudor; si bien mucho más elevado que en aquel otro *Chapter 13*: 4.153.150\$ para *family farmers* y 1.924.550\$ respecto de *fishermen*.

Por lo demás, como ya se ha dicho con anterioridad, no es posible demandar un concurso necesario frente a este concreto tipo de deudores, sea al amparo del *Chapter 12* o bajo cualquier otra modalidad procedimental, toda vez que para

acceder a este último -siempre desde el concurso voluntario- se deberá cumplir con las definiciones estandarizadas de *family farmer* -Título 11 U.S.C. § 101(18)(A)-, *family fishermen* -Título 11 U.S.C. § 101(19)(A) o *farmer* -Título 11 U.S.C. § 101(20)-

Comoquiera que la finalidad de esta vía de concurso no es otra que el convenio, al igual que sucede en el *Chapter 13* se exigirá al deudor que disponga de una fuente de ingresos regular (*regular annual income*) con que poder afrontar un convenio de pagos, so pena de tener que acudir directamente a liquidación. De nuevo, un Administrador Concursal es nombrado -Título 11 U.S.C. § 1202- y, en este caso, el plazo para presentar la equivalente propuesta de convenio será de 90 días desde la solicitud de concurso -Título 11 U.S.C. § 1221- ampliables a 180.

En cuanto al funcionamiento de la quita y la espera, nos remitimos a lo ya expuesto en el examen del *Chapter 13* en tanto que viene a ser transpuesto -Título 11 U.S.C. § 1225-, así como en lo relativo a la ausencia de un Derecho de voto de los acreedores, que se entenderán amparados con que el plan cumpla con los requisitos legalmente establecidos y revisados por el *Bankruptcy Court*. Ello, de nuevo, sin perjuicio de su posible oposición *ex post* así como de cualquier acción por su incumplimiento.

Finalmente, en cuanto a la concesión de la condonación de deudas por extinción (*pacto de non petendo*), el Título 11 U.S.C. § 1228 cuenta con su distinta configuración y excepciones, siendo aquel otro *discharge* del *Chapter 13* notablemente más beneficioso, si bien al menos bajo el régimen del *Chapter 12* también se permite un excepcional *hardship discharge*, esto es, aunque el convenio de pagos no haya resultado cumplido en su totalidad.

BIBLIOGRAFÍA

ATTANASIO, J. y GOLDSTEIN, J. K.: *Understanding Constitutional Law*, ed. Matthew Bender & Company Inc.: 2012, pp. 58 et seq.

AUSTIN, D. A.: "Bankruptcy and the Myth of Uniform Laws", *Seton Hall Law Review*, 2012, vol. 42, no. 3.

BAIRD, D. G.: *Elements of bankruptcy*, ed. Foundation Press, 2014, p. 204.

BLUM, B. A.: *Bankruptcy and Debtor/Creditor*, ed. Aspen Publishers, 2006, p. 89.

CARTER, J. H. y FELLAS, J.: *International Commercial Arbitration in New York*, ed. Oxford University Press, 2010, p. 42.

COFFIN, K. G.: "Limiting Legislative Courts: Protecting Article III from Article I Evisceration", *Barry Law Review*, 2011, vol. 16.

COOK, M. L.: *Bankruptcy Litigation Manual*, ed. Wolters Kluwer Law & Business, 2014, pp. 120 y ss.

CUENA CASAS, M. en AA.VV.: *El Derecho de la insolvencia*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 106 y 107.

DAMIÁN MORENO, J.: AA.VV.: *Derecho procesal concursal*, ed. Marcial Pons, 2008, p. 157.

DODGE, J.: "Reconceptualizing Non-Article III Tribunals", *Minnesota Law Review*, 2015, vol. 99.

FREY, M. A. y SWINSON, S. K.: *Introduction to bankruptcy law*, ed. Delmar, 2013, p. 23.

GERDANO, S. J.: *The 2015 Bankruptcy Yearbook & Almanac*, ed. Kerry A. Mastroianni, 2015, pp. 2 y 3.

GINSBERG, R. E., MARTIN, R. D. y KELLEY, S. V.: *Ginsberg & Martin on Bankruptcy*, ed. Wolters Kluwer, 2015, p. 34.

JORDAN TABB, C.:

- *Law of Bankruptcy*, ed. West Academic Publishing, 2014, p. 131.

- "The History of the Bankruptcy Laws in the United States", *American Bankruptcy Institute Law Review*, 1995, vol. 3

LEVIN, R. B. en AA.VV.: *Fundamentals of bankruptcy law*, ed. Aliaba, 2010, p. 17.

MALINS ROSE, W.: *Abandoned property act to Equitable title*, ed. Bancroft-Whitney, 1903, p. 294.

PFANDER, J. E. y BIRK, D. D.: "Article III Judicial Power, the Adverse-Party Requirement, and Non-Contentious Jurisdiction", *Yale Law Journal*, 2015, vol. 124, no. 5.

PULGAR EZQUERRA, J.: "Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: cláusulas convencionalmente pactadas", *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm. 279/2011.

RALPH MECHAM, L.: *Judicial Business of the United States Courts*, ed. Government Printing Office, 2008, p. 135.

REGIS NOEL, F.: *A history of the bankruptcy law*, ed. William S. Hein & Co Inc.: 2003, pp. 43 et 65.

ROBERTS, D. M.: "The Myth of Uniformity in Federal Civil Procedure: Federal Civil Rule 83 and District Court Local Rulemaking Powers", *University of Puget Sound Law Review*, 1985, vol. 8.

SATORIUS, J.: "Strike or Dismiss: Interpretation of the BAPCPA 109(h) Credit Counseling Requirement", *Fordham Law Review*, 2007, vol. 75.

WILDE, C.: "The Chandler Act", *Indiana Law Journal*, 1938, vol. XIV, no. 2.

**ASPECTOS ACTUALMENTE CONTROVERTIDOS SOBRE LA
PRUEBA EN LOS PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS EN ESPAÑA**

***CURRENTLY CONTROVERSIAL ASPECTS OF EVIDENCE IN TAX
PROCEDURE IN SPAIN***

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 226-261



Francisco J.
MAGRANER
MORENO

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de abril de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: La Ley General Tributaria, tras efectuar una remisión a lo establecido en la normativa de derecho privado para regular la prueba en los procedimientos tributarios, especifica y valora los medios de prueba que van a ser de mayor relevancia en este ámbito jurídico. Entre ellos, sobresalen, por su frecuente uso y significativa valoración, la factura y las presunciones. No obstante, la delimitación de dichos medios como prueba dista de ser de exclusiva construcción legal, en concreto, debido a la ingente labor que para su recta apreciación está ejerciendo la jurisprudencia. De otro lado, analizaremos dos aspectos relativos a la prueba que por su falta de acotación legal son objeto de una controvertida interpretación jurisprudencial. Nos referimos al momento de aportación de las pruebas y a la valoración de la prueba ilícita.

PALABRAS CLAVE: Ley General Tributaria; prueba; medios de prueba; tributos; procedimiento tributario; factura; presunciones; prueba ilícita.

ABSTRACT: After making a reference to what is established in private law regulations regarding means of proof in tax procedures, the General Tax Law specifies and assesses the evidence that will be of greater relevance in this legal area. Invoice and presumptions stand out as means of proof, due to their frequent use and significant valuation. However, the delimitation of such means as evidence is far from being an exclusive legal construction, particularly because of the sizeable work of jurisprudence related to their correct assessment. Additionally, we analyze two aspects of the evidence that lack legal delimitation and are, therefore, subject to controversial judicial interpretation, namely, when to provide evidence and how to assess inadmissible evidence.

KEY WORDS: General Tax Law; evidence; means of proof; taxes; tax procedure; invoice; presumptions; inadmissible evidence.

SUMARIO.- I. Consideraciones previas.- II. La interacción con otras ramas del ordenamiento jurídico.- III. Los medios de prueba y su valoración: aspectos generales.- 1. La factura como medio de prueba.- 2. Las presunciones en materia tributaria.- 3. Momento de aportación de las pruebas.- 4. La prueba ilícita.- IV. A modo de conclusión.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

El punto de partida para el estudio de la prueba en los procedimientos tributarios se encuentra en la Ley General Tributaria (en adelante, LGT)¹. Ley que constituye el eje central del ordenamiento tributario, donde se recogen sus principios esenciales y se regulan las relaciones entre la Administración tributaria y los contribuyentes. Así lo ha sido desde su introducción en el sistema jurídico español en 1963, tras sus diversas e importantes reformas, y lo es con la Ley vigente de 2003².

Aunque la LGT se refiere en muchos de sus preceptos a materias relacionadas con la prueba, de manera específica dedica a su regulación los artículos 105 a 108, en los que se disponen determinadas reglas en torno a, respectivamente, la carga de

1 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que derogó la Ley 230/1963, de 28 de diciembre.

2 Las disposiciones contenidas en las normas de Derecho administrativo actúan de manera supletoria en el ámbito procedimental del Derecho tributario. Así se reconoce expresamente en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas, cuando dice que: "1. Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales. 2. Las siguientes actuaciones y procedimientos se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en esta Ley: a) Las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa..."

• Francisco J. Magraner Moreno

Doctor en Derecho (cum laude), Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la Universitat de València (España), Abogado, Miembro de la AEDAF, conferenciante sobre distintas materias de Derecho Tributario en, entre otras, las siguientes entidades: Colegios de Abogados, Fundación ADEIT, Cámara de Comercio, ILADT (Colombia, Venezuela, Perú, Méjico, Bolivia, Guatemala, etc.), Centro Regional del Instituto de Estudios Fiscales de Valencia y en diversas universidades españolas y extranjeras (UIMP, Santiago de Compostela, UDIMA, UB, Granada, Harvard, UCLA, Queen Mary of London, etc.). Publicaciones, entre otras, en las revistas nacionales y extranjeras, siguientes: CIVITAS REDF, Crónica Tributaria, Impuestos, Actualidad Tributaria, Ciss Comunicación, Tribuna Fiscal, Técnica Tributaria, European Taxation, EC TAX Review, INTERTAX, Quincena Fiscal, CEF, etc. Libros publicados en diversas editoriales, entre otras: Tirant lo Blanch, Aranzadi, Tecnos, Wolter Kluwers, etc., entre otros: Comentarios a la Ley y al Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, VVAA, Tirant lo Blanch (2017); Derecho y práctica tributaria, VVAA, Tirant lo Blanch (2016) y Wolter Kluwers (2015); La imposición sobre las rentas obtenidas en España por artistas y deportistas, Tirant lo Blanch (2012); La coordinación del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea, Instituto de Estudios Fiscales, (2009); El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Tirant lo Blanch, (10 ediciones); La tributación de los artistas y deportistas, Editorial Ciss (1995); Dirección de trabajos de investigación y tesis doctorales; Estancias de investigación en universidades extranjeras: Harvard, UCLA, Cardiff, etc. Correo electrónico: francisco.magraner@uv.es.

la prueba, las normas sobre medios y valoración de la prueba, el valor probatorio de las diligencias y las presunciones en materia tributaria³.

Respecto de la carga de la prueba -el *onus probandi*-, la LGT no hace más que especificar para el ámbito tributario un principio ya clásico del ordenamiento jurídico, en virtud del cual se establece que en los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo⁴.

El procedimiento tributario, como todo procedimiento administrativo⁵, tiene carácter inquisitivo, el contribuyente se enfrenta a la administración tributaria, no existe un juez imparcial que tome una decisión en función de lo que cada parte demanda⁶. En este sentido, el Tribunal Supremo español ha establecido que al tratarse de un procedimiento administrativo inquisitivo, impulsado de oficio, ni la prueba ni la carga de la prueba “pueden tener la misma significación que en un proceso dispositivo. Comenzando por el hecho de que la Administración deberá averiguar los hechos relevantes para la aplicación del tributo, incluidos, en su caso, los que pudieran favorecer al particular; aún no alegados por éste”⁷.

El procedimiento se impulsa de oficio. El funcionario es el que dirige el procedimiento, sin embargo, ello no ha obstado a que la intervención de los contribuyentes haya ido también ocupando un lugar cada vez más relevante, quizá como consecuencia de una creciente regulación legislativa de talante más proporcional⁸, quizá por un mejor posicionamiento de los tribunales en torno

- 3 Ya hemos dicho en otro lugar, contestando a la pregunta ¿por qué es tan importante la prueba en los procedimientos tributarios? que, para BENTHAM “el arte de todo proceso no es esencialmente otra cosa que la correcta administración de las pruebas. La prueba puede definirse como aquel conjunto de operaciones que tratan de obtener la convicción psicológica del juez o de la Administración (en definitiva, del funcionario encargado de aplicar la norma) respecto de un dato –procesal o administrativo- determinado” (Cfr. CAAMAÑO ANIDO, M. A., ALONSO GONZÁLEZ, L., GARCÍA NOVOA, C., MARANER MORENO, F., MERINO JARA, I., SÁNCHEZ PEDROCHE, A.: *Derecho y práctica tributaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 603).
- 4 Son abundantes los estudios científicos que existen sobre la prueba en el Derecho tributario, en todos ellos se afirma pacíficamente este criterio legal sobre la carga de la prueba. Entre otros, véanse, CAYÓN GALIARDO, A. M.: “Cuestiones sobre la prueba en los procedimientos tributarios”, *Revista técnica tributaria*, núm. 97, 2012, pp. 13-32; MARÍN-BARNUEVO FABO, D.: “La distribución de la carga de la prueba en Derecho tributario”, *Civitas. REDF*, núm. 94, 1997, pp. 185-198; MERINO JARA, I.: “La prueba en materia tributaria”, *Fundamentos de Derecho: revista del Colegio de Abogados de Cáceres*, núm. 36, 2005, pp. 47-49; PALAO TABOADA, C.: “La prueba en el procedimiento de gestión tributaria: art. 114”, *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma: libro-homenaje al profesor Dr. Fernando Sainz de Bujanda*, Vol. 2, 1991, pp. 257-278; RODRÍGUEZ-BEREJO LEÓN, M.: *La prueba en derecho tributario: formación y preconstitución de la prueba en derecho tributario*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007; SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.: “A vueltas con los problemas de la prueba en el Derecho Tributario”, *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios y Casos prácticos*, núm. 325, 2010.
- 5 La Ley 39/2015, en su exposición de motivos, define de manera muy didáctica el procedimiento administrativo como el conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración.
- 6 El Tribunal Supremo ha reconocido de manera taxativa que las garantías de publicidad, contradicción y defensa en el procedimiento de Inspección no alcanzan la misma intensidad y plenitud que en sede judicial (STS de 4 de mayo de 2015 -recurso 580/2014-).
- 7 SSTs de 1 de julio de 2010 (recurso 2397/2005); y, de 20 de julio de 2016 (recurso 3338/2015).
- 8 Prueba de la evolución normativa hacia un postulado más garantista con los derechos de los contribuyentes en el ámbito de la prueba dentro del procedimiento tributario lo podemos deducir del contenido del apartado

al afianzamiento de las garantías constitucionales del administrado, lo que les ha permitido una mayor presencia en el procedimiento, por ejemplo, permitiendo la presentación de pruebas, la formulación de alegaciones, incluso la posibilidad de suspender temporalmente las actuaciones administrativas⁹.

La idea que se desprende del *onus probandi* es que dentro del procedimiento tributario el que quiera demostrar un hecho debe probarlo, tanto si es el contribuyente el que pretende defender la aplicación de una exención o la deducibilidad de un gasto, como si es la Administración tributaria la que quiere contradecir lo declarado por el contribuyente o tiene la intención de completar, integrar o imputar un hecho imponible. No cabe duda alguna de que la prueba constituye el centro de gravedad esencial para invocar un derecho y/o para denegarlo. El *onus probandi* se erige como un principio esencial en este ámbito y sostiene el principio a la presunción de inocencia, de tal manera que quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo¹⁰.

El Tribunal Supremo español así lo viene entendiendo, lo que le ha permitido indicar que el artículo 105 LGT es un precepto que de igual modo obliga al contribuyente como a la Administración, de manera que es a la Inspección de los Tributos a la que corresponde probar los hechos en que descansan las liquidaciones que practique, sin que *a posteriori* se pueda desplazar la carga de la prueba al que niega tales hechos, convirtiendo aquella en una *probatio diabolica* referida a hechos negativos¹¹. A *fortiori*, en beneficio de la justicia tributaria, se ha matizado la doctrina de la carga de la prueba en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente

2, del artículo 105 LGT, en el que se establece que “Los obligados tributarios cumplirán su deber de probar si designan de modo concreto los elementos de prueba en poder de la Administración.” Asimismo, entre los derechos y garantías de los contribuyentes que se recogen en el artículo 34 LGT, su apartado 1.h), se incluye el “derecho a no aportar aquellos documentos ya presentados por ellos mismos y que se encuentren en poder de la Administración actuante, siempre que el obligado tributario indique el día y procedimiento en el que los aportó”.

- 9 De este modo, el artículo 150 LGT, en su apartado 4, establece los llamados “días de cortesía”, al indicar que: “El obligado tributario podrá solicitar antes de la apertura del trámite de audiencia, en los términos que reglamentariamente se establezcan, uno o varios periodos en los que la inspección no podrá efectuar actuaciones con el obligado tributario y quedará suspendido el plazo para atender los requerimientos efectuados al mismo. Dichos periodos no podrán exceder en su conjunto de 60 días naturales para todo el procedimiento y supondrán una extensión del plazo máximo de duración del mismo.”
- 10 Como nos recuerda el TC, en su Sentencia 138/2016, de 18 de julio de 2016...el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como “el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (STC 112/2015, de 8 de junio, FJ 7), de modo que, como declaró la STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2, sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado.”
- 11 Sentencia el TS de 18 de febrero de 2000 (recurso 3537/1995). Pero cuando la liquidación tributaria se funda en las actuaciones inspectoras practicadas, que constan debidamente documentadas, es al contribuyente a quien incumbe desvirtuar las conclusiones alcanzadas por la Administración (Sentencias de 15 de febrero de 2003 -recurso 302/1998-; de 5 de julio de 2007 -recurso 251/2002-; de 26 de octubre de 2007 -recurso 88/2003-; de 12 de noviembre de 2008 -recurso 370/2004-).

procesal, en el sentido de que cuando para una de las partes (por ejemplo, para la Administración) resulta más fácil acreditar la prueba que para la otra, ello ha de repercutir sobre aquella carga trasladando la necesidad de probar a quien tenía más facilidad para ello (doctrina de la "facilidad de prueba")¹².

II. LA INTERACCIÓN CON OTRAS RAMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

El artículo 106 LGT, en su apartado 1, dispone que "En los procedimientos tributarios serán de aplicación las normas sobre los medios y valoración de la prueba que se contienen en el Código Civil y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que la ley establezca otra cosa".

En general, por tanto, existe una remisión a la normativa contenida en el derecho privado sobre los medios de prueba y su valoración, remisión que como señala el precepto anteriormente transcrito no deja de tener un carácter residual, puesto que su aplicación se encuentra subordinada a que la propia LGT no establezca una limitación a la misma.

En España, la apuntada regulación general se encuentra actualmente insita, principalmente, en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)¹³. Sin embargo, no deben desdeñarse otras disposiciones -incluidas las contenidas en la Constitución Española (CE)-, que juntamente con aquella conforman el vasto perímetro que abarca el corpus normativo de la prueba.

De este modo, los artículos 9.3 -principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos-, 18 y 24.2 de la CE -derecho a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías- otorgan a la actividad

12 Sentencia del TS de 29 de marzo de 2007 (recurso 8073/2003). Resultan ya de común conocimiento las reglas que rigen la carga de la prueba, son las siguientes: primera, la normalidad: *incumbit probatio qui dicit, no qui negat* (217.2 LEC; 105.1 LGT); segunda, la razonabilidad: motivación razonada y ausencia de arbitrariedad; tercera, la proporcionalidad: no cabe exigir esfuerzos probatorios desmesurados (*probatio diabolica vs. probatio angelical*), debe existir una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido (por ejemplo, en las entradas en el domicilio de los contribuyentes, STC 66/1985); y, por último, la disponibilidad y la facilidad probatoria: para los casos en que las pruebas resultan difíciles de aportar, aun habiendo desplegado el contribuyente toda la actividad posible, de tal modo que si la Administración tributaria estima que algún elemento debe ser acreditado en mejor forma, debe colaborar con el contribuyente en dicha actividad. En este sentido, el Tribunal Supremo nos recuerda que "cada parte soporta la carga de la prueba de las condiciones fácticas de la norma en que se basa su pretensión; regla, a veces, corregida por el criterio de la mayor facilidad de una de las partes en la aportación de la prueba concreta y por el de la participación del órgano jurisdiccional en la investigación de los hechos. En este sentido se ha manifestado en ocasiones el Tribunal Supremo; así, en Sentencia de 20 mar. 1989, señala: "... El principio de la buena fe en la vertiente procesal puede matizar, intensificar o alterar la regla general sobre distribución de la carga de la prueba en aquellos casos en los que para una de las partes resulta muy fácil acreditar un dato de difícil prueba para la otra...". Igualmente, en Sentencia de 26 jul. 1996, expresamente se señala que el *onus probandi* se traslada a la Administración cuando es ella la que tiene en sus manos la posibilidad de certificar sobre los extremos necesitados de prueba. Por consiguiente, ha de atenderse también al cumplimiento de la doctrina legal que, dentro del marco del juego de la carga de la prueba, atribuye, en definitiva, el "onus probandi" a quien, por su posición y función, dispone o tiene "más facilidad" para asumirlo" (Sentencia de 9 de abril de 2015, recurso 2446-2013). La LGT exige que tanto la Administración tributaria como los contribuyentes prueben aquello que les pudiera beneficiar, salvo casos concretos, como la prescripción, que debe ser aplicada de oficio por la Administración y por los Tribunales (art. 69.2 LGT).

13 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

probatoria rango de derecho fundamental. De tal modo que actualmente queda fuera de toda discusión que la utilización de los medios de prueba pertinentes se erige en un derecho fundamental en cualquier tipo de procedimiento, derecho que consiste básicamente en que las pruebas propuestas sean admitidas y practicadas debidamente¹⁴

Resulta también significativo el contenido del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)¹⁵, del cual nos ocuparemos detenidamente más adelante, cuando establece que en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe y “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Precepto este que ha dado fruto a una importante doctrina jurisprudencial en torno al concepto de “prueba ilícita” y los efectos que de ella se derivan¹⁶.

III. LOS MEDIOS DE PRUEBA Y SU VALORACIÓN: ASPECTOS GENERALES.

Como hemos indicado anteriormente, en relación con los medios de prueba y su valoración la legislación tributaria efectúa, por un lado, una remisión a lo establecido tanto en el Código Civil como en la LEC, y, de otra parte, establece la valoración de ciertos medios de prueba “propios” para esta específica materia¹⁷.

14 El TS considera que la valoración errónea e ilógica de las pruebas testificales practicadas en sede judicial y de determinadas pruebas documentales es motivo suficiente para casar una sentencia de instancia (Sentencia de 4/5/2015, recurso 580/2014). Según la Sentencia del TC 244/2005, de 15 de octubre una vez admitidas y practicadas las pruebas declaradas pertinentes, a los órganos judiciales les compete también su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica.

15 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

16 La Sentencia del Tribunal Constitucional español 114/1984, de 29 de noviembre, importó a España la teoría en virtud de la cual no deben admitirse aquellas pruebas que se hayan obtenido vulnerando algún derecho fundamental. “En suma, puede traerse a colación la doctrina establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la *evidence wrongfully obtained* y de la *exclusionary rule*, en cuya virtud, en términos generales, no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución. Así, en *United States v. Janis* (1976), la Corte declaró que «... la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada...».

17 Lógicamente, en el seno de los procedimientos tributarios, quien efectúa la valoración de las pruebas es la propia Administración. La Administración en el ejercicio de esta importante función debe actuar con objetividad. No debe otorgar una mayor prevalencia a las pruebas que ella obtiene que a las que aporta el obligado tributario en defensa de su derecho, y, por supuesto, no debe invertir en todo momento la carga de la prueba. Su posición en la valoración de las pruebas debe ser de una neutralidad absoluta porque su cometido en el procedimiento es ante todo la defensa y el cumplimiento de la legalidad, a través de la aplicación de los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos, tal como dispone el artículo 3, apartado 2, de la LGT. Sin embargo, en la mayoría de ocasiones esto se convierte en un ideal de difícil alcance. En la práctica diaria se observa un interés acuciante de la Administración tributaria por liquidar y por sancionar, motivo por el cual, existe un constante conflicto entre los intereses particulares y los de la Administración que ocasionan innumerables controversias ante los tribunales, en nuestro caso, en búsqueda, por parte del contribuyente, de una adecuada – o más justa-revaloración de las pruebas que integran el expediente administrativo. Además, es justo defender esa deseada posición de neutralidad que debe tener la Administración en el procedimiento tributario, si se conjuga con los privilegios que la propia LGT le otorga en distintas fases del mismo. Por ejemplo, para decidir si concluye el procedimiento con un acta con acuerdo (artículo 155 LGT); o para valorar la responsabilidad por infracción tributaria (art. 179 LGT) a través de conceptos como la existencia o no de fuerza mayor; que se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones; que exista una interpretación razonable de la norma, etc.; o bien, para apreciar la existencia de indicios de delito (artículo 250 LGT). De esta manera los órganos de la Administración efectúan una valoración del comportamiento del obligado tributario para determinar si, a

En consecuencia, en primer término, analizaremos aquellos medios de prueba y la valoración que a los mismos se les da, tanto en el Código Civil como en la LEC. Y, en segundo lugar, haremos una especial referencia a dos medios de prueba y a la valoración que de ellos se hace en la LGT, los cuales son, en la actualidad, los que habitualmente tienen un mayor impacto en el seno de los procedimientos tributarios.

De este modo, el Código Civil (CC)¹⁸ -con una menor relevancia desde la aprobación de la LEC¹⁹-, regula en sus artículos 1216 a 1230 determinados aspectos probatorios de los documentos públicos y privados, los cuales se completan con el contenido de los artículos 317 a 334 de la LEC.

Del contenido de estos preceptos podemos destacar, por ejemplo, que según lo dispuesto por el artículo 1218 CC, los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. Sin embargo, en algunas cuestiones del ámbito tributario, el valor de estos documentos se ha visto mermado. En efecto, el Tribunal Supremo ha dicho que el administrador sigue respondiendo, ex artículo 43.1.a) de la LGT, como responsable subsidiario, por las infracciones cometidas por la sociedad después de la escritura pública de cese, en el caso de que el documento notarial no se inscriba en el Registro Mercantil²⁰. En el mismo sentido, la Audiencia Nacional ha considerado que en relación con el cese y renuncia de administradores, su inscripción en el Registro Mercantil tiene efectos constitutivos frente a terceros, y dentro de los terceros se encuentra la Hacienda Pública²¹. La validez del documento público también es exigua en los supuestos de caducidad y renuncia de los administradores²².

Durante una época anterior, tampoco se admitieron los documentos públicos para deducir el IVA soportado, prevaleciendo en estos casos el valor probatorio de las facturas. Así, por ejemplo, la Audiencia Nacional, en Sentencias de 23 de abril de 2008 y 9 de julio de 2010, entre otras, consideró que la escritura pública de compraventa no era un documento equivalente a la factura, a los efectos de documentar la repercusión del IVA, basándose en el criterio jurisprudencial del

su juicio, reúne los elementos necesarios para considerarlo subsumible en el tipo penal descrito en el artículo 305 del Código Penal. Por consiguiente, se trata de un juicio técnico acerca de la concurrencia del elemento subjetivo en el ilícito tributario consumado. Su función legal es verificar, a la luz del principio de preferencia de la sanción penal frente a la sanción tributaria, si existe un componente de "ocultación o engaño" equivalente a la "defraudación" ("lo que penalmente se sanciona no es la omisión de la declaración... ni tampoco el impago... pues el tipo exige una conducta defraudatoria...") – Sentencia del TS de 25 de noviembre de 2005, Sala de lo Penal, recurso 788/2004).

18 Real Decreto de 24 de julio de 1889, BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889.

19 La LEC derogó, a su entrada en vigor, los artículos 1214, 1215 y del 1231 al 1253, todos ellos referidos a la prueba de las obligaciones, dejando solamente en vigor los artículos 1216 a 1230 relativos a la prueba de los documentos públicos y privados.

20 Sentencia del TS de 2 de diciembre de 2010, Sala de lo Contencioso Administrativo, recurso 326/2006.

21 Sentencia de la AN de 3 de junio de 2013, Sala de lo Contencioso Administrativo, recurso 529/2011.

22 Resolución del TEAC de 2/6/2016.

Tribunal Supremo, recogido en la Sentencia de 8 de noviembre de 2004 (recurso 6295/1999), que señalaba: "en este impuesto la expedición de la factura tiene un significado de especial trascendencia permitiendo el correcto funcionamiento de su técnica impositiva. A través de la factura se efectúa la repercusión del tributo y la posesión de aquélla, cuando cumple los requisitos establecidos en el Reglamento, permite, en su caso, que el destinatario de la operación practique la deducción de las cuotas soportadas. En definitiva, la exigencia de la factura como justificante para el ejercicio del derecho a la deducción de las cuotas del IVA soportado por los empresarios y profesionales, tal como dispone la LIVA, lejos de configurarse como una prueba tasada, ha de caracterizarse como un requisito de deducibilidad establecido por la normativa comunitaria, y, en consecuencia, por la Ley, en virtud del cual las cuotas se deducen por los empresarios o profesionales en la medida en que dichas cuotas han de ser soportadas sin perjuicio del cumplimiento de los restantes requisitos de deducibilidad establecidos por la Ley, lo que se acredita con este documento." Ahora bien, la propia Audiencia Nacional, en su Sentencia de 29 de septiembre de 2011 (recurso 688/2010), cambió su criterio con base en el mantenido en la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 11 de julio de 2011 (recurso 219/2008), en el que el Alto Tribunal consideró que debía permitirse la deducción del IVA que conste en escritura pública en la que se reflejen los datos que acompañan a las facturas. Criterio generalmente aplicado en la actualidad.

Respecto de los documentos privados, es el artículo 1225 CC el que determina que los que sean reconocidos legalmente, tendrán el mismo valor que la escritura pública, entre aquellos que los hubiesen suscrito y sus causahabientes. Aunque lo más relevante a efectos de prueba de estos documentos nos lo indica el artículo 1227 CC, al decir que la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio.

También cabe destacar la mención que de los libros de los comerciantes (la contabilidad) se hace en el artículo 327 de la LEC, dentro de la sección dedicada a los documentos privados, en el que se dice lo siguiente: "Cuando hayan de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes se estará a lo dispuesto en las leyes mercantiles. De manera motivada, y con carácter excepcional, el tribunal podrá reclamar que se presenten ante él los libros o su soporte informático, siempre que se especifiquen los asientos que deben ser examinados". Por su parte, es el artículo 31 del Código de Comercio²³ el que señala que "El valor probatorio de los libros de los empresarios y demás documentos contables será apreciado por los Tribunales

23 Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (Boe 16 de octubre de 1885).

conforme a las reglas generales del Derecho²⁴. Esta valoración de tipo general que se impone en la LEC no es compartida en determinados supuestos por la legislación tributaria, la cual le otorga, en numerosas ocasiones prácticamente el valor de prueba tasada. A título de ejemplo, para acreditar la efectividad de una amortización, para justificar la aplicación de las correcciones valorativas por deterioro o las dotaciones por provisión, para determinar si los bienes forman parte del inmovilizado o no, para efectuar la comprobación de las bases imponible negativas y de las deducciones de la cuota pendientes, etc.²⁵. Además, su incumplimiento sustancial, puede servir de fundamento para aplicar la estimación indirecta (artículo 53 LGT).

En definitiva, los documentos públicos y privados, tal como se regulan en el CC y en la LEC, tienen reconocida eficacia probatoria en el ámbito tributario, si bien, en la mayoría de ocasiones, se exige además alguna prueba complementaria para que gocen de plena eficacia en este ámbito jurídico²⁶.

Lo mismo ocurre con el resto de medios de prueba previstos en la LEC. A saber, el dictamen de peritos (artículos 335 a 352); el interrogatorio a testigos (artículos 360 a 381); o, las presunciones (artículos 385 y 386). Medios de prueba que han sido incorporados en la normativa tributaria por otros que a semejanza de aquellos los suplen en la mayoría de supuestos, de tal forma que, extrañamente van a ser de aplicación en los procedimientos tributarios tal como son regulados en la LEC. De este modo, en primer lugar, vemos como la propia LGT regula en su artículo 135 la llamada tasación pericial contradictoria, como fórmula para resolver los conflictos existentes entre la Administración tributaria y los contribuyentes, en torno a las

24 Cfr. MAGRANER MORENO, F.J.: "La contabilidad como medio de prueba en Derecho Tributario", *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, núm. 10-11, 1991, pp. 99-102.

25 En este sentido, véase el contenido del artículo 26, apartado 5, de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades: "El derecho de la Administración para comprobar o investigar las bases imponible negativas pendientes de compensación prescribirá a los 10 años a contar desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo establecido para presentar la declaración o autoliquidación correspondiente al período impositivo en que se generó el derecho a su compensación. Transcurrido dicho plazo, el contribuyente deberá acreditar que las bases imponible negativas cuya compensación pretenda resultan procedentes, así como su cuantía, mediante la exhibición de la liquidación o autoliquidación y de la contabilidad, con acreditación de su depósito durante el citado plazo en el Registro Mercantil." En la misma línea se enmarca el contenido del artículo 66 bis, apartado 4, de la LGT.

26 La LGT de 1963, en la reforma operada en 1985, dio nueva redacción al artículo 145.3, disponiendo que "3. Las actas y diligencias extendidas por la Inspección de los Tributos tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba de los hechos que motivan su formalización, salvo que se acredite lo contrario". Este último precepto fue declarado constitucional por la STC 76/1990, que vino a confirmar el valor probatorio de tales actas y diligencias, cuya eficacia ha de medirse a la luz del principio de la libre valoración de la prueba, y que tal valor se refiere solamente a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas. Actualmente, el valor de las diligencias como prueba se recoge en el artículo 107 LGT: "1. Las diligencias extendidas en el curso de las actuaciones y los procedimientos tributarios tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba de los hechos que motivan su formalización, salvo que se acredite lo contrario. 2. Los hechos contenidos en las diligencias y aceptados por el obligado tributario objeto del procedimiento, así como sus manifestaciones, se presumen ciertos y sólo podrán rectificarse por éstos mediante prueba de que incurrieron en error de hecho". Mientras que el valor probatorio de las actas lo recoge el artículo 144 LGT: "1. Las actas extendidas por la inspección de los tributos tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba de los hechos que motivan su formalización, salvo que se acredite lo contrario. 2. Los hechos aceptados por los obligados tributarios en las actas de inspección se presumen ciertos y sólo podrán rectificarse mediante prueba de haber incurrido en error de hecho."

comprobaciones de valores, a través de la utilización de dictámenes periciales. En segundo lugar, el interrogatorio de testigos se sustituye en el procedimiento tributario por el deber de información o de colaboración que se establece en el artículo 93 LGT²⁷. En este sentido, la Administración tributaria puede recoger en diligencias las manifestaciones que efectúe cualquier persona, bien porque así le ha sido requerido, bien porque ésta lo realice de manera totalmente espontánea²⁸, estas declaraciones efectuadas por terceros en el seno del procedimiento tributario serían las que equivaldrían a los interrogatorios de los testigos en el curso de un proceso judicial, sin embargo, parece que el valor que tienen estas declaraciones, en función del ámbito en el que se produzcan, no es el mismo. Así lo considera el Tribunal Supremo cuando dice que “si se practica prueba testifical en el proceso, no es de recibo utilizar únicamente las manifestaciones de un sujeto en el seno del procedimiento de Inspección, cuyas garantías de publicidad, contradicción y defensa no alcanzan la misma intensidad y plenitud que en sede judicial, para extraer conclusiones en el pleito. Haciendo caso omiso de la declaración testifical del representante de (...) y acudiendo exclusivamente a sus afirmaciones en respuesta a requerimientos administrativos de información, se debe concluir que la Sala de instancia ha infringido de nuevo el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento civil”²⁹.

Curiosamente, otras pruebas antaño recogidas en la LEC, parecen tener hoy plena vigencia en el procedimiento tributario. Así, en la exposición de motivos de la LEC, se justifica la sustitución de la confesión por la declaración de las partes, la cual “se aleja extraordinariamente de la rigidez de la “absolución de posiciones”. Esta declaración ha de versar sobre las preguntas formuladas en un interrogatorio libre, lo que garantiza la espontaneidad de las respuestas, la flexibilidad en la realización de preguntas y, en definitiva, la integridad de una declaración no preparada. En cuanto a la valoración de la declaración de las partes, es del todo lógico seguir teniendo en consideración, a efectos de fijación de los hechos, el dato de que los reconozca como ciertos la parte que ha intervenido en ellos y para la que resultan perjudiciales. Pero, en cambio, no resulta razonable imponer legalmente, en todo caso, un valor probatorio pleno a tal reconocimiento o confesión. Como en las últimas décadas ha venido afirmando la jurisprudencia y justificando la mejor doctrina, ha de establecerse la valoración libre, teniendo en cuenta las otras pruebas que se practiquen.” En

27 Es el artículo 108, en su apartado 4, de la LGT, el que le otorga una valoración a estas pruebas, cuando considera lo siguiente: “Los datos incluidos en declaraciones o contestaciones a requerimientos en cumplimiento de la obligación de suministro de información recogida en los artículos 93 y 94 de esta ley que vayan a ser utilizados en la regularización de la situación tributaria de otros obligados se presumen ciertos, pero deberán ser contrastados de acuerdo con lo dispuesto en esta sección cuando el obligado tributario alegue la inexactitud o falsedad de los mismos. Para ello podrá exigirse al declarante que ratifique y aporte prueba de los datos relativos a terceros incluidos en las declaraciones presentadas.”

28 Por ejemplo, el artículo 173 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (en adelante, RGGIT) establece en su apartado 5 que el personal inspector podrá recabar información de los trabajadores o empleados sobre cuestiones relativas a las actividades en que participen.

29 Sentencia del TS de 4 de mayo de 2015 (recurso 580/2014).

cambio, en la LGT se sigue recogiendo la declaración tributaria como una especie de confesión extrajudicial. En este sentido, el artículo 108, apartado 4, establece lo siguiente “Los datos y elementos de hecho consignados en las autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones y demás documentos presentados por los obligados tributarios se presumen ciertos para ellos y sólo podrán rectificarse por los mismos mediante prueba en contrario”³⁰.

Como ya se ha dicho anteriormente, además de la remisión a la normativa de derecho privado en materia probatoria que efectúa la LGT, esta Ley contiene una mención especial a determinados medios de prueba que por sus circunstancias específicas resultan de una aplicación muy generalizada en esta rama del ordenamiento jurídico. Nos referimos, en concreto, a la información obtenida por terceros o a la prestada por el propio interesado, medios de los que ya hemos dado cuenta en este mismo apartado, y, en particular, a otros dos medios de prueba, a saber, las facturas y las presunciones, que analizaremos a continuación con más detalle.

I. La factura como medio de prueba.

El artículo 106, en su apartado 4, de la LGT, dispone que: “Los gastos deducibles y las deducciones que se practiquen, cuando estén originadas por empresarios o profesionales, deberán justificarse, de forma prioritaria, mediante una factura que cumpla los requisitos señalados en la normativa tributaria. No obstante, la factura no constituye un medio de prueba privilegiado respecto de la existencia de operaciones, por lo que una vez la Administración cuestiona fundadamente su efectividad, corresponde al obligado tributario aportar pruebas sobre la realidad de las operaciones.”

De esta manera, la LGT da un valor relativo a la factura, puesto que a pesar de que considera a este medio como un documento de prueba prioritario para los gastos y las deducciones, no le atribuye el carácter de prueba tasada³¹. Sin embargo, este exiguo valor que se le da actualmente a la factura no es el que en la normativa tributaria

30 En torno a la presunción de legalidad de las autoliquidaciones se ha pronunciado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 8 de octubre de 2012 (recurso 5434/2010), en la que considera que el verdadero alcance de la presunción de certeza de las “declaraciones tributarias” que el artículo 108, apartado 4, párrafo primero, de la LGT, se refiere “a la naturaleza de confesión extrajudicial que tienen las declaraciones tributarias, lo que supone que, en aplicación del artículo 1232 del Código Civil, “hace[n] prueba contra su actor”; es decir, la mera declaración de datos, si puede ser favorable al contribuyente, no debe aceptarse sin más, permitiendo que se sometan a tributación hechos de existencia no probada, pues ello daría lugar a imposiciones ilegales, si bien no le cabe a la Administración eliminarlos sin más, debiendo realizar los actos de comprobación o investigación necesarios en aquellos casos en que no estime ciertas las declaraciones”.

31 Ante la pregunta ¿rige en Derecho Tributario un sistema de prueba tasada?, se contesta que “En absoluto, en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio contrario, es decir, el de libre valoración de la prueba, pues aun cuando los actos de aplicación de los tributos revisten un carácter reglado, por expreso mandato del artículo 6 LGT, en el procedimiento tributario corresponde en exclusiva a la Administración la potestad de efectuar la valoración conjunta de la prueba practicada, motivando adecuadamente el resultado de dicha valoración” (CAAMAÑO ANIDO, M.A. et al.: *Derecho y práctica tributaria*, cit., p. 606).

general le ha otorgado a este controvertido medio de prueba en los últimos años. De este modo, ante una ausencia histórica de regulación específica de este medio de prueba, fue la publicación de la Ley 10/1985, de 26 de abril, de modificación parcial de la Ley General Tributaria, la que vino a establecer, en su Disposición Adicional 7ª, un régimen probatorio especial para, entre otros, los gastos del Impuesto sobre Sociedades. El desarrollo reglamentario de esta Disposición Adicional 7ª se efectuó por el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, que perfiló lo que vendría a consagrarse como un único pero sofisticado medio de prueba para los gastos: la llamada “factura completa”³².

Sin embargo, finalmente, tal como ya hemos indicado ha sido el artículo 106 de la LGT el que le ha dado una diferente valoración a este particular medio de prueba³³. De este modo puede concluirse lo siguiente: en primer término, que la factura regulada hoy en día en el RD vigente (en adelante RD de facturación) será el medio prioritario para justificar los gastos deducibles; y, en segundo lugar que, ante la ausencia de este documento probatorio, se podrán utilizar otros medios de prueba. En definitiva, la llamada “factura completa” no es el único medio de prueba para acreditar la existencia de un gasto, no obstante, es el documento o medio de prueba que puede utilizarse prioritariamente a tal efecto, de ahí la importancia que tiene el análisis del texto que regula su contenido y requisitos³⁴.

Debe subrayarse que la evolución de la valoración de la factura como medio de prueba, desde su consideración *quasi* como prueba tasada hasta su valoración actual como medio de prueba preferente, se debe esencialmente a una extensa labor jurisprudencial que, obviamente, ha sido seguida por su adecuación normativa. Así, la apuntada interpretación efectuada por los tribunales de la flexibilidad que debía aplicarse para la justificación de los gastos, podía observarse, a título de ejemplo, en distintas Sentencias pioneras del TSJ de Extremadura (entre otras, de 18 de diciembre de 1995, 18 de junio de 1996 y 12 de febrero de 1997). De esta forma, a la hora de justificar un gasto, el Tribunal admitía la posibilidad de que el obligado tributario aportase otros medios de prueba distintos a la factura completa, a través de los cuales se podía lograr la acreditación de la realidad del mismo. Se manifestaba así que, si

32 Téngase en cuenta que este RD fue derogado por el RD 1496/2003, y éste a su vez ha sido reemplazado por el RD 1619/2012, de 30 de noviembre, que es el actualmente se encuentra vigente, si bien modificado por el RD 596/2016, RD 1073/2014 y por el RD 828/2013.

33 No obstante, este precepto tuvo una anterior redacción, en su apartado tercero, en relación con los medios y valoración de la prueba, que disponía lo siguiente: “Los gastos deducibles y las deducciones que se practiquen, cuando estén originados por operaciones realizadas por empresarios o profesionales, deberán justificarse, de forma prioritaria, mediante la factura entregada por el empresario o profesional que haya realizado la correspondiente operación o mediante el documento sustitutivo emitido con ocasión de su realización que cumplan en ambos supuestos los requisitos señalados en la normativa tributaria”.

34 El artículo 6, apartado 4, del RD de facturación (RD 1619/2012) establece que, a efectos de lo dispuesto en el artículo 97.º uno de la LIVA (donde se establecen los requisitos formales de la deducción de las cuotas del IVA), únicamente tendrá la consideración de factura aquella que contenga todos los datos y reúna los requisitos establecidos en este artículo. En consecuencia, la llamada “factura completa” será aquel documento que contenga todos los requisitos exigidos en el citado precepto reglamentario.

el contribuyente que efectivamente había realizado un gasto –y podía demostrarlo satisfactoriamente por los medios de prueba generalmente admitidos en derecho- no podía deducírsele por no poseer una factura completa, se le estaba gravando por una capacidad económica superior a la que realmente tenía.

En este sentido, también el TEAC (Resoluciones de 19 de junio de 1996 y 11 de septiembre de 1997) mantuvo un criterio similar; admitiendo la deducibilidad de determinados gastos, de los cuales no se conservaba la factura completa, por haber sido acreditados de otra forma, en su realidad y contabilización, por el obligado tributario. Con el mismo criterio de “libre valoración” de la prueba documental, pero con efecto contrario para el interés del contribuyente, el propio TEAC ha establecido que la factura no es un medio de prueba privilegiado respecto de la realidad de las operaciones y que, una vez que la Administración cuestiona razonablemente su efectividad, corresponde al sujeto pasivo probar su realidad. “En el caso contemplado no se admite la deducibilidad de unos gastos de construcción, pese a las facturas aportadas, pues las sociedades supuestamente prestatarias de los servicios o eran desconocidas o no tenían empleados y en definitiva no podían haber prestado tales servicios”³⁵.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la “factura completa” va ser el medio idóneo o prioritario de prueba documental de la realidad de los gastos (aunque no se trata de una prueba tasada), vamos a destacar a continuación los requisitos que le impone a este documento el RD de facturación para que revista este carácter:

Este Real Decreto, en su artículo 6, es el que establece el contenido de la factura, diciendo que toda factura y sus copias contendrán los datos o requisitos que cita, sin perjuicio de los que puedan resultar obligatorios a otros efectos y de la posibilidad de incluir cualquiera otras menciones; entre otros, los más significativos son los siguientes: el número y, en su caso, serie; la fecha de expedición; el nombre y apellidos o la denominación social, número de identificación fiscal (NIF)³⁶ y domicilio del expedidor

35 Resolución del TEAC de 3 de febrero de 2010.

36 Durante mucho tiempo ha sido constante la interpretación administrativa que consideraba que era necesario hacer constar el NIF del destinatario en las facturas completas que se expedían en el ejercicio de actividades económicas para tener el derecho a la deducción del IVA. De este modo, el NIF se consideraba como un elemento esencial de la identificación. Este requisito se contenía en el Real Decreto 1496/2003 y se incorporó al actual reglamento de facturación, Real Decreto 1619/2012. En este Real Decreto se exige el NIF del destinatario en las facturas completas en su artículo 6, igual que en el RD 1496/2003; en las facturas simplificadas, que no dan derecho a deducir, no es necesario identificar al destinatario (artículo 7); pero es que además, el artículo 7.Dos permite que estas facturas simplificadas habiliten al destinatario para deducir el IVA en ellas consignado si se exige del expedidor que se haga constar, además de la cuota de IVA expresamente repercutida, el NIF del destinatario y su domicilio. Se confiere así más importancia incluso al NIF que a la denominación del destinatario. Por tales razones, el TEAC concluía que era obligatorio hacer constar el NIF del destinatario en las facturas, además de en las entregas intracomunitarias exentas y en los supuestos de inversión del sujeto pasivo. “Desde luego, si el destinatario pretende deducir el IVA de la factura o ejercer cualquier derecho de naturaleza tributaria con base en esa factura, será necesario que en la misma se le identifique correctamente, en concreto incluyendo su NIF. No obstante, no será necesaria la consignación del NIF si se trata de facturas simplificadas no cualificadas para ejercitar el derecho a la deducción (anteriormente documentos sustitutivos), puesto que estas no dan derecho a deducir. Además, hemos señalado que en los supuestos en que el destinatario se

y del destinatario, y localización del establecimiento permanente, si se trata de no residentes; la descripción de la operación total, debiendo figurar, cuando esté sujeta al IVA, la base imponible a efectos de este impuesto, el tipo de gravamen aplicable y la cuota correspondiente, o en su caso, la expresión “IVA incluido”; y, el lugar y fecha de su emisión.

En principio, y según se deduce de esta normativa, si se omite alguno de estos requisitos no estaremos ante una “factura completa”, y, por tanto, este documento no será “prioritariamente” acreditativo del gasto. No obstante, entendemos que algunos de los datos requeridos pueden no estar al alcance del contribuyente, no debiendo recaer sobre él, en estos casos, las consecuencias derivadas de la omisión o de la inclusión errónea de los mismos. Así, resulta difícil para el contribuyente comprobar el verdadero número de identificación fiscal de la persona o entidad que vende o presta el servicio, su domicilio fiscal, etc.; por ello, a nuestro entender, todos estos datos no deben tenerse en cuenta para determinar si el gasto está o no suficientemente justificado, siendo, eso sí, necesario, que el documento que posea el contribuyente contenga, al menos: un número, una fecha y lugar, su denominación

encuentre establecido fuera de la UE, el expedidor cumplirá indicando en la factura respecto del destinatario de la operación su nombre y apellidos o denominación social y su domicilio” (Resolución del TEAC de 16 de julio de 2015). No obstante lo anterior, este tribunal administrativo ha cambiado su criterio recientemente como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Entre otras, por lo dicho en la Sentencia de 14 de marzo de 2013 (C-527/11), a saber: “18. El objetivo esencial de la identificación de los sujetos pasivos prevista en el artículo 214 de la Directiva 2006/112 es garantizar el buen funcionamiento del sistema del IVA (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Dankowski*, C-438/09). 19. A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la atribución de un número de identificación del IVA prueba el estatuto fiscal del sujeto pasivo a efectos de la aplicación del IVA y facilita el control de los sujetos pasivos con miras a la correcta recaudación del impuesto. En el marco del régimen transitorio de tributación de los intercambios en el seno de la Unión Europea, la identificación de los sujetos pasivos del IVA mediante números individuales tiene por objeto facilitar la determinación del Estado miembro en el que tiene lugar el consumo final de los bienes entregados (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Mecsek-Gabona*, C-273/11, y de 27 de septiembre de 2012, *VSTR*, C-587/10). 20. Además, el número de identificación del IVA constituye un importante elemento de prueba de las operaciones efectuadas. En efecto, la Directiva 2006/112 exige en varias disposiciones —relativas, en particular, a la facturación, a la declaración y al estado recapitulativo— que dicho número de identificación del sujeto pasivo, del adquirente de los bienes o del prestatario de servicios se mencione obligatoriamente en esos documentos. (...) 31. A este respecto debe señalarse que medidas de control como las establecidas en la Ley del IVA no pueden limitar el derecho de los sujetos pasivos a deducir el IVA devengado o ingresado sobre los gastos de inversión realizados, necesarios para las operaciones que se proponen llevar a cabo y que conceden el derecho a deducción. 32. En efecto, procede recordar que, según jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, la identificación prevista en el artículo 214 de la Directiva 2006/112, al igual que las obligaciones establecidas en su artículo 213, no son más que requisitos formales a efectos de control, que no pueden poner en tela de juicio, en particular, el derecho a deducción ni el derecho a la exención del IVA en relación con una entrega intracomunitaria si se cumplen los requisitos materiales que dan lugar a esos derechos (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de julio de 2012, *Redlifs*, C-263/11, y *Mecsek-Gabona*, antes citada, apartado 60)”. De acuerdo con lo dicho por el TJUE, el TEAC permite en la actualidad la devolución o deducción del IVA soportado aunque no conste en la factura el NIF del destinatario de las operaciones, siempre y cuando se cumplan los requisitos materiales que dan derecho a la deducción, a fin de poder identificar de manera cierta al destinatario (denominación o razón social, etc.). A mayor abundamiento, el TJUE se pronuncia a favor de la retroactividad de las facturas que rectifiquen una anterior en la que no se había, o se había consignado erróneamente, el NIF. Así, lo expresa en su Sentencia de 15 de septiembre de 2016 (asunto C-518/14): “el artículo 167, el artículo 178, letra a), el artículo 179 y el artículo 226, punto 3, de la Directiva 2006/112 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual la rectificación de una factura para incluir un dato obligatorio, a saber, el número de identificación a efectos del IVA, no tiene efectos retroactivos, de tal forma que el derecho a la deducción del IVA repercutido en la factura rectificadora únicamente puede ejercitarse el año en el que se ha rectificado la factura inicial, y no en el que se expidió ésta inicialmente.”

completa sin error y la del que presta el servicio o vende el producto, y el importe de la transacción.

Eso sí, cuando ocurra una de las situaciones anteriores, el contribuyente, al menos, deberá acreditar la interposición de una reclamación o recurso ante el Tribunal Económico-Administrativo para resolver la controversia planteada (tal como se dispone en el artículo 24 del RD 1496/2003 y en el artículo 227.4 LGT), porque, en un caso extremo, serían los Tribunales los que deberían obligar al emisor de la factura a que rectifique su actuar. Con todo ello, pretendemos decir que, las incorrecciones que un determinado contribuyente cometa en las facturas no pueden perjudicar a otro que de buena fe va a beneficiarse con ellas de la deducción fiscal del gasto, ya que, de lo contrario, se estaría desprotegiendo al que actúa diligentemente, y a la vez, castigando patrimonialmente a un contribuyente que nada ha podido hacer para variar la situación ante la que se encuentra.

Ya hemos advertido anteriormente que la flexibilidad que se otorga a la justificación documental de los gastos a través de las facturas no tiene la misma correspondencia cuando de lo que se trata es justificar las cuotas soportadas en el IVA, aunque en esta materia también se están produciendo ciertos cambios que auguran una menor rigidez de los aspectos formales en contraposición con una de mayor grado en su ámbito material.

De este modo, en el ámbito del IVA, debe tenerse en cuenta que es de la normativa europea de donde emanan las directrices que sirven para regular, entre otros, los aspectos formales exigidos para la deducción del impuesto que establezcan los Estados miembros. La Directiva 2006/112/CE, a este respecto, prevé en su artículo 178 que “para poder ejercer el derecho a la deducción, el sujeto pasivo deberá estar en posesión de una factura”, ocupándose su artículo 226 de establecer el contenido de la misma. Sin embargo, esta formalidad se ha visto suavizada por la jurisprudencia del TJUE, entre otras, por la Sentencia de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-590/13 *idexx*), en la que se considera que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el incumplimiento de los requisitos formales, en ciertas circunstancias, no puede dar lugar a la pérdida del derecho a la deducción. De esta manera, debe darse una prevalencia al cumplimiento de los requisitos materiales, previstos en el artículo 17 de la Directiva (en particular, la realidad de la operación), si estos son debidamente contrastados por la Administración tributaria. En definitiva, el TJUE acuña que el principio fundamental de neutralidad del IVA exige que se conceda la deducción del impuesto soportado si se cumplen los requisitos materiales, aun cuando el sujeto pasivo haya omitido determinados requisitos formales³⁷.

37 La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Séptima, de fecha 13 de febrero de 2014 (asunto C-18/2013), considera que la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA, debe interpretarse en el sentido de que para la denegación a un sujeto pasivo de su derecho a la deducción del IVA soportado, aun en los casos en que se niegue la existencia de la prestación

También el Tribunal Supremo español ha cuestionado en ciertos supuestos el criterio administrativo que impedía la no acreditación de la existencia de un gasto por el hecho de no disponer el contribuyente de una factura completa. En este caso, “por la vaguedad e indeterminación con que refleja su concepto”, en particular “por su carácter incompleto, fundamentando su falta de completud en la vaguedad de la descripción de los servicios prestados” y por calificar como desproporcionada la cuantía de los mismos a tenor de los servicios presuntamente prestados por el expedidor de la misma, circunstancia ésta que el Alto Tribunal considera que “no es un elemento suficiente para negar la realidad del servicio prestado”³⁸.

En definitiva, la prueba documental en el procedimiento tributario (en general, la factura completa), si bien es relevante, no es en ningún caso definitiva, tanto si el contribuyente pretende probar su derecho a través de la misma como si por el contrario, sin disponer de prueba documental alguna, pretende hacer valer su derecho (por ejemplo, para deducir un gasto o un IVA soportado, etc.).

Todo ello a pesar de que, en general, la jurisprudencia acuñada por los tribunales españoles considera que el concepto de “gasto deducible” va ligado a la “necesariedad” del mismo “para la obtención de los ingresos”, sin descartar que además debe estar documentalmente justificado y tener su reflejo contable, y debe imputarse a la base imponible del ejercicio de su procedencia. De tal manera que el gasto debe ser acreditado por el obligado tributario a través del adecuado medio de prueba. En definitiva, para que el gasto sea deducible, a los efectos fiscales, además de la necesidad, se requiere la concurrencia de otros requisitos: 1º la justificación documental de la anotación contable; 2º, la contabilización; y 3º, su imputación a la base imponible en el ejercicio de su procedencia³⁹.

del servicio o de la entrega, bien porque el prestador o su subcontratista no disponían del personal, de los recursos materiales ni de los activos que serían necesarios, deben darse dos condiciones: que los hechos sean constitutivos de un comportamiento fraudulento y que, teniendo en cuenta los elementos objetivos presentados por la autoridades tributarias, se demuestre que el sujeto pasivo sabía o debería haber sabido que la operación invocada formaba parte de dicho fraude para fundamentar el derecho de deducción, debiendo probar este extremo las autoridades fiscales.

- 38 Sentencia del TS de 4 de mayo de 2015 (recurso 580/2014). A este respecto, el TJUE, en Sentencia de 15 de septiembre de 2016 (asunto 516/14), también ha concluido que unas facturas en las que sólo se hace mención de unos “servicios jurídicos prestados desde [el día indicado] hasta la fecha”, no cumplen, a priori, los requisitos exigidos del artículo 226.6 de la Directiva 2006/112. Unas facturas en las que sólo se hace mención de unos “servicios jurídicos prestados hasta la fecha” tampoco cumplen, a priori, dichos requisitos, ni tampoco los exigidos en el artículo 226.7 de la Directiva 2006/112. Las autoridades tributarias nacionales no pueden negar el derecho a deducir el IVA basándose únicamente en que el sujeto pasivo está en posesión de una factura que incumple los requisitos mencionados, aunque dichas autoridades dispongan de toda la información necesaria para verificar el cumplimiento de los requisitos materiales del ejercicio de ese derecho.
- 39 Sentencia del TS de 31 de marzo de 2014 (recurso 3865/2010). Esta Sentencia recoge un criterio ya sentado por el Tribunal en la Sentencia de 29 de septiembre de 2011, al igual que en la Sentencia de 19 de enero de 2012 (recurso 1820/2009). Estas conclusiones son también a las que llega la Dirección General de Tributos, en su informe de 12 de marzo de 2009, en el que dice que: “A diferencia de la Ley 61/1978, el concepto de gasto necesario, en el sentido obligatorio para la obtención de ingresos, se ha abandonado (en la actual normativa del Impuesto sobre Sociedades), de manera que (...) un gasto será fiscalmente deducible cuando esté correlacionado con los ingresos y siempre que no tenga la consideración de liberalidad. De la misma manera que los gastos “convenientes” no tenían la consideración de gastos no deducibles por no ser necesarios según la Ley 61/1978, ahora si tendrían tal consideración, por no tener la condición de liberalidad de acuerdo con

En nuestra opinión, se observa una cierta tendencia jurisprudencial y administrativa que rebaja a un segundo plano la rigidez del cumplimiento cumulativo de todos y cada uno de estos requisitos (inscripción contable, devengo, correlación de ingresos y gastos y justificación), a favor de uno solo de ellos, el cual se está erigiendo como el más importante, por no decir el único relevante. Se trata de la obligación que se le impone al contribuyente de acreditar la realidad de las operaciones realizadas por cualquier medio de prueba generalmente admitido en derecho, de tal manera que únicamente se otorga el carácter de gasto fiscalmente deducible a aquel que tenga su origen en operaciones reales y que se encuentre correlacionado con la obtención de los ingresos. Se deja así, en un segundo plano, aunque evidentemente no se descarta, el cumplimiento del resto de requisitos, a saber, que esté contabilizado, imputado temporalmente con arreglo al principio de devengo y justificado en los términos del artículo 106 de la LGT. Además, coherentemente con las disposiciones que se prevean en cada una de las normas que específicamente se ocupen de regular el impuesto en particular, la deducción de un gasto siempre tendrá como impedimento que se encuentre expresamente calificado por la norma como no deducible (por ejemplo, de acuerdo con establecido en el artículo 15 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades).

En coherencia con lo dicho en el párrafo anterior, la Administración tributaria, avalada ya por un importante número de pronunciamientos de los tribunales, está desvirtuando la prueba efectuada por el contribuyente de la deducción de un gasto, efectuada exclusivamente a través de una factura⁴⁰, por considerar que ésta no refleja una realidad, lo que daría lugar a una factura falsa si se mintiese absolutamente sobre la realidad del servicio prestado y su pago, o a una factura falseada si la mendacidad no fuese completa o radical⁴¹. Para llegar a estas conclusiones se está utilizando esencialmente la prueba de presunciones, entre las que destacamos las siguientes: el emisor de la factura no tiene imputaciones de compras de bienes de circulante ni de inmovilizado; sus gastos de personal declarados en el modelo resumen anual 190 y en su contabilidad, así como los datos declarados (altas y bajas) en la Seguridad Social, indican que no cuenta con el personal necesario para desarrollar la actividad económica por la cual se ha facturado ni se acredita que se hayan efectuado subcontrataciones; los flujos monetarios de las cuentas bancarias

(la actual normativa). En otras palabras, el concepto de "gasto necesario" ahora es más amplio, de manera que resulta deducible un gasto no sólo por ser obligatorio, sino por el mero hecho de estar relacionado con los ingresos y no constituir una liberalidad".

40 Es reiterada la jurisprudencia al respecto de la insuficiencia de la factura como prueba de la realidad de las operaciones documentadas. En este sentido se ha pronunciado el TEAC en numerosas ocasiones, así las resoluciones de 17/12/98 y 30/09/05, asimismo la Audiencia Nacional en Sentencia de 29 de abril de 2004 (recurso 1355/2001) y de 22 de julio de 2004 (recurso 477/2002) y el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de mayo de 2005 (recurso 6634/2000), entre otras. Resulta especialmente importante y clarificadora la resolución del TEAC de 03/02/10, donde se fija la siguiente doctrina: "Unificar el criterio en el sentido de que la factura no es un medio de prueba privilegiado respecto de la realidad de las operaciones y que, una vez que la Administración cuestiona razonablemente su efectividad, corresponde al sujeto pasivo probar su realidad."

41 En este sentido, CAAMAÑO ANIDO, M.A. et al.: *Derecho y práctica tributaria*, cit., p. 673.

aportadas no se corresponden en absoluto con los importes totales facturados; en las facturas se describen los conceptos de forma general, sin concreción de materiales empleados, horas dedicadas, personal...; se facturan determinadas obras pero no hay ninguna justificación de los gastos de desplazamiento y estancia a las obras realizadas; los pagos realizados están seguidos, en días sucesivos, por un reintegro de la cuenta bancaria donde se ingresan por la misma o similar suma; la situación patrimonial del emisor de las facturas no se ve alterada de forma correlativa con los ingresos que considera que ha percibido a través de las facturas; la emisora de las facturas no presenta las declaraciones del IVA ni del Impuesto sobre sociedades; los pagos de las facturas se hacen en metálico; la empresa emisora de la factura no atiende a los requerimientos efectuados por la Administración ni se le conoce en el domicilio fiscal que tiene registrado; se aprecian incongruencias o irregularidades en la documentación de las operaciones (facturas con numeración especial o no sucesiva, facturas con una total y absoluta inconcreción sobre la naturaleza, duración, condiciones, objeto y clases de los servicios prestados sin que se conozcan detalles mínimamente concretos sobre la realidad de tales servicios, falta de albaranes, contratos, correspondencia comercial u otros justificantes que sí existen en el caso de las facturaciones normales del adquirente); no se justifica la efectiva prestación de los servicios: ni las facturas emitidas identifican servicios concretos ni su duración, condiciones y objeto de los mismos, ni existen informes, documentos ni soportes informáticos en que se plasmen los supuestos servicios (Sentencia del TS de 9 de mayo de 2012, recurso 3800/2008); la ausencia de ventaja o utilidad de los servicios prestados para el destinatario de la factura (TEAC 2/3/2016); etc.

Por último, debe también señalarse que el artículo 106, en su apartado 3, establece que "La Ley propia de cada tributo podrá exigir requisitos formales de deducibilidad para determinadas operaciones que tengan relevancia para la cuantificación de la obligación tributaria". Esto es, en los casos legalmente establecidos al efecto se exige un plus de prueba, un requisito más de carácter probatorio, un requisito formal diferente o suplementario a la factura para que el contribuyente pueda deducirse el gasto o la cuota soportada, este es, que además deberá acreditar la realidad de la operación efectuada materialmente.

Entre estos supuestos legales podemos citar, a modo de ejemplo, los siguientes: 1) el artículo 97 de la Ley del IVA establece que "solo podrán ejercer el derecho a la deducción los empresarios o profesionales que estén en posesión del documento justificativo de su derecho. A estos efectos, únicamente se considerarán documentos justificativos del derecho a la deducción: la factura original...; en el caso de las importaciones, la autoliquidación...; la factura o el justificante contable en los supuestos de inversión del sujeto pasivo; o, el recibo original firmado en el Régimen Especial de la Agricultura, Ganadería y Pesca". Para la correcta aplicación práctica de este supuesto, deben tenerse en cuenta las advertencias que al respecto hemos

efectuado en torno a la doctrina emanada por el Tribunal de Luxemburgo sobre la eficacia de la factura como medio de prueba en el IVA; 2) El artículo 14.l.g) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, considera que no serán deducibles “Los gastos de servicios correspondientes a operaciones realizadas, directa o indirectamente, con personas o entidades residentes en países o territorios calificados como paraísos fiscales, o que se paguen a través de personas o entidades residentes en estos, excepto que el contribuyente pruebe que el gasto devengado responde a una operación o transacción efectivamente realizada”; 3) el artículo 18, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades establece que “En el supuesto de prestaciones de servicios entre personas o entidades vinculadas, valorados de acuerdo con lo establecido en el apartado 4, se requerirá que los servicios prestados produzcan o puedan producir una ventaja o utilidad a su destinatario”; 4) también el mismo artículo, en su apartado 3, establece lo siguiente: “Las personas o entidades vinculadas, con objeto de justificar que las operaciones efectuadas se han valorado por su valor de mercado, deberán mantener a disposición de la Administración tributaria, de acuerdo con principios de proporcionalidad y suficiencia, la documentación específica que se establezca reglamentariamente”; 5) este precepto contempla otro supuesto en el apartado 7 que dice “En el supuesto de acuerdos de reparto de costes de bienes o servicios suscritos entre personas o entidades vinculadas, deberán cumplirse los siguientes requisitos: a) Las personas o entidades participantes que suscriban el acuerdo deberán acceder a la propiedad u otro derecho que tenga similares consecuencias económicas sobre los activos o derechos que en su caso sean objeto de adquisición, producción o desarrollo como resultado del acuerdo. b) La aportación de cada persona o entidad participante deberá tener en cuenta la previsión de utilidades o ventajas que cada uno de ellos espere obtener del acuerdo en atención a criterios de racionalidad. c) El acuerdo deberá contemplar la variación de sus circunstancias o personas o entidades participantes, estableciendo los pagos compensatorios y ajustes que se estimen necesarios. El acuerdo suscrito entre personas o entidades vinculadas deberá cumplir los requisitos que reglamentariamente se fijen.”; etc.

2. Las presunciones en materia tributaria.

El artículo 108 de la LGT hace una expresa alusión a las presunciones como medio de prueba en el derecho tributario. De este modo, en su apartado 1, dice que: “Las presunciones establecidas por las normas tributarias pueden destruirse mediante prueba en contrario, excepto en los casos en que una norma con rango de ley expresamente lo prohíba.” Mientras que el apartado 2 de este precepto, concreta que: “Para que las presunciones no establecidas por las normas sean admisibles como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.”

De esta manera, la LGT, en primer lugar, acoge de forma expresa las presunciones no establecidas en las leyes como medio de prueba en el derecho tributario (las presunciones llamadas *judiciales* o también denominadas *hominis, facti, de hombre* o *vulgares*), hecho irrelevante si se tiene en cuenta que ya se encuentran recogidas entre los medios de prueba en el artículo 386 de la LEC⁴²; y, en segundo lugar, prevé el efecto que van a desprender las presunciones legales que expresamente se establezcan en las leyes de cada tributo, tanto las *iuris tantum* como las *iuris et de iure*, presunciones de las que también se ocupa la LEC en su artículo 385⁴³.

En lo referente a las presunciones legales, debe destacarse la creciente incorporación de las mismas en las diferentes normas tributarias, tanto las *iuris tantum* como las *iuris et de iure*⁴⁴. Así, la propia LGT incluye varias presunciones que admiten prueba en contrario, entre otras: la presunción sobre titularidad de bienes y derechos inscritos en los registros públicos (artículo 108.3); la presunción de certeza de los datos y elementos de hecho consignados en las autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones y demás documentos presentados por los obligados tributarios (artículo 108.4); o, la presunción de veracidad de los hechos que motiven la formalización de las diligencias y los contenidos en las mismas objeto del procedimiento, así como sus manifestaciones, que sean aceptados por el obligado tributario (artículo 107). Como ya hemos dicho antes, también otras normas establecen presunciones *iuris tantum* y presunciones *iuris et de iure* (relativas y absolutas). Así, en la Ley del IRPF⁴⁵ se establecen, de la primera categoría, entre otras, las siguientes: "Se presumirán retribuidas, salvo prueba en contrario, las prestaciones de bienes, derechos o servicios susceptibles de generar rendimientos del trabajo o del capital" (artículo 6, apartado 5); "Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español cuando, de acuerdo con los criterios anteriores, resida habitualmente en España el cónyuge no

42 El artículo 386 de la LEC regula las presunciones judiciales, en el siguiente sentido: "1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción. 2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior."

43 Según determina el artículo 385 de la LEC: "1. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba. 2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción. 3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba."

44 Téngase en cuenta que el artículo 8 de la LGT establece una especial "reserva de ley" en esta materia, al indicar de manera expresa que, "se regularán en todo caso por ley: a) La delimitación del hecho imponible, del devengo, de la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen y de los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria, así como el establecimiento de presunciones que no admitan prueba en contrario."

45 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de aquél” (artículo 9, apartado 4); “Los rendimientos de las actividades económicas se considerarán obtenidos por quienes realicen de forma habitual, personal y directa la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y los recursos humanos afectos a las actividades. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que dichos requisitos concurren en quienes figuren como titulares de las actividades económicas” (artículo 11, apartado 4); la presunción de valoración a precio de mercado en la transmisión de valores cotizados (artículo 37.1.b); o, “Salvo prueba en contrario, se considerará que una persona física permanece en el territorio de una Comunidad Autónoma cuando en dicho territorio radique su vivienda habitual” (artículo 72, apartado 1). Por otro lado, dicha Ley también contiene presunciones que no admiten prueba en contrario, tales como la prevista en el artículo 24, para los supuestos de rendimientos del capital inmobiliario en caso de parentesco; o, la prevista en el artículo 41, para la valoración de las operaciones entre personas o entidades vinculadas, de la misma manera que hace la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en su artículo 18⁴⁶. Por su parte, en la Ley del IVA⁴⁷ encontramos también presunciones *iuris tantum*, tales como la que reputa como empresario o profesional a las sociedades mercantiles (artículo 5.1.b); o, bien, la presunción de afectación de los vehículos al 50% (artículo 95.3); etc.

Adviértase que, si bien la validez como prueba de esta categoría de presunciones en el ámbito tributario es del todo relevante, no ocurre lo mismo cuando su aplicación se traslada al terreno penal, pues el principio constitucional de presunción de inocencia determina condicionamientos específicos que, por su rango constitucional, no pueden ser derogados por el legislador ordinario. Así el Tribunal Supremo ha precisado que “de un lado, aunque puede acudir a la prueba de indicios en relación a los hechos que constituyen la base fáctica del delito fiscal, las presunciones que en ocasiones contiene la legislación tributaria no resultan trasladables directamente al ámbito penal, en el que no puede prescindirse de la presunción de inocencia y de sus efectos, teniendo en cuenta que el acusado no está obligado a demostrar su inocencia, siendo suficiente para la absolución con la constatación de la existencia de una duda razonable”⁴⁸.

46 Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

47 Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

48 Sentencia del TS de 9 de junio de 2016, Sala de lo Penal (recurso 1753/2015): “Así, en la STS nº 1807/2001, de 30 de octubre, se razonaba que en la medida que tales presunciones legales coinciden con la técnica probatoria que los Tribunales utilizan para la construcción racional de la prueba indiciaria pueden ser aplicadas para obtener su convicción, no como tales presunciones legales, sino como reglas de experiencia y racionalidad inferencial a título probatorio. En la STS nº 2486/2001, de 21 de diciembre, se afirmaba que en lo que se refiere a las cuestiones de hecho, o probatorias, el Tribunal penal debe atenerse al sistema probatorio propio del proceso penal, pues el principio constitucional de presunción de inocencia determina condicionamientos específicos que, por su rango constitucional, no pueden ser derogados por el legislador ordinario. En el proceso penal la prueba de la culpabilidad del acusado incumbe en todo caso a la acusación, incluyendo en la culpabilidad los elementos objetivos y subjetivos integradores del delito, no siendo admisibles presunciones legales contra reo ni tampoco la inversión de la carga de la prueba. Si es admisible, sin embargo, la prueba de indicios, pero en todo caso cumpliendo las condiciones de fiabilidad necesarias para estimar que la culpabilidad ha sido acreditada “fuera

En cuanto a las llamadas presunciones judiciales, utilizadas cada vez con mayor frecuencia en el ámbito del procedimiento tributario, se ha ido construyendo una doctrina de base jurisprudencial que está siendo acogida *sic et simpliciter* por la Administración tributaria. Ante la proliferación de la utilización de esta prueba, el Tribunal Constitucional español recuerda que no debe olvidarse que la prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria, ahora bien, “no por ello se ha de prescindir de la prueba indiciaria, pues sobre ésta también es posible construir certeza, cuando de los indicios se llega a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano al considerar probados otros hechos”⁴⁹.

Un interesante acopio de los aspectos fundamentales elaborados por la jurisprudencia española en torno a la recta aplicación de las llamadas presunciones judiciales puede verse en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares 56/2013, de 23 de enero, en la que el punto de partida para la aplicación de esta categoría de prueba se hace con base en “la premisa de que la carga de la prueba respecto al carácter fraudulento de la facturación recae en la Administración Tributaria y que en todo caso se trata de acreditar un hecho negativo -emisión de facturas ficticias sin soporte de actividad real-, sin duda la prueba de este hecho negativo no resulta fácil, ante la lógica ausencia de prueba directa.” Debido a ello, según considera este Tribunal resulta perfectamente correcto acudir como medio de prueba al de las presunciones “siempre que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.” Así, se relata que “las presunciones son juicios lógicos en los que partiendo de un hecho base o indicio (que debe quedar acreditado) se llega a la fijación de un hecho presunto, que es el jurídicamente relevante, en virtud de un enlace preciso y directo realizado por la ley o por quien debe realizarla.” De tal modo que, como reiteradamente ha establecido tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, “probado el indicio por medios directos, existiendo enlace o relación entre el indicio y la consecuencia o hecho deducido que se quiera probar para la aplicación de la norma tributaria y expresado razonablemente ese enlace o relación, la presunción ha de aceptarse como medio de prueba válido-en ese sentido, por todas, sentencias del Tribunal Constitucional de 24 de enero de 1998 y 20 de enero

de toda duda razonable”. En caso de duda, el principio “in dubio pro reo” impone la absolución, (sentencia núm. 274/1996, de 20 de mayo). Y en la STS n° 774/2005, de 2 de junio, se recordaba, citando otras anteriores, que en la medida en que tales presunciones legales coinciden con la técnica probatoria que los Tribunales utilizan para la construcción racional de la prueba indiciaria pueden ser aplicadas para obtener su convicción, no como tales presunciones legales, sino como reglas de experiencia y racionalidad inferencial a título probatorio. Y, de otro lado, con carácter previo han de ser aplicadas las normas contenidas en la normativa penal, por razones obvias. Concretamente, en el apartado 2 del artículo 305 del Código Penal se contienen normas destinadas a la determinación de la cuantía de la cuota defraudada.”

49 Sentencia del TC 299/1988. Y, a mayor abundamiento, como recuerda la Resolución del TEAC de 7 de noviembre de 2006, “la presunción no es una fuente de certeza, sino de probabilidad”.

de 1999 y sentencias del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2003 y de 20 de septiembre de 2005-”⁵⁰.

El resumen que del empleo de la prueba indiciaria se puede ver en la Sentencia del tribunal balear que hemos citado en el párrafo anterior; en la que se nos dice, en síntesis que, la utilización de esta prueba exige el cumplimiento de unos requisitos específicos para que sea tenida como actividad probatoria “precisamente por carecer de una disciplina de garantía que sí es exigible a la prueba directa”; son los siguientes: en primer lugar, que los indicios han de estar acreditados por prueba directa, con lo que se trata de evitar los riesgos inherentes a la admisión de una concatenación de indicios que aumentaría los riesgos en la valoración; en segundo término, que los indicios tienen que estar sometidos a una constante verificación, que debe afectar tanto a la acreditación del indicio como a su capacidad deductiva; en tercer lugar, que los indicios tienen que ser plurales e independientes, con lo que se pretende evitar que sea tenido por indicio un hecho único, aunque acreditado por distintas fuentes; en cuarto lugar, que los indicios deben ser concordantes entre sí, de manera que converjan en la conclusión; en quinto término, que esa conclusión debe ser inmediata, sin que sea admisible que el hecho consecuencia pueda llegar a través de varias deducciones o cadena de silogismos; y, por último, la prueba indiciaria exige una motivación que explique racionalmente el proceso deductivo por el que de unos hechos-indicios se deducen otros hechos-consecuencia⁵¹.

Sin duda alguna, hoy en día, esta prueba se erige como la más acertada –o la única válida- para probar la existencia de simulación⁵² o el conflicto en la aplicación de la norma⁵³. Así lo corrobora el Tribunal Supremo, al considerar que, la Administración

50 Sentencia del TS de 9 de abril de 2015, recurso 2773/2014.

51 Tal como hemos indicado en el texto, este es el relato seguido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en su Sentencia 56/2013, de 23 de enero, en la cual se justifica finalmente el uso de este medio probatorio para considerar que las facturas aportadas por el contribuyente no reflejan una realidad. De este modo, la Sala concluye: “Pero sin negar la premisa de la que partimos -la carga de la prueba sobre el carácter fraudulento de la facturación incumbe a la Administración- no es menos cierto que es mucho más fácil acreditar el hecho positivo de la existencia de entregas y servicios que el hecho negativo de la inexistencia, por lo que la ausencia de prueba del hecho positivo por quien tiene más facilidad para acreditarlo (el recurrente), ya configura un indicio en contra del mismo. Tampoco favorece la credibilidad del sujeto pasivo, la utilización de medios de pago opacos, la ausencia de contratos formales o presupuestos de la obra supuestamente ejecutada, como el reconocimiento de utilización de trabajadores subcontratados no dados de alta en la Seguridad Social, lo que todo en conjunto debilita la versión del recurrente.”

52 Según establece el artículo 16 de la LGT: “1. En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes. 2. La existencia de simulación será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios. 3. En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente.”

53 Según prevé el artículo 15 de la LGT: “1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias: a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido. b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios. 2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley. 3. En las

tributaria tiene la carga de probar los elementos integrantes de la simulación, es decir, la declaración deliberadamente disconforme con la auténtica voluntad de las partes y la finalidad de ocultación a terceros o dicho de otro modo, la *causa simulandi* debe probarla la Administración (STS de 20 de septiembre de 2005 -recurso 6683/2000- y de 26 de septiembre de 2012 -recurso 5861/2009-).“(…) En la medida en que la simulación supone ocultación y la existencia de un negocio jurídico aparente, para llegar a la convicción de su existencia suele acudirse a las llamadas pruebas indirectas (indiciaria y de presunciones)”⁵⁴.

En definitiva, las cada vez más utilizadas “presunciones *hominis*” por parte de la Administración tributaria española, se fundamentan en los siguientes elementos: en primer lugar, en la afirmación base, que es el hecho demostrado; en segundo lugar, en la afirmación presumida, que es el hecho que se trata de deducir; y, por último, en el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. A tal efecto, para acreditar la afirmación base, pueden utilizarse cualesquiera medios de prueba, aunque deben ser suficientes para que merezca la conceptualización del hecho acreditado. La afirmación presumida, que es la única relevante para el juicio de hecho determinante de la conclusión, normalmente resulta acreditada mediante la propia actividad presuntiva. Es claro que la afirmación presumida ha de ser distinta de la afirmación base y estar situada a un nivel superior; puesto que, si se declara presumido un hecho sin más, no se estará ante una verdadera presunción, sino ante meras conjeturas o sospechas. Por último, las reglas del criterio humano no son otras que las de la lógica o recta razón, y, en este sentido, el enlace entre el hecho acreditado y el que se trate de demostrar no ha de consistir en otra cosa que la conexión o congruencia entre ambos, de suerte que el conocimiento de uno lleve al intérprete, como consecuencia obligada de aquella lógica o recta razón, al conocimiento del otro⁵⁵.

liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora.”

54 Sentencias del TS de 13 de marzo de 2017 -recurso 257/2016-, de 13 de septiembre de 2012 -recurso 2879/2010- y de 22 de marzo de 2012 -recurso 3786/2008-, entre otras muchas.

55 Este es el criterio que mantienen los tribunales, entre otras, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012 (recurso 524/2009). Es de destacar también el frecuente y aceptado uso de estas presunciones en la vía penal cuando se enjuicia la posible comisión de delitos fiscales por la existencia de una defraudación tributaria. Así lo corrobora el Tribunal Supremo, en Sentencia de 1 de febrero de 2017, de la Sala de lo Penal (recurso 1858/2016), al hacer las siguientes consideraciones: “Hemos señalado recientemente en relación con la prueba indiciaria (SSTS 800, 901 y 942/2016) que como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7/01, -que deroga, entre otros artículos del CC, los de la Sección Sexta, Capítulo V, Título I, “De las presunciones” (artículos 1249 a 1253)- las presunciones llamadas “de hombre” o “vulgares” por contraposición a las legales, constituyen un “método de fijar la certeza de ciertos hechos” y no un medio de prueba en sí mismo, es decir, comportan la actividad intelectual del Juez ordenada al análisis, valoración y explicación de la prueba, de forma que su eficacia es independiente incluso de su reconocimiento legal o jurisprudencial y por ello no puede estar sujeta a norma alguna. Actividad que debe desplegarse no solo cuando se trate de valorar la denominada prueba indiciaria sino igualmente los medios de prueba directos (documentos, reconocimiento judicial) o indirectos por la interposición entre el objeto y el juzgador de un medio de prueba como puede ser el testigo o el perito, no bastando por ello en ningún caso la mera alusión a la apreciación en conciencia o conjunta de la prueba practicada. Pues bien, a partir de las viejas presunciones reguladas en el Código Civil, especialmente los previgentes artículos 1249 y 1253, acogidas en

3. Momento de aportación de las pruebas.

El artículo 99, apartado 6, de la LGT, establece que no es necesaria la apertura de un periodo específico ni la comunicación previa para aportar pruebas en los procedimientos tributarios. De tal manera que, el obligado tributario podrá aportar las pruebas que considere oportunas en cualquier momento del procedimiento⁵⁶. No obstante, a pesar de que el procedimiento termina con la notificación de la resolución al interesado, es lógico considerar que el órgano administrativo que dicte la resolución solamente tendrá en cuenta aquellas pruebas que se hayan presentado con anterioridad a dicha fecha.

En particular, cuando se den determinados supuestos de "tardía presentación de pruebas" por parte del obligado tributario lo que se producirá es una extensión del plazo máximo de duración de las actuaciones del procedimiento⁵⁷.

Sin embargo, los problemas que plantea el momento en que deben ser aportadas las pruebas por parte del obligado tributario no se inscribe en la esfera estricta del procedimiento, sino que van más allá del mismo y se circunscriben en torno a la determinación de si es posible o no su aportación una vez finalizado el mismo⁵⁸.

el vigente artículo 386 LEC, tanto la jurisprudencia Constitucional como la del Tribunal Supremo ha fijado y actualizado los criterios a seguir en el proceso penal, más exigentes en general que en el civil, para aceptar las mismas a la hora de desvirtuar la presunción de inocencia, estableciendo las tres condiciones básicas para ello: la afirmación del hecho básico o cierto mediante los medios de prueba admisibles, no admitiéndose mayoritariamente las presunciones, aunque no hay norma que lo impida, en el proceso penal, que pueden ser plurales o único, según el caso concreto, es decir, el hecho demostrado; el que se trate de deducir o hecho presunto, que debe ser distinto de los primeros; y el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre ambos que debe plasmar el Tribunal mediante el adecuado razonamiento en la sentencia, explicando su conexión o congruencia, pues los hechos en la realidad extraprocesal no se presentan aislados sino relacionados entre sí, conforme a las reglas de la lógica o de la sana crítica, las máximas de experiencia común, pues la técnica debe ser aportada por el medio pericial, y los conocimientos científicos notorios, estando todo ello sujeto desde luego al control casacional cuando se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia".

- 56 De alguna manera, se concreta así el derecho del contribuyente, previsto en el artículo 34 LGT, del siguiente tenor: "l) Derecho a formular alegaciones y a aportar documentos que serán tenidos en cuenta por los órganos competentes al redactar la correspondiente propuesta de resolución."
- 57 Hemos justificado este supuesto de extensión del plazo por la "tardía presentación" y no por el "retraso en la presentación" porque en estos casos el obligado tributario presenta las pruebas o documentos que se le exigen dentro del plazo legalmente previsto para ello, no obstante, la LGT considera que, en atención al momento puntual en el que se presentan, debe darse a la Administración un periodo mayor para que los analice y termine el procedimiento. Los supuestos a los que nos referimos se recogen en el artículo 150, apartado 5, de la LGT, en el siguiente sentido: "Cuando durante el desarrollo del procedimiento inspector el obligado tributario manifieste que no tiene o no va a aportar la información o documentación solicitada o no la aporta íntegramente en el plazo concedido en el tercer requerimiento, su aportación posterior determinará la extensión del plazo máximo de duración del procedimiento inspector por un periodo de tres meses, siempre que dicha aportación se produzca una vez transcurrido al menos nueve meses desde su inicio. No obstante, la extensión será de 6 meses cuando la aportación se efectúe tras la formalización del acta y determine que el órgano competente para liquidar acuerde la práctica de actuaciones complementarias. Asimismo, el plazo máximo de duración del procedimiento inspector se extenderá por un periodo de seis meses cuando tras dejar constancia de la apreciación de las circunstancias determinantes de la aplicación del método de estimación indirecta, se aporten datos, documentos o pruebas relacionados con dichas circunstancias."
- 58 Evidentemente, nos referimos a supuestos no contemplados por el recurso extraordinario de revisión por obtención de nuevas pruebas previsto en el artículo 244 LGT: "l. El recurso extraordinario de revisión podrá interponerse por los interesados contra los actos firmes de la Administración tributaria y contra las resoluciones firmes de los órganos económico-administrativos cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a)

En torno a este tema la LGT guarda actualmente silencio, y ello a pesar de que el anteproyecto de reforma de 2015 contenía un apartado en su artículo 106 con el texto siguiente, el cual, por la polémica que suscitó, finalmente no se incorporó a la redacción definitiva del precepto: "Una vez realizado el trámite de audiencia o, en su caso, el de alegaciones, no podrá incorporarse al expediente ni ser tenida en cuenta más documentación acreditativa de los hechos en el procedimiento de aplicación de los tributos o en la resolución de recursos o reclamaciones, salvo que el obligado tributario demuestre la imposibilidad de haberla aportado antes de la finalización de dicho trámite".

De alguna manera, dicha propuesta guardaba relación con lo ya previsto en el artículo 96, apartado 4, del RGGIT, vigente desde el 1 de enero de 2008, en el que se establece que "Una vez realizado el trámite de audiencia o, en su caso, el de alegaciones no se podrá incorporar al expediente más documentación acreditativa de los hechos, salvo que se demuestre la imposibilidad de haberla aportado antes de la finalización de dicho trámite, siempre que se aporten antes de dictar la resolución". De tal forma que la citada propuesta que no fue finalmente incorporada al proyecto de Ley que se remitió por el Consejo de Ministros a las Cortes Generales ni por supuesto a la redacción definitiva del precepto de la LGT, lo que pretendía era otorgar rango legal a la limitación temporal de presentación de pruebas⁵⁹.

Precisamente, la aludida norma reglamentaria es la que ha servido de sustento jurídico para que los tribunales económico-administrativos y puntuales tribunales de justicia hayan determinado que "La presentación de pruebas en los procedimientos de aplicación de los tributos, para desvirtuar los criterios sostenidos por la Administración, debe ser realizada durante la sustanciación del procedimiento en cuestión, dando al órgano gestor actuante la oportunidad de valorar las pruebas de que se disponga. El derecho a formular alegaciones y aportar documentos no puede llegar a extenderse hasta el punto de permitir que el interesado manipule a su arbitrio las competencias de los diversos órganos de la Administración Tributaria, lo que es contrario a un elemental orden procesal, y da lugar a abuso procesal. Admitir la discrecionalidad de los obligados tributarios sobre el momento de presentación de pruebas y que se haga ante un Tribunal Económico-Administrativo cuando pudo hacerse ante el órgano de aplicación de los tributos, supone convertir un procedimiento revisor de la actuación administrativa en un procedimiento de aplicación de los tributos, lo que supone alterar la finalidad de cada procedimiento,

Que aparezcan documentos de valor esencial para la decisión del asunto que fueran posteriores al acto o resolución recurridos o de imposible aportación al tiempo de dictarse los mismos y que evidencien el error cometido..."

59 Sin embargo, la Ley 39/2015, reguladora del procedimiento administrativo, si que contiene en su artículo 118, un mandato similar al que se pretendía dotar al artículo 106 LGT, en el siguiente sentido: "tampoco podrá solicitarse la práctica de pruebas cuando su falta de realización en el procedimiento en el que se dictó la resolución recurrida fuera imputable al interesado." (Este mandato no es novedoso en el procedimiento administrativo puesto que ya se recogía en el artículo 112 de su Ley antecesora, Ley 30/1992).

y a su vez sustraer al órgano actuante en los procedimientos de aplicación de los tributos las facultades de contrastar, analizar e integrar toda la información aportada por el sujeto pasivo o por terceros, practicando, en su caso, la regularización que proceda. Tratándose de procedimiento inspector esos documentos pueden ser aportados en los trámites para alegaciones anteriores y posteriores al acta, pero antes de haberse practicado la liquidación”⁶⁰.

Por su parte, la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en Sentencia de 3 de febrero de 2015, también, en la línea de interpretación seguida por los tribunales económico administrativos, considera que: “Al recurso de reposición no acompañó la documentación acreditativa de la deducción por inversiones, si bien en la demanda aportó varias facturas de proveedores que no estaban incluidas en el modelo 347. La actora pretende indebidamente convertir al Tribunal en órgano de gestión y en modo alguno la contribuyente acreditó ante la Administración los hechos”. O la también Sentencia del mismo Tribunal de 10 de noviembre de 2014, en el caso de aportaciones dinerarias acogidas al régimen fiscal especial del Impuesto sobre Sociedades, en la que dice que: “La Administración denegó la aplicación del régimen especial porque pese a requerirle para que aportara la prueba de que llevaba su contabilidad conforme al Código de Comercio no la aportó. El hecho de que aportase la documentación junto con la demanda al tribunal no desvirtúa la conclusión anterior, pues no corresponde al órgano judicial sustituir al órgano administrativo en la comprobación de los requisitos, sino revisar la legalidad del acto administrativo impugnado”.

No obstante, dicho criterio no es compartido plenamente por todos los tribunales ordinarios de justicia, entre los cuales existe una línea de interpretación muy reciente en virtud de la cual se defiende una posición totalmente contraria, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 21 de enero de 2016, en la que se establece que: “...la tradicional naturaleza revisora del recurso contencioso no lo convierte en una segunda instancia de lo resuelto en vía administrativa... de este modo tiene plena jurisdicción para afrontar las pruebas que se aporten al proceso”. A *fortiori*, también recientemente se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 21 de septiembre de 2015, en el mismo sentido, y ha establecido que la aportación de pruebas en el procedimiento de revisión no se sujeta a las limitaciones que se establecen en el artículo 96 del RGGIT, “es decir, en modo alguno se refiere a la tramitación del recurso de reposición o reclamación económico-administrativa que pudiera interponerse frente al acto administrativo”.

Por último, resta concluir que el Tribunal Supremo se ha alineado en esta última interpretación, en su Sentencia de 17 de octubre de 2014 (recurso 3119/2013), en la

⁶⁰ Resoluciones del TEAC de 6 de noviembre de 2014 y de 16 de febrero de 2012, entre otras.

que en unificación de doctrina dispone lo siguiente: “Si la perspectiva de solución del litigio es la de decidir sobre si se dan las circunstancias que justifiquen la aportación de la documentación en un momento posterior al de la realización de la actividad de gestión, es evidente que la respuesta positiva se impone pues la acreditación, por otros medios, de los gastos litigiosos exige aceptar la documentación requerida -aunque presentada en un momento posterior- previamente respalda por otros medios, aunque no lo haya sido en la forma exigida por la Administración”.

En consecuencia, el Alto tribunal acepta la presentación de pruebas nuevas por parte del obligado tributario en la vía revisora, y ello, aunque este las hubiera podido presentar durante el procedimiento y a tal efecto hubiera sido requerido por la propia Administración tributaria⁶¹.

4. La prueba ilícita.

El artículo 11, apartado 1, de la LOPJ determina la nulidad radical de la prueba obtenida con violación de algún derecho fundamental cuando señala que “en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. De tal modo que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”⁶².

Hoy en día no se alberga duda alguna sobre la afirmación de que la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental ha de ser excluida de la apreciación probatoria, pues ello forma parte de las garantías del sistema constitucional⁶³. Sin embargo, esta conclusión no es taxativa pues, como nos recuerda el Tribunal Supremo, la determinación del alcance del artículo 11 de la LOPJ ha sido objeto de numerosas aportaciones dogmáticas y de una jurisprudencia constitucional que ha evolucionado sensiblemente desde los primeros precedentes sobre la materia (cfr. SSTC 9/1984, 114/1984 y 60/1988), hasta la formulación del principio de la conexión de antijuridicidad (SSTC 81/1998 –la prueba se hubiera obtenido también, razonablemente, sin la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por infracción constitucional del secreto de las comunicaciones-⁶⁴; 121/1998 y 49/1999),

61 Este no es precisamente un tema pacífico, y así puede comprobarse si se acude a la ingente doctrina jurisprudencial que existe en torno al mismo (a tal efecto, véanse los distintos pronunciamientos que se recogen en la obra de CAAMAÑO ANIDO, M.A. et al: *Derecho y práctica tributaria*, cit., pp. 679-698).

62 También el artículo 287 LEC establece la ilicitud de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

63 El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 55/1982, dijo ya muy tempranamente que la presunción de inocencia solamente puede ser enervada por pruebas que hayan sido obtenidas con las debidas garantías.

64 Quizá, en materia tributaria, la violación del domicilio puede ser la actuación que en mayor medida pueda ocasionar la aplicación de la regla de exclusión. Así, téngase en cuenta que el derecho constitucional que se configura en el artículo 18.2 de la Constitución Española se concreta en dos reglas distintas. La primera se refiere a la protección de la “inviolabilidad” del domicilio, en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte “exento de” o “inmune a” cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (STC 22/1984). La segunda, en cuanto especificación de la primera, establece la interdicción de dos de las formas posibles de

esto es, la conocida procesalmente como conexión de antijuridicidad entre el hecho generador de la ilicitud y las fuentes y medios probatorios que proceden causalmente de aquel⁶⁵.

De esta manera, el establecimiento de la regla de exclusión probatoria, por la que no se deben reconocer efectos a las pruebas que se hayan obtenido vulnerando algún derecho fundamental, la ha ido diluyendo el Tribunal Constitucional al introducir determinadas excepciones a la misma a través de la denominada doctrina de la conexión de antijuridicidad⁶⁶. Por lo que, "la regla de exclusión en cuanto a su eficacia directa deja de tener un carácter absoluto"⁶⁷.

En esta línea interpretativa, el Tribunal Constitucional (STC 66/2009) añade que la razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental (STC 184/2003). "Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de la valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones" (STC 81/1998).

injerencia en el domicilio, esto es, su entrada y registro, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o resolución judicial (STC 22/1984); de modo que la mención de las excepciones a dicha interdicción, admitidas por la Constitución, tiene carácter taxativo (SSTC 22/1984; 136/2000). Téngase en cuenta, que también se entiende como entrada en el domicilio la realizada por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otras análogos (SSTC 22/1984, 10/2002 y 176/2013, entre otras).

- 65 En este sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala de lo penal, de 23 de febrero de 2017, recurso 1281/2016 (caso *Falciani*), en la que se nos recuerda que este Tribunal ya viene constatando desde hace algún tiempo mediante un brocardo de obligada cita que "la verdad real no puede obtenerse a cualquier precio (ATS 18 de junio de 1992, recurso 610/1990). En esta misma línea interpretativa, ha señalado este Tribunal que la incorporación de un acto lesivo de los derechos fundamentales al conjunto probatorio que ha de ser apreciado por el órgano sentenciador acarrea el riesgo de lo que en su Sentencia 195/2014, 3 de marzo, ha denominado una "metástasis procesal".
- 66 Como dice MIRANDA ESTRAMPES, el Tribunal Constitucional español "ha ido introduciendo en su discurso argumental referencias a las *necesidades de disuasión* limitando su ámbito de aplicación mediante el reconocimiento de excepciones inspiradas en gran medida en la jurisprudencia norteamericana. En la actualidad, entre los factores a tener en cuenta para aplicar o no una prohibición de valoración probatoria el TC menciona la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación del derecho fundamental así como la propia entidad objetiva de dicha vulneración" (MIRANDA ESTRAMPES, M.: "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, pp. 136 - 137). Dicho autor enumera en su trabajo las siguientes excepciones a la aplicación de la regla de exclusión: a) La excepción de la buena fe en la actuación policial; b) la eficacia refleja, que a su vez subdivide en: la excepción de la fuente independiente, la excepción del descubrimiento inevitable y la excepción del nexo causal atenuado; y, c) la denominada doctrina de la conexión de antijuridicidad, a cuyo amparo se encuentra también la excepción del descubrimiento probablemente independiente (cit., pp. 140 - 150).
- 67 Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, M.: "La prueba ilícita...", cit., p. 137.

De esta manera, cuando el centro de actuación se enmarca dentro de un proceso penal concreto, el mecanismo de conexión/desconexión se corresponde a un control, al que ha de proceder el órgano judicial que ha de valorar el conjunto o cuadro del material probatorio. A tal efecto, el Tribunal Supremo ha dicho recientemente, en Sentencia de la Sala de lo Penal de 11 de abril de 2016 (recurso 1393/2015), que, “para determinar si existe o no esa conexión de antijuridicidad, el Tribunal Constitucional ha establecido una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho constitucional violado; en el caso, al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Por otro lado, una perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho conculcado exige. Pero todo ello, teniendo en consideración que estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo. A su vez, y de forma mucho más clara, puede tratarse de una perspectiva natural y jurídica. La primera perspectiva -la natural- supone que la prueba refleja derive de forma empírica o por una formulación material de la inicial declarada nula (así, el hallazgo encontrado en un registro nulo, es también nulo, porque deriva naturalmente de la progresión natural de las cosas, como el contenido de la conversación es causalmente derivado de la propia interceptación practicada). La segunda perspectiva se refiere a la jurídica, esto es, la conexión se predica de la secuencia propia de los derechos en juego (por ejemplo, el temor, coacción o violencia, utilizados en el curso de una declaración de un imputado impide valorar lo que haya respondido al ser de tal forma interrogado, sin que esto se derive naturalísticamente de tal acción). Aquí, pues, se predica la conexión jurídica de otra acción, que no supone necesariamente la natural consecuencia de su antecedente. De todos modos, es imprescindible diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de éstas, ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ, las que lo sean de forma independiente y autónoma de la prueba nula, y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho, deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendentes a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como es el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no se extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados

al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se dé la llamada conexión de antijuridicidad entre la prueba prohibida y la derivada, a lo que ya nos hemos referido con anterioridad".

En este orden de ideas, un trascendente y reciente caso judicial, ínsito en el ámbito del derecho penal-tributario, lo podemos ver resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala de lo penal, de 23 de febrero de 2017, recurso 1281/2016 (caso *Falciani*). En el caso de autos, la presunta prueba cuya consideración como ilícita se pretendía por el demandante, consiste en el apoderamiento de unos archivos por parte de un ciudadano de nacionalidad francesa e italiana en los que se contiene una ingente información bancaria sobre titulares de fondos gestionados por la entidad suiza HSBC. Archivos que tras ser puestos a disposición de la Hacienda española, fueron utilizados por esta, directa e indirectamente, para liquidar determinadas deudas tributarias⁶⁸.

La consideración del acto de apoderamiento de los ficheros informáticos de los que dispuso *Falciani* como un acto ejecutado con vulneración del derecho a la intimidad de los contribuyentes españoles que figuran en los mismos, es lo que lleva al demandante a reivindicar un radical efecto contaminante sobre el resto de las pruebas valoradas por el Tribunal *a quo*. Criterio éste que, como más adelante veremos, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no comparte.

El tribunal anuncia que es la primera ocasión que tiene la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión relativa al valor probatorio de documentos bancarios y ficheros contables cuando, pese a existir constancia de que fueron sustraídos de forma ilegítima por un tercero, han sido determinantes en la apreciación probatoria... sin embargo, este silencio contrasta con otros pronunciamientos de instancias judiciales de otros países... que coinciden en descartar el efecto contaminante, subrayando la legalidad de la fuente próxima de prueba –la entrega por las autoridades francesas- y rechazando la indagación remota de cómo los agentes llegaron a obtener esos documentos. A este respecto, cita al Tribunal Supremo belga, Sentencia 22 de mayo de 2015, caso *KB Lux*; al Tribunal Supremo francés, Sentencia de 31 de enero de 2012, recurso 11-13097 y Sentencia de 27 de noviembre de 2013, recurso 13-85042, en la que se declara la utilización de esos documentos porque las autoridades francesas no intervinieron en los hechos ilícitos

68 Decimos directa o indirectamente porque, en un primer momento, y debido al gran número de contribuyentes españoles que constaban en los archivos facilitados por el informático y empleado de la entidad financiera (algunos medios de información fijan la cifra en casi 3.000 contribuyentes), la Hacienda española decidió invitar a regularizar su situación tributaria a aquellos cuyos datos se consideraban más relevantes (aproximadamente a 700 contribuyentes). En segundo término, aquellos que "compelidos" a regularizar no lo hicieron, se les notificó la apertura de un procedimiento de inspección tributaria, cuyo resultado pudo ser el de finalización con un acta de inspección (de conformidad, de disconformidad o con acuerdo) o bien, si la inspección apreció indicios de delito contra la Hacienda Pública, con la remisión del expediente al Ministerio Fiscal para que procediera a interponer éste la correspondiente querrela penal, hecho este que podía desembocar, como ocurre en el caso que resuelve el Tribunal Supremo que hemos citado, con el correspondiente enjuiciamiento por la vía penal.

que hicieron luego posible su plena disposición por el tribunal de enjuiciamiento; a la Corte de Casación italiana, Sentencias de 26 de septiembre de 2012 –38753- y 17 de abril de 2013 -29433-, en las que se concluye que la prueba es consecuencia de un mecanismo de cooperación internacional y la falta de datos acerca de la sustracción; y al Tribunal Constitucional alemán, Sentencia de 9 de noviembre de 2010, cuya decisión se fundamenta en que la compra por los servicios secretos alemanes de un CD con información confidencial sobre contribuyentes sometidos al fisco alemán, cuyo contenido fue posteriormente utilizado por la acusación pública para instar la condena de los defraudadores, excluye la ilicitud probatoria. Esta sentencia fue impugnada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que en Sentencia de 6 de octubre de 2016 rechazó la demanda y dijo que “la orden de entrada y registro fue una injerencia acordada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo que, además, resultaba necesaria en una sociedad democrática... el auto de entrada utilizado por las autoridades germanas por el que obtuvieron el material informático era ajustado al principio de proporcionalidad”.

En definitiva, el Tribunal Supremo español llega a la conclusión de que los ficheros bancarios que se correspondían con personas y entidades que disponían fondos, activos y valores en la entidad suiza HSBC, fueron correctamente incluidos en el material probatorio evaluado por el Tribunal de instancia. No estaban afectados por la regla de exclusión⁶⁹. Se trataba de información contenida en unos archivos de los que se apoderó ilícitamente un particular que, cuando ejecutó la acción, no lo hizo como agente al servicio de los poderes públicos españoles interesados en el castigo de los evasores fiscales. Tampoco se trataba de ficheros informáticos cuya entrega hubiera sido negociada entre el transgresor y los agentes españoles. La finalidad disuasoria que está en el origen de la exclusión de la prueba ilícita no alcanzaba a *Falciani*, que sólo veía en esa información una lucrativa fuente de negociación. De tal manera que no se trataba de pruebas obtenidas con el objetivo, directo o indirecto, de hacerlas valer en un proceso.

Por lo demás, es patente la influencia que para el sustento de este criterio ejerce cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal norteamericano, en la que se descarta la aplicación de la regla de exclusión cuando las pruebas se obtienen por particulares (caso *Burdeau vs. McDowell*, 256 US, 465, 1921) o por agentes policiales extranjeros fuera del territorio estadounidense (caso *US vs. Verdugo-Urquidez*, 494

69 Algo nada novedoso, según el TS, puesto que “La doctrina sobre la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no responde a una fotografía estática, antes al contrario, ha experimentado una más que apreciable evolución desde su formulación inicial por la jurisprudencia del TC español.” Lejos queda así la configuración de la regla de exclusión como “una garantía procesal de origen constitucional incardinada en el contenido nuclear del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)” para “sin llegar a un modelo de *desconstitucionalización plena*” de dicha regla (cfr. MIRANDA ESTRAMPES, M.: “La prueba ilícita...”, cit., p. 136), limitar su aplicación mediante el reconocimiento de ciertas excepciones, cuyo número, hoy en día, no parece que el Tribunal Constitucional haya acotado plenamente.

US 259, 1990)⁷⁰. En concreto, cuando se afirma que “al juez español no le incumbe verificar un previo proceso de validación de la prueba practicada conforme a normas procesales extranjeras”⁷¹.

Además, el Tribunal Supremo no considera que exista dato indiciario alguno que “explique la obtención de esos ficheros como el resultado de una colaboración – *ad hoc* o sobrevenida- de *Falciani* con servicios policiales, españoles o extranjeros. Tampoco hay dato alguno que fundamente la hipótesis de que, una vez ofrecida esa información, los servicios fiscales españoles se hicieran con ella en virtud de un pacto con el infractor”.

Por todo ello, se concluye que la incorporación a la causa penal abierta de “esos archivos comprometedores para los afectados, no guarda conexión alguna –ni directa ni remota- con la vulneración de los datos personas que protegían a los evasores fiscales”.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

El punto de partida de este trabajo ha sido el de dejar constancia de que en los procedimientos tributarios, quien haga valer su derecho, bien sea la Administración (por ejemplo, para probar la existencia del hecho imponible y de los elementos que sirvan para cuantificarlos), bien lo sea el contribuyente (por ejemplo, para probar los hechos que le beneficien, como pueden ser los constitutivos de exenciones y beneficios fiscales, los no sujetos, o la realidad de los gastos o cuotas deducibles), debe probar los hechos constitutivos del mismo.

El respeto a este principio general sobre el *onus probandi* que proclama la LGT, y que representa el criterio que rige en el resto del ordenamiento jurídico (LEC o LPA), se hace a pesar del carácter imperativo que tienen las normas tributarias y de la presunción de legalidad y validez que se atribuye a los actos tributarios. Por ello,

70 Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, M.: “La prueba ilícita...”, cit., pp. 134-135; y, RICHARD GONZÁLEZ, M.: “Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal, comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la «lista falciani» para fundar una condena por delito fiscal”, *Diario La Ley*, núm. 8946, 2017.

71 El TS analiza también el efecto que puede tener la declaración de improcedencia de la extradición solicitada por la Autoridad competente de Suiza (Fiscalía Federal de Suiza), respecto del ciudadano *Falciani*, que en su momento acordó la Audiencia Nacional (Auto 19/2013, de 8 de mayo), fundamentada en la falta de doble incriminación normativa en el caso. Suiza acusaba a *Falciani* de cuatro delitos de su Código Penal: espionaje financiero, violación del secreto bancario, violación del secreto comercial y apropiación de datos relativos a clientes. La Audiencia Nacional concluyó que en el derecho español “no existe una protección penal específica del secreto bancario como tal, y menos tratando su quebrantamiento como un mero delito formal”. Para el TS “tampoco el principio de doble incriminación resuelve de forma definitiva la controversia acerca de la licitud probatoria de la información contenida en los archivos de la Lista *Falciani*... el hecho de que se denegara la extradición de *Falciani* a las autoridades suizas, al estimar que en España no es delito la vulneración del secreto bancario, no autoriza una santificación de la prueba cuya licitud viene siendo cuestionada. El concepto de ilicitud probatoria no exige como presupuesto la comisión de un hecho ilícito. El art. 11 LOPJ vincula ese efecto, no a la autoría de un delito, sino a la obtención de las pruebas mediante un acto vulnerador de los derechos o libertades fundamentales que, por definición, puede ser o no constitutivo de delito.”

en la *praxis*, dicho hito legislativo no puede desvirtuarse por un subjetivo actuar en la dirección y en la valoración de las pruebas a cargo de la Administración tributaria. El carácter propiamente inquisitivo del procedimiento tributario así lo exige.

Respecto de la utilización de los medios de prueba para hacer valer su derecho, aunque se efectúa una remisión general a lo establecido en el Ordenamiento jurídico (a la LEC, principalmente), lo bien cierto es que las especialidades establecidas en la propia LGT son las que se aplican con una mayor intensidad.

De este modo, gozan de especial relevancia en materia tributaria, medios de prueba tales como la factura o las presunciones. Medios de prueba cuya valoración ha sido, y lo sigue siendo, delimitada por una abundante e incesante interpretación jurisprudencial.

Tanto la factura –la prueba documental reina en materia tributaria-, como las presunciones, no son por sí solos medios probatorios capaces de hacer valer un derecho. Lejos en el tiempo ha quedado ya el aparente –o pretendido- carácter de la factura como “prueba tasada”. Hoy en día se efectúa una valoración libre de las pruebas en su conjunto. La factura, a la que se le atribuye en la LGT el carácter de medio prioritario de prueba, ni sirve de prueba irrefutable de la existencia, por ejemplo de un gasto, cuando la presenta el obligado tributario (incluso, en su versión “completa”), ni por no poseerla resulta automáticamente suficiente la desacreditación del derecho que se pretende probar, por ejemplo, la deducibilidad de un gasto.

También quedan algunos flecos por resolver –más en el campo jurisprudencial que en el legal- de si es en el procedimiento tributario donde el obligado tributario debe presentar todas las pruebas, o bien, es posible también su presentación en las correspondientes vías de revisión, administrativa o judicial. Parece que la última línea de interpretación jurisprudencial, por el órgano de quien procede, el Tribunal Supremo, se inclina por la segunda opción apuntada.

Finalmente, no puede dejarse de lado el trascendente impacto constitucional que en este campo de la prueba está teniendo la regla de exclusión, en virtud de la cual no se admiten las pruebas obtenidas vulnerando un derecho fundamental. La doctrina emitida por los tribunales en este sentido, incluida la del Tribunal Constitucional español, no resulta excesivamente clarificadora en cuanto a su aplicación, por lo que se aboga por la solución caso a caso, criterio que evidentemente se aleja de la seguridad jurídica que en esta materia debería ser respetada con una mayor cautela.

BIBLIOGRAFÍA

CAAMAÑO ANIDO, M. A., ALONSO GONZÁLEZ, L., GARCÍA NOVOA, C., MAGRANER MORENO, F., MERINO JARA, I., SÁNCHEZ PEDROCHE, A.: *Derecho y práctica tributaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

CAYÓN GALIARDO, A. M.: "Cuestiones sobre la prueba en los procedimientos tributarios", *Revista técnica tributaria*, núm. 97, 2012, pp. 13-32.

HERRERA MOLINA, P.M.: "La factura como requisito formal y medio de prueba para el ejercicio del derecho a la deducción en el IVA (Comentario a la STCJE de 5 de diciembre de 1996)", *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, núm. 13, 1997, pp. 1111-1127.

MAGRANER MORENO, F. J.: "La contabilidad como medio de prueba en Derecho Tributario", *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, núm. 10-11, 1991.

MITANDA ESTRAMPES, M.: "La prueba ilícita: la regla de excusión probatoria y sus excepciones", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010.

MARÍN-BARNUEVO FABO, D.: "La distribución de la carga de la prueba en Derecho tributario", *Civitas. REDF*, núm. 94, 1997, pp. 185-198.

MERINO JARA, I.: "La prueba en materia tributaria", *Fundamentos de Derecho: revista del Colegio de Abogados de Cáceres*, núm. 36, 2005, pp. 47-49.

PALAO TABOADA, C.: "La prueba en el procedimiento de gestión tributaria: art. 114", *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma: libro-homenaje al profesor Dr. Fernando Sainz de Bujanda*, Vol. 2, 1991, pp. 257-278.

RICHARD GONZÁLEZ, M.: "Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal, comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la «lista falciani» para fundar una condena por delito fiscal", *Diario La Ley*, núm. 8946, 2017.

RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, M.: *La prueba en derecho tributario: formación y preconstitución de la prueba en derecho tributario*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007.

SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A.: "A vueltas con los problemas de la prueba en el Derecho Tributario", *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios y Casos prácticos*, núm. 325, 2010.

EL SISTEMA DE ASISTENCIA INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS
DE TERRORISMO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

*THE SYSTEM OF INTEGRAL ASSISTANCE TO THE VICTIMS OF
TERRORISM IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM*

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 262-295



Natalia
PÉREZ RIVAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de febrero de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto el análisis del sistema de asistencia integral a las víctimas de terrorismo existente en el ordenamiento español. Éste se haya conformado, básicamente, por una red de oficinas de asistencia a las víctimas y por un régimen estatal ayudas públicas. Se cubren así, las diversas necesidades, no sólo económicas, sino también de atención psicológica, social y jurídica que para las víctimas se derivan de la victimización sufrida.

PALABRAS CLAVE: Víctimas; terrorismo; oficinas de asistencia a las víctimas; sistema de ayuda estatal.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze the system of integral assistance to the victims of terrorism in the Spanish legal system. This was basically made up of a network of victim assistance offices and a state aid scheme. This covers the different needs, not only economic, but also psychological, social and legal care that the victims have as a result of the victimization suffered.

KEY WORDS: Victims; terrorism; victim assistance offices; state aid scheme.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Las oficinas de asistencia a las víctimas.- I. Evolución normativa.- 2. Naturaleza jurídica.- 3. Ámbito territorial.- 4. Ámbito subjetivo.- 5. Personal.- 6. Funciones.- 7. Las fases de asistencia.- A) Acogida-orientación.- B) La labor de información.- C) Fase de intervención.- III. Régimen de ayudas e indemnizaciones a las víctimas de terrorismo.- I. Previsiones generales.- A) Naturaleza jurídica.- B) Ámbito subjetivo.- C) Ámbito espacial.- D) Ámbito temporal.- E) Régimen de compatibilidad.- F) Exenciones.- G) Actualización de la cuantía resarcitoria.- 2. Régimen ordinario de ayudas.- A) Daños personales.- B) Daños materiales.- C) Procedimiento para la concesión de la ayuda por daños personales y materiales.- 3. Abono de la responsabilidad civil fijada en sentencia.- A) Ámbito de cobertura.- B) Ámbito subjetivo.- C) Cuantía indemnizatoria.- D) Acción de subrogación.- E) Plazo de presentación de la solicitud.- 4. Régimen extraordinario de ayudas.- A) Asistencia sanitaria.- B) Adaptación de viviendas.- C) Educación.

I. INTRODUCCIÓN.

Los efectos de un delito no son siempre materializables en dinero, sino que revisten, también, carácter moral, psicológico y social; de ahí la necesidad de articular un sistema integral de asistencia a las víctimas, en este caso del terrorismo, que prevea ayudas económicas así como la prestación de atención psicológica, social, jurídica, etc. Es a esta finalidad a la que responde la promulgación de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo.

Ésta tiene por objeto “el reconocimiento de las víctimas del terrorismo y el establecimiento de un marco de indemnizaciones, ayudas, prestaciones, garantías y condecoraciones con la finalidad de reconocer y atenuar, en la medida de lo posible, las consecuencias de la acción terrorista en las víctimas y en sus familias o en las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de la acción terrorista” (art. 1 Ley 29/2011). Así, se declaran como fines a perseguir mediante su promulgación, los siguientes (art. 2.2 Ley 29/2011): el reconocimiento y promoción de la dignidad y de la memoria de las víctimas del terrorismo; su protección integral; su resarcimiento, mediante las indemnizaciones y las ayudas previstas en esta ley, de los daños personales y materiales sufridos como consecuencia de la acción terrorista; el fortalecimiento de las medidas de atención; el reconocimiento de los derechos de las víctimas del terrorismo; el establecimiento de mecanismos de flexibilización y coordinación en el conjunto de trámites administrativos que son precisos para obtener las indemnizaciones, ayudas y prestaciones previstas en

• **Natalia Pérez Rivas**

Doctora en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela (España). Licenciada en Criminología por la Universidad de Alicante (España). Profesora de Derecho Penal y Criminología, Universidad de Santiago de Compostela (España). Correo electrónico: natalia.perez.rivas@usc.es.

la Ley; el establecimiento de un marco específico en el tratamiento procesal; y, el reconocimiento y apoyo a las personas objeto de amenazas y coacciones de los grupos terroristas y de su entorno.

Para la consecución de estos fines, la cita ley contempla, por un lado, la implementación y consolidación de una oficina de apoyo a las víctimas de terrorismo en la Audiencia Nacional así como oficinas específicas para su atención personalizada y, por otro, articula un nuevo régimen indemnizatorio y de ayudas para este tipo de víctimas. Al estudio de ambas cuestiones se dedicarán las siguientes páginas.

II. LAS OFICINAS DE ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS.

I. Evolución normativa.

La denominada victimoasistencia se define como "aquel conjunto de acciones efectuadas a favor de la víctima de un delito por una serie de profesionales, encaminadas todas ellas a reparar de la forma más rápida, eficaz y menos traumática los perjuicios causados e intentar mediante la prevención que no se produzca una nueva victimización o al menos disminuir los riesgos"¹.

La implantación de oficinas de asistencia a las víctimas de delitos (en adelante OAVD) constituye, a este respecto, una de sus principales manifestaciones, fenómeno que se inició en España en la década de los 80. En concreto, fue en 1985 cuando se puso en marcha, en Valencia, la primera de ellas, dependiente de la Dirección General de Justicia de la Generalitat. La iniciativa fue continuada, en abril de 1989, por el ayuntamiento de Barcelona, poniendo en funcionamiento el Servicio de Atención a las víctimas de la ciudad de Barcelona. Este mismo año también se creó la oficina de asistencia de Palma de Mallorca, dependiente de la Secretaría General Técnica de la Consellería Adjunta a la Presidencia del Gobierno Balear, y en 1991, la de Bilbao, dependiente de la Dirección General de Derechos Humanos del Gobierno Vasco.

No será, no obstante, hasta la promulgación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (en adelante Ley 35/1995) cuando se impulse de forma definitiva su creación, al mandatarse al Ministerio de Justicia, en su art. 16, "la implantación de OAVD en todas aquellas sedes de Juzgados y Tribunales o en todas aquellas Fiscalías en las que las necesidades lo exijan". En atención a dicha previsión, se establecieron dichas oficinas en las capitales de provincia de todas las Comunidades Autónomas y en las localidades de Gijón, Ponferrada, Cartagena, Plasencia, Mérida, Alcobendas, Aranjuez, Coslada, Fuenlabrada, Leganés y Móstoles, así como en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

¹ PRADO CAZORLA, J. C.: "La victimoasistencia: el papel del criminólogo", *Revista Española de Psiquiatría forense, psicología forense y Criminología*, 1997, n° 2, p. 51.

La Carta de Derechos del Ciudadano frente a la Justicia vino a ampliar esta previsión legislativa al establecer, en su punto 22, la necesidad de potenciar sus cometidos y se ampliar sus funciones buscando un servicio integral al ciudadano afectado por el delito, asegurando que presten sus servicios en todo el territorio nacional.

Este mandato es reiterado, ahora, en el art. 27.1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante LEVD), ordenando su organización –la gestión de las ya existentes² y la creación de nuevas OAVD allí dónde se estime necesario³–al Ministerio de Justicia y a las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de justicia. Ello sin perjuicio, claro está, de las oficinas o servicios más especializados que puedan ser creados para dar respuesta a las necesidades específicas que determinados colectivos de víctimas tales como, en lo que a nosotros aquí interesa, las de terrorismo. Su asistencia especializada corresponde, en principio, a la OAV de terrorismo de la Audiencia Nacional creada por la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas de terrorismo (en adelante Ley 29/2011), sin perjuicio de que, subsidiariamente, puedan acudir, como veremos, a las OAVD genéricas.

No obstante, la Ley 29/2011 se limita, en su art. 51, a enunciar, de forma excesivamente amplia, las funciones de la Oficina⁴, sin concreción alguna de su modelo de actuación. Esta genérica previsión no fue, por otro lado, objeto de desarrollo normativo en el Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, de forma tal que se posibilite la plena aplicación del marco de atención integral a las víctimas del terrorismo que se pergeña en la citada ley. Es por ello que, de forma supletoria, resultan predicables, respecto del régimen de funcionamiento de la OAV de terrorismo de la Audiencia Nacional, las previsiones contempladas, a este respecto, en la LEVD y su reglamento de desarrollo, con relación a las OAVD genéricas⁵.

2 Así se deduce de la afirmación que se contiene en la *Memoria de análisis de impacto normativo del anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, elaborado por el Ministerio de Justicia, el 23 de julio de 2014, en cuanto que “la modificación en la organización de las OAVD no supone incremento de gasto, puesto que las OAVD ya existen como tales”.

3 Esta declaración contrasta, no obstante, con la constante disminución que su número ha venido experimentando en los últimos años. A título ejemplificativo, en las Memorias FGE (2013, p. 470 y 2015, p. 520) se recoge la preocupación de la Fiscalía Provincial de Valencia ante la disminución del número de OAVD en esa comunidad autónoma de 48 a 16.

4 De conformidad con el art. 51 Ley 29/2011, entre las funciones de la Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo de la Audiencia Nacional se encuentran: a) facilitar información sobre el estado de los procedimientos que afecten a las víctimas del terrorismo; b) asesorar a las víctimas del terrorismo en todo lo relacionado con los procesos penales y contencioso-administrativos que les afecten; c) ofrecer acompañamiento personal a los juicios que se celebren en relación a los actos terroristas de los que traigan causa los afectados; d) promover la salvaguarda de la seguridad e intimidad de las víctimas en su participación en los procesos judiciales, para protegerlas de injerencias ilegítimas o actos de intimidación y represalia y cualquier otro acto de ofensa y denigración; e) establecer cauces de información a la víctima acerca de todo lo relacionado con la ejecución penitenciaria, hasta el momento del cumplimiento íntegro de las penas. Particularmente, en los supuestos que supongan concesión de beneficios o excarcelación de los penados.

5 De esta opinión, ALBA FIGUERO, M^a. C.: “La oficina de asistencia e información a las víctimas del terrorismo de la Audiencia Nacional. Luces y sombras de la asistencia a la víctima del terrorismo en el seno de la Administración de Justicia”, *La Ley Penal*, n° 111, 2014, p. 10. A este respecto, el grupo parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA

2. Naturaleza jurídica.

La configuración jurídica de las OAVD responde básicamente a dos modelos: uno de gestión privada y otro de gestión pública⁶.

Este último fue el inicialmente adoptado en España al incardinarse estas oficinas, como unidades administrativas, en la estructura orgánica de la Administración de Justicia⁷. Se articulan, de este modo, como un servicio multidisciplinar de atención a las necesidades de la víctima, de carácter público y gratuito (art. 15.1 RD 1109/2015). Su organización, dirección y control corresponderá, en atención al ámbito territorial en que éstas se sitúen, bien al Ministerio de Justicia –v. gr. OAV de terrorismo de la Audiencia Nacional–, bien a las Comunidades Autónomas que hayan asumido la competencia en materia de Administración de Justicia (art. 15.2 y 3 RD 1109/2015).

No obstante, el modelo de gestión privada –el predominante en Europa y en los países de tradición anglosajona⁸– va ampliando su presencia a través de las asociaciones de víctimas, algunas de las cuales ofrecen, entre sus servicios, ayuda especializada. Esta alternativa se ve ahora reforzada ante la previsión de la posibilidad de que se celebren convenios de colaboración con entidades privadas, sin ánimo de lucro, para la prestación de esta asistencia (art. 27.2 LEVD). Así, por ejemplo, en Andalucía, la gestión de las OAVD ha sido sacada a concurso público⁹, en tanto que, en la comunidad autónoma Valenciana, los servicios de asistencia son gestionados por la Fundación para la Atención a las Víctimas de Delitos (FAVIDE).

3. Ámbito territorial.

La OAV de terrorismo de la Audiencia Nacional tiene competencia a nivel nacional (art. 33.1 RD 1109/2015). Por el contrario, el ámbito territorial de actuación de las OAVD se circunscribe, salvo regulación expresa, a la provincia en la que se radiquen (art. 16.2.a RD 1109/2015). Pese a esta delimitación territorial, las OAVD podrán asistir a cualquier víctima, independientemente del lugar de comisión del delito, siempre que existan motivos justificados que dificulten su asistencia en la sede donde se tramita el proceso (art. 16.3 RD 1109/2015). Tratándose de víctimas de terrorismo, cuando razones de urgencia o cercanía así lo aconsejen, podrán acudir

presentó una enmienda –nº 27– proponiendo la adición de un nuevo párrafo al art. 28 en que se hiciese constar que “las oficinas de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual y las oficinas de información y asistencia a las víctimas del terrorismo, creadas conforme a lo previsto, respectivamente, en la Ley 35/1995 y en la Ley 29/2011, asumirán todas las funciones de las OAVD previstas en este artículo”.

6 VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Los modelos de asistencia a las víctimas del delito: situación en España y perspectiva comparada”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010, pp. 10-11.

7 Este modelo es el que rige, por ejemplo, en Bélgica. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Los modelos de asistencia”, cit., pp. 29-31.

8 VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Los modelos de asistencia”, cit., pp. 11-29.

9 Sobre el proceso de privatización del SAVA y sus implicaciones, DAZA BONACHELA, M^a. M.: *Escuchar a las víctimas. Victimología, derecho victimal y atención a las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 358-370.

a la OAVD de su provincia que se coordinará con la OAV de terrorismo de la Audiencia Nacional (art. 33.1 RD 1109/2015).

4. **Ámbito subjetivo.**

Los titulares del derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo ofrecidos por la OAV de terrorismo de la Audiencia Nacional o, en su defecto, por las OAVD son: a) las víctimas directas –las personas físicas que hayan un daño o perjuicio, sobre su propia persona o patrimonio, directamente causado por la actividad terrorista- e indirectas¹⁰ - de producirse su fallecimiento de la víctima directa, ostentarán la condición de víctimas indirectas, salvo que se tratare de los responsables de los hechos, las siguientes personas: el cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición forzada hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar; en defecto de los anteriores, los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia¹¹, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima-; b) los familiares de las víctimas¹², cuando se trate de delitos que hayan causado perjuicios de especial gravedad, atendiendo a las necesidades y daños sufridos como consecuencia de la victimización sufrida (art. 13.5 RD 1109/2015)¹³.

10 Se critica por la FGE –“Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica al Estatuto de la Víctima del Delito”, de 14 de noviembre de 2013, p. 6- la utilización de la terminología víctimas directas e indirectas, al estimar que ello “puede hacer pensar que hay víctimas de primer grado y víctimas subsidiarias, y ha de tenerse en cuenta que el lenguaje tiene, en estas definiciones programáticas, una carga emocional para quien se ve incluido en esas categorías”.

11 En opinión de TAMARIT SUMALLA, J. M^a.: “Los derechos de las víctimas”, en TAMARIT SUMALLA, J. M^a. (coord.): *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 42, “[...] resulta cuestionable que se produzca con carácter general y se vincule a la definición de víctima, dado que la condición de víctima no puede depender de la existencia o no de otras personas con mejor derecho. Hubiera sido preferible incluir las restricciones oportunas tan solo respecto a aquellos derechos en los que ello sea razonable, como se hace en la Ley 35/1995, cuyo art. 2 establece un orden de prelación para recibir las ayudas, en la lógica propia de la asignación de recursos escasos”.

12 Se entenderá por familiares “las personas unidas a la víctima en matrimonio o relación análoga de afectividad, y los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad” (arts. 8.2 y 13.4 RD 1109/2015).

13 Desde el CGPJ –“Informe sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de las OAVD y se implementan otras medidas en desarrollo del Estatuto de la víctima del delito”, de 13 de octubre de 2015, p. 40- se abogaba por una mayor concreción de los supuestos en que este derecho a la asistencia y apoyo se ha de hacer extensivo a los familiares de las víctimas.

5. Personal.

Las OAVD estarán integradas, entre otros profesionales, por personal al servicio de la Administración de Justicia¹⁴, psicólogos, juristas y trabajadores sociales. Todo ellos deberán contar con formación general en materia de asistencia y protección a las víctimas, así como formación especializada entendemos, pese a que nada se diga, en el ámbito de los delitos de terrorismo¹⁵.

6. Funciones.

Por lo que respecta al concreto modelo asistencial a adoptar¹⁶, las OAVD creadas al amparo de la Ley 35/1995 se inclinaron por uno híbrido, entre el asesoramiento legal y el asistencial, denominado modelo criminológico¹⁷, a que apunta, también, el art. 28 LEVD. Así, éstas tienen como objetivo general prestar una asistencia integral, coordinada y especializada a las víctimas y dar respuesta a sus necesidades específicas en el ámbito jurídico, psicológico y social (art. 17 RD 1109/2015), con el fin último de minimizar la victimización primaria y evitar, en la medida de lo posible, la secundaria (art. 20 RD 1109/2015).

La anterior regulación de las OAVD, limitada al art. 16 de la Ley 35/1995, no permitió, sin embargo, definir un modelo unitario de oficina. A ello contribuyó, también, la falta de concreción de lo que debe entenderse por tarea asistencial, que llevó a que, dependiendo del lugar de residencia de la víctimas, éstas recibieran unas u otras prestaciones asistenciales. Es en este contexto en el que adquiría todo su sentido las declaraciones de quienes abogaban por la necesidad de establecer unos mínimos asistenciales¹⁸. Esta demanda es satisfecha en la actual regulación en que se articulan las prestaciones que, como mínimo¹⁹, debe ofertar toda OAVD

14 Ello es conforme a la previsión contenida en el art. 439.3 LOPJ en que se dispone que “los puestos de trabajo de estas unidades Administrativas, cuya determinación corresponderá al Ministerio de Justicia y a las CC.AA con competencias asumidas, en sus respectivos ámbitos, podrán ser cubiertos con personal de los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, de la Administración del Estado y de las CC.AA que reúnan los requisitos y condiciones establecidas en la respectiva relación de puestos de trabajo”.

15 El art. 18 RD 1109/2015 sólo hace mención, por su parte, a la necesidad de formación especializada en los ámbitos de familia, menores, personas con discapacidad y violencia de género y doméstica. Un análisis de las distintas OAVD en función de la composición multidisciplinar o no del personal que las atiende puede consultarse en DAZA BONACHELA, M^a. M.: *Escuchar a las víctimas*, cit., pp. 383-392.

16 Los modelos asistenciales sobre los que se pueden articular las OAVD son tres: el modelo centrado en la atención legal, el modelo centrado en el bienestar social y el modelo criminológico. VALEIJE ÁLVAREZ, I.: “La víctima en los delitos contra la libertad sexual”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXII, 1999-2000, p. 330.

17 Esta nomenclatura es empleada por VALEIJE ÁLVAREZ, I.: “La víctima”, cit., pp. 330-332, quien expone una síntesis de las ventajas del modelo criminológico frente a los restantes modelos asistenciales conforme a los cuales se pueden configurar las OAVD.

18 RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J.: “Sistemas de asistencia, protección y reparación de las víctimas”, en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., TAMARIT SUMALLA, J. M^a.: *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 411.

19 A este respecto, la FGE -Informe sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de las oficinas de asistencia a las víctimas y se implementan medidas en desarrollo del Estatuto jurídico de la víctima del delito, de 21 de octubre de 2015, p. 17- apuntaba que “hoy por hoy no tienen capacidad para llevar a cabo la extensa labor que se dibuja, ello contando con que se reinstauren en todas las provincias las actuales Oficinas y que se dote a las mismas de suficientes profesionales especializados”.

-tanto las generales (art. 28 LEVD) como la de terrorismo (art. 33.2 RD I 109/2015)-, independientemente de su dependencia orgánica. Esta asistencia básica comprenderá los siguientes aspectos: a) informar a las víctimas sobre sus derechos y, en particular, sobre la posibilidad de acceder a un sistema público de indemnización; b) dar información sobre los servicios especializados disponibles que puedan prestarles, a la vista de sus circunstancias personales y la naturaleza del delito sufrido; c) dar soporte emocional; asesorar sobre los derechos económicos relacionados con el proceso, en particular, el procedimiento para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos y el derecho a acceder a la justicia gratuita; d) asesorar sobre el riesgo y la forma de prevenir la victimización secundaria, la intimidación o represalias; valorar las circunstancias particulares de la víctima con la finalidad de determinar qué medidas de protección, asistencia y apoyo deben serle prestadas; e) coordinar los diferentes organismos, instituciones y entidades competentes para la prestación de servicios de apoyo a la víctima.

7. Las fases de asistencia.

El modelo de actuación general de las OAVD, predicable, también, como ya hemos dejado sentado, con relación a la OAV del terrorismo de la Audiencia Nacional (art. 33.3 RD I 109/2015), consta de cuatro fases (art. 25 RD I 109/2015): la acogida-orientación, la información, la intervención –jurídica, psicológica y social- y el seguimiento.

A) Acogida-orientación.

La acogida-orientación se realiza a través de una entrevista, presencial o telefónica²⁰, que tiene como fin que la víctima plantee sus problemas y necesidades de forma tal que se posibilite su orientación inicial, el análisis de la intervenciones a realizar y, si procede, su derivación a recursos especializados (art. 26 RD I 109/2015). Entendemos que, tratándose de víctimas necesitadas de especial protección²¹, el primer contacto debería ser realizado, en todo caso, a instancia de la propia OAVD²². Ello exigiría el establecimiento de canales adecuados de colaboración entre éstas y las autoridades o funcionarios con los que la víctima entre en contacto.

20 Los datos derivados del estudio desarrollado por TAMARIT SUMALLA, J. M^a., VILLACAMPA ESTIARTE, C. y FILELLA GUIU, G.: *Informe sobre l'atenció a les víctimes per part del sistema penal a Catalunya*, Universitat de Lleida, 2008, p. 45, muestran como el 63.5% de las víctimas entrevistadas contactaron con las OAVD vía telefónica.

21 La LEVD no contiene, al igual que observamos en la Directiva 2012/29/UE, una definición al respecto. El art. 23 LEVD simplemente establece, sobre la base del principio de individualización, que, en atención a sus características personales, al tipo de delito sufrido y a las circunstancias en las que éste fue cometido, puede haber víctimas con necesidades especiales de protección por el hecho de ser particularmente vulnerables a una victimización secundaria.

22 Esta es la práctica que se sigue, por ejemplo, en el servicio de asistencia las víctimas de la Fiscalía de Barcelona. Dicho servicio ofrece directamente a las víctimas de delitos de agresión sexual, lesiones, prostitución o malos tratos información sobre los trámites procesales, entrevistas con la psicóloga o trabajadora social y protección en los supuestos más graves. Memorias FGE (2011, pp. 1148-1149 y 2012, pp. 985-986).

A este respecto, llama negativamente la atención el hecho de que, entre el contenido básico de la información preprocesal a facilitar a la víctima (art.5 LEVD), no se exija poner en su conocimiento, de forma expresa, la existencia de las OAVD. En efecto, toda víctima tiene derecho a ser derivada, por las autoridades o funcionarios con los que entre en contacto²³, a este servicio asistencial cuando así se estime conveniente en atención a la gravedad del delito²⁴ o en aquellos casos en los que ella misma lo solicite (art. 10 LEVD). No obstante, difícilmente la víctima solicitará el acceso a algo cuya existencia desconoce²⁵.

B) La labor de información.

Las OAVD informarán a las víctimas sobre los derechos de que son titulares, tomando en consideración, entre otros aspectos, sus circunstancias y condiciones personales, la naturaleza del delito cometido y los daños y perjuicios sufridos²⁶. Esta información -que podrá facilitarse de forma oral, por escrito²⁷ o por medios electrónicos- abarcará los siguientes extremos²⁸: a) las medidas de asistencia y apoyo disponibles -sean médicas, psicológicas o materiales- y el procedimiento para obtenerlas; b) los servicios especializados disponibles que puedan prestar asistencia a la víctima, así como los recursos psicosociales y asistenciales disponibles; c) su derecho a denunciar y, en su caso, el procedimiento para interponer la denuncia²⁹; d) la posibilidad de reiterar la denuncia ante la fiscalía o el juzgado de instrucción, en aquellos casos en los que la policía judicial no logre identificar, en el plazo de 72 horas, al autor del delito (art. 282.4 LECr); e) su derecho a facilitar elementos de prueba a las autoridades encargadas de la investigación; f) el procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica y las condiciones en las que pueda

23 Deber que el art. 35 RD 1109/2015 impone, de forma expresa, a los Letrados de la Administración de Justicia.

24 Esta referencia a la gravedad del delito debe entenderse hecha no sólo a los delitos, sino también a las consecuencias que, de su comisión, se hayan derivado para la víctima. En opinión de TAMARIT SUMALLA, J. M^º: "Los derechos", cit., p. 34, toda víctima de un delito violento, contra la libertad o contra la libertad sexual, debería ser informada sobre este extremo.

25 Buena muestra de esta realidad es el hecho de que en un estudio realizado en Cataluña se constató que el 97.3% de los encuestados desconocían la existencia de las OAVD. TAMARIT SUMALLA, J. M^º., LUQUE REINA, E., GUARDIOLA LAGO, M^º.J. y SALINERO ECHEVARRÍA, S.: "La victimización de migrantes. Una encuesta a colombianos en Cataluña", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, 13-11, p. 18.

26 En la mayoría de las ocasiones, las fases de acogida-orientación y la de información confluirán en una sola si tenemos en cuenta que la víctima debe ser informada de sus derechos, como hemos visto, desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios (art. 5.1 LEVD).

27 Se subraya por el CGPJ -Informe sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de las OAVD y se implementan otras medidas en desarrollo del Estatuto de la víctima del delito, de 13 de octubre de 2015, p. 59- la conveniencia de que la información que se facilite a la víctima sobre sus derechos se recoja documentalmente.

28 La enumeración contenida en dicho precepto peca de imprecisa debido a la forma general en que se hallan redactadas sus proposiciones. SERRANO MASIP, M.: "Los derechos de información", en TAMARIT SUMALLA, J. M^º. (coord.): *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 79; GOMEZ COLOMER, J.L.: *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 301.

29 En este punto, en atención a la trascendencia que el acto de la interposición de denuncia tiene en el régimen de procedibilidad de ciertos delitos, entendemos que la víctima debería ser informada, no sólo de los aspectos básicos regulados en los arts. 259 a 269 LECr; sino también del hecho de que en los casos de delitos privados o semipúblicos la previa denuncia de la víctima es un presupuesto para su persecución. SERRANO MASIP, M.: "Los derechos", cit., pp. 83-84.

obtenerse gratuitamente; g) la posibilidad de solicitar medidas de protección y el procedimiento para hacerlo; h) las indemnizaciones a las que pueda tener derecho y el procedimiento para reclamarlas³⁰; i) los servicios de interpretación y traducción disponibles³¹; j) las ayudas y servicios auxiliares para la comunicación disponibles; k) el procedimiento por medio del cual la víctima pueda ejercer sus derechos en el caso de que resida fuera de España; l) los recursos que puede interponer contra las resoluciones que considere contrarias a sus derechos; m) los datos de contacto de la autoridad encargada de la tramitación del procedimiento y los cauces para comunicarse con ella; n) los servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible; o) los supuestos en los que pueda obtener el reembolso de los gastos judiciales y el procedimiento para reclamarlo; p) su derecho a que se les comunique la resolución de sobreseimiento y la posibilidad de recurrirla; q) el derecho a solicitar ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el art. 7 LEVD³², así como dejar sin efecto esta solicitud³³, y a solicitar que dichas resoluciones también se comuniquen a la OAV de terrorismo de la Audiencia Nacional o, en su caso, a la OAVD radicada en su provincia de residencia³⁴.

Asimismo, se pondrá en conocimiento de la víctima la labor tuitiva que, con relación a sus derechos, desempeña el MF. Así, conforme al art. 773.I LECr “el Fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley. Velará por el respeto de las garantías procesales del investigado o encausado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito [...]”. En este mismo sentido, el art. 3.10 EOMF encomienda al MF la labor de “velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas”. A estas previsiones se añade la reciente creación, por Decreto de la FGE, de 20 diciembre de 2004, de una fiscalía específica para la protección y tutela de las víctimas en el proceso penal.

30 La obligación de informar a las víctimas sobre las ayudas que le son reconocidas se contemplaba ya en el art. 15.I de la Ley 35/1995, si bien limitada a las víctimas de delitos dolosos violentos o contra la libertad sexual.

31 Entendemos que, en coherencia con la nueva redacción del art. 124 LECr, la prestación de servicios de interpretación y traducción a las víctimas deberá realizarse por profesionales inscritos Registro Oficial de traductores e intérpretes judiciales. En esta línea apuntaba las enmiendas n° 1, 2 y 3 formuladas por IU, ICV-EUiA, CHA (La Izquierda Plural) durante la tramitación parlamentaria de la LEVD.

32 En atención a lo preceptuado en el art. 7 LEVD, las víctimas que así lo soliciten serán informadas sobre los siguientes aspectos: a) la fecha, hora y lugar del juicio; b) el contenido de la acusación contra el infractor; c) la resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento; d) las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima; e) la información relativa a la situación en que se encuentra el procedimiento, salvo que ello pudiera perjudicar el correcto desarrollo de la causa; f) la sentencia recaída.

33 La víctima no personada podrá modificar, en cualquier fase del procedimiento, su decisión sobre si desea o no recibir esa información sobre la causa penal quedando sin efecto, en su caso, la solicitud previamente realizada (art. 7.2 LEVD). Tal manifestación de voluntad debe constar igualmente, por escrito, en el formulario elaborado *ad hoc* (art. 7.2 RD 1109/2015). En cuanto al derecho de la víctima a no ser informada, PÉREZ RIVAS, N.: “El derecho de la víctima a olvidar”, *La Ley Penal*, n° 122, 2016, pp. 7-11.

34 Se garantiza, de este modo, no sólo que la información llegue a la víctima, sino que también comprenda su alcance.

C) Fase de intervención.

Las OAVD asistirán a las víctimas en las áreas jurídica, psicológica y social. La determinación de qué concretas medidas de asistencia y apoyo deben ser acordadas a favor de la víctima, en aras a evitar o reducir los posibles perjuicios que, de otro modo, se pudieran derivar del proceso, se realizará tras una valoración de sus circunstancias particulares (arts. 20 y 30.2 RD 1109/2015). En dicha evaluación se tomarán en consideración los siguientes elementos:

En primer lugar, se valorarán las características personales de la víctima, prestándose especial atención a circunstancias tales como su discapacidad, su relación de dependencia con el autor, su menor edad, etc. (art. 30.3.a RD 1109/2015). A reglón seguido se establece que se tendrá también en cuenta el hecho de que se trate de víctimas necesitadas de especial protección o en las que concurren factores de vulnerabilidad. Obsérvese lo absurdo de esta previsión -sobre la que el legislador no ofrece, por otro lado, pista alguna en cuanto a su posible significado- si tenemos en cuenta que, lo que estamos tratando de determinar es, precisamente, quienes integran esa específica categoría de víctimas. En este sentido, compartimos la opinión de quienes estiman que hubiese resultado más clarificadora la inclusión en el precepto de un listado de características personales que, a estos efectos, debieran ser tomadas especialmente en consideración³⁵. Éstas serían, siguiendo la propuesta interpretativa prevista en la Directiva 2012/29/UE, su edad, su identidad o expresión de género, su etnia, su raza, su religión, su orientación sexual, su estado de salud, su discapacidad, su estatuto de residente, sus dificultades de comunicación, su relación con el infractor o dependencia del mismo y su anterior victimización (cdo. 56).

En segundo lugar, se atenderá a la naturaleza del delito, a la gravedad de los perjuicios causados a la víctima y al riesgo de reiteración de nuevas agresiones contra aquella (art. 30.3.b RD 1109/2015). A tales efectos, se tomará en consideración, especialmente, las necesidades de protección de, entre otras, las víctimas de terrorismo³⁶.

Por último, se estimarán las circunstancias comisivas del delito, en particular, si se trata de delitos violentos (art. 30.3.c RD 1109/2015).

Se valorarán, asimismo, las necesidades manifestadas por la víctima, así como su voluntad, respetándose, plenamente, su integridad física, mental y moral.

35 Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad al Anteproyecto de la LEVD, de 10 de enero de 2014.

36 CONSEJO DE ESTADO, "Dictamen núm. 360/2014, al anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito", de 29 de mayo de 2014, p. 20; CGPJ, *Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica al Estatuto de la Víctima del Delito*, de 31 de enero de 2014, pp. 42-43; FGE, "Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica al Estatuto de la Víctima del Delito", de 14 de noviembre de 2013, pp. 21-22.

Atención jurídica

La víctima, desde el primer contacto con las OAVD y, durante todo el procedimiento, será informada, en un lenguaje comprensible y de forma actualizada, de los derechos de que son titulares en el marco del proceso penal y contencioso-administrativo que le afecte así como el modo de ejercerlos (art. 21.3.a RD 1109/2015). De forma específica, se instruirá a la víctima de su derecho a la asistencia jurídica gratuita, asistiéndola en la tramitación de la correspondiente solicitud (art. 21.4 RD 1109/2015)³⁷. A este respecto, las solicitudes para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita podrá presentarse, conforme al art. 16 LEVD, bien ante el funcionario o autoridad que les facilite la información sobre este extremo, bien ante las OAVD, que procederán, en ambos casos, a su remisión al Colegio de abogados que corresponda³⁸.

Asistencia psicológica

La víctima será objeto de una evaluación individual con la finalidad de determinar sus vulnerabilidades y diseñar la intervención a efectuar en cada caso. En dicha evaluación se tomarán en consideración los siguientes factores (art. 22.a RD 1109/2015): el tipo de relaciones de la víctima, el afrontamiento de los problemas, las fuentes de apoyo, los valores, la acumulación de estresores, los problemas de salud y de comportamiento, las condiciones socio-ambientales, así como, las variables asociadas al hecho delictivo³⁹.

A la vista de los resultados de esa evaluación se propondrá la aplicación de las medidas de protección que se estimen adecuada para minimizar, por un lado, los trastornos psicológicos derivados del delito, y evitar, por otro, su victimización secundaria (arts. 22.b y 28.c RD 1109/2015).

Tratándose de víctimas necesitadas de especial protección⁴⁰, las OAVD deberán diseñar un plan de apoyo psicológico. Para ello se valorarán las consecuencias físicas y psíquicas del delito, el ambiente que rodea a la víctima y el riesgo de sufrir

37 Las víctimas de terrorismo (art. 48.1 Ley 29/2011) -incluidas las asociaciones que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las víctimas de terrorismo (art. 2.i LAJG)- tienen derecho a que se les preste, en todo caso, inmediatamente, asistencia jurídica gratuita, con independencia de que tengan suficientes recursos para litigar, en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su victimización (art. 2.g LAJG). Este derecho se extenderá a sus causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fuera el agresor.

38 El art. 12.2 de la LAJG prevé, por su parte, que la solicitud para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita se presente, exclusivamente, en el Colegio de abogados del lugar en que se halle el órgano judicial que haya de conocer del proceso principal o ante el juzgado del domicilio del solicitante que la trasladará al Colegio de abogados territorialmente competente. Se hace necesario, por tanto, una armonización del contenido de ambos preceptos.

39 Entre esas variables se hallan el impacto directo del delito, los trastornos ocasionados por éste, el riesgo de reincidencia, las posibles represalias y la intimidación.

40 La determinación de qué víctimas integran la categoría de "víctimas necesitadas de especial protección" exige el sometimiento de la víctima a un proceso de evaluación (art. 23 LEVD).

nuevas agresiones. La finalidad del mismo es empoderar a la víctima a efectos de reducir los perjuicios que, para su integridad psíquica, se puedan derivar de su intervención en el proceso.

Entre las medidas a adoptar a este respecto se prevé el acompañamiento a las víctimas, por parte del personal de la OAVD, en la práctica de las diversas diligencias en las que deba intervenir.

Asistencia social

La intervención social supone la coordinación y, en su caso, derivación a los servicios sociales, instituciones, u organizaciones de asistencia a víctimas, para garantizar, a tal efecto, entre otras prestaciones, un alojamiento seguro, atención médica inmediata y las ayudas económicas que pudieran corresponderles. Se prestará especial atención, a este respecto, a las especiales necesidades que se derivan para la víctima o su familia como consecuencia de su situación de vulnerabilidad, invalidez, hospitalización o fallecimiento (art. 33 RD 1109/2015).

Fase de seguimiento

Las OAVD realizarán, en coordinación con el resto de servicios sociales, un seguimiento de la evolución de la víctima, especialmente, de aquellas necesitadas de especial protección, tanto a lo largo del proceso penal como, una vez finalizado éste, por el período de tiempo que se estime adecuado. Ello se hará con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del sentido de la sentencia con que finalice el proceso (art. 29 RD 1109/2015).

III. RÉGIMEN DE AYUDAS E INDEMNIZACIONES A LAS VÍCTIMAS DE TERRORISMO.

El régimen de ayudas de indemnizaciones a las víctimas de terrorismo se haya regulado, actualmente, en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo⁴¹ que, como explicita su Exposición de Motivos, viene a conformar “un cuerpo legal unitario que regula de manera unificada las prestaciones y ayudas económicas directas [...]” que, hasta ese momento, eran reguladas de forma separada en los Reales Decretos 288/2003, de 7 de marzo y 1912/1999, de 17 de diciembre. Su desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo por el Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre.

41 Esta ley es la primera norma española que adapta y desarrolla las disposiciones contenidas en el Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos de 1983, desde su entrada vigor en el estado español el 1 de febrero de 2002. MUÑAGORRI LAGUÍA, I. y PÉREZ MACHÍO, A. I.: “Aproximación al sentido y alcance del art. 8.2 del Convenio Europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos de 1983. Tensiones con el principio de legalidad”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, 2014, p. 2117.

I. Previsiones generales.

A) Naturaleza jurídica.

Las posturas que tradicionalmente se han sustentado con respecto al fundamento de la compensación estatal han sido dos: la que la concibe como una responsabilidad patrimonial del Estado derivada del incorrecto funcionamiento de sus servicios, de un lado, y la que la considera como una manifestación de los principios de solidaridad social y de equidad, de otro⁴². En el primer caso se predicaría una naturaleza indemnizatoria de esta compensación estatal, en tanto que, conforme a la segunda de las posturas, estaríamos ante una ayuda pública concedida por el Estado de manera graciosa.

El legislador español ha optado por la segunda las construcciones al señalar, en la exposición de motivos de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, que “no cabe admitir que la prestación económica que el Estado asume sea una indemnización, ya que éste no puede asumir sustitutoriamente las indemnizaciones debidas por el culpable del delito [...]”⁴³.

Nos hallamos, pues, ante una obligación prestacional asistencial que el Estado se impone a sí mismo, en aras a socializar el riesgo derivado de la delincuencia violenta y sexual como muestra de solidaridad con las víctimas. Más explícitamente la Circular FGE 2/1998, de 27 de octubre, cataloga a estas ayudas como un *tertium genus* o figura *sui generis* de obligación resarcitoria de naturaleza especial que el Estado se impone a sí mismo, y que no puede identificarse, ni con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, ni con las prestaciones asistenciales de la Seguridad Social. Hablamos, en suma, de un derecho de previsión legislativa⁴⁴, cuyo fundamento se encuentra en los principios de equidad y solidaridad social. Esta misma naturaleza es predicable respecto del régimen general de ayudas y

42 FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005, p. 522; ROIG TORRES, M.: *La reparación del daño causado por el delito: aspectos civiles y penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 338, nota 117.

43 Ello también ha sido confirmado por la jurisprudencia, siendo la primera de ellas la STS 19 diciembre 1997 (RJ 1997\8799), en cuyo FJ 6º establece que “[...] el concepto legal de ayudas públicas, contemplado en esta Ley debe distinguirse de figuras afines y, señaladamente, de la indemnización. No cabe admitir que la prestación económica que el Estado asume, sea una indemnización, ya que, éste no puede asumir sustitutoriamente las indemnizaciones debidas por el culpable del delito ni, desde otra perspectiva, es razonable incluir el daño moral provocado por el delito. La Ley por el contrario, se construye sobre el concepto de ayudas públicas -plenamente recogido en nuestro ordenamiento- referido directamente al principio de solidaridad en que se inspira”. Como pone de relieve ROIG TORRES, M.: *La reparación*, cit., pp. 338-339, ello determina que las disposiciones de la Ley 35/1995 no sean aplicables, ni afecten, a la responsabilidad civil del delito así como que la concesión de estas ayudas se circunscriba exclusivamente a los delitos violentos y dolosos. Autores como SOLÉ RIERA, J.: *La tutela de la víctima en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 212-215, se postulan a favor de considerar la compensación estatal como un deber del estado ostentando ésta, en consecuencia, naturaleza indemnizatoria, si bien es consciente de que no es éste el criterio seguido por el legislador. En este mismo sentido se pronuncia FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima*, cit., pp. 524-525, para quien desde un plano teórico sería perfectamente factible la exigencia al Estado del resarcimiento de los daños causados por su falta de diligencia en la protección de sus ciudadanos, en la medida en que al asumir la protección del orden público ostenta una situación de garante respecto de éste.

44 SOLÉ RIERA, J.: *La tutela de la víctima*, cit., pp. 225-226.

resarcimientos a las víctimas del terrorismo⁴⁵, pese a que en los arts. 20 y 21 de la Ley 29/2011 sí se articula un auténtico sistema indemnizatorio, pero sin que ello implique la asunción por el Estado de responsabilidad subsidiaria alguna.

B) Ámbito subjetivo.

Las ayudas e indemnizaciones previstas en esta ley serán de aplicación a aquellas personas, independientemente de su nacionalidad, que, como consecuencia de una acción terrorista, sufran, directamente, daños físicos, psíquicos y/ o materiales, fallezcan o sean amenazadas o acrediten sufrir coacciones directas y reiteradas procedentes de organizaciones terroristas (art. 4 Ley 29/2011). En el supuesto de fallecimiento de la víctima, ostentarán esta titularidad las personas que, por razón de parentesco, convivencia o relación de dependencia, se hayan concretadas en el art. 17 de la citada ley.

Por acción terrorista se entiende, a este respecto, aquélla que es perpetrada por personas integradas en organizaciones o grupos criminales que tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, así como por personas que, sin estar integradas en dichas organizaciones o grupos criminales, persigan con sus actos idénticos fines (art. 3 Ley 29/2011).

No obstante, para su efectivo otorgamiento, se requiere la concurrencia, a mayores, de alguno de los dos siguiente supuestos (art. 3 bis Ley 29/2011): a) la existencia de una sentencia firme en que se reconozca su derecho a ser indemnizado en concepto de responsabilidad civil por los hechos y daños contemplados en esta Ley; b) la realización de las oportunas diligencias judiciales o la incoación del correspondiente proceso penal para el enjuiciamiento de la acción terrorista sufrida⁴⁶.

La concesión de las ayudas y prestaciones aquí contempladas se someterá, en todo caso, "a los principios que, para ser indemnizadas, se establecen en el Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos" (art. 3 bis Ley 29/2011)⁴⁷. Pues bien, de entre los principios del citado Convenio contemplados en su Título I (arts. 1-11), queremos llamar la atención sobre la excepción contemplada

45 Véase, en este sentido, la STS 1 junio 1999 (RJ 1999\5637); HERRERA MORENO, M.: *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 291-292, para quien la Ley 35/1995 solventa cualquier duda al respecto de su naturaleza resolviendo las diferencias entre un régimen y otro en "la percepción estatal de una especial solidaridad y concienciación de nuestra sociedad ante las víctimas de terrorismo que obliga así, al establecimiento de privilegios y prioridades en la distribución de los recursos públicos [...]".

46 En estos casos, ante la inexistencia de una sentencia firme condenatoria, la acreditación ante el órgano competente de la Administración General del Estado de la condición de víctima o derechohabiente, la entidad de los daños sufridos, la naturaleza de los actos o hechos causantes y los demás requisitos legalmente exigidos se realizará por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

47 Es ésta la primera referencia que se contiene en una norma española a la Convenio de 1983 desde su ratificación por España en el 2002. MUÑAGORRI LAGUÍA, I. y PÉREZ MACHÍO, A. I.: "Aproximación al sentido y alcance del art. 8.2", cit., pp. 2107-2128.

en el art. 8.2⁴⁸. Dicho precepto habilitada para que los Estados puedan reducir o suprimir las correspondientes indemnizaciones a aquellas víctimas que hayan participado en la delincuencia organizada o pertenezcan a un grupo dedicado a la comisión de delitos violentos. Haciendo uso de dicha facultad, el gobierno ha optado por la solución extrema, excluyendo de su ámbito de aplicación, a los miembros de ETA que han sido víctimas de los GAL, del Batallón Vasco Español o de la Triple A -grupos parapoliciales contraterroristas y de extrema derecha que actuaron en España, básicamente, entre 1976 y 1986⁴⁹. Las resoluciones del Ministerio del Interior dictadas a este respecto han venido siendo ratificadas por la sección 5^a de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional⁵⁰. La válida exclusión requerirá, en todo caso, que conste acreditada la pertenencia de la víctima a una organización de delincuencia organizada o grupo dedicado a la comisión de delitos violentos⁵¹ y que la solicitud se haya formulado con posterioridad a la entrada en vigor para España del citado Convenio⁵².

48 En cuanto al sentido y alcance de las excepciones del citado precepto vid. MUÑAGORRI LAGÜJA, I., y PÉREZ MACHIO, A. I.: "Aproximación al sentido y alcance del art. 8.2", cit., pp. 2110-2116.

49 Véase, entre otras, las resoluciones R/2012/2165, de 9 de octubre de 2013; R/2012/2170, de 11 de septiembre de 2013; R/2012/2188, de 11 de septiembre de 2013; R/2012/2172, de 2 de agosto de 2013; R/2012/2171, de 13 de junio de 2013.

50 SSAN 23 septiembre 2015 (JUR 2015\246063); 15 julio 2015 (JUR 2015\202788); 15 julio 2015 (JUR 2015\202920); 1 julio 2015 (JUR 2015\201996); 1 julio 2015 (JUR 2015\202393); 24 junio 2015 (JUR 2015\190769); 24 junio 2015 (JUR 2015\190595); 24 junio 2015 (JUR 2015\190882); 24 junio 2015 (JUR 2015\191055); 24 junio 2015 (JUR 2015\190768); 24 junio 2015 (JUR 2015\190593); 24 junio 2015 (JUR 2015\191239); 24 junio 2015 (JUR 2015\191237).

51 En cuanto a la forma de acreditación de esta circunstancia resulta sumamente ilustrativa, entre otras, la SAN 15 julio 2015 (JUR 2015\202788), en cuyo FJ 4º dispone que "es principio jurídico procesal que los órganos jurisdiccionales gozan de competencia para valorar y apreciar el supuesto de hecho en los que se asienta la consecuencia jurídica de la norma jurídica que han de aplicar para resolver la cuestión jurídica sometida a su conocimiento, sin perjuicio del principio general que los hechos declarados probados en sentencia penal firme son de obligado respeto por el resto de los tribunales de justicia de los restantes órdenes jurisdiccionales. Pero ante la ausencia de pronunciamiento penal, los tribunales de justicia gozan, a la vista de las pruebas existentes en el proceso, de la facultad de determinar los datos fácticos en los que se asienta la proyección de la norma jurídica que están llamados a aplicar [...]". De otra opinión, MUÑAGORRI LAGÜJA, I. y PÉREZ MACHIO, A. I.: "Aproximación al sentido y alcance del art. 8.2", cit., pp. 2112-2114 y pp. 2120-2123, a cuyo juicio, este extremo "sólo quedará constatado, en caso de que exista una sentencia condenatoria firme que así lo determine".

52 A este respecto, conforme al art. 96.1 CE, "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno [...]". El Instrumento de Ratificación del referido Convenio se publicó en el BOE el 29 de diciembre de 2001, pero en aplicación de lo preceptuado en su art. 15.2, su entrada en vigor se produjo, en este caso, el 1 de febrero de 2002. Por tanto, como se explicita, entre otras, en la SAN 24 junio 2015 (JUR 2015\191237), "desde el 1 de febrero de 2002 el repetido Convenio forma parte del ordenamiento jurídico español y, en consecuencia, es plenamente aplicable, por lo que su empleo en resoluciones administrativas dictadas con posterioridad a esa fecha y referidas a supuestos que entran en su ámbito de aplicación", con independencia -continúa diciendo la sentencia- de que "faltara una remisión expresa (al Convenio) en la Ley 29/2011 o una prevención específica al respecto". En sentido contrario se pronuncian MUÑAGORRI LAGÜJA, I. y PÉREZ MACHIO, A. I.: "Aproximación al sentido y alcance del art. 8.2", cit., pp. 2115-2116, p. 2118 y pp. 2123-2127, para quienes la eficacia jurídica de las excepciones del citado precepto, en el ámbito del ordenamiento español, se condiciona a la concurrencia de dos presupuestos: en primer lugar, a la entrada en vigor del instrumento de ratificación interno y, en segundo lugar, "al desarrollo normativo expreso y motivado del concreto contenido del indicado precepto". Y ello porque, en su opinión, "[...] no se debe olvidar que este artículo, lejos de contemplar un mandato internacional de cumplimiento obligatorio, prevé una disposición de naturaleza potestativa que puede o no ser atendida por el Estado concreto y que precisará, ahora sí, de una referencia expresa y motivada a la misma en el ámbito del Ordenamiento jurídico interno".

C) **Ámbito espacial.**

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación espacial, éste viene delimitado en su art. 6, resultando de aplicación no sólo a los actos terroristas cometidos en territorio español o bajo jurisdicción española, sino también con respecto a los actos terroristas cometidos fuera del territorio nacional del que sean víctimas personas de nacionalidad española. Esta previsión representa una excepción al principio de territorialidad que con carácter general rige en las leyes sobre compensación estatal⁵³, que viene complementado en este caso, como se establece en su Exposición de motivos, por el principio de ciudadanía. En este sentido se distinguen tres supuestos (art. 6.2 Ley 29/2011): a) personas de nacionalidad española que sean víctimas en el extranjero de grupos que operen habitualmente en España o de acciones terroristas dirigidas a atentar contra el Estado español o los intereses españoles; b) a los participantes en operaciones de paz y seguridad que formen parte de los contingentes de España en el exterior y sean objeto de un atentado terrorista⁵⁴; c) españoles víctimas de acciones terroristas cometidas fuera del territorio nacional, en que no concurren las circunstancias anteriores. No obstante, la ley no trata estos tres supuestos de forma igualitaria estableciéndose, como veremos, diferencias en cuanto a la cuantía de la indemnización y los daños indemnizables.

D) **Ámbito temporal.**

Las disposiciones de la presente ley serán de aplicación a aquellos actos terroristas que tengan lugar con posterioridad al 1 de enero de 1960, fecha en la que falleció la primera víctima de ETA (arts. 7 Ley 29/2011). Asimismo, se prevé la aplicación retroactiva de la ley en relación con aquellos casos en los que, con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley⁵⁵, las víctimas hubieran recibido, en concepto de ayudas o indemnizaciones, cuantías inferiores a las establecidas en aquélla⁵⁶.

En ambos casos, el plazo para la solicitud de los resarcimientos, las indemnizaciones y ayudas contempladas en esta Ley será de un año, a contar desde la entrada en vigor del Real Decreto 671/2013⁵⁷.

53 Esta previsión representa una excepción al principio de territorialidad que con carácter general rige en las leyes sobre compensación estatal, que viene complementado en este caso, como se establece en su Exposición de motivos por el principio de ciudadanía.

54 Conforme al art. 2.4 RD 671/2013, se entenderán comprendidos en este supuesto: a) los miembros de las Fuerzas Armadas españolas que participen en dichas operaciones, con inclusión de aquellos que, dependientes del Ministerio de Defensa, formen parte de la tripulación de los medios de transporte en los que se realicen los desplazamientos; b) los miembros de las FFCCSE que participen en dichas operaciones; c) el personal al servicio de las Administraciones Públicas, incluyendo el contratado en España a título individual por el Estado, que se desplace al territorio en que se realice la operación para participar en ella o que se encuentre destinado en dicho territorio.

55 En atención a lo dispuesto en la disp. fin. 5ª, su entrada en vigor tuvo lugar el 24 de septiembre de 2011.

56 Véase disp. adic. 1ª Ley 29/2011 y disp.trans. 2ª RD 671/2013.

57 Su entrada en vigor tuvo lugar el 19 de septiembre de 2013.

E) Régimen de compatibilidad.

Las ayudas e indemnizaciones aquí establecidas son compatibles con las pensiones, ayudas y compensaciones que pudieran reconocerse tanto en virtud de la presente ley como las que pudieran dictar las Comunidades Autónomas (art. 15.1 Ley 29/2011)⁵⁸. Igualmente, serán compatibles con la exigencia de responsabilidad patrimonial al Estado por el normal o anormal funcionamiento de la Administración, si bien aquéllas se imputarán a la indemnización que pudiera reconocerse por este concepto, detrayéndose de la misma (art. 15.2 Ley 29/2011).

F) Exenciones.

Las cantidades percibidas en el marco de esta ley están exentas de cualquier impuesto personal que pudiera recaer sobre ellas (art. 16 Ley 29/2011).

G) Actualización de la cuantía resarcitoria

La cuantía de las ayudas e indemnizaciones previstas en esta ley será actualizada conforme a las previsiones contenidas en las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado.

2. Régimen ordinario de ayuda a las víctimas del terrorismo.

El principio de solidaridad alcanza su máxima expresión en la regulación de este régimen ordinario de las ayudas a las víctimas del terrorismo al exigirse, únicamente, como título habilitador para su otorgamiento, la mera condición de víctima. No se requiere, por tanto, que medie una sentencia firme en que se les reconozca el derecho a ser indemnizados en concepto de responsabilidad civil por los hechos y daños a los que esta ley resulta de aplicación. Tampoco que se reserve acción de repetición alguna por parte del Estado. Sólo se requiere la acreditación del nexo causal entre las actividades delictivas terroristas y el resultado lesivo producido, extremo que se llevará a cabo a través de la valoración de las pruebas aportadas o practicadas en la instrucción del expediente administrativo indemnizatorio.

58 Hasta el momento, un total de ocho Comunidades Autónomas han aprobado normativa autonómica en materia de víctimas de terrorismo: Ley 10/2010, de 15 de noviembre, relativa a medidas para la asistencia y atención a las víctimas del terrorismo (Andalucía); Ley 4/2008, de 17 de junio, de medidas a favor de las Víctimas del Terrorismo (Aragón); Ley 6/2005, de 27 de diciembre, de medidas para la asistencia y atención de las víctimas del terrorismo y de creación del Centro Extremeño de Estudios para la Paz (Extremadura); Ley 7/2009, de 2 de noviembre, de ayuda a las víctimas del terrorismo (Región de Murcia); Ley 12/1996, de 19 de diciembre, de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo (Madrid); Ley Foral 9/2010, de 28 de abril, de ayuda a las víctimas del terrorismo (Navarra); Ley 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo (País Vasco); Ley 1/2004, de 24 de mayo, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo (Comunidad Valenciana). Un estudio detallado sobre esta normativa autonómica puede ser consultado en SEMPERE NAVARRO, A.V., y KAHALE CARRILLO, D.T. (coords.): *Reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo*, Ed. Eolas, 2014, pp. 229-535.

Los daños producidos como consecuencia de un acto terrorista que pueden ser objeto de resarcimiento por el Estado son delimitados en las secciones II y III del Capítulo II del Título III de la Ley. En este sentido, en el texto legal se alude a los daños personales y a los daños materiales.

A) Daños personales.

La indemnización por daños personales derivados de actos de terrorismo es regulada en los arts. 17 a 22 de la presente ley. En el concepto de daños personales se engloban tanto los daños físicos como los psíquicos siendo, no obstante, únicamente indemnizables por el Estado, aquéllos que den lugar a un fallecimiento, una gran invalidez, una incapacidad permanente absoluta, una incapacidad permanente total, una incapacidad permanente parcial o lesiones permanentes no invalidantes; asimismo, también resultan indemnizables los actos de secuestro (art. 18 Ley 29/2011). La principal nota diferenciadora de las indemnizaciones por daños personales es su compatibilidad con cualesquiera otras ayudas a que tuvieran derecho la víctima o sus causahabientes. Las características y peculiaridades propias de cada una de las modalidades indemnizatorias por daños personales hacen necesario su estudio autónomo.

Fallecimiento

Los titulares del derecho resarcitorio cuando como consecuencia de la actividad delictiva se produce el fallecimiento de la víctima directa serán, por orden de preferencia (art. 17.2 Ley 29/2011): a) el cónyuge de la persona fallecida, si no estuviera separado legalmente, o la persona con la que hubiera venido conviviendo con ella de forma permanente con análoga relación de afectividad durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia; y los hijos de la persona fallecida; b) en ausencia de los anteriores, serán destinatarios de dichas ayudas, por orden sucesivo y excluyente, los padres, los nietos, los hermanos y los abuelos de la persona fallecida; c) y, finalmente, en defecto de todos los sujetos anteriores, siempre y cuando dependieran económicamente de la persona fallecida⁵⁹, los hijos de la persona conviviente y los menores en acogimiento familiar permanente.

La ley ha articulado un sistema de distribución de la indemnización para los casos de concurrencia de varios beneficiarios (art. 17.3 y 4 Ley 29/2011). Así, en el primero de los supuestos, la cuantía se repartirá por mitades, correspondiendo una al cónyuge no separado legalmente o conviviente y otra a los hijos, distribuyéndose

⁵⁹ Conforme al art. 6.3 RD 671/2013 "se entenderá que una persona depende económicamente del fallecido cuando, en el momento del fallecimiento, viviera total o parcialmente a expensas de éste y no percibiera en cómputo anual rentas o ingresos de cualquier naturaleza superiores al 150 por ciento del IPREM que correspondiera en aquel momento, también en cómputo anual".

esta última entre ellos por partes iguales⁶⁰. En el segundo caso, la cuantía se repartirá por partes iguales entre las personas con el mismo parentesco. Por último, de resultar beneficiarios los hijos de la persona conviviente y los menores en acogimiento familiar permanente, el reparto se llevará a cabo entre ellos a partes iguales.

Por lo que respecta a la cuantificación de la indemnización por fallecimiento, ésta asciende a 250.000€. A esta cuantía se le aplicará un coeficiente corrector que tiene por objeto la toma en consideración en la determinación del montante indemnizatorio final de las cargas familiares de la persona fallecida. En este sentido, dicha cantidad se verá incrementada en una cantidad fija de veinte mensualidades del IPREM que corresponda⁶¹, en razón de cada uno de los hijos o menores acogidos que dependiesen económicamente de la víctima (art. 7 RD 671/2013)⁶².

Asimismo, se procederá a abonar los gastos de traslado, sepelio e inhumación o incineración de la persona fallecida como consecuencia de un atentado terrorista, siempre que ello no se halle cubierto por una póliza de seguro y, en todo caso, hasta el límite de 6.000€ (art. 8 RD 671/2013).

Incapacidad permanente

Las víctimas que, como consecuencia de los daños físicos o psíquicos derivados de un acto terrorista, sufran una incapacidad permanente tendrán derecho a las siguientes indemnizaciones, moduladas en función de la gravedad de la incapacidad (art. 6.1 RD 671/2013): a) gran invalidez (500.000€); b) incapacidad permanente absoluto (180.000€); c) incapacidad permanente total (100.000€); d) incapacidad permanente parcial (75.000€).

Al igual que con relación a la indemnización por fallecimiento, su cuantía será incrementada en una cantidad fija de veinte mensualidades del IPREM que corresponda, en razón de cada uno de los hijos o menores acogidos que dependiesen económicamente de la víctima (art. 10.2 RD 671/2013)⁶³.

60 El legislador no ha contemplado el supuesto de concurrencia entre el cónyuge no separado legalmente y el conviviente. En los arts. 7.3.a) RD 288/2003 y 14.1 RD 1912/1999 se disponía, a este respecto, que la condición de beneficiario la ostentaría, en estos supuestos, el cónyuge no separado legalmente.

61 Desde el año 2010 la cuantía del IPREM anual se halla congelada ascendiendo ésta a 6390,13€.

62 El RD 288/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo, preveía, además, en su art. 8.7°, un factor de corrección que permitía incrementar, en un 30%, las cantidades establecidas como resarcimiento en casos de fallecimiento, incapacidades permanentes, lesiones no permanentes invalidantes e incapacidades temporales atendiendo a las circunstancias o situaciones de especial dificultad o necesidad, personales, familiares, económicas y profesionales de la víctima. ROCA AGAPITO, L.: "Análisis del nuevo régimen jurídico-económico de las víctimas del terrorismo", *Diario La Ley*, n° 7776, 2012, p. 10, defendía la inclusión de una previsión del mismo tenor en el desarrollo reglamentario de la ley, sin que ello haya sido, finalmente, observado.

63 Crítica ROCA AGAPITO, L.: "Análisis del nuevo régimen", cit., p. 10, que únicamente se haya previsto este factor de corrección con respecto a los supuestos de fallecimiento e incapacidad permanente, abogando por su extensión, en el desarrollo reglamentario de la ley, a los casos de lesiones permanente no invalidantes y de incapacidades temporales, hecho que no ha sucedido.

Lesiones permanentes no invalidantes

Las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes, correspondientes a las personas que hayan sufrido daños físicos y/o psíquicos como consecuencia de un acto terrorista, se determinarán, de un lado, conforme al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y, de otro, con arreglo al baremo resultante de la aplicación de la legislación de seguridad social sobre cuantías de las indemnizaciones de las lesiones, mutilaciones y deformaciones definitivas y no invalidantes, causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional (art. 18 Ley 29/2011).

Incapacidad temporal

Los beneficiarios de esta indemnización serán las personas que hayan sufrido daños físicos o psíquicos como consecuencia de un acto terrorista, determinándose su cuantía mediante la multiplicación por dos del IPREM por cada día que permanezca la lesión, hasta el límite de 18 mensualidades (art. 10.1.f RD 671/2013).

Secuestro

Aquellas personas que hayan sido víctimas de un secuestro por actos terroristas tendrán también derecho a ser indemnizados (art. 18 Ley 29/2011). Procederá el abono de 12.000€ por el acto del secuestro y el triple del IPREM diario por cada día de duración del mismo, hasta el límite de la indemnización establecida por incapacidad permanente parcial, fijada en 75.000€ (art. 14 RD 671/2013).

Ayudas excepcionales por daños personales sufridos en el extranjero

Una de las principales novedades introducidas por la presente ley es la ampliación del ámbito de cobertura a aquellas víctimas de nacionalidad española que han sufrido actos terroristas fuera del territorio español.

Este régimen excepcional será de aplicación, únicamente, a las víctimas de nacionalidad española en que no concurren las circunstancias descritas en el art. 6.2 de la ley⁶⁴, a saber: que la acción terrorista hubiera sido perpetrada por grupos que operan habitualmente en España; que dicha acción estuviera dirigida a atacar contra el Estado español o los intereses españoles; que se trate de participantes en operaciones de paz y seguridad que formen parte de los contingentes de España en el exterior.

64 De concurrir estas circunstancias se aplicaría, como hemos visto, el régimen general de ayudas, prestaciones e indemnizaciones.

La indemnización, en este supuesto, se limita a los daños personales que sufran como consecuencia de un acto terrorista y que den lugar a fallecimiento, gran invalidez, incapacidad permanente absoluta, incapacidad permanente total, incapacidad permanente parcial, lesiones invalidantes y secuestro (art. 20 RD 671/2013).

Por lo que respecta a la cuantificación de la indemnización a recibir, la ley diferencia según la víctima tenga su residencia habitual en el país en que se haya producido la acción terrorista o no la tenga. En el primer supuesto, la víctima percibirá el 50% de las cantidades fijadas en el régimen general de indemnización por daños personales (arts. 21.1 RD 671/2013); en tanto que en el segundo, ese porcentaje se reduce al 40% (art. 21.2 RD 671/2013).

Esta ayuda económica tendrá carácter subsidiario con respecto a las compensaciones que puedan ser otorgadas a la víctima por el país en que se haya producido el atentado. En aquellos supuestos en los que la indemnización recibida desde aquél sea inferior a la que le correspondería en virtud de la aplicación de esta ley, la víctima podrá solicitar el abono de la diferencia (art. 22 RD 671/2013).

B) Daños materiales.

En la sección 2ª del Capítulo II se regula el resarcimiento por daños materiales, que comprenderán, los causados en las viviendas de las personas físicas, en los establecimientos mercantiles, industriales o en elementos productivos de las empresas, en las sedes de partidos políticos, sindicatos u organizaciones sociales y los producidos en vehículos (art. 23.2 Ley 29/2011). No están incluidos en su ámbito de aplicación los daños causados en bienes de titularidad pública (art. 23.4 Ley 29/2011).

Los beneficiarios de esta indemnización serán las personas que sufran los daños materiales, siempre que no fueran responsables de aquéllos (art. 23.1 Ley 29/2011). No obstante, la Administración General del Estado podrá encargar la reparación de los inmuebles afectados por la acción terrorista a empresas constructoras o a otras Administraciones Públicas, siendo en este caso abonado a éstas el importe de la indemnización. En estos supuestos, los damnificados no podrán reclamar al Consorcio de Seguros las indemnizaciones correspondientes a los daños reparados en los bienes asegurados, las cuales serán percibidas por la empresa ejecutora de las obras o por la Administración actuante mediante convenio, conforme a las peritaciones oficiales de dicho Consorcio (art. 23.2 Ley 29/2011).

Estos resarcimientos tendrán carácter subsidiario respecto de los reconocidos por las Administraciones Públicas o derivados de contratos de seguro, reduciéndose

en la cantidad recibida por estos conceptos y sin que, en ningún caso, en su conjunto, puedan superar el valor del daño producido (art. 23.2 RD 671/2013).

Vivienda habitual

Las personas físicas que, como consecuencia de un acto terrorista, sufran daños en su vivienda habitual⁶⁵ tendrán derecho a ser resarcidas por aquéllos que afecten a la estructura, las instalaciones y el mobiliario, y cuya reposición resulte necesaria para que la vivienda recupere las condiciones previas de habitabilidad (art. 24.1 RD 671/2013).

Si la vivienda no tiene carácter de residencia habitual el resarcimiento comprenderá el 50% de los daños sufridos, siendo el límite actual de 113.680€. Asimismo, también podrá contribuirse al abono de los gastos generados como consecuencia de tener que abandonar temporalmente su vivienda mientras se efectúan las obras de reparación (art. 25 RD 671/2013). Para ello, la Administración General del Estado podrá celebrar convenios con otras administraciones públicas o con organizaciones especializadas en el auxilio o asistencia a damnificados en situaciones de siniestro o catástrofe, en el cual se fijarán el porcentaje de la contribución de las partes a los gastos de alojamiento así como el límite temporal cubierto por estas ayudas (art. 25.2 RD 671/2013). En defecto de dicho convenio, la Administración General del Estado podrá otorgar una subvención para sufragar el alquiler de una vivienda similar a la siniestrada o los gastos de hospedaje, con un máximo de cobertura de 90€ diarios por persona si el alojamiento tiene lugar en un establecimiento hostelero o de 1.500€ si se trata del alquiler de una vivienda. En ambos casos, estos límites se modularán en atención a la composición de la unidad familiar (art. 25.1 RD 671/2013).

Establecimientos mercantiles o industriales

En el caso de establecimientos mercantiles o industriales, siempre que no sean de titularidad pública, el resarcimiento por los daños sufridos comprende, hasta el límite de 113.680€, el valor de las reparaciones necesarias para poner nuevamente en funcionamiento dichos establecimientos, incluyendo el mobiliario y el equipo siniestrado (art. 26.1 RD 671/2013). Asimismo, y con independencia del resarcimientos por daños previstos en los artículos anteriores, la Administración General del Estado podrá, en supuestos excepcionales y, en particular, cuando como consecuencia del acto terrorista, se produzca la interrupción de la actividad productiva de una empresa con el consiguiente riesgo de regulaciones de empleo,

65 Conforme al art. 24.2 RD 671/2013, por vivienda habitual se entenderá “[...] la edificación que constituya la residencia de una persona o unidad familiar durante un periodo de al menos seis meses al año. Igualmente se entenderá que la vivienda es habitual en los casos de ocupación de ésta desde tiempo inferior a un año, siempre que se haya residido en ella un tiempo equivalente, al menos, a la mitad del transcurrido desde la fecha en que hubiera comenzado la ocupación”.

acordar la subsidiación de préstamos –abono a la entidad de crédito de la diferencia existente entre los pagos de amortización de capital e intereses al tipo de interés fijado por la entidad prestamista y los que corresponderían al tipo de interés subsidiado, que será el del interés legal del dinero en el acto de formalización del préstamo menos tres puntos- destinados a la reanudación de dicha actividad (art. 26.2 RD 671/2013). También la Administración General del Estado podrá celebrar convenios con entidades de crédito al objeto de que éstas establezcan modalidades de créditos a bajo interés con dicha finalidad (art. 26.3 RD 671/2013).

Sedes de partidos políticos, sindicatos y organizaciones sociales

Tratándose de actos terroristas contra las sedes de partidos políticos, sindicatos y organizaciones sociales, el resarcimiento se cuantifica en el valor total de las reparaciones necesarias -incluyendo la reposición del mobiliario y equipo siniestrado- para que puedan reanudar su actividad. Entre los daños indemnizables se incluirán, a estos efectos, los producidos en las sedes o lugares de culto pertenecientes a confesiones religiosas inscritas (art. 27 RD 671/2013).

Vehículos

Finalmente, también serán resarcibles los daños causados tanto en vehículos particulares como en los destinados al transporte terrestre de personas o mercancías, siempre y cuando estos no sean de titularidad pública y tengan vigente la póliza del seguro obligatorio del vehículo en el momento del siniestro. El resarcimiento comprenderá los gastos necesarios para su reparación, sin que, en el reglamento, se establezca límite alguno en cuanto a la cuantía. En caso de destrucción del vehículo, o cuando la reparación resulte superior al valor venal, la indemnización será equivalente al importe de adquisición de un vehículo de similares características técnicas y condiciones de uso al siniestrado, hasta el límite de 30.500€ (art. 28 RD 671/2013).

C) Procedimiento para la concesión de la ayuda por daños personales y materiales.

El procedimiento para el reconocimiento de las ayudas, que se ajustará a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se iniciará siempre a solicitud de la persona interesada, directamente o por medio de un representante acreditado por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, impulsándose posteriormente de oficio en todos sus trámites (art. 48.1 RD 671/2013). Ésta deberá acompañarse de la documentación acreditativa de la condición de víctima de terrorismo⁶⁶ o, en su caso, del grado de parentesco con la víctima.

66 A efectos de acreditar su condición de afectado, esta solicitud deberá acompañarse de alguna de la siguiente documentación: a) la sentencia firme en que se reconozca el derecho a ser indemnizado en concepto de

El plazo para la presentación de las solicitudes prescribirá una vez transcurrido un año desde que tuvo lugar el acto terrorista causante del daño (art. 28.1 Ley 29/2011). El inicio del cómputo del plazo difiere, no obstante, según el tipo de daño: a) en caso de daño corporal el inicio del cómputo de dicho plazo será desde la fecha de alta o consolidación de secuelas. No obstante, si como consecuencia directa de las lesiones, se produjese un agravamiento de secuelas o el fallecimiento del afectado, se abrirá de nuevo el plazo de un año para solicitar la diferencia cuantitativa que proceda; b) en los casos de daños psicológicos, el inicio del cómputo empezará a contar desde el momento en el que exista un diagnóstico acreditativo de la causalidad de la secuela.

El cómputo de este plazo se verá suspendido hasta la incorporación al expediente indemnizatorio de las evaluaciones médicas de las lesiones y las tasaciones periciales de los daños materiales, cuando resulten determinante para adoptar la resolución (art. 28.4 Ley 29/2011).

La calificación de las lesiones consecuencia de los actos terroristas, a efectos de valorar el nexo causal, será llevada a cabo por un equipo de valoración de incapacidades, cuya composición se establezca reglamentariamente. El equipo que proceda a tal valoración será determinado por el Instituto Nacional de Seguridad Social, en el que, en todo caso, se integrará un representante de la Dirección General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo del Ministerio del Interior (art. 11.1 RD 671/2013). Por lo que respecta a las víctimas no residentes en el territorio nacional, estipula el art. 11.3 del RD 671/2013 que "el dictamen se emitirá a la vista de los informes periciales evacuados con motivo de las actuaciones penales seguidas y de los informes y pruebas complementarias que sea preciso recabar de la delegación consular más próxima al lugar de la residencia de la víctima". En el caso de los miembros de las FFCCSE, esta calificación se efectuará por sus respectivos tribunales debiendo estar presente, en todo caso, un representante de la Dirección General de Apoyo a Víctimas del Terrorismo (art. 11.4 RD 671/2013). Finalmente, la calificación de las lesiones permanentes no invalidantes podrá efectuarse, en su caso, por la Asesoría Médica adscrita a la Unidad Administrativa instructora de los resarcimientos (art. 11.5 RD 671/2013).

La tasación pericial de los daños materiales se realizará por los servicios competentes del Consorcio de Compensación de Seguros. En dicha tasación habrá de valorar tanto los daños indemnizables por el consorcio, con arreglo a su propia normativa, como los resarcibles por la Administración, conforme a lo dispuesto en este reglamento. Se podrá prescindir de la peritación cuando la cuantía total de los daños, acreditada mediante la factura o presupuesto de reparación originales,

responsabilidad civil por los hechos y daños contemplados en el ámbito de aplicación de la Ley; b) en ausencia de sentencia, y cuando se hubiesen iniciado las correspondientes diligencias judiciales o incoado el proceso penal por el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

no alcance 600€, si constara a la Administración el cumplimiento de los demás requisitos exigibles (art. 29 RD 671/2013).

Las sentencias judiciales que reconozcan a los perjudicados daños indemnizables por la comisión de un acto terrorista y que no hayan sido objeto de un reconocimiento administrativo anterior; reabrirán el plazo de solicitud por el plazo de un año desde la notificación al órgano instructor de la firmeza de la sentencia judicial.

Su instrucción corresponderá al órgano competente en materia de atención a víctimas dependiente del Ministerio del Interior; que actuará como ventanilla única de cualquier otro procedimiento que el interesado pueda deducir ante la Administración General del Estado (art. 51.1 RD 671/2013). Estará presidida por los principios de celeridad y trato favorable a la víctima, no requiriéndose la aportación documental, por parte del interesado, de hechos notorios o circunstancias cuya acreditación conste en los antecedentes o archivos de la Administración actuante (art. 51.2 RD 671/2013). El órgano competente para la resolución de las solicitudes será la Dirección General de Apoyo a las Víctimas de Terrorismo del Ministerio del Interior. El plazo máximo para la resolución del procedimiento será de 12 meses, a contar desde que la solicitud haya tenido entrada en registro del Ministerio del Interior (art. 28.6 Ley 29/2011). Transcurrido dicho plazo sin que se haya dictado resolución expresa, la petición de la concesión de la ayuda se considerará estimada (art. 28.6 Ley 29/2011). Dicha resolución pone fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurrida potestativamente en reposición o impugnada ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (art. 28.5 Ley 29/2011).

3. Abono de la responsabilidad civil fijada en sentencia.

La previsión del abono, con carácter extraordinario, por parte del Estado, de las indemnizaciones impuestas en sentencia firme en concepto de responsabilidad civil *ex delicto* es heredera de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del terrorismo. El principio de solidaridad queda, en este caso, ciertamente mediatizado, siendo la connotación principal de su regulación, la asunción por el Estado de una posición de garante del pago de la indemnización debida, ante la insolvencia del responsable civil. Se articula, de este modo, un auténtico sistema indemnizatorio, pero sin que ello implique la asunción, por el Estado, de responsabilidad subsidiaria alguna (art. 20.7 Ley 29/2011).

A) Ámbito de cobertura.

La indemnización se extenderá, exclusivamente, a los daños físicos o psíquicos (art. 20.2 Ley 29/2011) sufridos a consecuencia de actos terroristas acaecidos desde el 1 de enero de 1960, que causen un fallecimiento, una gran invalidez, una incapacidad

permanente total, una incapacidad permanente parcial, lesiones permanentes no invalidantes o un secuestro (art. 16.1 RD 671/2013).

B) Ámbito subjetivo.

La indemnización se abonará a la persona que haya sufrido daños físicos o psíquicos como consecuencia de un acto terrorista. En caso de fallecimiento de la víctima, el derecho resarcitorio corresponderá, por orden de preferencia (art. 20.3 Ley 29/2011): a) al cónyuge de la persona fallecida, si no estuviera separado legalmente, o la persona con la que hubiera venido conviviendo con ella de forma permanente con análoga relación de afectividad durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia; y los hijos de la persona fallecida; b) en ausencia de los anteriores, serán beneficiarios de dicha indemnización por orden sucesivo y excluyente, los padres, los nietos, los hermanos y los abuelos de la persona fallecida; c) ante la falta de todos ellos, siempre y cuando dependieran económicamente de la persona fallecida, los hijos de la persona conviviente y los menores en acogimiento familiar permanente; d) finalmente, en defecto de todos los anteriores, serán beneficiarios sus herederos o a quien se designe como destinatarios en la resolución judicial adoptada.

No se contempla en la nueva regulación, la eventualidad de que, en el caso de que fallezca alguno de los beneficiarios, la parte de la indemnización que le hubiere correspondido sea distribuida, entre sus propios herederos, con arreglo a las disposiciones hereditarias aplicables a su sucesión (art. 15 RD 1912/1999). Asimismo, tampoco se prevé el hecho de que, la víctima incapacitada fallezca con posterioridad, la indemnización que le hubiere correspondido al causante sea distribuida entre sus herederos, conforme a las disposiciones que hayan regido su sucesión (art. 18.2 RD 1912/1999).

C) Cuantía indemnizatoria.

La cuantía máxima de la indemnización a abonar por el Estado, en concepto de responsabilidad civil, diferirá en atención a sí en la sentencia firme se fija o no una cantidad en este concepto.

En el primer supuesto, la cantidad a abonar será la efectivamente fijada en la sentencia (art. 16.2 RD 671/2013), no pudiendo superar, en ningún caso, según el tipo de contingencia, las siguientes cuantías (art. 16.3 RD 671/2013): a) fallecimiento (500.000€); b) gran invalidez (750.000€); c) incapacidad permanente absoluta (300.000€); e) incapacidad permanente total (200.000€); f) incapacidad permanente parcial (125.000€); g) lesiones no invalidantes (100.000€); h) secuestro (125.000€).

Este es uno de los cambios más significativos del actual régimen con respecto a la previsión contenida en el art. 6 de la Ley 32/1999. En el anterior sistema, la cuantía a satisfacer en concepto de responsabilidad civil era la fijada en la sentencia judicial firme, salvo que esa cantidad fuese inferior a la indemnización mínima que, en todo caso, deberían percibir las víctimas. El legislador ha optado, en la regulación vigente, por el establecimiento de las cantidades máximas a abonar, de forma extraordinaria, por el Estado, con la finalidad de garantizar "un trato más equitativo en orden a la compensación, evitando en todo caso respuestas desiguales ante supuestos similares".

Cuando la sentencia firme no reconociera ni permitiera reconocer una cantidad en concepto de responsabilidad civil, se abonarán, según el tipo de contingencia, las cuantías señaladas en el régimen ordinario de ayudas a las víctimas del terrorismo (art. 16.2.b RD 671/2013).

En aquellos supuestos en los que las víctimas o sus beneficiarios hubieran recibido las ayudas por daños personales que se prevén en el art. 18, este abono extraordinario se limitará a la diferencia existente entre las ayudas ya percibidas y la indemnización fijada en sentencia, eso sí, con los límites ya señalados (art. 17.2 RD 671/2013). Se modifica de forma notable, por tanto, el régimen de compatibilidades previsto en la anterior regulación, del que se infería la aceptabilidad de su concurrencia con la compensación ordinaria⁶⁷.

D) Acción de subrogación.

El Estado se subrogará, hasta el límite de la indemnización satisfecha, en las acciones que las víctimas o sus beneficiarios puedan ejercer contra el obligado civilmente por el total del importe de la indemnización por él satisfecha (art. 21.1 Ley 29/2011). A estos efectos deberán, con carácter previo a la percepción de la indemnización, transmitir al Estado las acciones civiles correspondientes (art. 18.3 RD 671/2013).

No obstante, en aquellos casos en los que la cuantía de la indemnización fijada en la sentencia sea superior al importe satisfecho por el Estado, el beneficiario conservará la acción civil para reclamar la diferencia a los responsables de la acción delictiva causante de los daños (art. 18.2 RD 671/2013).

E) Plazo de presentación de la solicitud.

El plazo para solicitar, de acuerdo al procedimiento ya visto, el abono con carácter extraordinario de la responsabilidad civil fijada en sentencia firme será de un año

67 ROIG TORRES, M.: *La reparación*, cit., p. 330; FAIRÉN GUILLEN, V.: "Acción, proceso y ayuda a las víctimas del delito", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n° 3, 1991, p. 886.

desde la notificación al interesado de la sentencia o, en su caso, de la resolución judicial que fije la cuantía indemnizatoria (art. 49.2 RD 671/2013).

4. Régimen extraordinario de ayudas.

La Ley 29/2011 contempla también la posibilidad de otorgar ayudas extraordinarias para paliar situaciones de necesidad personal o familiar de las víctimas, no cubiertas o cubiertas insuficientemente por las ordinarias (art. 36 Ley 29/2011). Así, en los supuestos de daños personales, las ayudas podrán cubrir necesidades sociales, sanitarias, psicológicas o educativas, previa evaluación efectuada por los órganos competentes del Ministerio del Interior (art. 42.2 RD 671/2013). Por lo que respecta a los daños materiales, las ayudas podrán destinarse a la adaptación o cambio de vivienda cuando las secuelas del atentado terrorista así lo exijan, así como a la satisfacción de otras necesidades personales o familiares derivadas de la acción terrorista (art. 42.3 RD 671/2013).

Estas ayudas son compatibles, en todo caso, con las ayudas ordinarias previstas por la ley (art. 42.5 RD 671/2013). Su solicitud podrá ser cursada por las víctimas, sus familiares o las personas con quienes convivan, o promovidas de oficio —en caso de urgencia— por la Subdirección general de Atención al ciudadano y de Asistencia a las víctimas del Terrorismo que será la encargada de elevar al Ministerio del Interior; en su caso, la propuesta de concesión (art. 42.5 RD 671/2013).

A) Asistencia sanitaria.

Las personas que hayan sufrido daños físicos y/o psíquicos como consecuencia de un acto terrorista así como, en caso de fallecimiento, sus beneficiarios, podrán recibir ayudas específicas destinadas a financiar tratamientos médicos, prótesis e intervenciones quirúrgicas (art. 32.1 RD 671/2013). Para ello deberán acreditar su necesidad y que la concreta prestación requerida no se halla cubierta, bien por el sistema público sanitario o un seguro privado, bien por el régimen ordinario de ayudas a las víctimas de actos terroristas (art. 32.1 RD 671/2013). A efectos de corroborar estos extremos, la solicitud se acompañará de un informe médico acreditativo de su necesidad y una certificación de la entidad aseguradora de la víctima de que la ayuda no entra dentro de la cobertura de sus prestaciones. El órgano instructor podrá recabar, por sí mismo, la certificación anterior, previo consentimiento del interesado, cuando el sistema de aseguramiento o previsión sea público (art. 32.2 RD 671/2013).

Asimismo, también será objeto de financiación el coste de la atención psicológica que, previa prescripción facultativa, requieran las víctimas, los amenazados⁶⁸, sus

68 Tendrán la consideración de amenazados, de acuerdo con el art. 5 de la Ley 29/2011, "las personas que acrediten, en los términos del art. 3 bis de la Ley, sufrir situaciones de amenazas o coacciones directas y reiteradas,

familiares o personas con quienes convivan. El límite de la ayuda será, en este caso, de 3.600€ por tratamiento individualizado (art. 33.1 RD 671/2013). A tal efecto, la Administración General del Estado podrá establecer los oportunos conciertos con otras Administraciones Públicas o con entidades privadas especializadas en dicha asistencia (art. 33.2 RD 671/2013).

B) Adaptación de viviendas.

Las Administraciones Públicas acordarán las medidas necesarias para que las víctimas de terrorismo que, como consecuencia del acto terrorista sufrido, deban abandonar su domicilio habitual, tengan una consideración preferente en la adjudicación de vivienda de protección pública, bien para su compra bien para su arrendamiento (art. 40 RD 671/2013). De forma complementaria al resarcimiento de los daños en la vivienda, la ley prevé el otorgamiento de ayudas para la adaptación de las viviendas de aquellas víctimas que, en atención a las secuelas derivadas del acto terrorista sufrido, así lo requieran (art. 41 RD 671/2013).

C) Educación.

Las ayudas al estudio están destinadas a aquellos estudiantes que, como consecuencia de un acto terrorista, sufran, ellos mismos o su viudo o viuda, pareja de hecho o hijos del fallecido, sus padres, hermanos, tutores o guardadores, daños personales que sean de especial trascendencia o que los inhabilite para el ejercicio de su profesión habitual (art. 35 RD 671/2013).

Éstas podrán concederse para iniciar o proseguir enseñanzas, en los distintos niveles, en las siguientes cuantías (art. 36.1 RD 671/2013): primer infantil (1.000€), segundo ciclo de educación infantil y educación primaria (400€), bachillerato (1.000€), formación profesional de grado medio y superior (1.500€), grado o equivalente (1.500€), máster (1.500€), otros estudios (750€) y enseñanzas de idiomas en centros oficiales (300€). Estas cantidades se incrementarán en un 20%, si el centro de estudios se ubica, al menos, a 50 km de la localidad en la que se encuentra su domicilio familiar; y en un 40%, si la asistencia al citado centro implica cambio de residencia respecto del domicilio familiar (art. 36.2 RD 671/2013).

Las ayudas pueden otorgarse, tanto para el pago de la matrícula de estudios, como del material escolar, el transporte, la residencia, así como en concepto de atención compensatoria a la familia por la dedicación al estudio de alguno de sus miembros. Los tipos de estudios cubiertos por las ayudas, las clases y cuantías de las mismas, los requisitos económicos y académicos, y las obligaciones de sus beneficiarios, su concesión y renovación se ajustarán al sistema establecido en el

procedentes de organizaciones terroristas, serán objeto de especial atención, en el marco de sus competencias por parte de las Administraciones Públicas".

Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de becas y ayudas al estudio (art. 37.2 RD 671/2013).

No obstante, a efectos de calcular los rendimientos académicos mínimos exigidos a los beneficiarios de las ayudas al estudio, se corregirán las calificaciones medias señaladas con la multiplicación por un coeficiente reductor del 0,60 a aquellos alumnos con necesidades específicas de apoyo educativo que requieran de una adaptación curricular o de un aumento de tiempos para realizar los estudios en los supuestos de incapacidad física o psíquica (art. 37.2 RD 671/2013). Asimismo, de forma motivada, se podrá eximir del cumplimiento de los requisitos académicos mínimos al solicitante de la ayuda, atendiendo a la fecha de comisión del atentado terrorista o a su repercusión en el propio solicitante y/o en su ámbito familiar (art. 37.3 RD 671/2013).

El plazo para la presentación de la solicitud —a la que se le deberá adjuntar, además de la documentación que al efecto establezca el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, una certificación del Ministerio del Interior acreditativa de la cualidad de víctima o beneficiario (art. 48.1 RD 671/2013)— será de tres meses desde la formalización de la matrícula del curso para el que se solicita la ayuda (art. 49.3 RD 671/2013).

Las ayudas al estudio percibidas por la condición de víctima de terrorismo serán incompatibles con las percibidas por los mismos conceptos de otras de otras Administraciones Públicas o de instituciones privadas (art. 38.1 RD 671/2013).

Junto a esta ayuda, se procederá a eximir del pago de las tasas académicas en los centros oficiales de estudios a las víctimas de actos terroristas, así como a los hijos (art. 39 RD 671/2013).

BIBLIOGRAFÍA

ALBA FIGUERO, M^a. C.: "La oficina de asistencia e información a las víctimas del terrorismo de la Audiencia Nacional. Luces y sombras de la asistencia a la víctima del terrorismo en el seno de la Administración de Justicia", *La Ley Penal*, n° 111, 2014, pp. 1-31.

DAZA BONACHELA, M^a. M.: *Escuchar a las víctimas. Victimología, derecho victimal y atención a las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

FAIRÉN GUILLÉN, V.: "Acción, proceso y ayuda a las víctimas del delito", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1991, n° 3, pp. 863-881.

FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005.

GARZÓN VALDÉS, E.: "El terrorismo político no institucional: propuesta de definición", *Claves de Razón Práctica*, 2001, n° 118, pp. 4-11.

GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Aranzadi, Navarra, 2015.

HERRERA MORENO, M.: *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Edersa, Madrid, 1996.

LANDROVE DÍAZ, G.: *La moderna victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

MUÑAGORRI LAGUÍA, I. y PÉREZ MACHÍO, A.I.: "Aproximación al sentido y alcance del art. 8.2 del Convenio Europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos de 1983. Tensiones con el principio de legalidad", *Revista Vasca de Administración Pública*, 2014, núm. especial 99-100, pp. 2107-2128.

PÉREZ RIVAS, N.: "El derecho de la víctima a olvidar", *La Ley Penal*, n° 122, 2016, pp. 1-20.

ROCA AGAPITO, L.: "Análisis del nuevo régimen jurídico-económico de las víctimas del terrorismo", *Diario La Ley*, 2012, n° 7776, pp. 1-17.

RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J.: "Sistemas de asistencia, protección y reparación de las víctimas", en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., TAMARIT SUMALLA, J. M^a.: *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 407-438.

ROIG TORRES, M.: *La reparación del daño causado por el delito: aspectos civiles y penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y KAHALE CARRILLO, D.T. (coords.): *Reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo*, Eolas, 2014.

SERRANO MASIP, M.: "Los derechos de información", en TAMARIT SUMALLA, J. M^a. (coord.): *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 69-100.

SOLÉ RIERA, J.: *La tutela de la víctima en el proceso penal*, J. M^a Bosch Editor, Barcelona, 1997.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico pena. Del olvido al reconocimiento*, Comares, Granada, 2006.

TAMARIT SUMALLA, J. M^a..:

- *La reparación a la víctima en el derecho penal. (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, Fundación Jaume Callís, Barcelona, 1994.

- "Los derechos de las víctimas", en TAMARIT SUMALLA, J. M^a. (coord.): *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 15-68.

- "Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2013, pp. 1-31.

TAMARIT SUMALLA, J. M^a., LUQUE REINA, E., GUARDIOLA LAGO, M^a. J. y SALINERO ECHEVARRÍA, S.: "La victimización de migrantes. Una encuesta a colombianos en Cataluña", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, 13-11, pp. 117-140.

TAMARIT SUMALLA, J. M^a., VILLACAMPA ESTIARTE, C. y FILELLA GUIU, G.: *Informe sobre l' atenció a les víctimes per part del sistema penal a Catalunya*, Universitat de Lleida, 2008.

VALEJE ÁLVAREZ, I.: "La víctima en los delitos contra la libertad sexual", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXII, 1999-2000, pp. 309-354.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "Los modelos de asistencia a las víctimas del delito: situación en España y perspectiva comparada", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010, pp. 1-47.

TRABAJO Y PUEBLOS ORIGINARIOS EN BOLIVIA: LA
INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONVENIO 169
DE LA OIT

*WORK AND INDIGENOUS PEOPLE IN BOLIVIA: THE ILO
CONVENTION NO. 169 AND THE CONSTITUTION*

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 296-319



Cayetano
NÚÑEZ
GONZÁLEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de marzo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: La tutela contra la discriminación de los pueblos originarios en el trabajo es una obligación del Estado. Cuando las leyes nacionales no desarrollan de un modo explícito esta protección, es necesario acudir al texto constitucional y a las normas internacionales del trabajo. En este artículo se analiza, para el fin descrito, la integración del Convenio 169 OIT en la Constitución Plurinacional de Bolivia.

PALABRAS CLAVE: Igualdad; no discriminación; pueblos indígenas; Constitución; normas internacionales del trabajo; Bolivia.

ABSTRACT: The protection against discrimination of indigenous peoples at work is an obligation of the State. Where national laws do not develop in an explicit way this protection, you need to go to the constitutional text and international labor standards. This article discusses, for the purposes described, the integration of ILO Convention 169 in the Plurinational Constitution of Bolivia.

KEY WORDS: Equality and non discrimination; indigenous peoples; Constitution; International labor standards; Bolivia.

SUMARIO.- I. El porqué de una reflexión sobre la diversidad cultural en el trabajo.- II. La Constitución de la República Plurinacional de Bolivia y las normas internacionales del trabajo.- III. La protección de las formas comunitarias de producción.- IV. La diversidad cultural y las relaciones laborales.

I. EL PORQUÉ DE UNA REFLEXIÓN SOBRE LA DIVERSIDAD CULTURAL EN EL TRABAJO.

La cultura es el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias. La diversidad cultural se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades¹.

La diversidad cultural ha sido, históricamente, origen de un trato desigual discriminatorio. La preocupación por erradicar estas prácticas y por conseguir la igualdad efectiva, son, hoy día, objeto básico de tratamiento jurídico. Así lo hace la Constitución de la República Plurinacional de Bolivia (en adelante, CRPB), considerando en su artículo 98.I a la diversidad cultural como “la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario”.

Parte para ello identificando como nación y pueblo indígena originario campesino a “toda colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española” (30 CRPB).

¹ Artículo 4 Convención de la UNESCO de 2005 sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales.

• Cayetano Núñez González

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e investigador del Instituto Polibienestar de la Universitat de València. Las líneas principales de investigación y publicaciones giran en torno a diferentes temas, como “los efectos de la globalización en los derechos sociales”, “los derechos laborales de los pueblos indígenas”, “discapacidad y empleo”, “discriminación por razones étnicas y trabajo”, “la prevención de los riesgos laborales” y “la transformación del modelo de seguridad social en los países latinoamericanos”. Coordinador de proyectos de colaboración y cooperación con entidades académicas y gubernamentales de Bolivia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela. Coordinador del Proyecto “Creación del Centro de Investigaciones Comunitarias” de la UMSA. Fue consultor de Naciones Unidas en Guatemala. Correo electrónico: cayetano.nunez@uv.es.

La diversidad cultural merece respeto y protección, porque el trato peyorativo atenta contra la dignidad humana que ha provocado una histórica marginación y desventaja social. La cuestión ahora es valorar qué respuestas tiene el Derecho boliviano para regular y encauzar debidamente un fenómeno social que plantea un gran reto al ejercicio pleno y eficaz de los derechos humanos.

Se abre de esta forma un proceso de reconstrucción institucional, basado en los principios de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, equidad social y de género, bienestar común y justicia social, entre otros (8.II de la CRPB). Teniendo como fines y funciones esenciales del Estado construir una sociedad justa y armoniosa sin discriminación ni explotación, garantizando el desarrollo y la igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades y fomentando el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe (9.I y 2 de la CRPB).

Estos mandatos constitucionales constituyen una exigencia para los poderes públicos, así como derechos plenos directamente exigibles por sus destinatarios individuales y colectivos. No obstante, su calificación como principios, valores y fines del Estado tienen una proyección que va más allá de lo jurídico, en el sentido de ir formando una nueva conciencia social de respeto a la diferencia, como valor esencial de la convivencia democrática: fomentar una educación basada en el ser humano, en el derecho a gozar de su libre personalidad, de su identidad individual y colectiva, de su dignidad, siendo como son "los derechos humanos son el núcleo básico, ineludible e irrenunciable del status jurídico del individuo la proyección positiva, inmediata y vital de la dignidad de las personas"².

En este sentido, siendo como debe ser lo jurídico un receptor de los cambios sociales y económicos, debemos ser conscientes de que el Derecho tiene también la opción de anticiparse y orientar las transformaciones sociales y económicas³, con objeto de armonizar las relaciones humanas y evitar sus posibles conflictos.

La propuesta consiste en contar con un código de conducta y con unas normas jurídicas que ayuden a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas: "conseguir la igualdad exige adoptar medidas que favorezcan a las personas que se encuentran desfavorecidas, respetando, con una sensibilidad adecuada, el valor subjetivo que esas personas muestran, tanto por el respeto a sus tradiciones como a su identidad cultural"⁴.

2 Tal y como afirman GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: "Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral", en *El modelo social de la Constitución Española de 1978* (director A. SEMPERE NAVARRO), MTAS, Madrid 2003, pp. 251-252.

3 CASAS BAAMONDE, M. E.: "Prólogo a la edición española", *Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 17.

4 Sentencia del Tribunal Constitucional español 69/2007, en adelante STC, Voto Particular de Rodríguez-Zapata.

Desde esta perspectiva, la integración es, ante todo, igualdad de derechos (que no uniformidad) y, por tanto, no sólo no discriminación, sino también igualdad⁵. Como consecuencia, “la igualdad no es identidad ni homogeneidad, puesto que no prescinde de elementos diferenciadores”⁶, sino el derecho “a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros, y de cada individuo una persona como todas las demás”⁷.

Es este razonamiento el que observa el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su Recomendación general n° 32, donde subraya que el “término “no discriminación” no implica que sea necesario un trato uniforme cuando existen diferencias importantes entre la situación de una persona o grupo y la de otros o, en otras palabras, cuando hay una justificación objetiva razonable para la diferencia de trato. Dar un mismo trato a personas o grupos cuyas situaciones sean objetivamente diferentes constituirá discriminación en la práctica, como lo constituirá también el trato desigual de personas cuya situación sea objetivamente la misma”⁸.

El respeto a la diversidad cultural, el derecho a ser diferente, es parte del respeto y pleno desarrollo de la dignidad humana, como “derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”⁹. Lo que implica una explícita interdicción de que determinadas diferencias sean la razón que ha situado históricamente, tanto por la acción de los poderes públicos como de la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona, cuya personalidad viene determinada “por el modo de concebir el sentido de la vida o la muerte, de la felicidad, de la justicia y la organización social, nacidas de distintas cosmovisiones que justifican la existencia de diferentes normas y valores”¹⁰.

La dignidad no admite discriminaciones por razón de nacimiento, origen racial o étnico, opiniones o creencias, según el artículo 14.II de la CRPB y el artículo 5 b) de la Ley 045 contra el racismo y toda forma de discriminación, norma que define el racismo como “toda teoría tendente a la valoración de unas diferencias biológicas

5 DE LUCAS, J.: “La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 2001, p. 263.

6 AÑÓN ROIG, M. J.: *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001, pp. 23-24.

7 FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, p. 82.

8 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL: *Recomendación general n° 32*, - CERD/C/GC/32-, párrafo 8°.

9 STC 192/2003, de 27 de octubre (RTC 2003, 192).

10 En palabras de CORTINA, A.: *Ciudadanos del Mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, Alianza Editorial, 2005, p. 188.

y/o culturales, reales o imaginarias en provecho de un grupo y en perjuicio del otro, con el fin de justificar una agresión y un sistema de dominación que presume la superioridad de un grupo sobre otro". Se considera, de esta forma, "que el odio o el desprecio a todo un pueblo o a una etnia es una perversión jurídica incompatible con el respeto a la dignidad humana, rechazo predicable sobre las conductas que, proyectadas sobre un solo individuo, encuentran su motivación en la pertenencia de este a un grupo racial, étnico, religioso o cultural determinado"¹¹.

Como consecuencia, es evidente que el pluralismo y la diversidad son incompatibles con la asimilación: la convivencia no puede consistir en que una cultura fagocite a las culturas diferentes¹². La llamada lógica de la identidad se limita a reducir las cosas a unidad, buscando una fórmula que solo admite a las personas si están dentro de una categoría, negando o reprimiendo la diferencia. "En el discurso occidental estas dicotomías se estructuran en torno a la dicotomía buena/mala, pura/impura. La primera parte de la dicotomía se eleva sobre la segunda porque designa lo unificado, idéntico a sí mismo, mientras que la segunda parte se ubica fuera de lo unificado como lo caótico, sin forma, en transformación, que siempre amenaza con traspasar el borde y romper la unidad de lo Bueno"¹³.

Pues bien, una sociedad solo es democrática si respeta el ser diferente, sin forzar a las personas a ajustarse a la "normalidad" artificial construida por quien ostenta el poder¹⁴. La interculturalidad está basada en un diálogo que fomente el respeto mutuo, pero desde la consideración del otro como un *alter ego*¹⁵ en un intercambio entre culturas que se dirija hacia la comprensión, la interacción, la inclusión y la igualdad efectiva. Es así como la CRPB, en su artículo 98.I la considera como el "instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones".

Esta actividad debe ser capaz de aportar soluciones concretas, también jurídicas, cuya finalidad estructural sea eliminar cualquier conducta discriminatoria, al mismo tiempo que fomenta la igualdad compensando, mediante medidas de acción positiva, las desventajas y desigualdades que la discriminación histórica ha provocado. La concepción ideológica de la organización moderna de la sociedad debe incorporar las complejas adaptaciones que la diversidad exige¹⁶.

11 STC 13/2001, de 29 de abril (RTC 2001, 13).

12 Sobre asimilacionismo, ver ELÓSEGUI ITXASO, M.: "Asimilacionismo, multiculturalismo, interculturalismo", Claves de la razón práctica 74/1997, pp. 24 ss.

13 YOUNG, I. M.: *Justice and the politics of difference*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1990, en la traducción de ÁLVAREZ S.: *La justicia y la política de la diferencia*, Universitat de València, Madrid 2000, pp. 77 ss.

14 GARRIDO PÉREZ, E.: "El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades", *Temas Laborales* 59/2001, p. 173.

15 CORTINA, A.: *Conferencia "Tolerancia y solidaridad"*, Universitat de València, 29 de marzo de 2007.

16 De modo similar lo expresa BARBERÁ, M.: "El desafío de la igualdad", *Temas Laborales* 59/2001, p. 259.

Es por ello que la Ley 045 afirma, en este sentido, que el Estado “promoverá las condiciones necesarias para lograr la igualdad real y efectiva adoptando medidas y políticas de acción afirmativa y/o diferenciada que valoren la diversidad, con el objetivo de lograr la equidad y justicia social, garantizando condiciones equitativas específicas para el goce y ejercicio de los derechos, libertades y garantías reconocidas en la Constitución Política del Estado, leyes nacionales y normativa internacional de Derechos Humanos”. Definiendo en su artículo 5 k) como “aquellas medidas y políticas de carácter temporal adoptadas en favor de sectores de la población en situación de desventaja y que sufren discriminación en el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado y en los instrumentos internacionales. Constituyen un instrumento para superar los obstáculos que impiden una igualdad real”.

Siguiendo un resultado lógico de los anteriores razonamientos, es obligado recordar que la discriminación sigue siendo una práctica cotidiana en todas las dimensiones sociales. Y lo es también en el mundo productivo, en el que sus consecuencias revisten una intensa gravedad, al limitar o impedir el acceso al trabajo y a los medios de producción, aumentando considerablemente el riesgo de marginación social¹⁷.

Así las cosas, es evidente que la protección de la diversidad cultural tendrá la misma virtualidad en el ámbito económico que en cualquier otro ámbito de la sociedad. Incluso, puede decirse que el económico tiene una relevancia especial, al ser un espacio en el que entran en conexión constante múltiples intereses humanos, destacando aquellos que se relacionan con sus posibilidades de inclusión social en un mundo que se administra, de manera primordial, por la capacidad de acceso al mercado.

Un ambiente laboral respetuoso con la dignidad humana es sinónimo de un entorno pacífico que favorece la cohesión social y la democracia: sirve para evitar riesgos sociales y sus manifestaciones conflictivas, con beneficio humano y económico colectivo que también se refleja en el mundo del trabajo. Es importante tomar en consideración la conexión que el derecho a la igualdad efectiva despliega entre la diferencia como parte de la identidad personal y la discriminación que la misma pueda provocar y la desigualdad como condición social.

“Las diferencias —sean naturales o culturales— son los rasgos específicos que distinguen y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, deben ser tuteladas por los derechos fundamentales. Mientras que las desigualdades —sean económicas o sociales— son en cambio las disparidades entre sujetos

17 Estas ideas pueden verse, con mayor profundidad, en NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *Interculturalidad y Derecho del Trabajo (Una aproximación a la gestión no discriminatoria de la diversidad cultural en la empresa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas identidades de cada persona; las segundas, a formar las diversas esferas jurídicas. Unas son tuteladas y valoradas, frente a discriminaciones o privilegios, por el principio de igualdad formal en los derechos fundamentales de libertad; las otras son, si no removidas, al menos reducidas o compensadas por aquellos niveles mínimos de igualdad sustancial que están asegurados por la satisfacción de los derechos fundamentales sociales. En ambos casos la igualdad está conectada con los derechos fundamentales: a los de libertad en cuanto derechos al igual respeto de todas las diferencias; a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las desigualdades"¹⁸.

A estos efectos, se distingue la relevancia de lo establecido en el artículo 312 CRPB (complementado con el artículo 313), al determinar que la finalidad de toda actividad económica consiste en "contribuir al fortalecimiento de la soberanía económica del país, sin permitir la acumulación privada de poder económico en grado tal que ponga en peligro la soberanía económica del Estado". Al tiempo que exige que "todas las formas de organización económica tienen la obligación de generar trabajo digno y contribuir a la reducción de las desigualdades y a la erradicación de la pobreza y que todas las formas de organización económica tienen la obligación de proteger el medio ambiente".

La extensión de este mandato a "todas las formas de organización económica" es significativa, en tanto en cuanto el artículo 306 de la CRPB declara que el modelo económico boliviano es plural, teniendo una formación económica compleja: existe más de un modo o más de una manera de producir los bienes que satisfacen necesidades. Esto significa que está constituido, de un lado, por las formas de organización económica comunitaria, que habrá que tener en cuenta, con sus rasgos y particularidades; de otro, por el ámbito de las relaciones laborales reguladas por el Derecho del Trabajo, que deberán superar la tensión entre las expectativas del poder económico por proteger sus intereses en el entorno laboral y la tutela de los derechos humanos fundamentales de la clase trabajadora. Por último, conviene recordar la situación del trabajo autónomo o independiente, cuya situación padece la típica ausencia de una regulación protectora en sus relaciones de trabajo, si bien en cualquiera de sus expresiones está plenamente vigente la normativa general antidiscriminatoria.

II. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA PLURINACIONAL DE BOLIVIA Y LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO.

La Organización Internacional del Trabajo ha tenido especial cuidado en advertir que la discriminación y la desigualdad son situaciones censuradas en las relaciones

¹⁸ Como señala FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías*, cit., p. 82.

de trabajo. La Declaración de Filadelfia de 1944 ya establecía, como principio fundamental de la OIT, la imposibilidad de considerar el trabajo como una mercancía, afirmando, de igual modo, que la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social. Todos los seres humanos tienen derecho, por tanto, a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades, sin distinción de raza, credo o sexo. Una meta fundamental de la OIT, al menos lo que desprende de su teoría, es garantizar la igualdad de trato de todos los individuos y grupos en el mercado de trabajo, así como la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación.

Destacan en esta labor los Convenios 100 sobre igualdad de remuneración y, especialmente, el Convenio 111 y la Recomendación 111 de 1958 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, que complementan con la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, donde se reitera el compromiso de los Estados miembros de eliminar la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Se prohíben las discriminaciones en el empleo que hayan nacido de una ley o resulten de la práctica que, en realidad, son las más frecuentes, de hecho, se afirma que “la discriminación es cada vez menos resultado de legislaciones nacionales, aparte de algunos casos excepcionales. Se debe frecuentemente a actitudes de individuos y de grupos debidas a prejuicios o a intereses. La lucha contra tal fenómeno social no debe, pues, limitarse a medidas de orden legislativo, sino a una acción en el plano práctico, y especialmente una acción educativa. Más aún, la desigualdad de oportunidades y de trato deriva con frecuencia de la desigualdad de condiciones económicas de diversos grupos técnicos o más simplemente de diferencias de situaciones individuales relativas a la instrucción, a la formación recibidas, al sexo o al medio en que se vive”¹⁹.

Teniendo en cuenta que las situaciones proscritas son tanto las que limitan las oportunidades de encontrar un empleo como las que perjudican a la persona en sus condiciones de trabajo. El alcance de esta norma se proyecta a través de una doble preocupación: no sólo pretende eliminar las desigualdades de trato (aspecto negativo), sino también promover la igualdad de oportunidades (aspecto positivo). En este sentido, no sólo promueve la adopción de medidas concretas, sino que además salva las posibles críticas que pudiesen llegar desde aquellos colectivos que no se vean por ellas favorecidos. De este modo, las medidas especiales de protección que se adopten con la misión de satisfacer las necesidades particulares de determinadas personas no se consideran discriminatorias con respecto a las demás (artículo 5 del Convenio 111), lo que legitima la desigualdad cuando la misma sea precisa para aproximarse a la igualdad.

19 VALTICOS: *Derecho internacional del trabajo*, Tecnos, 1977, pp. 273 y 277.

El Convenio 111 obliga a cada Estado, en su artículo 2, a llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y de trato, eliminando cualquier discriminación por motivos de raza, color; sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, en todos los ámbitos de las relaciones de trabajo, incluido el acceso al empleo (artículo 1). Lo que incluye crear condiciones necesarias para la promoción y la protección de la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de las personas que pertenecen a minorías nacionales, a través de medidas especiales que no serán discriminatorias cuando estén destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que por razones discriminatorias se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial (artículo 5 Convenio 111).

En esta actividad, el Estado debe asumir responsabilidades primordiales en la aplicación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, por todos los individuos y todos los grupos humanos en condiciones de plena igualdad de dignidad y derechos y, cuando las circunstancias lo justifiquen, aplicarse programas especiales para promover la mejora de la situación de los grupos menos favorecidos. Como decía, los prejuicios culturales negativos suelen estar vinculados a las desigualdades de poder; y tienden a agudizarse a causa de las diferencias económicas y sociales entre los individuos y los grupos humanos. Estos conflictos son especialmente críticos en las actividades productivas, debiendo el Derecho activar medidas interculturales de reconocimiento y redistribución que se inserten en el marco político, económico y social adecuado para su aplicación.

Respecto a los pueblos indígenas, debe resaltarse, de manera especial, en consonancia con algunas previsiones ya contempladas en el Convenio 107, el contenido del Convenio 169 OIT de 1989, norma que despliega un mandato universal contra la discriminación de los pueblos indígenas y tribales, apoyado en 2007 por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Antes de entrar en su contenido, interesa destacar que el Convenio 169 y la CRPB se encuentran en perfecta sintonía. En primer lugar, porque el contenido de ambas normas es armónico y complementario, como se podrá ver tanto en la dimensión de la actividad productiva comunitaria como en las relaciones laborales. En segundo lugar, porque la propia CRPB se encarga de afirmar, de modo taxativo, en su artículo 13.III, que los tratados y convenios ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional que reconocen los derechos humanos prevalecen en el orden interno, debiendo los derechos constitucionales ser interpretados de conformidad con los mismos.

Respecto a esta segunda cuestión, es relevante entender el papel que juega el Convenio 169 en el ordenamiento jurídico boliviano. De un lado, en cuanto norma mínima, no admitirá ninguna norma infra constitucional que contradiga sus

previsiones. De otro, es una norma de plena aplicación por los poderes públicos, en virtud de su contenido y de la interpretación que del mismo tengan los organismos internacionales encargados de garantizar su adecuada aplicación. De esta forma, no cabe duda de que los poderes públicos, sobre la base de sus compromisos internacionales adquiridos, deberá acoger la doctrina de la OIT, de la Comisión IDH y de la Corte IDH, para garantizar los derechos que para personas y colectividades incorpora, mandato que viene refrendado por el artículo 14.III de la CRPB²⁰.

Sobre el contenido del Convenio 169 OIT es significativo destacar su insistencia en el ejercicio pleno de los derechos sociales, económicos y culturales respetando la identidad social y cultural, así como las costumbres de cada persona y pueblo al que pertenece. Es bien consciente de que cualquier capacidad de autogobierno pasa por una vida digna, no condicionada a factores externos de carácter político o económico que puedan sujetar su derecho a decidir. El cumplimiento de esta garantía pide que se elabore una legislación que permita ejercer los derechos en igualdad de condiciones que a las demás personas (ver artículos 2 y 3) y, cabe entender también, consiguiendo igualdad en los resultados.

Siguiendo este razonamiento, el artículo 20 del Convenio 169 ordena a los Estados que se hagan garantes del ejercicio efectivo de dichos derechos, adoptando medidas especiales contra la discriminación por razones étnicas, una especie de medidas de acción positiva reforzadas para el efectivo cumplimiento de sus derechos.

Toda esta actividad legislativa se entiende que persigue la igualdad efectiva, expresión contemporánea incorporada en la Ley 045 contra el racismo que contempla tanto la igualdad de oportunidades como de resultados. Se requiere, con este objetivo, de una consulta preceptiva, mediante procedimientos que permitan a los pueblos indígenas originarios decidir libremente sobre cualquier decisión política que les concierna, derecho que incluye también la capacidad de decidir sobre los planes y programas de desarrollo que les afecten (artículos 6 y 7). Este derecho a la consulta es, precisamente, el que más relevancia ha tenido en América Latina, tanto doctrinal como judicialmente, derecho que ha planteado una alta conflictividad, por los intereses enfrentados. En efecto, este derecho ha venido a ejercerse, casi siempre, ante la intención de las industrias extractivas de ocupar el territorio de los pueblos

20 Sobre el control de convencionalidad, puede verse, entre otros, a ALDUNATE LIZANA, G: "La posición de los Tratados Internacionales en el Sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo", *Revista Ius et Praxis*, 2/2010, pp. 185-210; GALDÁMEZ ZELAYA, L. M.: "El uso de Derecho y jurisprudencia extranjera para el Tribunal Constitucional de Chile: más derecho comparado y menos diálogo interjudicial", en AA.VV.: *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos* (coord. por H. NOGUEIRA ALCALÁ), Librotecnia, Santiago de Chile, 2012, pp. 189 ss.; JIMENA QUESADA, L.M.: *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Aranzadi, Madrid, 2013; SALCEDO BELTRÁN, M. C.: "Reformas frente a la crisis económica y Carta Social Europea", *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica* (coord. L. M. JIMENA QUESADA), Bomarzo, 2014, pp. 97-238.

indígenas y obtener los recursos naturales²¹. Como consecuencia, es evidente que la importancia de este proceso de consulta y participación es incuestionable, como lo es su transversalidad a todos los derechos del Convenio, razón que hace comprensible que toda la atención doctrinal se haya centrado en el.

Quizás sea este el motivo por el que se ha eclipsado el análisis del resto del marco jurídico del Convenio, cuya riqueza es también trascendental. En este sentido, como cabe deducir de su propia naturaleza de norma internacional del trabajo, su contenido muestra una dedicada atención al respeto en el ejercicio de la actividad laboral, aspecto poco explorado que amerita dedicar ciertas reflexiones.

III. LA PROTECCIÓN DE LAS FORMAS COMUNITARIAS DE PRODUCCIÓN.

El artículo 306 de la CRPB señala que la economía plural tiene en cuenta las formas de organización económica comunitaria, que complementará el interés individual con el interés colectivo con principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. El artículo 307 señala que el Estado reconocerá, respetará, protegerá y promoverá la organización económica comunitaria que comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en los principios de visión propios de las naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos²².

En sintonía, el Convenio 169 es consciente de la importancia de la satisfacción autónoma de sus necesidades mediante sus formas propias de trabajo colectivo²³. En este modelo de organización de las relaciones sociales de producción, la idea fuerza es la toma de decisiones conjuntas, la autogestión y el aprovechamiento colectivo de la producción, sus excedentes y sus plusvalías.

Ahora bien, la producción comunitaria sería imposible sin considerar la importancia que tiene la relación entre los pueblos indígenas originarios campesinos y su territorio y hábitat. De manera inevitable, los aspectos colectivos de esa relación productiva que proclama la OIT encajan con el derecho a la propiedad y posesión sobre las tierras, prestando la Parte II (artículos 13 a 19 C169OIT) una dedicada atención a su tutela, sin la cual es imposible mantener dichas formas comunitarias de producción. Se entiende aquí que para desplegar dicha custodia no es necesario que dichos territorios hayan estado ocupados exclusivamente por las comunidades originarias, siendo suficiente que hayan tenido acceso histórico a las mismas. Como tampoco lo es, tal y como ha reconocido de manera reciente el Tribunal

21 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Pueblos indígenas. Comunidades Afrodescendientes. Industrias extractivas*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15.

22 En consonancia con la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 5.

23 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Comprender el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales 1989 (número 169)*, OIT, Ginebra, 2013, p. 22.

constitucional Plurinacional de Bolivia, en SCP 0006/2016, “el reconocimiento formal a los pueblos originarios por parte de un Estado no debe ser requisito previo para que se titule el territorio que ancestralmente han ocupado”, porque se entraría en contradicción con los artículos I. 30.II. y 410.II de la CRPB), con el artículo I.2 del CI 69OIT y los artículos 2; 3 y 33.I de la DNUDPI²⁴.

Como afirma la CIDH²⁵, la “relación única entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios ha sido ampliamente reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 21 de la Convención Americana y el artículo XXIII de la Declaración Americana protegen esta vinculación estrecha que guardan con las tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales, vinculación de importancia fundamental para el goce de otros derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales”. La Corte Interamericana ha insistido en que “los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica”. Para la CIDH, la relación especial entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios significa que “el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales”. Esta relación especial “es fundamental tanto para la subsistencia material como para la integridad cultural de los pueblos indígenas y tribales”. La CIDH ha sido enfática en explicar, en este sentido, que “la sociedad indígena se estructura en base a su relación profunda con la tierra”; que “la tierra constituye para los pueblos indígenas una condición de la seguridad individual y del enlace del grupo”; y que “la recuperación, reconocimiento, demarcación y registro de las tierras significan derechos esenciales para la supervivencia cultural y para mantener la integridad comunitaria”. En la misma línea, la Corte Interamericana ha señalado que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”; que “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”; y que “la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta

24 Sobre la Sentencia, ver COLONIA MENDOZA, B.: “Bolivia: Titulación de la propiedad indígena no está condicionada al reconocimiento estatal de la ‘personalidad jurídica’ de los pueblos indígenas”, <https://alertanetiids.lamula.pe/2017/01/16>.

25 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Derechos de los pueblos indígenas y tribales. Sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.V-VI.htm>.

que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”.

Se pretende con esta protección permitir, como afirma el artículo 30.II.10 de la CRPB, hacer efectivo el derecho a vivir en un medio ambiente sano (cuyo amparo reitera el artículo 312 CRPB), con un manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas. El derecho a los recursos naturales ha de protegerse especialmente, contando con su participación en la utilización y administración (30.II.17 de la CRPB), a la gestión territorial indígena autónoma (289 de la CRPB) y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio, así como el respeto a las modalidades de transmisión propias de los derechos sobre la tierra y el derecho a la titulación colectiva de tierras y territorios (30.II.6 de la CRPB y 27 DNU DPI), a que sus saberes y conocimientos tradicionales sean valorados, respetados y promocionados (30.II.9 CRPB), a la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos (30.II.11 CRPB) y al fomento y desarrollo de su vocación productiva (304.19 CRPB).

La necesaria tutela de sus saberes y de sus conocimientos está también relacionada con el respeto que el artículo 23 C169 señala respecto de las ocupaciones tradicionales de los pueblos originarios. Qué duda cabe de que no se está pensando en una visión estática de unas prácticas productivas, puesto que su evolución siempre ha sido constante, sino de su recuperación y fomento en equilibrio entre los valores y creencias en los que se fundamentan y los avances técnicos contemporáneos que sean respetuosos con la naturaleza. Su rescate es fundamental como formas de un modelo de desarrollo que se basa en una relación sostenible con el medio ambiente y es, además, expresión de su propia cultura.

Las ideas que se acaban de expresar, la propiedad de la tierra, el respeto a sus formas de organización y producción comunitarias, la tutela de la propiedad colectiva de sus saberes, conocimientos y prácticas ancestrales están sin duda vinculadas a las posibilidades que tienen los pueblos originarios para satisfacer sus derechos económicos, sociales y culturales. Siguiendo esta lógica, la participación efectiva y el desarrollo “auto determinado”²⁶ es inviable sin proteger y hacer efectivos estos derechos que se basa “no solo en su compromiso con instrumentos concretos sobre

26 Comunicado conjunto, en el Día Internacional de los Pueblos Indígenas, de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Victoria Tauli Corpuz, y el Relator sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Francisco Eguiguren, Washington, D.C. (10 de agosto 2016).

los derechos de los pueblos indígenas, como la Declaración y el Convenio Núm. 169 de la OIT, sino que es un elemento integrante de sus obligaciones de conformidad con el Pacto Internacional y otros instrumentos de derechos humanos aplicables”, de modo que “el derecho a la libre determinación en el contexto de los derechos económicos, sociales y culturales tiene por objeto combatir la asimilación histórica y garantizar que los pueblos indígenas puedan mantener su integridad cultural y seguir sus propias aspiraciones de desarrollo libremente determinado”²⁷.

Dicho lo cual, se considera de interés volver al derecho a la consulta. Si los pueblos indígenas, originarios campesinos, a la hora de decidir qué hacer sobre cualquier política pública que les afecte o ante una solicitud de intervención sobre sus tierras no tienen satisfechos dignamente sus derechos fundamentales, cualquier consulta estará viciada. Más allá del carácter vinculante o no de la consulta, lo que de por sí ya es un tema complejo, parece razonable pensar que la única manera de que el consentimiento sea libre es que los pueblos originarios no se vean sometidos a la presión de tener que elegir entre la miseria de una vida que no satisface los derechos fundamentales y la precariedad de las contraprestaciones que se suelen ofrecer por la cesión de sus derechos materiales o inmateriales.

IV. LA DIVERSIDAD CULTURAL Y LAS RELACIONES LABORALES.

Los derechos laborales constituyen un elemento fundamental, “pero a menudo pasado por alto, de los derechos económicos de los pueblos indígenas, lo que es irónico si se tiene en cuenta que, en un principio, fue la explotación de los trabajadores indígenas la que suscitó preocupaciones internacionales sobre la situación de los pueblos indígenas y dio lugar a la adopción del primer instrumento internacional sobre sus derechos, el Convenio Núm. 107 de la OIT, de 1957. Todos los datos disponibles indican que la explotación y la discriminación de los trabajadores indígenas persisten hoy día. Grandes números de pueblos indígenas siguen excluidos de la formación profesional, las oportunidades de empleo y la protección social. Muchos están atrapados en la economía informal, a menudo en trabajos precarios y mal pagados”²⁸.

De ahí deriva la relevancia del Convenio 169 OIT, en el que se detalla de un modo especial cómo respetar la diversidad en la empresa para evitar que exista discriminación racial en las relaciones laborales, considera por el artículo 5 b) de la Ley 045 contra el racismo y toda forma de discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza o por el color,

27 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz. Los derechos de los pueblos indígenas, incluidos sus derechos económicos, sociales y culturales en el marco para el desarrollo después de 2015, A/69/267, ONU, Nueva York, 2014, pp. 6-7.

28 Ver Informe de la Relatora de la ONU, cit., p. 19 ss. donde también se hace referencia a la situación de la mujer indígena.

ascendencia u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado, anular o menoscabar, directa o indirectamente el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Estado y las normas internacionales de Derechos Humanos, en las esferas política, económica, social, cultural o cualquier otra esfera de la vida pública y/o privada”.

En efecto, la empresa es sujeto de derechos y obligaciones y la protección de los derechos fundamentales tiene eficacia también en las relaciones privadas, “considerando aplicables directamente los preceptos constitucionales que reconocen los derechos fundamentales como normas invocables directamente ante los órganos judiciales también en las relaciones privadas”²⁹. De lo que se deduce que la empresa debe velar porque en su espacio físico y en el desarrollo de su actividad se tutelen los derechos humanos, en especial el derecho a la no discriminación (48. II de la CRPB, DS 28699 y 17 DNU DPI). Su responsabilidad social va, por tanto, más allá de un acto voluntario, lo que significa que el Derecho debe reconocer y tutelar suficientemente este derecho/obligación, cuya lesión es pluriofensiva por la cantidad de derechos fundamentales que pueden verse implicados³⁰.

Adquiere por tanto máxima actualidad la idea ya expresada de que la empresa no puede ser una burbuja donde la diversidad cultural adquiera un carácter neutro, invisible, “a través de un tratamiento jurídico indiferenciado que estimule la igualdad en detrimento de la identidad comunitaria de origen”, en lugar de un “tratamiento jurídico diferenciado que incentiva las diferencias” y se “asiente en la conciencia social y en el tráfico jurídico”³¹.

Y, desde luego, exige el más absoluto respeto a los derechos laborales, cuya naturaleza irrenunciable es esencial al desarrollo de una actividad por cuenta ajena (48. II de la CRPB). Desde esta perspectiva, hay que tener presente que el acceso, la promoción y la permanencia en el trabajo encuentran, con frecuencia, obstáculos relacionados con la igualdad de oportunidades, unas veces vinculadas al acceso a la formación, otras relacionadas simplemente con prejuicios negativos vinculados a la calidad de su trabajo.

El Convenio 169 OIT (artículos 17 a 20) viene a reiterar la prohibición de cualquier norma o práctica discriminatoria en el empleo, empezando por la selección,

29 Vía utilizada por el Tribunal Constitucional español para garantizar estos derechos. Por todos, RODRIGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, *El modelo social de la Constitución Española de 1978* (coord. A. SEMPERE NAVARRO), MTAS, Madrid, 2003, p. 208.

30 SAGARDÓY BENGOCHEA, J. A. y GIL Y GIL, J. L.: “El acoso psicológico en el trabajo”, en “El futuro del Derecho del Trabajo: consideraciones desde una perspectiva alemana”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, p. 820.

31 VALDÉS DAL-RE, F.: “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *Relaciones Laborales I/1990*, pp. 577-578.

siguiendo por la obligación de obtener una retribución igual por un trabajo de igual valor; incluyendo también las relacionadas con la protección social (artículos 24 y 25). Se incluyen aquí tanto los derechos típicamente laborales como aquellos otros derechos de la persona que sin naturaleza laboral (vida, integridad personal, honor, libre desarrollo de la personalidad, intimidad, libertad de expresión...) están plenamente vigentes en la relación laboral.

Se proscriben así las conductas mediante las que el empleador trate de modo distinto a sus empleados en base, entre otros, a motivos relacionados con su apariencia física o sus rasgos étnicos, asegurando la libertad de los trabajadores³². No hay ninguna fase de la relación de trabajo que pueda ignorar esta tutela antidiscriminatoria, reiterado este mandato por el artículo 17 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Ni en el acceso al empleo, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción. Ni en el acceso a la orientación y formación profesional. Como tampoco en el disfrute de las condiciones de trabajo, incluidas las condiciones retributivas y el régimen extintivo.

A modo ilustrativo, se considera una discriminación directa aquella conducta que tenga por objeto rechazar a un candidato por su origen étnico, incluidas las órdenes de discriminar; considerando entre las mismas las que un empresario dé a sus trabajadores, a sus contratistas o subcontratistas o a las empresas encargadas de poner trabajadores a disposición. Como lo es, entre otras, la conducta extintiva cuyo único motivo consiste en el origen étnico del trabajador.

Otras veces se utilizan fórmulas aparentemente neutras, pero cuyo impacto ocasiona una desventaja a una persona respecto de otras por razón de su origen étnico. Estas discriminaciones indirectas están igualmente vedadas por el ordenamiento jurídico: es ilegal cualquier práctica empresarial dirigida a limitar, segregar o clasificar a sus trabajadores de modo que se les prive o se tienda a privarles de oportunidades de empleo o se afecte adversamente su estatus por causa de su raza, etnia o religión. Una manifestación típica de este comportamiento consiste en solicitar titulaciones académicas o experiencias profesionales que no se corresponden con el puesto a cubrir, a sabiendas de que por razones económicas o geográficas las personas de algunas etnias no van a poder cumplir con dicho requisito. Igualmente, se considera discriminación indirecta solicitar una imagen física concreta, como la altura, cuando no es imprescindible para el trabajo.

Y, en sintonía con las prácticas discriminatorias comentadas, conviene advertir que el acoso en el trabajo por razones étnicas es, por sus repercusiones psicosociales, una

32 ROSELL GRANADOS, J.: "Imprudencia de sanción laboral por uso de la vestimenta religiosa", *Aranzadi Social* 1/2003 (BIB 2003/467).

actitud discriminatoria especialmente reprochable. Y ello, con independencia de que esta actitud ofensiva se manifieste mediante alusiones directas o alegóricas hacia la etnia de una persona, o que el acoso cultural (la xenofobia, el racismo, la intolerancia en general) se encuentre oculto en un acto de acoso psicológico (cambio de puesto, aislamiento social, rumores sobre su capacidad de trabajo, etc.) que afecte a una persona o personas que pertenezcan a un colectivo culturalmente diferente. En ambos casos, es suficiente con que se produzca el hostigamiento, sin necesidad de que haya un daño efectivo a la salud psíquica o física, ni resulte imprescindible que quienes acosan lo hagan movidos por una intención, finalidad u objetivo.

La protección ante la discriminación cultural en el trabajo tiene su fundamento en el propio contenido de los derechos fundamentales afectados, como son la propia imagen, la intimidad o la identidad. Conviene recordar que la cesión de esta esfera de libertad puede provocar a la persona un intenso daño moral y social, por el rechazo que en su entorno pueda sufrir.

El Derecho tiene que articular fórmulas para equilibrar los derechos en juego, en aras a conseguir una convivencia respetuosa, integrando las preocupaciones sociales y ambientales en las operaciones empresariales, proceso conocido como responsabilidad social de las empresas y que, lejos de quedar a la voluntad empresarial, debe estar fuertemente regulado por el ordenamiento jurídico, teniendo como tiene a la dignidad humana como bien jurídico protegido.

En este proceso de tutela se utilizan lo que ha venido a denominarse las herramientas técnicas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales. De un lado, tiene especial relevancia el criterio de proporcionalidad³³. De otro, conocido el grado de cesión de cada derecho, es posible utilizar la acomodación razonable, práctica que se concreta mediante los llamados ajustes razonables; esta es un típica medida utilizada para apoyar la igualdad efectiva de las personas con discapacidad, aunque perfectamente extrapolable a cualquier causa discriminatoria³⁴.

Conviene así mismo tener en cuenta los nuevos instrumentos adjetivos aparecidos en algunas legislaciones, como el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y, en especial, su prueba indiciaria. Este mecanismo probatorio es particularmente útil en la protección antidiscriminatoria, formando un criterio previo a partir de las alegaciones de la parte actora, cuando de ellas se deduce la existencia de indicios fundados de discriminación, momento en el que corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente

33 Sobre el particular, *in extenso*, es interesante ver a GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.: "Conflicto y ponderación", cit., p. 251 ss.

34 Un análisis más detallado de esta figura en ESTEBAN LEGARRETA, R. y NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: "Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo", en *XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, 2005. Desde una óptica más filosófica, se puede ver a WENCES, I.: "Diversidad cultural y acomodados razonables. Una lectura desde la no dominación", *Foro Interno* 2015, 15, 39-67.

probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Su relevancia reside en que la prueba se erige como el elemento más difícil y esencial, porque la discriminación viene cualificada por la actividad del empleador que, en muchas ocasiones, no es abierta, sino que está oculta a través de prácticas aparentemente neutras. La variedad del proceder discriminatorio se traduce en la especial dificultad de su demostración, "lo que convierte la actividad probatoria en el banco de prueba de la garantía constitucional de la no discriminación"³⁵. En términos similares, el ordenamiento constitucional boliviano viene a incorporar un instrumento procesal que sirve para paliar las dificultades probatorias señaladas, como es la inversión constitucional de la carga de la prueba (48. II de la CRPB), que es comparable en términos probatorios, mucho más si viene acompañado de la aplicación simultánea del principio *in dubio pro operario* (48. II de la CRPB).

Con todo, es clave, para que lo afirmado tenga sentido práctico, contar con una Administración de Justicia sensible y comprensiva hacia la diversidad: sin duda, también ante las diferencias culturales que son innatas a la pertenencia a un grupo étnico, con especial referencia a los pueblos indígenas y originarios. Interesa recordar el derecho a la tutela judicial efectiva, garantía que exige, llegado el caso, la directa aplicación de las previsiones constitucionales contra la discriminación, obligando a los tribunales a desplegar una actitud garante, incluso, sin que exista el más que conveniente y necesario desarrollo legislativo.

Con la idea de que la tutela judicial sea efectiva, el artículo 8 del Convenio 169 exige que al aplicar la legislación existente se tengan en cuenta sus costumbres y el derecho consuetudinario. Así como están también obligados los Tribunales por el contenido de las normas internacionales del trabajo y otros Tratados de Derechos Humanos, estando como se vio plenamente vigentes en el Derecho interno por imperativo constitucional, tanto en su naturaleza de norma jurídica, como en su calidad de instrumento interpretativo del derecho positivo.

Los Convenios de la OIT, lejos de ser una mera declaración de intenciones, tienen naturaleza normativa y, por tanto, forman parte del ordenamiento jurídico de los Estados que los ratifican, teniendo los Tribunales la obligación de conocerlos, sobre la base del principio *iura novit curia* y siendo por tanto plenamente exigible su aplicación. Así lo establece el artículo 13.III CRPB cuando determina que los derechos y deberes constitucionales se interpretarán de acuerdo a los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia, cuando prevean normas más favorables (artículo 256. II CRPB). El artículo 14. III CRPB al garantizar el Estado el libre ejercicio de los derechos establecidos en los mismos, en aplicación preferente sobre los derechos constitucionales cuando declaren derechos más favorables (artículo 256. I CRPB). Y, en definitiva, cuando el artículo 410. II CRPB determina que el bloque de

35 VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Poderes del empresario", cit., p. 291.

constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país”, tal y como reconoce el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (entre otras, SCP 0972/2014, SCP 0783/2015 y SCP 0006/2016).

BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE LIZANA, G: "La posición de los Tratados Internacionales en el Sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo", *Revista Ius et Praxis*, 2/2010.

AÑÓN ROIG, M. J.: *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001.

BARBERÁ, M.: "El desafío de la igualdad", *Temas Laborales* 59/2001.

CASAS BAAMONDE, M.E.: "Prólogo a la edición española", *Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MENDOZA, B.: "Bolivia: Titulación de la propiedad indígena no está condicionada al reconocimiento estatal de la 'personalidad jurídica' de los pueblos indígenas", <https://alertanetiids.lamula.pe/2017/01/16>.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos, CEPAL, Santiago de Chile, 2014.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Pueblos indígenas. Comunidades Afrodescendientes. Industrias extractivas*, OEA/Ser:L/V/II.Doc. 47/15.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Derechos de los pueblos indígenas y tribales. Sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*.

<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.V-VI.htm>.

CORTINA, A.: *Ciudadanos del Mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, Alianza Editorial, 2005.

CORTINA, A.: *Conferencia "Tolerancia y solidaridad"* Universitat de València, 29 de marzo de 2007.

DE LUCAS, J.: "La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos". *Cuadernos de Derecho Judicial* (CGPJ), 2001.

ELÓSEGUI ITXASO, M.: "Asimilacionismo, multiculturalismo, interculturalismo", *Claves de la razón práctica* 74/1997.

ESTEBAN LEGARRETA, R. y NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: "Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo", en *XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, 2005.

FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.

GALDÁMEZ ZELAYA, L. M.: "El uso de Derecho y jurisprudencia extranjera para el Tribunal Constitucional de Chile: más derecho comparado y menos diálogo interjudicial", en AA.VV.: *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos* (coord. por H. NOGUEIRA ALCALÁ), Librotecnia, Santiago de Chile, 2012.

GARRIDO PÉREZ, E.: "El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades", *Temas Laborales* 59/2001.

GARCÍA PERROTE, I.: "Obligaciones y responsabilidades de la empresa en materia de inmigración: puntos críticos al hilo de la reciente jurisprudencia en materia de accidente de trabajo y despido", *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo* (dirigido por E. BORRAJO DACRUZ), La Ley/MTAS Madrid, 2004.

GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: "Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral", en *El modelo social de la Constitución Española de 1978* (director A. SEMPERE NAVARRO), MTAS, Madrid 2003.

JIMENA QUESADA, L. M.: *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Aranzadi, Madrid, 2013.

NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *Interculturalidad y Derecho del Trabajo (Una aproximación a la gestión no discriminatoria de la diversidad cultural en la empresa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica*, OIT, Ginebra, 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Comprender el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales 1989 (número 169)*, OIT, Ginebra, 2013.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: *Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Victoria Tauli-Corpuz. *Los derechos de los pueblos indígenas, incluidos sus derechos económicos, sociales y culturales en el marco para el desarrollo después de 2015*, A/69/267, ONU, Nueva York, 2014.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: "La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo", *El modelo social de la Constitución Española de 1978* (coord. A. SEMPERE NAVARRO), MTAS, Madrid, 2003.

ROSELL GRANADOS, J.: "Imprudencia de sanción laboral por uso de la vestimenta religiosa", *Aranzadi Social* 1/2003 (BIB 2003/467).

SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. y GIL Y GIL, J. L. (2006). "El acoso psicológico en el trabajo", en "El futuro del Derecho del Trabajo: consideraciones desde una perspectiva alemana", en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006.

SALCEDO BELTRÁN, M. C.: "Reformas frente a la crisis económica y Carta Social Europea", en *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica* (coor. LM JIMENA QUESADA), Bomarzo, 2014.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", *Relaciones Laborales* 1/1990.

VÁLTICOS: *Derecho internacional del trabajo*, Tecnos, 1977.

YOUNG, I. M.: *Justice and the politics of difference*, Princenton University Press, Princenton, New Jersey 1990, en la traducción de ÁLVAREZ S.: *La justicia y la política de la diferencia*, Universitat de València, Madrid 2000.

WENCES, I.: "Diversidad cultural y acomodos razonables. Una lectura desde la no dominación", *Foro Interno* 2015, 15, 39-67.



**GÉNERO Y MEDIACIÓN FAMILIAR EN CUBA: POSIBILIDADES
Y ANÁLISIS A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

***GENDER AND FAMILY MEDIATION IN CUBA: POSSIBILITIES AND
ANALYSIS IN LIGHT OF SPANISH LEGAL SYSTEM***

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 320-349



Carolina
SANCHIS y
Lisandra
SUÁREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de enero de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: La mediación es una ADR que no está regulada propiamente en el ordenamiento jurídico cubano. En España es una herramienta usada cada vez más desde el año 2012, fecha de la Ley española de mediación. Es obvio que el género juega un papel en todos los campos legales, sin embargo, la mediación ha sido excluida del campo de la violencia de género en España. Y la pregunta es: puede la mediación ser una buena elección en los casos de violencia de género? Y puede ser respondida desde ambos puntos de vista, cubano y español, pues en ambos se trata de una cuestión de lege ferenda.

PALABRAS CLAVE: Género, mediación, violencia, familia, conflicto, mujer, víctima.

ABSTRACT: Mediation is an ADR that is not specifically regulated in Cuban legal system. In Spain is a tool increasingly been used since 2012, date of Spanish Mediation Law. It is obvious that gender plays a role in all legal fields. However mediation has been excluded from the field of the gender violence in Spain. And the question to be raised is: is mediation a good choice in cases of gender violence? And it could be responded from both approaches, Cuban and Spanish, because in both is a lege ferenda issue.

KEY WORDS: Gender, mediation, violence, family, dispute, female, victim.

SUMARIO.- I. Introducción. II. Violencia de Género y desigualdad. 1. La familia como punto de partida. 2. Cuestiones cardinales. A) Violencia de género y violencia contra la mujer. Asociaciones terminológicas. B) Violencia doméstica, violencia familiar y violencia de pareja. Distinciones necesarias. III. Mediación y familia. 1. La mediación como una ADR desde la perspectiva española. 2. Criterios en relación a la mediación familiar en casos de violencia de género. 3. Análisis del ordenamiento jurídico español: fronteras y nexos con el Derecho Penal. IV. Cuba: pasado, presente y futuro de la mediación familiar. V. Reflexión final y propuestas de lege ferenda.

I. INTRODUCCIÓN.

En las últimas décadas la nación cubana ha logrado ser paradigma social y jurídico de la igualdad de género, promoviendo estrategias dirigidas a enraizar la igualdad entre los miembros de la sociedad y de modo especial se ha enfocado en incorporar a la mujer en todas las actividades de la vida social, al margen de cualquier atisbo de discriminación.

Sin embargo, pese a los perennes esfuerzos de la dirección política del país por continuar difundiendo los derechos de las féminas frente a enraizados patrones de una cultura patriarcal, se constatan conflictos de género en engorrosos procesos judiciales de naturaleza familiar:

La desigualdad de género es un fenómeno social y cultural que se tipifica mediante la discriminación hacia determinadas personas por razón de su género. Aun cuando los estudios más recientes abundan sobre su manifestación hacia los hombres, transexuales, hermafroditas y hacia la homosexualidad en sentido general, su expresión más arraigada es la ejercida sobre la mujer; blanco histórico de sumisión y dependencia, por lo que a esa desigualdad propiamente se refiere este trabajo.

• **Carolina Sanchis Crespo**

Es profesora titular de Universidad, acreditada a catedrática y trabaja en el campo del Derecho procesal en la Universidad de Valencia (Universitat de València, España). Es autora de 6 monografías. Directora de 3 libros colectivos. Autora de más de 15 capítulos en libros colectivos. Autora de más de 30 artículos científicos especializados en Derecho Procesal publicados en Revistas españolas y extranjeras. Docente en Universidades de Irlanda, Finlandia, Cuba, Bolivia, Argentina, Costa Rica y México. Estancias investigadoras en Universidades de Italia, Alemania, Irlanda y EEUU. Conferenciante en congresos internacionales y nacionales en los últimos veinticinco años. Directora de 2 Proyectos de investigación.

• **Lisandra Suárez Fernández**

Es profesora e investigadora de la Universidad de Matanzas, Cuba. MSc. en Derecho de Familia por la Universidad de La Habana. Notario público de la República de Cuba. Ha realizado 6 publicaciones en diversas revistas especializadas en Derecho, tanto nacionales como extranjeras. Coautora de un capítulo en el Libro Temas contemporáneos de Derecho de Familia, Coordinadores Msc. Isnel Martínez Montenegro y Osvaldo Manuel Álvarez Torres. Estancias investigadoras en Universidades de Italia, y España. Ponente en congresos internacionales y nacionales en los últimos cinco años.

La violencia de género como consecuencia y expresión más brutal de esta desigualdad ejercida hacia las féminas, ha ganado la atención de los Estados en los últimos años, por lo que han emergido políticas públicas para protegerlas en los diferentes espacios donde se aprecian estas conductas¹, siendo la familia el escenario más sensible a consideración de estas autoras, puesto que es la base de la sociedad y las implicaciones del fenómeno expanden su radio de acción a menores que se encuentran aún en una etapa de desarrollo y formación.

Intentar asociar la mediación familiar a supuestos de violencia de género se torna en extremo complejo. En primera instancia, debe mencionarse la disociación natural de vincular comunicación y entendimiento, bases de la mediación, a situaciones de agresión. A ello, se adiciona la tendencia en el ámbito jurídico de someter tales cuestiones al fuero penal, con lo cual se dificulta la iniciativa a la mediación en otros ámbitos, aun cuando existen seguidores de la mediación penal o justicia restaurativa².

Sin embargo, no debe ser esto óbice para desestimar los beneficios que la mediación familiar puede ofrecer, aun ante supuestos de violencia de género, teniendo en cuenta que los conflictos familiares pueden verse jalonados, más a menudo de lo que sería deseable, de situaciones donde la violencia hace acto de presencia.

Todo ello convoca a reflexionar sobre los derroteros que ha de seguir Cuba al respecto, máxime cuando las carencias de regulación en torno a la figura de la mediación, procuran la oportunidad de elaborar una propuesta de mediación familiar con enfoque de género para el país, que sea coherente a su realidad social y a esta histórica problemática.

Bajo tales motivaciones se plantea como objetivo central, analizar los presupuestos necesarios para la implementación de la mediación familiar en Cuba con una perspectiva de género. Para ello es requisito indispensable acudir a elementos conceptuales en torno a desigualdad y violencia de género, así como a los diversos modos en que se expresa esta última.

Se demanda también reparar en la definición de mediación familiar y apuntar sus beneficios en la solución de conflictos de familia, indagando al tiempo sobre la pertinencia de la mediación familiar en supuestos de violencia de género.

A los fines de observar las experiencias de otras naciones al respecto se tomará como referente el ordenamiento jurídico español en la materia en cuestión,

1 Vid, LAURENZO COPELLO, P.: "Introducción. Violencia de Género. Ley Penal y discriminación", en AA.VV.: *La violencia de género en la ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España* (coord. por P. LAURENZO COPELLO), Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2010, p.16.

2 MARTÍNEZ CORREA, I.: *Justicia restaurativa y mediación penal: una herramienta eficaz en la lucha contra la violencia de género*, Tesis en opción a Master en Derecho y Violencia de Género, Universidad de Valencia, 2014.

exponiendo luego la realidad socio jurídica que rodea el fenómeno en Cuba, combinación de la cual emergen propuestas concretas de *lexe ferenda* a desarrollar en el último epígrafe de este trabajo.

Trabajar sobre las bases de implementar en el sustrato legal cubano una estrategia para afianzar la igualdad de género a través de la normativización de la mediación familiar; permitirá desterrar estereotipos predeterminados y roles asignados, especialmente cuando esta institución se ha convertido en herramienta de la sociedad en su batalla contra la deshumanización de las relaciones personales y en eficaz medio para lograr eliminar procesos litigiosos desde soluciones más flexibles, fruto de la voluntad de las partes.

Tal propuesta propicia la continuidad de los avances sociales en la isla, esencialmente mediante el enfrentamiento a las conductas discriminatorias hacia la mujer; evidenciadas en conflictos de naturaleza familiar; poniendo a su vez al descubierto la oportunidad que ofrece este modo alternativo de solución de conflictos, reconocido por promover una cultura de paz, el arte de la comunicación, el entendimiento y el sentido común. Todo ello permite consecuentemente demostrar el crecimiento ético de las personas y los operadores del Derecho y su capacidad para desarrollar el diálogo y con ello una verdadera justicia.

II. VIOLENCIA DE GÉNERO Y DESIGUALDAD.

I. La familia como punto de partida.

La familia es un núcleo vital para el desarrollo social, que requiere la mirada reiterada y atenta del Estado. Congruente con ello es la reflexión de Medina Pabón cuando alega que la sentencia popular “la familia es la base de la sociedad” obedece al reconocimiento que han hecho todas las culturas de la necesidad de contar con estas células sociales estables, con identidad propia, (...). El simple hecho de que la familia eduque al sujeto para la supervivencia, la solidaridad y la convivencia, aprendiendo a respetar la autoridad, a raciocinar y dialogar; a aceptar las limitaciones a su libertad, a manejar su propio espacio y reconocer el de los demás, con la insuperable ventaja de que esa educación es impartida por individuos que lo hacen con el mayor afecto y afán de protección, justifica cualquier esfuerzo del poder político para defender la estabilidad de la familia. Siendo una verdad de a puño que la desintegración de la familia es concomitante con la decadencia y destrucción de las culturas, (...) y que el motor real de la economía son las necesidades y los esfuerzos de la familia, es prudente reclamar del Estado una actitud seria de protección a la familia³.

3 MEDINA PABÓN, J. E.: *Derecho civil, Derecho de Familia*, Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2008, p 30.

En la familia radican un entramado complejo de relaciones humanas que requieren para su propia existencia debates e intercambios que discurren en torno al desenvolvimiento de sus miembros. Se aprecia de modo natural, la necesaria retroalimentación entre los integrantes del núcleo familiar y a su vez un orden jerárquico en la toma de decisiones.

Este último elemento se expresa fundamentalmente debido a los roles tradicionales asignados a mujeres y hombres dentro del ámbito familiar. Históricamente las féminas han tenido una postura dependiente a los designios del jefe de familia, siendo encasilladas en estereotipos que les impiden tener iguales oportunidades y potestades en la sociedad y la familia.

Estas situaciones de desigualdad de género pueden en ocasiones resultar indiferentes para la mujer, puesto que su cotidianidad lo hace parecer completamente normal. Sin embargo, ello suele revertirse en problemática familiar; en tanto la interacción doméstica bajo el ejercicio de estos roles prediseñados debuta en daño físico o psíquico a la mujer, desencadenando un supuesto de violencia de género en el seno familiar.

2. Cuestiones cardinales.

En materia de violencia de género existen fuertes tensiones en lo que a conceptualización se refiere. En adelante se presentarán los ejes temáticos de la polémica, pretendiendo esclarecer las principales confusiones y sentando líneas de razonamiento sobre el fenómeno que conducen a entender la problemática que se favorecerá con la mediación familiar:

A) Violencia de género y violencia contra la mujer. Asociaciones terminológicas.

El empleo del término violencia de género únicamente asociado a la mujer ha sido blanco de ataque dada la distinción etimológica entre sexo y género. Pese a ello, se ha consolidado el empleo de la expresión violencia de género y violencia contra la mujer en el mismo sentido.

Armendáriz León y Mirat Hernández definen la violencia de género como cualquier acto de violencia sufrido por una mujer por su pertenencia al género femenino.⁴

Añadiendo elementos, pero bajo la misma esencia, y usando el término mujer; la Resolución 48/104, 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de la ONU

4 ARMENDÁRIZ LEÓN, C. y MIRAT HERNÁNDEZ, P.: "La tutela de la familia en la Parte especial del Derecho penal (Libros II y III del Código Penal de 1995)", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia Volumen VI. Las relaciones paterno-filiales (II) La protección penal de la familia* (Directores M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 1169-1170.

en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer; identifica la violencia contra la misma como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer; así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.⁵

A claras luces ambos términos, violencia de género y violencia contra la mujer, son coincidentes en que la acción se realiza contra las féminas, lo cual lleva a razonar que, aunque los términos en cuestión no sean sinónimos, el hecho de que la mujer haya sido el blanco histórico de este tipo de discriminación, impactó el medio etimológico, social y académico desembocó en su empleo de modo indistinto.

B) Violencia doméstica, violencia familiar y violencia de pareja. Distinciones necesarias.

La familia suele ser uno de los contextos que mayor expone la violencia de género, presentándose también una asociación de este término con el de violencia doméstica, pese a que pueden ser susceptibles de una individualidad terminológica.

La violencia doméstica alude a las agresiones dentro de la familia, pudiéndose entender como acto violento practicado entre los miembros de un núcleo familiar. Sin embargo, por ser el género femenino el más vulnerable a ello, existen tendencias que asumen que la violencia doméstica es la manifestación familiar de la violencia de género, asociándose inevitablemente.

Paíno Rodríguez comenta que el Foro Mundial contra la Violencia hacia la Mujer llega a incluir la violencia doméstica dentro de la violencia de género, al recoger que la violencia doméstica es una forma particularmente insidiosa de la violencia de género. En el lugar donde las mujeres y niñas deberían sentirse más seguras, la familia, es donde a menudo sufren el terror; del abuso físico, psicológico, sexual y económico. Por lo tanto, apunta, está considerando que la única violencia doméstica existente es la violencia de género, al incluirla como un sub-tipo de la misma⁶.

Al respecto Maqueda Abreu apunta que, en efecto, no es lo mismo violencia de género y violencia doméstica porque una apunta a la mujer y, la otra, a la familia como sujeto de referencia. Nada empece a esta afirmación el que deba reconocerse que el medio familiar es propicio al ejercicio de las relaciones de dominio propias de la

5 Cfr., Artículo I de la Resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en la "Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

6 PAÍNO RODRÍGUEZ, F.J.: *Aspectos problemáticos de los delitos de violencia doméstica y de género: especial consideración a las dificultades aplicativas*, Tesis en opción al título de doctor, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, 2014, pp. 85-86.

violencia de género. También lo es la pareja y sin embargo, no agota las posibilidades de realización de esta clase de violencia⁷.

De los elementos que se aportan queda claro que la violencia de género puede manifestarse dentro de la familia, sin embargo, no se cree puedan usarse como expresiones coincidentes, en tanto, si bien son las mujeres las más afectadas, puede además ejercerse sobre otros sujetos que no tienen que ser necesariamente féminas y que aun siéndolo sean expuestos a acciones de esta naturaleza por razón de la edad u otros factores.

Por ello, es pertinente aclarar que la violencia doméstica puede darse por razones de género, pero su concepción se funda en el hecho de compartir o mantener una convivencia, saliendo del marco estrecho de los vínculos consanguíneos o de afinidad, hacia miembros resultantes de la familia ensamblada, menores o incapaces bajo el régimen de tutela, curatela, acogida, guarda de hecho o cualquier otra institución de asistencia.

De este razonamiento se desgaja la necesidad de esclarecer otros entes conceptuales, por su asociación ocasional con la violencia familiar. Los términos violencia doméstica y violencia familiar suelen emplearse como sinónimos, aunque no lo son en sentido estricto, puesto que no todos los miembros de una familia residen en el mismo hogar, ni todas las personas que residen en la misma casa son siempre familiares⁸.

De esta explicación deviene la principal distinción de esta categoría con la nombrada violencia familiar pues, mientras la primera asocia las acciones a personas que comparten comunidad de vida con independencia de vínculos de parentesco, la segunda hace radicar en ellos su esencia; sin embargo, en ocasiones los textos emplean los términos indistintamente sin reparar en esta distinción técnica. De ahí que, en resumen, ambas confluyan en una acción u omisión devenida de interacciones de convivencia o familia según sea el caso, llevada a cabo por una o varias personas, generando daño físico, psicológico o sexual a otros de sus integrantes, comprometiendo su integridad y/o a la estabilidad del núcleo familiar.

Una última precisión terminológica en la materia conduce a tratar la violencia entre los miembros de la pareja. Al respecto Moral y López se refieren a la violencia de pareja como un ejercicio de poder, en el cual, a través de acciones u omisiones, se daña o controla contra su voluntad a aquella persona con la que se tiene un vínculo íntimo, ya sea de noviazgo (relación amorosa mantenida entre dos personas con o

7 MAQUEDA ABREU, M. L.: *La violencia de género: concepto y ámbito*, Ponencia presentada en el Congreso internacional de Derecho de Familia realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F, entre los días 22-24 de noviembre el año 2005, disponible en www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-189s.pdf. Consultado el 21 de diciembre del 2016.

8 SANMARTÍN ESPLUGUES, J.: *3rd International Report, Partner violence against women Statistics and Legislation*, Instituto Centro Reina Sofía, Valencian International University, 2010, p. 26.

sin intención de casarse y sin convivir), matrimonio (relación de convivencia y mutuo apoyo entre dos personas legalmente instituida y que suele implicar un vínculo amoroso) o cohabitación (relación amorosa entre dos personas que conviven con o sin intención de casarse y que puede tener un reconocimiento legal distinto al matrimonio)⁹.

López y Pueyo refieren coincidentemente que la violencia contra la pareja es cualquier intento, amenaza o violencia real perpetrada por un hombre o una mujer contra alguien con quien se tiene, o ha tenido, una relación sentimental íntima¹⁰

Todo ello propicia a apuntar que esta nueva categoría nombrada violencia de pareja, es una derivación del concepto de violencia doméstica que individualiza los sujetos que la protagonizan. Sin embargo, la violencia de pareja tampoco resume el objeto de investigación pues la conducta violenta que se ejercita sobre la mujer en el escenario familiar; no se circunscribe únicamente a los lazos afectivo-sexuales entre hombre y mujer:

Por tanto, recorrida esta amplia gama de definiciones es válido precisar que el estudio a desarrollar se enfoca en la violencia que puntualmente se ejercita sobre la mujer en la familia, entendida como toda acción u omisión que, devenida de tales interacciones tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico hacia la mujer; así como las amenazas de tales actos.

En lo que se refiere a la concepción de familia las autoras se identifican con el criterio de Patricia Arés, cuando enuncia que la familia es la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común, que se quiere duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia por dicho grupo, existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia.¹¹

III. MEDIACIÓN Y FAMILIA.

I. La mediación como una ADR desde la perspectiva española.

La sustitución de la autotutela por la heterotutela y la consiguiente eliminación de la primera como medio general de solución de controversias¹², constituyó en

9 LÓPEZ ROSALES, F.: "Violencia en la pareja. Un análisis desde una perspectiva ecológica", *Revista Ciencia Ergo Sum*, vol. 20, núm. 1, marzo-junio, 2013, Universidad Autónoma del Estado de México Toluca, México, p. 6.

10 PUEYO, A., LÓPEZ, S. y ÁLVAREZ, E.: "Valoración del riesgo de violencia contra la pareja por medio de la Sharia", *Revista Papeles del Psicólogo*, 2008, vol. 29, pp. 107-122.

11 ARES MUZIO, P.: *Psicología de la familia, Una aproximación a su estudio*, Facultad de Psicología, Universidad de La Habana, p. 16. Disponible en: <https://asoepsi.files.wordpress.com/2011/02/libro-de-familia.doc>. Consultado en fecha 6 de diciembre del año 2016.

12 El artículo 455 del Código Penal español establece que "El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de

su momento un signo distintivo de civilización. Supuso el reconocimiento de la autoridad del tercero para resolver el conflicto entre las partes y por tanto su colocación en un plano de superioridad. Asimismo, implicó la objetivación legal de los parámetros para determinar la injusticia sufrida y su resarcimiento. Al uso de la fuerza se recurre en última instancia y de modo progresivamente institucional. Con todo ello las relaciones sociales se hicieron más igualitarias. Sin embargo, las controversias lejos de disminuir, aumentaron. Ya no era indispensable tener un determinado nivel de riquezas, influencias o fuerza para conseguir justicia como lo era antaño. El propio sistema instaurado permitía un fácil acceso a la justicia. Así, cuando la función preventiva del contrato o de la ley resultaban insuficientes, o cuando las soluciones contractuales o legales eran contrarias al valor Derecho, se interrumpían las relaciones sociales y era indispensable la remoción del obstáculo para que el ordenamiento jurídico, que entonces ya era una realidad, pudiera proseguir su curso¹³.

Así, con la heterotutela sigue persistiendo la necesidad de solucionar los conflictos públicos y privados, sólo que, con ella, la función en la que se condensa esa labor está encomendada a personas concretas y previamente determinadas: jueces y magistrados, investidos de la potestad jurisdiccional, también llamada poder judicial.

Según la clásica doctrina de Montesquieu¹⁴ existen en cada Estado junto al poder judicial otros dos poderes: el poder legislativo y el poder ejecutivo.

La concepción clásica del poder judicial es en extremo restrictiva comparándola con las otras dos. Por un lado, en cuanto a su ámbito de ejercicio, se circunscribe a castigar los delitos y juzgar las diferencias entre particulares, por otro lado, los jueces sólo son considerados como el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, como seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de las leyes.

La noción de poder judicial ha ido cambiando desde aquellos momentos históricos y en la actualidad se concibe como íntimamente ligada al derecho de acción del ciudadano. Derecho fundamental que la Constitución española identifica con el "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" (art. 24.1 CE) y que comúnmente denominamos derecho a la tutela judicial efectiva.

seis a doce meses. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos".

13 SERRA DOMÍNGUEZ, M.: "Jurisdicción", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Ariel, Barcelona, 1969, p. 20.

14 MONTESQUIEU, CH. L. DE S.: *Del Espíritu de las Leyes*, Editorial Sarpe (traducción de BLÁZQUEZ, M. y VEGA, P.), Madrid, 1984, pp. 168-178.

Pues bien, está surgiendo con fuerza una concepción más amplia que considera que los ciudadanos no son titulares sólo del derecho a la tutela judicial efectiva, sino de un más amplio derecho de acceso a la justicia. Este derecho de acceso a la justicia incluiría, por descontado, a la tutela judicial y junto a ella, a los métodos alternativos de resolución de controversias.

La participación en la Administración de Justicia, que a los ciudadanos españoles corresponde, no se agota en el ejercicio de la acción popular; mediante la participación en el Jurado y en los tribunales consuetudinarios y tradicionales. A todo ello se refiere el art. 125 CE, pero su enumeración no puede considerarse exhaustiva. Más allá del marco constitucional y su referencia a modelos heterocompositivos, se pueden también considerar otros modelos autocompositivos y alternativos. De este modo el ciudadano tendrá la oportunidad de ser el actor principal dentro del sistema de la Administración de Justicia. Su contribución dinámica en la búsqueda de medios más plásticos y accesibles para resolver las controversias con otros ciudadanos, le garantizará una implicación personal en la solución de sus propios conflictos. Todo ese conjunto de métodos, algunos heterocompositivos, como el arbitraje, y otros autocompositivos, como la conciliación y la mediación, reciben el nombre genérico de ADR como modos alternativos de resolver las disputas (*Alternative Dispute Resolution*¹⁵).

Como indican Callejo Rodríguez y Matud Juristo¹⁶ refiriéndose a estos métodos "(...) no deben entenderse como alternativas a la jurisdicción, ni siquiera como complemento de ésta. Se trata de mecanismos autónomos de pacificación social y, por tanto, deben considerarse medios independientes de acceso a la justicia, cuyo fundamento se encuentra en la libertad de los ciudadanos. Una sociedad moderna, en la que prime el bienestar de los ciudadanos y la libertad como valor social básico, debe poner a disposición de sus ciudadanos diversos medios de resolución de conflictos y permitir que opten por aquél que mejor se adapte a sus intereses".

A través de la utilización de estos métodos alternativos de gestión de las controversias el trabajo de los tribunales no se vería sobredimensionado, como lo está en la actualidad y podría reservarse su actuación para cuestiones más medulares.

15 En la actualidad las siglas ADR responden mejor a la expresión *Adequated Dispute Resolution*, con lo que queda patente el cambio de enfoque al que se hacía referencia *supra* al hablar de un derecho amplio de acceso a la justicia a favor de los ciudadanos. Al cambio en la denominación se refiere BARONA VILAR, S.: "La mediación: Mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles", en AA.VV.: *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación*. (coord. por ETXEBERRÍA GURIDI, J. F.), Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2012.

16 CALLEJO RODRÍGUEZ, C. y MATUD JURISTO, M.: "La mediación en asuntos civiles", en AA.VV.: *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica* (Dir. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, y M. DE PRADA RODRÍGUEZ, y coord. J.M. CARABANTE MUÑTADA), Editorial Netbiblo S.L., La Coruña, 2010, p. 120.

La Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, ha venido a dar un especial impulso a este procedimiento de resolución de conflictos. Específicamente en el ámbito de la mediación familiar; hay todo un elenco de cuestiones que se resolverían más rápida y eficazmente en el entorno de los procedimientos de mediación.

2. Criterios en relación a la mediación familiar en casos de violencia de género.

Las bondades del procedimiento de mediación se han diseminado a varias ramas del ordenamiento jurídico, moldeando su esencia a los principios, instituciones, y categorías de la disciplina jurídica donde actuará. Así, el ámbito familiar constituye un espacio de acierto para tal modo alternativo de resolución de conflictos, con lo cual las sensibles y determinantes relaciones familiares encuentran solución mediante el consenso de sus miembros.

Surgido un conflicto entre los miembros de la familia, es a estos a quienes precisamente compete responsabilizarse de ello, de manera directa, abierta y franca. Mas, no habiendo capacidad o intención de asumirlo de tal manera, queda la vía de la intervención de un tercero, intervención que se podrá dar en razón de su autoridad o en virtud de la facultad que los involucrados le arroguen¹⁷. De ahí que, la mediación familiar responda a los elementos vistos de la mediación en sentido general, aplicándose a conflictos suscitados en interacciones sociales de tipo familiar:

En materia conceptual se comparte el criterio que enuncia que la mediación familiar es un sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre los miembros de una familia, entendida ésta en sentido extenso, que a través de un procedimiento no jurisdiccional, voluntario y confidencial posibilita la comunicación entre las partes, para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo viable y estable que resulte satisfactorio para ambas, y atienda, también, a las necesidades del grupo familiar, especialmente las de menores y discapacitados. Dicho proceso es facilitado por el mediador; que es un tercero imparcial, neutral, capacitado idóneamente y sin ningún poder de decisión.¹⁸

Tal criterio tiene el mérito de enlazar la institución a un amplio concepto de familia, con lo cual se reconoce e integra su carácter renovador; siendo congruente con un diseño de mediación familiar que atienda las cuestiones de violencia de género que se manifiesten en las relaciones de esta nueva expresión histórica de familia.

17 MONTROYA SÁNCHEZ, M. Á. y PUERTA LOPERA, I.: "La mediación familiar. El encuentro de las partes como apertura a la transformación", *Revista Opinión Jurídica*, julio-diciembre de 2012, vol. 11, p. 104.

18 GARCÍA VILLALUENGA, L.: *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*, Editorial Reus, Madrid, 2006, p. 274.

El conflicto es inevitable en la vida cotidiana, los problemas que los sujetos enfrentan son el resultado de la alta complejidad de la interdependencia humana. Cuando estas aparecen y no pueden ser solucionadas entre las partes que la integran, se recomienda la mediación como una vía efectiva para lograrlo analizando en lo adelante, su concepción en casos de violencia de género, lo que exige nuevos atributos de la figura y sus participantes.

Los conflictos de naturaleza familiar tradicionalmente se han sustentado en roles y estereotipos de género por lo que es común que la mediación familiar deba enfrentarse a esta característica. Aun cuando la mediación familiar está dando muy buenos resultados, existen posiciones doctrinales arraigadas que sentencian que los casos de violencia de género no son idóneos para desarrollar procesos de mediación. Tal negativa invita al análisis de los principales criterios negativos y positivos del empleo de esta institución en tales circunstancias.

Los argumentos más sostenidos entre los detractores son:

- a) La transgresión de la naturaleza afectiva de las relaciones familiares.
- b) La desigualdad de las partes para hacer frente a la mediación.
- c) La inseguridad acerca de la imparcialidad del mediador:
- d) La posibilidad de que la mediación ofrezca verdaderas garantías para el cese de la violencia.

En cuanto al primer punto los opositores aluden que la naturaleza propia de las relaciones afectivas que deben llevarse a cabo en el seno de una familia, convocan a que los supuestos de violencia de género en ella acontecidos no remitan a un conflicto a solucionar sino ante un ilícito penal que procesar. Con ello esclarecen su postura relativa a negar la posibilidad de un escenario de armonía y comunicación como lo es la mediación, cuando se han violado principios naturales de respeto a los vínculos familiares. En estos casos apoyan la vía judicial para pronunciamientos de cualquier naturaleza entre ellos.

El segundo argumento se sostiene en el razonamiento de que las partes no se encuentran en igualdad de posiciones para encarar la mediación, puesto que la mujer en atención a los eventos de violencia se encuentra disminuida para dialogar, exponer y defender sus puntos en un intercambio de esta naturaleza, agregando que pudiera ser peligroso en tanto, el temor latente en la víctima pudiera desembocar en un acuerdo que no sea fruto del verdadero sentir de la mujer.

Ello se resume al decir que la razón más frecuentemente esgrimida en contra de la mediación y conciliación en casos de violencia familiar se centra en cuestionar el diferencial poder entre víctima y victimario. Se critica en principio el hecho de que la conciliación asuma que las partes en conflicto tengan igual poder, iguales recursos para negociar e igual capacidad de negociación¹⁹.

El tercer criterio cuestiona la posibilidad de que el mediador pueda mantener la neutralidad en el tratamiento del tema, en tanto la violencia tiende a generar rechazo natural, logrando con ello entorpecer la neutralidad en la asistencia que debe por igual mantener desde su postura, pues es complejo separar nuestros juicios durante la actividad profesional.

Sin embargo frente a estos juicios surgiría el interrogante de dudar entonces igualmente de la posibilidad de que el juez, ante procesos familiares donde existan antecedentes de violencia, pueda viciar su fallo atendiendo a su propio criterio moral respecto a estas conductas, por lo cual se cree que es un criterio que juzga a la ligera la profesionalidad de los mediadores al frente del proceso, a la vez que hace razonar sobre la profunda responsabilidad de capacitar sólidamente a las personas que asumen este perfil ocupacional.

Otro argumento que aportan los detractores es que el mediador no puede brindar garantías suficientes para soslayar la continuación de la violencia. En este caso se debe decir que un diseño adecuado de la mediación y una política criminal que juzgue adecuadamente las conductas violentas coloca en entredicho este argumento. Cesada la convivencia, o acabada la unión marital y procesado el evento violento penalmente en caso de requerirlo, existen oportunidades de lograr acuerdo en extremos civiles pendientes, erradicando las posibilidades de que persista la violencia.

Los seguidores de su implementación por su parte se afilian a los siguientes argumentos:

- a) La mediación ofrece un escenario más favorable al desarrollo de las relaciones familiares persistentes.
- b) Ofrece mayores beneficios para los menores.
- c) La solución fruto de la mediación será más fructífera para las partes.

¹⁹ HARR, B. J.,: *Mediation for Battered Women: same song, second verse - little bit louder, little bit worse*, Ponencia presentada en la Conferencia sobre Mujer y Mediación. New York University School of Law, Enero 21-22, 1984, p. 10.

En relación al primer argumento aludido se debe sostener la factibilidad de auxiliarse de la mediación familiar ante casos de violencia. Solventar idénticas cuestiones en sede judicial agrega a las relaciones en cuestión la típica dosis de tensión y enfrentamiento de todo proceso, perjudicando aún más la relación familiar y especialmente el vínculo con descendientes en caso de tenerlos. Por tanto, en atención a sus principios, es defendible la mediación como instrumento factible en el restablecimiento de relaciones deterioradas por el uso de la violencia, en aquellos casos donde las partes se mantienen vinculadas en virtud de las instituciones de familia.

En relación a los menores involucrados en este tipo de sucesos, es posible afirmar que serán los mayores beneficiados por la mediación, si los sucesos de violencia de género acontecieran entre sus progenitores. Mantenerse en medio de sus padres durante el largo período que toma un proceso judicial y quedarse luego en medio de las hostilidades que pudieran persistir entre ellos por los hechos sucedidos, o por un fallo judicial desfavorable, puede atentar directamente contra su buen desenvolvimiento educativo y social, impactando nocivamente el desarrollo de su personalidad. Por ello, se reconoce en la mediación un ambiente menos hostil y más beneficioso al menor que en caso de fructificar expandirá sus beneficios a las relaciones futuras entre sus padres y con respecto a él propiamente.

Finalmente, y en defensa de este procedimiento, debe alegarse que, sin dudas, el resultado de la mediación será siempre provechoso para sus protagonistas, pues será fruto de sus pretensiones, construidas a lo largo del procedimiento en atención a sus intereses y en enfrentamiento a la concepción de ganador y perdedor. Debe además señalarse el saldo positivo que deja a las féminas en relación al fortalecimiento de su autodeterminación y autodecisión, cuestiones usualmente quebrantadas en casos de violencia de género.

3. Análisis del ordenamiento jurídico español: fronteras y nexos con el Derecho Penal.

La penalización de las diferentes conductas relativas a la violencia de género es una tendencia de los últimos años, lo cual se corresponde a la atención de los Estados y la comunidad internacional hacia la erradicación de tales acciones, en aras de reivindicar a la mujer y colocarla en posición de igualdad en todo espacio social.

Teniendo en cuenta las perspectivas contradictorias de acudir a la mediación en estos casos, es sugerente examinar la posición legislativa seguida por España dado nuestros fuertes lazos históricos, tras los pasos de encontrar alternativas para el diseño de la mediación familiar en Cuba con un enfoque de género.

El análisis bajo estas directrices implica la consulta de cuatro normas que básicamente se encuentran implicadas en el tema: la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y el Código Penal.

La reforma de la nación hispana en la materia se inicia por conducto de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

El texto se pronuncia con respecto al enfrentamiento de la violencia de género, apreciándola como la más extrema manifestación de la desigualdad de género y por tanto un problema de interés público. Invoca el llamado de los cuerpos internacionales a combatirla, los antecedentes de su enfrentamiento en la nación y su estado actual frente a este fenómeno.

La norma provee una profunda reforma tanto en el orden legal como educativo, con un contundente trasfondo multidisciplinario. Se apoya a las víctimas a través del reconocimiento de derechos como el de la información, la asistencia jurídica gratuita y otros de protección social y apoyo económico. Se rediseñan intensamente normas procesales, creando nuevas instancias, normas sustantivas penales y civiles, incluyendo la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos. Resulta meritorio mencionar la previsión de la norma en cuanto a los menores, partiendo de su reconocimiento como afectados más potenciales y sensibles en el entorno familiar.

El artículo 1 de la precitada legislación refiere que su objeto es actuar contra la violencia que ejercen los hombres sobre las mujeres, reconociendo su conexión con la desigualdad, discriminación y relaciones de poder. Sin embargo, limita su aplicación a aquellos supuestos en que el hombre que haya incurrido en esta conducta sea o haya sido su cónyuge o de quien esté o haya estado ligado a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia²⁰.

Por tanto, de la lectura del precepto surge una fuerte interrogante resumida en el comentario de Vargas Delgado cuando reflexiona que, aunque se trata de una ley de género, no protege a la mujer frente a cualquier agresión, sino sólo respecto de aquellas que se den en el contexto de una relación de pareja, por entender que es en ésta en donde se encuentra la situación de dominación que pretende atajarse²¹.

20 Cfr., Artículo 1, Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

21 VARGAS DELGADO, M.: *El tratamiento penal de la violencia de género*, Tesis de grado de Derecho de la Universidad de La Laguna, 2014, p. 18.

Ello lleva a cuestionar el dejar fuera del campo de protección a las mujeres víctimas de agresiones igualmente machistas devenidas de interacciones familiares con otros sujetos o en otros espacios sociales.

Por tanto, en la LO 1/2004, la protección se relaciona estrechamente con la analizada violencia de pareja²², especialmente enfocada sobre la mujer, dejando fuera otros supuestos que también claman la intervención estatal. Con ello, es oportuno señalar a la ley la posibilidad de contemplar otras variantes en tanto se proclama como norma de protección integral a la violencia de género.

En materia de mediación asociada a eventos de violencia de este tipo, el contenido de la norma declara la negativa de aceptar la mediación en todo orden en tanto fundamenta es un modo de revictimización para la mujer. No obstante, ello no es del todo pacíficamente aceptado, razonándose que esta exclusión incurre en el error de no diferenciar los distintos supuestos de maltrato que se producen en la realidad. Si bien es verdad que habrá supuestos en los que la mujer no esté en condiciones de intervenir en una mediación, habrá otros en que sí, y la decisión legislativa de prohibirla en todo caso no parece muy acertada²³.

Con el razonamiento arriba indicado se intenta reflexionar sobre la bondad de romper la negativa categórica de la mediación, que no solo alcanza el escenario penal, sino que se extiende con el mismo ímpetu a la materia civil. Así, la Ley Orgánica 1/2004, motivó con su artículo 44, la reforma del artículo 87 ter de Ley Orgánica del Poder Judicial que, desarrolla las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y dispone en el apartado quinto, para todos los supuestos de competencia descritos, vedada la mediación²⁴.

Es claro que analizar la mediación en el ordenamiento español despierta dos sendas teóricas: una hacia la mediación penal y otra hacia la civil. Ambas disciplinas en este caso quedan fusionadas en una misma jurisdicción en casos de violencia de género y se tratan bajo una idéntica mirada en materia de mediación.

Según expresa Rondón Pereyra el legislador español quiso llevar toda violencia en el ámbito de la pareja al marco del proceso penal, arrastrando así a toda la familia, sin considerar la gradualidad ni origen de la violencia y que no todos los conflictos civiles tienen que llegar a ser penales si se da una respuesta adecuada en la jurisdicción civil²⁵.

22 *Vis supra*, epígrafe II. 2. B.

23 OLAIZOLA NOGALES, I.: "Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria", *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, 2010, vol. XXX, p. 275.

24 *Cfr.*, artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004 en relación con el artículo 87 ter de Ley Orgánica del Poder Judicial.

25 RONDÓN PEREYRA, U.W.: *Mediación y Violencia de género*, Tesis doctoral, Facultad de Trabajo Social, Universidad de Murcia, 2015.

El artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial crea los juzgados de violencia sobre la mujer y establece su competencia en el orden punitivo, enumerando los ilícitos penales que conocerá en caso de tipificarse contra féminas bajo las circunstancias del artículo 1 de la Ley 1/2004. Se relata como figuras relacionadas el homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación.

Se advierte además que la competencia alcanza a los delitos de igual naturaleza que se cometan contra otros sujetos vulnerables relacionados con la mujer como son los descendientes, propios o de la fémina, los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género. Con ello se expande la protección hacia otros miembros de la familia, siempre y cuando coincida el enfoque discriminatorio en el ámbito genérico.

En el orden de reformas del Código Penal puede aportarse que se caracterizaron por dos cosas: por un lado, se elevaron determinadas conductas, caracterizadas como faltas, a delitos; y, por otro, se elevó la pena cuando la víctima fuera mujer o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor²⁶.

En el orden civil se permite jurisdicción de este tribunal en cuanto a las instituciones familiares bajo determinados requisitos, con lo cual se conectan los sujetos del delito de violencia de género en el orden penal a una misma jurisdicción para definir cuestiones civiles latentes.

El apartado 5 cuando consigna que en todos estos casos está vedada la mediación suscita la duda de si es solo en el orden penal o también en la materia civil. A tal interrogante se une la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, pues no desecha expresamente la posibilidad de actuar ante estos casos, quedando abierta la interpretación de si se podrá o no mediar en los asuntos civiles que se dan entre los vinculados a los ilícitos penales de esta naturaleza.

Tal enigma se ilustra tras analizar el apartado 5, del cual deriva el comentario que razona que no estaría claro si afecta a los órdenes penal y civil o solo este último, que es el que precede inmediatamente al controvertido precepto²⁷.

26 OLAIZOLA NOGALES, I.: "Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria, cit. p. 293.

27 CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la ley Orgánica 1/2004*, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, p. 204.

Ante tal duda se considera que el hecho de que se encuentre en un apartado independiente y no expuesto como acápite de los procesos civiles y penales que conoce la nueva instancia, al tiempo que redacta “en todos estos casos”, rotundamente deja claro la imposibilidad de entender posible promover mediación en casos de violencia de género tanto en el orden penal como familiar:

Por tanto, el hecho de que los asuntos civiles queden en manos del precitado tribunal impide que las partes voluntariamente acudan a la mediación familiar, haciendo imposible emplear el procedimiento previsto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, salvo en los casos de sobreseimiento del asunto o que por voluntad de los involucrados no acudan al proceso penal resolviendo sus asuntos directamente con la mediación. Ello es poco probable en actos de violencia considerable.

La Ley 5/2012 define la mediación en su primer precepto como un medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador; lo que responde en esencia a los elementos teóricos abordados anteriormente. El artículo 2 expone su ámbito de aplicación dirigido a los asuntos mercantiles y civiles, quedando excluida taxativamente la mediación penal²⁸.

Sin embargo, parece cuestionable, atendiendo a la amplia gama de supuestos que pueden darse dentro de la violencia de género y la necesaria voluntariedad para su inicio, que el asunto concluya taxativamente con la imposibilidad de aplicar la justicia restaurativa²⁹ a la mediación familiar:

Es sin duda la precariedad, física y emocional que pudiera tener la mujer; y la gravedad de ciertos comportamientos derivados de la violencia, lo que fundamenta las posturas extremas en contra de la mediación. Sin embargo, la rotundidad de los términos legales, comienza a crear inquietudes en sectores judiciales, doctrinales y políticos, planteando la opción de acoger, bajo firmes y determinados condicionamientos, la posibilidad de mediación profesional en los supuestos de violencia de género.

Parece más adecuado tener en cuenta las circunstancias de cada caso concretamente y en especial, los referidos a la existencia de la víctima, naturaleza

28 Cfr., Artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

29 Debe ser entendida como un proceso a través del cual las partes o personas que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de este y sus repercusiones para el futuro. En ROSENBERG, M.: *Crime and Justice, a review of research*, University of Chicago Press, Chicago, 1999.

y circunstancias de los hechos, a la significación de la conducta y la consideración subjetiva de las partes³⁰.

Descrito el panorama normativo español se puede resumir en cuanto al tema de la mediación familiar en casos de violencia de género, que se entiende existe imposibilidad absoluta de su implementación. A pesar de esta conclusión y siguiendo un espíritu más renovador con mirada de reforma legislativa, sería prudente pensar que la prohibición en materia penal debiera ser matizada en un futuro y debería examinarse cada caso concretamente para ver si reúne los requisitos para poder someterse a mediación.

En cuanto a la mediación familiar en casos de violencia de género es posible pudieran esbozarse excepciones y requerimientos, sin embargo como directriz general se coincide con el criterio que apunta: "(...) Con referencia a la mediación que puede darse sobre el objeto civil, no cabe la menor duda que puede realizarse sin problema alguno para llegar a un acuerdo que satisfaga a las dos partes y beneficie la relación posterior en caso de tener que continuar"³¹.

IV. CUBA: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

Cuba ha obtenido excelentes resultados en los análisis que hace la Organización de las Naciones Unidas con respecto a la evaluación del cumplimiento de los Objetivos del Milenio,³² siendo reconocido el tercero de ellos dedicado a promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de la mujer como una de sus fortalezas.

En este punto en especial, los datos de la Organización Nacional Estadística (ONE) revelan que las mujeres tienen una amplia participación social, siendo un componente importante en todo ámbito. Ello se evidencia en el análisis de su preparación profesional, su incorporación al trabajo, su participación en la esfera de dirección y su presencia en los órganos de poder a nivel local y nacional.

La especial atención nacional a la igualdad de género antecede incluso al movimiento mundial al respecto, puesto que la Constitución de 1976 en sus artículos del 41 al 44 consagra la igualdad entre todos los miembros de la sociedad al margen de diferencia de raza, sexo o filiación religiosa. El precepto 44, en especial, centra su

30 GONZÁLEZ CANO, M.I.: "Introducción. La justicia restaurativa en el orden penal", en AA.VV.: *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos* (coord. por S. BARONA VILAR), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 40.

31 CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la ley Orgánica 1/2004*, cit., p. 365.

32 La Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre del año 2000 aprobó la Declaración del Milenio. En ella se identificaron objetivos que apuntan a la lucha contra la pobreza y el hambre, la reversión del deterioro ambiental, el mejoramiento de la educación y la salud, la promoción de la igualdad entre los sexos y la cooperación internacional. De esa forma quedaron estructurados los 8 Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM).

atención en el tema de género, dedicando su contenido a resaltar puntualmente la igualdad de derechos entre hombre y mujer en los principales espacios sociales³³.

Aun cuando el Código de Familia antecede a la Constitución se une a la inspiración de la Carta Magna en cuanto a su posicionamiento frente a las mujeres, en tanto fue una de las líneas políticas a seguir desde el primero de enero de 1959. Ello se consagra en el preámbulo cuando taxativamente se sanciona que la igualdad de los ciudadanos es un principio que debe plasmarse plena y expresamente en los preceptos de la legislación familiar, la cual sigue la línea de sustituir las arraigadas normas tradicionales de sometimiento a la mujer, sustituyéndola por otras que concuerden plenamente con el principio de equidad. Ejemplo de ello es la igualdad de los padres en cuanto a las potestades-deberes sobre los hijos, la participación conjunta de los cónyuges en las tareas domésticas, normalmente reservadas a las mujeres, la igualdad de ejercicio de la profesión y acceso al estudio y la igualdad de los hijos al margen del matrimonio.

En este camino transitado para lograr una verdadera transformación cultural de los valores y de las identidades, ha sido determinante la labor realizada por la Federación de Mujeres Cubanas (FMC), que, desde su surgimiento en 1960, se ha convertido en una organización especializada en el tema de la mujer y un referente obligado para el gobierno en el diseño de las políticas, programas y leyes orientadas hacia la mujer o que inciden sobre ella. (...) Sin embargo, a pesar de las trascendentales transformaciones ocurridas en las relaciones de género y en la condición y posición de las mujeres cubanas de hoy, no se puede desconocer que aún persisten desigualdades en nuestra sociedad. Atenuarlas o eliminarlas constituye uno de los retos que aún tiene que asumir la sociedad en relación con la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres³⁴.

La esencia de este análisis no se centra en cuestionar el cumplimiento de este objetivo, sino en propiciar su fortalecimiento desde un importante escenario: la familia. En ella se manifiesta la desigualdad de género y especialmente la violencia como suprema expresión de la misma.

Los conflictos familiares sometidos a la sede judicial pueden encontrar controversias de género y deben pronunciarse incluso en cuanto a las cuestiones civiles pendientes tras sucesos de violencia de género extrema en las relaciones familiares, generalmente asociadas al proceso penal. Sin embargo, debería valorarse

33 Cfr., artículos del 41 al 44 de la Constitución de la República de Cuba de 1976.

34 ÁLVAREZ SUÁREZ, M.: "Relación de género en Cuba: Las construcciones socio-culturales de lo femenino y lo masculino. Perspectivas de cambio. Resumen de investigación", en AA. VV.: *La discriminación de género en el derecho y sus expresiones en la legislación y la práctica jurídica*, (coord. por Y. GONZÁLEZ FERRER), Unión de Juristas de Cuba, 2012, p. 100.

cómo lidiar con estas cuestiones en sede de mediación familiar; teniendo en cuenta que las polémicas de género nunca son ajenas a las relaciones familiares.

Delineando el momento por el que transita Cuba actualmente, conviene empezar reconociendo que, desde el punto de vista familiar, no existe ninguna norma jurídica que autorice la mediación en este ámbito; aun así, en las Casas de Orientación a la Mujer y la Familia se realiza lo que pudiera considerarse como el antecedente más directo de la mediación familiar en Cuba.

De ahí que se concuerde con el criterio que expone que en este sentido se necesita de perfección, para llegar a ser similar a la mediación que se realiza en otros países, siendo la institucionalización jurídica la vía que garantizará que este método alternativo de resolución de conflictos alcance toda su plenitud³⁵.

Actualmente lo más cercano a la mediación con respaldo legal es lo regulado en la Instrucción 216 del Tribunal Supremo Popular aprobada en sesión ordinaria celebrada el 17 de mayo de 2012. Su articulado encuentra puntos de contacto con la mediación en tanto propicia la comunicación de la familia mediante la actividad conciliatoria, intentando alcanzar pactos que reconstruyan las interacciones familiares.

Resalta la posibilidad de intervención de un equipo multidisciplinario con el fin de obtener elementos que tributen a una mejor decisión del conflicto y la presencia del menor como sujeto capaz de aportar elementos a la decisión. Aun cuando ello ha sido acogido favorablemente por la sociedad arrojando resultados muy positivos, no deja de ser un proceso judicial que dista de la mediación.

Por tanto, es necesario una ley propiamente de mediación que responda por demás a una perspectiva de género. Uno de los asuntos a tener en cuenta es si se admitirá la figura ante expresiones de violencia de género, teniendo en consideración que algunos ordenamientos en casos como estos la admiten.

Se cree que la diversidad en la magnitud y tipo de violencia no debe cerrar la puerta a la mediación familiar en estos casos. Incluso se opina que puede existir tras la sentencia de un ilícito penal relativo a este tipo de agresión. La clave del asunto es primeramente el respeto pleno al principio de voluntariedad, lo cual debe contrastarse con la asesoría adecuada de los operadores del Derecho en los casos donde sea factible.

Teniendo en cuenta la polémica del asunto se debe evaluar la tipología de la violencia, la situación actual de la familia, la presencia de menores involucrados y el beneficio real que puede ofrecer ante la necesaria determinación de asuntos legales

35 RODRÍGUEZ MARTÍN, L. y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, A.: "El papel de los centros de mediación en la resolución de conflictos familiares. Su viabilidad en Cuba", *Revista Derecho y cambio social*, 2015, núm. 40, año XII, p. 16.

en el orden familiar. En el caso en que las partes hayan sido anteriormente partícipes de un proceso penal, la sugerencia parece aún más desatinada pero no imposible, puesto que otro proceso de carácter contencioso pudiera ser más perjudicial a los menores.

Es importante esclarecer que en Cuba no existe una Ley de violencia de género y solo las posturas más extremas de violencia hacia la mujer se tipifican como ilícitos penales, con lo cual es posible que la mediación familiar se tope con casos de violencia psicológica y económica, encubierta en normales polémicas familiares, sin que exista ninguna conexión o antecedente en el orden penal.

Pese a esta realidad, nada obsta que en lo sucesivo la labor legislativa enfoque su acción hacia la reglamentación de una norma relativa a la violencia de género, cuestión que, a consideración de las autoras es también una necesidad, pues quedan sin reproche penal nocivas conductas que agreden a la mujer en diferentes ámbitos.

En el caso de Cuba muchas de las formas que adquiere la violencia contra la mujer no se practican, por ejemplo: la mutilación genital femenina, el tráfico de mujeres, el infanticidio femenino y el acceso diferencial a los alimentos, ya que algunas son propias de otras culturas, y otras han sido eliminadas o atenuadas en virtud de las transformaciones ocurridas en la situación social de las féminas luego del año 1959. "Las principales formas en que se expresa la violencia en el país, de acuerdo a la información que ofrecen las estadísticas y los estudios disponibles son: la violencia intrafamiliar contra la mujer y las niñas, en todas sus gamas, con predominio de la violencia psicológica y de la emocional",³⁶ incluyendo dolorosamente la prostitución, uno de los males sociales más universales, aun presente pese al enfrentamiento penal al proxenetismo y la labor social de educación, rehabilitación y reinserción.

Por tanto, mientras no exista ley de violencia de género la mediación familiar solo se podría enlazar con el Derecho Penal en ilícitos asociados a la lesión de la integridad corporal o sexual de las mujeres y niñas en la familia.

El Código Penal de la isla caribeña, a propuesta de la Federación de Mujeres cubanas, en el año 1999 modificó su articulado mediante la Ley 87 del propio año. Su sentido fue abordar la violencia intrafamiliar incorporando como agravante el parentesco entre el ofensor y la víctima hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Esta agravante sólo se tendrá en cuenta en los delitos contra la vida y la integridad corporal, y contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia, la infancia y la juventud. Sin embargo, se cuestiona que la redacción del artículo no es

36 ALMAGUER RONDÓN, M.: *La violencia de género y sus manifestaciones en Cuba*, Disponible en: http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/pn/PN46/P_AlmaguerRondon.pdf. Consultado: 20 de diciembre del año 2016, p. 2.

la protección con un enfoque de género, pues se dirige a cualquier miembro de la familia siendo el matrimonio y el parentesco los términos de referencia.

Aun cuando el Código Penal y la Ley de Procedimiento Penal se reformaron recientemente por conducto del Decreto Ley 310 del año 2013, no tuvo este aspecto tratamiento alguno manteniendo la política criminal ausencia de un prisma de género³⁷.

En estos casos antes de proceder a proponer la mediación familiar, aun cuando exista voluntariedad, es recomendable realizar una evaluación de la mujer en el orden psicológico a los fines de definir su estado psíquico y el de otros afectados para enfrentar el procedimiento y en caso de no ser favorable sugerir alguna terapia antes de iniciar la mediación o tenerlo en cuenta para llevarla a cabo con el asesoramiento de un profesional de este tipo.

En cuanto a la violencia psicológica y económica es poco probable que el mediador tenga conocimiento de su existencia antes de iniciar las sesiones, por lo cual al detectarlo deberá tratar el asunto atento a la naturaleza del fenómeno. En el caso de que advierta algún tipo de violencia constitutiva de delito, la ley debería contemplar la obligación, con la correspondiente responsabilidad en caso de no hacerlo, de cesar la mediación y romper la confidencialidad del procedimiento, denunciando el suceso a las autoridades competentes³⁸.

En el primer caso al no ser punible estas manifestaciones corresponde al mediador la gran responsabilidad de conducir por el mejor camino posible a las partes, necesitando en todos estos casos la colaboración de un equipo multidisciplinario que le auxilie en otras áreas del conocimiento de necesaria remisión. Se sugiere que esté compuesto por psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, entre otros, según sea el caso.

Con ello, se propicia otro punto de tensión, dirigido a definir la titulación y capacitación del mediador en Cuba. En principio el graduado de Derecho puede ser mediador; no obstante, precisa además una necesaria capacitación que le propicie actuar en polémicas más allá del estricto conocimiento de la ley, teniéndose muy en cuenta estas cuestiones de género en el desarrollo de este tipo de perfil profesional. Se defina o no que sea el jurista el especialista que actúe como mediador; no estará

37 Cfr., Ley 62 de 1987 en relación con la Ley 87 de 1999 y el Decreto – Ley 310 de 2013, disponibles en <http://www.gacetaoficial.cu>

38 El art. 9.2 de la Ley 5/2012 de mediación española, establece que la confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

- a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.
- b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

ausente en el procedimiento lo que convoca una reflexión de los involucrados en su formación y capacitación.

En el plano educativo el Ministerio de Educación Superior y la Comisión Nacional de Carreras deben en conjunto proyectar el plan de estudios hacia la explotación de este perfil, ausente hasta el momento en los protocolos educativos, pues no solo quien aspire a ser mediador debe tener estas competencias, sino cualquier aspirante al gremio jurídico.

Las reflexiones anteriores dejan fuertes motivaciones de retomar el estudio de la mediación con una mirada de género haciendo posible, bajo las líneas de este proceso, la restitución de la igualdad de género y el apoyo al desenvolvimiento favorable de las relaciones familiares que perduran luego de estos acontecimientos.

V. REFLEXIÓN FINAL Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.

La ausencia histórica en Cuba de una normativa en materia de mediación es motivación para concretas propuestas de estas autoras con una visión de *lege ferenda*, añadiendo a las cuestiones genéricas de esta institución una visión de género.

Por ello se entiende que la futura regulación de la mediación familiar en Cuba debería contemplar los siguientes aspectos:

- 1) El total respeto al principio de voluntariedad en todas las etapas del proceso
- 2) La admisión ponderada del procedimiento de mediación familiar en casos donde ha existido violencia de género cumpliéndose determinadas precauciones
- 3) La solicitud de una evaluación de los sujetos que pudieran estar más afectados con la violencia de género antes de iniciar el proceso, a los fines de decidir su estabilidad emocional para enfrentar el mismo. En los casos que la tipología de violencia no sea punible y sea advertida por el mediador igualmente debe proceder de este modo
- 4) En todos los casos de esta naturaleza se debe auxiliar al mediador de un equipo multidisciplinario que le asesore y el propio mediador ha de poseer un perfil claramente especializado en esta clase de conflictos.

La desigualdad de género sigue siendo un estigma que azota a la sociedad captando la atención de la comunidad internacional. Dentro de los diferentes espacios donde se manifiesta, es la familia como comunidad de vida uno de los escenarios más frecuentes para el desarrollo de las diferentes tipologías de violencia.

Los métodos alternativos de conflicto ganan espacio en el mundo jurídico contemporáneo, siendo también la familia una de las instituciones más beneficiadas.

Permitir la mediación familiar en casos de violencia de género es una cuestión que genera fuertes controversias. La legislación española de género se inclina por tratar estas cuestiones en tribunales especializados excluyendo la mediación.

Cuba es un ordenamiento prácticamente virgen en temas de mediación pues no se reconoce ninguna norma que especialmente la contemple. Por ello es recomendable que se tracen líneas para una futura implementación de la figura con un enfoque de género, dejando abierta la puerta para que las partes definan lo que es más conveniente a su familia, teniendo en cuenta sus diferentes expresiones. Solo le resta al Derecho convertir esto en una oportunidad que sea garantía para la familia y una herramienta más de lucha contra la desigualdad, que es el verdadero reto del Derecho y de sus operadores.

BIBLIOGRAFÍA

ALMAGUER RONDÓN, M.: *La violencia de género y sus manifestaciones en Cuba*, Disponible: http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/pn/PN46/P_AlmaguerRondon.pdf.

ARES MUZIO, P.: *Psicología de la familia, Una aproximación a su estudio*, Facultad de Psicología, Universidad de La Habana. Disponible en <https://asoepsi.files.wordpress.com/2011/02/libro-de-familia.doc>.

ARMENDÁRIZ LEÓN, C. y MIRAT HERNÁNDEZ, P.: "La tutela de la familia en la Parte especial del Derecho penal (Libros II y III del Código Penal de 1995)", en *Tratado de Derecho de la Familia Volumen VI. Las relaciones paterno-filiales (II) La protección penal de la familia*, Dir: MARIANO YZQUIERDO TOLSADA y MATILDE CUENA CASAS, Aranzadi Thomson Reuters, 2011.

BARONA VILAR, S. (Dir): *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

BARONA VILAR, S.: "La mediación: Mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles", en AA.VV.: *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación*. (coord. por J. F. ETXEBERRÍA GURIDI) Thomson Reuters-Aranzadi, España, 2012.

BARONA VILAR, S.: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: Tras La Aprobación De La Ley 5/2012, De 6 de Julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BEJARANO JIMÉNEZ, MARÍA J.: *Sensibilización en Igualdad de Oportunidades y Prevención de la Violencia de Género*, La Rana Verde, Plasencia, 2015.

BRACAMONTES RAMÍREZ, P.E., et al: *Regulación Legal de la Violencia de Género: Análisis Comparado de la Legislación Española y mexicana*, Valencia: Universitat de València, Institut Universitari d'Estudis de la Dona, 2014.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C. y MATUD JURISTO, M.: "La mediación en asuntos civiles", en AA.VV.: *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica* (coord. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (Directores) y CARABANTE MUNTADA, J.M.), Ed. Netbiblo, La Coruña, 2010.

CARRASCO FUENTES, F. M.: *Las ventajas de la aplicación de la mediación en los conflictos de violencia intrafamiliar*, Tesis en opción al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, 2004.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: (Dir.) *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la ley Orgánica 1/2004*, Universidad de Santiago de Compostela, 2014.

DUPLÁ MARÍN, M. T.: *Mediación Familiar: Aspectos Teóricos, Jurídicos y Psicosociales*, Dykinson, Madrid, 2013.

ESCUADERO HERRERA, C. y MONTERROSO CASADO, E. (Coordinadoras): *Mediación civil y Mercantil*, Centro de Estudios Financieros, 2015.

EXPÓSITO, F.: *Revista Mente y Cerebro*, Mayo/Junio, No 48, 2011.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA A. y DE HOYOS SANCHO, M.: *La Mediación En Procesos Por Violencia De Género*, 1ª ed., Cizur Menor Navarra, Aranzadi, 2015.

FERNÁNDEZ NIETO, J. y SOLÉ RAMÓN, A. M.: *El Impacto de la Mediación en los casos de violencia de género: Un Enfoque Actual Práctico*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

FERNÁNDEZ SANTIAGO, P.: *Violencia de Género e Igualdad: (Aspectos Jurídicos y Sociológicos)*, Editorial Universitas, Madrid, 2014.

FIGUERUELO, Á.: *Violencia De Género e Igualdad: Una Cuestión De Derechos Humanos*, Editorial Comares, Granada, 2013.

GARCÍA VILLALUENGA, L.: *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*. Ed. Reus, Madrid, 2006.

GONZÁLEZ-CAPITEL, C. (Coordinadora): *Mediación x 7*, Editorial Atelier, Barcelona, 2001.

GONZÁLEZ FERRER, Y. (Coordinadora): *La discriminación de género en el derecho y sus expresiones en la legislación y la práctica jurídica*, Unión de Juristas de Cuba, 2012.

HARR, B. J.: *Mediation for Battered Women: same song, second verse - little bit louder, little bit worse*, Ponencia presentada en la Conferencia sobre Mujer y Mediación, New York University School of Law, Enero 21-22, 1984.

LASHERAS LERRERO, P.: *Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005*, REDUR 5, diciembre 2007.

LAURENZO COPELLO, P.: *La Violencia de Género en la Ley: reflexiones sobre Veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010.

LÓPEZ ROSALES, F., *Violencia en la pareja. Un análisis desde una perspectiva ecológica*, Ciencia Ergo Sum, volumen 20, núm. 1, marzo-junio, 2013, Universidad Autónoma del Estado de México Toluca, México.

MAQUEDA ABREU, M. L.: *La violencia de género: concepto y ámbito*, Ponencia presentada en el Congreso internacional de Derecho de Familia realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F, entre los días 22-24 de noviembre el año 2005.

MARTÍNEZ CORREA, I.: *Justicia restaurativa y mediación penal: una herramienta eficaz en la lucha contra la violencia de género*, Tesis en opción a Master en Derecho y Violencia de Género, Universidad de Valencia, 2014.

MEDINA PABÓN, J. E.: *Derecho civil, Derecho de Familia*, Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2008.

MERINO ORTIZ, C., ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. y MÉNDEZ VALDIVIA, M.: *La Mediación Familiar en situaciones asimétricas: Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, Reus, Madrid, 2013.

MONTESQUIEU, CH. L. DE S.: *Del Espíritu de las Leyes*, Ed. Sarpe (traducción de BLÁZQUEZ, M. y VEGA, P.), Madrid, 1984.

MONTOYA SÁNCHEZ, M. Á., PUERTA LOPERA, I.: "La mediación familiar: El encuentro de las partes como apertura a la transformación", *Revista Opinión Jurídica*, Vol. 11, julio-diciembre de 2012.

MUNUERA GÓMEZ, M.P.: *Nuevos retos en mediación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

OLAIZOLA NOGALES, I.: "Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria", *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, Volumen XXX, 2010.

OROZCO PARDO, G.: *Tratado de Mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015.

PAÍNO RODRÍGUEZ, F. J.: *Aspectos problemáticos de los delitos de violencia doméstica y de género: especial consideración a las dificultades aplicativas*, Tesis en opción al título de doctor en Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, 2014.

PUEYO, A., LÓPEZ, S. Y ÁLVAREZ, E.: "Valoración del riesgo de violencia contra la pareja por medio de la Sharia", en *Papeles del Psicólogo*, vol. 29, 2008.

RODRÍGUEZ MARTÍN, L. Y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, A.: "El papel de los centros de mediación en la resolución de conflictos familiares. Su viabilidad en Cuba", *Revista Derecho y cambio social*, 2015.

ROSENBERG, M.: *Crime and Justice, a review of research*, University of Chicago Press, Chicago, 1999.

RONDÓN PEREYRA N., WARDETRUDIS U.: *Mediación y Violencia de género*, Tesis doctoral, Facultad de Trabajo Social, Universidad de Murcia, 2015.

SÁEZ RODRÍGUEZ, C.: *La mediación Familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Editorial Aranzadi, 2008.

SANMARTÍN ESPLUGUES, J.: *3rd International Report, Partner violence against women Statistics and Legislation*, Instituto Centro Reina Sofía, Valencian International University, 2010.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: "Jurisdicción", en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969.

SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. Y MÉNDEZ TRUJILLO, I. M.: "La mediación familiar; una necesidad impostergable para la resolución de conflictos familiares en Cuba", *Revista Chilena De Derecho y Ciencia Política*, enero-abril 2013.

VARGAS DELGADO, M.: *El tratamiento penal de la violencia de género*, Tesis de grado de Derecho de la Universidad de La Laguna, 2014.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: *Violencia de Género en la Pareja y Daño Moral: Estudio Doctrinal y Jurisprudencial*, Comares, Granada, 2014.

**SOBRE LA NULIDAD PROCESAL Y SU ESTADO ACTUAL EN
CHILE. A PROPÓSITO DE LA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE
JURIDICIDAD**

***ABOUT THE ANNULMENT OF PROCEEDINGS AND CURRENT
STATUS IN CHILE. CONCERNING OF THE OFFENSE TO THE PRINCIPLE
OF LEGALITY***

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 350-405



Francisco A.
RUAY SÁEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de abril de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: Los tribunales de justicia, en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, tal como en el ejercicio de cualquier otra función propia del aparato estatal, se encuentran sujetos al principio de juridicidad consagrado en la Constitución. Esto implicará que el proceso mismo, la realización dinámica de la función jurisdiccional del Estado ha de ceñirse también a lo preceptuado en el texto constitucional. Luego, es preciso analizar cuáles serían las formas de sanción a los casos de actuaciones oficiales que infrinjan lo preceptuado por el principio de juridicidad, y aquello se vinculará con la función estatal particular de que se trata; en nuestro caso, el proceso.

PALABRAS CLAVE: Juridicidad; derecho procesal; nulidad; garantismo procesal; función jurisdiccional.

ABSTRACT: The courts, in the exercise of the judicial function of the state, as in the exercise of any other function of the state, are subject to the principle of legality enshrined in the Constitution. This implies that the process itself, the dynamic performance of the judicial function of the state must also adhere to the precepts from the constitutional text. Then, it is necessary to analyze what would be the forms of punishment in cases of official actions that violate the precepts by the principle of legality itself, and that will be linked to the particular state function in question; in our case, the process.

KEY WORDS: Legality; procedural law; procedural nullity; procedural guarantees; judicial function.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Sanción a la infracción del principio de Juridicidad por parte de los Tribunales: Nulidad de derecho público o nulidad procesal.- 1. La acción de nulidad de derecho público y las resoluciones judiciales.- 2. La nulidad procesal de derecho público según Miguel Otero Lathrop.- III. La nulidad procesal.- 1. La nulidad procesal civil y su naturaleza jurídica.- 2. Gorigoittía: entre Irregularidad, Invalidez e Ineficacia.- 3. Presupuestos de la nulidad procesal.- 4. La nulidad procesal desde un punto de vista intrínseco, o la nulidad como resguardo de la forma.- 5. La nulidad procesal desde un punto de vista extrínseco; la nulidad procesal como sanción.- 6. La nulidad procesal como derecho de impugnación.- IV. La nulidad procesal como cautela del principio de juridicidad desde una concepción garantista del Proceso.- V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

Los tribunales de justicia que conforman en su totalidad el Poder Judicial se encuentran sujetos al principio de juridicidad consagrado en nuestra Constitución tal como en el caso de cualquier otro órgano del Estado. Nos referimos, “obviamente, al órgano del Estado que ha sido atribuido por la Constitución de la función jurisdiccional, esto es, decidir de modo independiente e imparcial contiendas entre partes, es decir, tribunales de justicia”¹, tal como entiende el profesor SOTO KLOSS. Se trata del órgano al cual se encuentra encomendada la realización de una función soberana: la función jurisdiccional del Estado.

ALVARADO VELLOSO, por su parte, señala que “la esencia de la actividad jurisdiccional, que la tipifica de modo inconfundible por ser irreplicable en el Derecho, es la sustitución que cumple la autoridad respecto del intelecto y de la volición de los particulares en conflicto”².

Por su parte, SOTO KLOSS ha referido que el mencionado principio constitucional de juridicidad consistiría en “la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar”³, ni más, ni menos. CEA EGAÑA, por su parte, comprende que “en virtud de tal principio se entiende que la atribución de cualquier competencia debe ser hecha de manera previa y expresa, limitada y otorgada con

1 SOTO KLOSS, E.: *Derecho Administrativo: Bases fundamentales. Tomo II: El Principio de Juridicidad*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, p. 39.

2 ALVARADO VELLOSO, A.: *Lecciones de derecho procesal civil*, Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 126.

3 SOTO KLOSS, E.: *Derecho administrativo*, cit., p. 24

• Francisco Alberto Ruay Sáez

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Estudiante del programa de Magíster de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Chile. Ayudante ad honorem de los departamentos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y de Ciencias Penales en la Universidad de Chile. Correo electrónico: fruay@ug.uchile.cl; fruaysaez@gmail.com; francisco.ruay@ppulegal.com.

nitidez, nada más que por la Constitución o la ley"⁴. En relación con esta última idea REYES señala que "[e]l vocablo legalidad conduce a la ley [...] y en verdad la sumisión del Estado no es solo a la ley, sino al Derecho que comprende diferentes órdenes jurídicos, involucra supremacía normativa y especialmente constitucional [...]"⁵.

La función jurisdiccional del Estado, a su vez, se satisface y materializa en la heterocomposición pacífica de los conflictos intersubjetivos de intereses por parte de un juez tribunal imparcial⁶, a través de un proceso judicial, lo que nos permite concluir que concretamente el juez, en el desenvolvimiento dialéctico del proceso, deberá sujetar su actuación al principio de juridicidad, en tanto órgano del Estado⁷.

No es necesario recurrir a reglas de la lógica de alta complejidad para determinar que la sujeción de los Tribunales de Justicia establecidos en la ley al principio de juridicidad se deriva de la verificación conceptual y teórica de que éstos en tanto constituyen el Poder Judicial, son órganos del Estado. Así lo señala CALDERA, por ejemplo, al indicar que "No cabe duda alguna que la función jurisdiccional, concretada orgánicamente en los tribunales de justicia, está comprendida dentro de la actividad que desarrollan los órganos del Estado, puesto que la disposición indicada [art. 6° Constitución] se refiere genérica y globalmente a todos los órganos públicos"⁸. Por consiguiente, alabardar la descripción clásica del principio⁹, la aplicación del silogismo simple es evidente. Sin perjuicio de lo anterior, ha sido necesario que varios autores hagan referencia explícita de tal cobertura¹⁰.

4 CEA EGAÑA, J. L.: *Derecho Constitucional Chileno*, Eds. Universidad Católica de Chile, Vicerrectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos, 2ª Edición, Santiago, 2008, p. 252

5 REYES RIVEROS, J.: "El principio de juridicidad y la modernidad", *Revista chilena de derecho*, 1998, Vol. 25, núm. 1, p. 85.

6 La Constitución en su artículo 76 señala que: "[...]a facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley".

7 En el mismo sentido, por ejemplo, SOTO KLOSS, E.: *Derecho Administrativo*, cit., pp. 39-45; BOCKSANG HOLA, G.: "La inexistencia jurídica de los actos jurisdiccionales", *Revista Chilena de Derecho*, 2013, Vol. 40, núm. 2, pp. 595 y ss., RUAY SÁEZ, F.: "Análisis crítico sobre la inclusión del principio de buena fe procesal en el "Proyecto de Código Procesal Civil" chileno", *Revista de Derecho y Ciencia Política*, 2013, Vol. 4, pp. 53-60 y RUAY SÁEZ, F.A. y PALAVECINO CÁCERES, C.: "El principio de buena fe en los procedimientos laborales frente al principio de legalidad o juridicidad. ¿Tienen los jueces del trabajo facultades Tácitas o Implícitas?", en AA.VV.: *Proceso y Justicia Laboral: lecturas a contracorriente* (Dir. por D. PALOMO VELEZ), Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2015, pp. 441-451.

8 CALDERA DELGADO, H.: *Sistema de la responsabilidad extracontractual del estado en la constitución política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 30.

9 SOTO KLOSS, E.: *Derecho administrativo*, cit. p. 24.

10 REYES RIVEROS, J.: "Los principios aplicables respecto del papel instrumental del Estado frente a los derechos y deberes de las personas", *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, 2000, Vol. 62, p. 149. También Reyes señala en otro texto que el artículo 6° de la Constitución "hace aplicable el principio a las funciones y acciones. Ni la ley, ni la sentencia ni el decreto ni el acto de la toma de razón o de representación ni cualquier otro acto del Estado quedan al margen del principio", en REYES RIVEROS, J.: "El principio", cit., p. 87. En el mismo sentido: CALDERA DELGADO, H.: *Sistema de la responsabilidad*, cit., 1982, p. 87; SOTO KLOSS, E.: *Derecho administrativo*, cit. p. 39; SOTO KLOSS, E.: "La nulidad de derecho público: su actualidad", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1997, núm. 18, p. 348; BERMÚDEZ SOTO, J.: "El principio de legalidad y la nulidad de Derecho Público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común", *Revista de Derecho pública, Universidad de Chile*, 2008, Vol. 70, p. 273; FIAMMA OLIVARES, G.: "Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva", *Revista de Derecho Público*, 1991, núm. 49, p. 92.

Lo anterior se traduce en que la norma de atribución potestativa pertinente, que vincula directamente a los órganos del Estado en el ejercicio de ésta función, es precisamente la "ley procesal", sea cuál sea el cuerpo o código normativo en que se encuentre y del que se pueda desprender la norma pertinente. La ley procesal será presupuesto y forma dinámica de realización de la función jurisdiccional del Estado¹¹.

Desde una teoría normativa hipotética sancionatoria de estilo kelseniano la consagración de una hipótesis de comportamiento normativo se encuentra inacabada sin la simultánea tipificación de una sanción correlativa para los casos de incumplimiento¹². Desde la teoría Hart, habría que afrontar la vulneración al principio de juridicidad como una infracción a una regla secundaria¹³, sin embargo, tal como veremos, aquello se semejaría más a una visión tradicional moderna del Derecho en donde la vigencia del principio de legalidad refiere estrictamente a la ley, antes que al cuasi post moderno principio de juridicidad. Desde una óptica crítica del positivismo, iniciada por DWORKIN¹⁴ y continuada por ALEXY¹⁵ y sus seguidores (especialmente aquellos más cercanos al neo constitucionalismo) la vulneración del principio de juridicidad, para diferenciarse del principio de legalidad, habría de referirse a la vulneración o limitación desproporcionada e ilegítima de principios jurídicos (o garantías o derechos fundamentales que son concebidos como principios) antes que como reglas propiamente tal, puesto que la vulneración de aquellas normas que son reglas operaría lo que tradicionalmente se ha conocido como principio de legalidad (solución de antinomias legales).

Aún bajo el augecontemporáneo de los denominados "principios jurídicos" se hace precisa la constatación de un desarrollo simultáneo de realización legal de su contenido, y es en éste punto en donde entroncan el principio de juridicidad, la ley procesal y la función jurisdiccional del Estado.

Cayendo precipitadamente al punto de nuestra investigación, desde las afirmaciones previamente realizadas, ¿cuál sería el mecanismo sancionatorio idóneo para los casos de infracción al principio de juridicidad, sobre todo si se pretende no considerarlo meramente una declaración programática de intenciones del constituyente?

El mecanismo sancionatorio idóneo que ha moldeado la doctrina para los casos de vulneración del principio de juridicidad por parte de los órganos estatales, al

11 COLOMBO CAMPBELL, J.: "Funciones del Derecho Procesal Constitucional", *Revista Ius et Praxis*, 2002, vol. 8, núm. 2, pp. 32 y ss.; ORELLANA TORRES, F.: *Derecho Procesal Orgánico*, Ed. Librotecna, Santiago, 2010, pp. 28 y ss.

12 KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970, pp. 135 y ss.

13 HART, H.: *El concepto de derecho*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998, pp. 116 y ss.

14 DWORKIN, R.: *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 146 y ss.

15 ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª. ed., Madrid, 2001, pp. 129 y ss.

menos en sede administrativa, y que ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia más calificada, es el ejercicio de la denominada “acción de nulidad de derecho público”¹⁶. Ante dicha constatación se hace ineludible el cuestionamiento sobre la viabilidad impugnatoria del acto público jurisdiccional a través de la presentación de la acción de nulidad de derecho público, o en caso de respuesta negativa, evaluar cuáles serían los mecanismos adecuados para velar por el respeto al principio de juridicidad ahora en el ámbito del ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Estado.

A este respecto recientemente ha sido publicada por CARRASCO POBLETE una investigación que versa precisamente sobre el tema de la referencia, cuya conclusión fundamental es la improcedencia de la aplicación de la nulidad de derecho público (como acción fundamentalmente) a los actos jurisdiccionales, sean éstos aquellos dictados durante la tramitación del proceso, o siendo éste el que pone término al mismo¹⁷. Por nuestra parte, si bien compartimos algunas de las consideraciones y conclusiones a las que arriba el autor citado, creemos que los fundamentos que permiten otorgar coherencia a las mismas se encuentran íntegramente en el juego dialéctico que se produce entre una concepción garantista del proceso y el respeto al principio de juridicidad. Precisamente un pronunciamiento sobre los alcances y la operatividad de éste último principio es lo que se echa de menos en el texto de CARRASCO.

Otra investigación de suma relevancia que analiza el tema en específico es aquella desarrollada por BOCKSANG HOLA sobre la inexistencia jurídica de los actos jurisdiccionales¹⁸. A diferencia de la investigación de CARRASCO, coincidimos plenamente con los presupuestos y fundamentos teóricos en los que se sostiene la investigación, especialmente en lo que dice relación con la vinculación del órgano jurisdiccional al principio de juridicidad, sin embargo diferimos en cuanto creemos que sostener la teoría de la inexistencia jurídica de los actos jurisdiccionales contraría directamente los principios constitutivos del Proceso, y en particular, la transitoriedad, la cosa juzgada y la certeza jurídica.

A nuestro parecer la materia se vuelve particularmente relevante en atención al auge que ha tenido en la doctrina, jurisprudencia y voluntad legislativa la vigencia de una concepción activista del juez y de sus funciones realizadas no sólo en el acto resolutorio sentenciador¹⁹, sino que también ahora en el desenvolvimiento del

16 CONCHA MACHUCA, R.: “El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de derecho público”, *Revista de derecho Valdivia*, 2013, vol. 26, núm. 2, pp. 100 y ss.

17 CARRASCO POBLETE, J.: “Razones jurídicas que justifican la improcedencia de aplicar el estatuto de la nulidad de derecho público contra los actos jurisdiccionales”, *Revista chilena de Derecho*, 2015, vol. 42, núm. 2, pp. 696-697.

18 BOCKSANG HOLA, G.: “La inexistencia, cit, pp. 577 y ss.

19 GARCÍA, J. F. y VERDUGO, S.: *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, Ediciones L Y D, Santiago, 2013, pp. 27 y ss.; AGUILAR, G., GAJARDO, B. y LEÓN, A. P.: “Equidad, inclusión social y democracia: una respuesta crítica a los argumentos en contra del activismo judicial”, *Estudios constitucionales*, 2015, vol. 13, núm. 1, p. 384;

Proceso²⁰, e incluso en la aportación de prueba²¹. Activismo o Publicismo judicial que otorga al juez un papel principal en el desarrollo del proceso, ya no sólo en la aplicación de fondo del Derecho, sino que también en la eventual creación del mismo (de manera originaria o derivativa, desde los denominados principios del Derecho).

La sujeción al principio de juridicidad por parte del órgano jurisdiccional no sólo se alza como presupuesto normativo vinculante de carácter positivo en relación al actuar del Estado, sino que aún de manera más relevante, se erige como bastión defensivo de las garantías de las partes en el actuar del proceso. La sujeción al principio de juridicidad, y los mecanismos sancionatorios o impugnatorios puestos a disposición de las partes en el caso de su infracción, son ante todo medios de defensa que se brindan a los particulares ante el poder ejercido por el Estado Juez²².

En las siguientes líneas pretendemos exponer y analizar cuáles son las posibles actuaciones procesales que las partes pueden adoptar en aras de encontrar sanción a las eventuales vulneraciones del principio de juridicidad en que haya incurrido el órgano jurisdiccional²³. Para ello delimitaremos el contenido y alcance conceptual de la nulidad de derecho público y la nulidad procesal, intentando evidenciar sus relaciones, diferencias y posibles contradicciones.

II. SANCIÓN A LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD POR PARTE DE LOS TRIBUNALES: NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO O NULIDAD PROCESAL.

I. La acción de nulidad de derecho público y las resoluciones judiciales.

La doctrina ha comprendido en general que la sanción idónea que procede ante la infracción del principio de juridicidad por parte de los órganos públicos

FEOLI VILLALOBOS, M.: "El Nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para en análisis del activismo judicial", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte RDUCN*, 2015, vol. 22, núm. 2, pp. 188 y ss.; LUIZ STRECK, L.: "Poder judicial y constitucionalismo democrático: la necesidad de una teoría de la decisión judicial para preservar la autonomía del derecho", *Estudios constitucionales*, 2014, vol. 12, núm. 2, pp. 46-52.

20 PALAVECINO CÁCERES, C.: "La reforma procesal laboral chilena. Una visión crítica desde el garantismo procesal", *Revista Laboral Chilena*, Julio 2012, Santiago, pp. 155-161.

21 PALAVECINO CÁCERES, C.: "El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno", en *Revista Latinoamericana de Derecho Social UNAM México*, núm. 13, Julio-Diciembre, pp. 124 y ss.; FERNÁNDEZ TOLEDO, R.: *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral*, Punto Lex – Thomson Reuters, Santiago, 2011, pp. 383 y ss.; BRUNA PARADA, J.: "La incorporación de la prueba en el proceso laboral y la problemática situación del principio contradictorio en la audiencia de juicio (desafío pendiente)", en AA.VV.: *Proceso y justicia laboral, lecturas a contracorriente* (Dir. por D. PALOMO VÉLEZ), ed. Jurídicas de Santiago, Santiago, Chile, 2015, pp. 231 y ss.

22 CARRASCO POBLETE, J.: "La Nulidad Procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2011, núm. 1, pp. 49-84.

23 Al delimitar el estudio que desarrollaremos en las siguientes líneas hemos excluido deliberadamente el análisis especial sobre los medios impugnatorios de los actos jurídicos procesales realizados por particulares al interior del proceso. En efecto, nos avocamos exclusivamente a los actos realizados y/o directamente autorizados formalmente en virtud del ministerio en que se encuentra investido el tribunal que ejerce la función jurisdiccional.

(en especial de aquellos que ejercen la función administrativa del Estado) sería precisamente la declaración de la nulidad de derecho público²⁴ del acto vicioso. Se trataría de una acción de fuente constitucional cuyos elementos y características (prescriptibilidad, legitimidad activa y pasiva, operación ipso iure, tramitación, etc) cuentan con una historia de desarrollo propia, polémica y debatida, tanto a nivel jurisprudencial como en la doctrina²⁵. Tal vez dicho discurrir se deba, tal como afirma Urbano Marín, a que “[...] la nulidad de derecho público se presenta [...] como una construcción doctrinaria, con escasos cimientos normativos y que abre amplios espacios para especulaciones teóricas [...]”²⁶.

Ahora bien, más allá del ámbito de discusión a que ha dado lugar la nulidad de derecho público en sede administrativa, nuestra tarea consiste en verificar si efectivamente aquella acción tiene o no cabida como medio impugnatorio de las actuaciones procesales decretadas por el tribunal en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Por lo mismo, abordaremos directamente el problema sobre la pertinencia de la sanción general de nulidad de derecho público respecto de las actuaciones procesales jurisdiccionales, más no realizaremos un estudio detallado sobre la acción de nulidad de derecho público general, y su procedencia respecto de los actos decretados en virtud del ejercicio de la función administrativa del Estado, o de la función legislativa²⁷.

Para abordar certeramente el cuestionamiento que hemos planteado, de manera previa es necesario remitirnos a las normas fundamentales desde las cuales se desprende el principio de juridicidad vigente en nuestro ordenamiento jurídico, contenidas en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República (CPR), para luego desde ahí evaluar si es posible encontrar respuesta certera a nuestra inquietud, o al menos descubrir si podemos obtener una orientación definida hacia aquella. En ese sentido, se vuelve relevante consignar, en lo pertinente, que dichos enunciados normativos consagran lo siguiente:

Art. 6° inc. final: “Las infracciones a esta norma generarán las responsabilidades y sanciones que determine la ley”

24 Por todos: El derecho administrativo chileno llama nulidad de derecho público la sanción de ineficacia que corresponde aplicar a los actos administrativos adoptados en infracción al principio de juridicidad VALDIVIA, J. M.: *Sobre la nulidad en derecho público*, Editorial Legalpublishing, Santiago, 2009, p. 865.

25 PFEFFER URQUIAGA, E.: “La nulidad de derecho público: tendencias jurisprudenciales”, *Revista de derecho público / Departamento de Derecho Público*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, núm. 67, 2005, pp. 129-144; CONCHA MACHUCA, R.: “El desarrollo”, cit, pp. 93-114; JARA, J.: *La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia*, Editorial Libromar, Santiago, 2004.

26 MARIN, U.: “Algunos aspectos de la nulidad de derecho público. Aproximación práctica al tema”, en AA.VV.: *Seminarios de derecho procesal. Reforma orgánica al proceso civil. La defensa del Estado ante los Tribunales de Justicia: Una aproximación particular a la nulidad de derecho público* (Dir. por A. ONFRAY VIVANCO), Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Serie Publicaciones Especiales, 2004, núm. 17, p. 146.

27 SOTO KLOSS, E.: “En la forma que prescriba la ley: notas sobre prácticas legislativas inconstitucionales”, *Revista chilena de derecho Valdivia*, 1993, Vol. 20, núm. 2-3, pp. 687-693.

Art. 7° inc. final: "Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

De inmediato, en ambos preceptos la remisión expresa a la ley invita, ante todo, a analizar el cuerpo normativo de rango legal que empodere al órgano en cuestión a fin de realizar en un primer acercamiento un análisis objetivo y abstracto que ponga en relación silogística el presupuesto normativo potestativo y la ejecución práctica y efectiva de alguna actuación judicial. En lo que concierne a nuestro estudio debemos dirigirnos a la ley procesal respectiva²⁸ que regule las potestades conferidas y el procedimiento particular que vinculen al órgano que ejerce la función jurisdiccional. Hasta aquí, en este primer acercamiento, puede sostenerse que las herramientas otorgadas a las partes para requerir la ineficacia de un acto procesal (público) concreto, por haber vulnerado el principio de juridicidad se encuentran precisamente en el cuerpo normativo legal que regula las propias potestades jurisdiccionales (presupuestos, sanción, órgano competente, etc.) y los medios impugnatorios puestos a disposición de las partes.

La anterior, en cuanto a los mecanismos impugnatorios idóneos dispuestos a las partes coincide con la postura sostenida por Carrasco, quién categóricamente llama a la siguiente reflexión:

"¿Cuáles serían las razones para querer sobrepasar el sistema anulatorio contemplado en el Código de Procedimiento Civil? ¿Acaso no basta con las excepciones dilatorias, los incidentes de nulidad procesal, la nulidad incidental de oficio, la solicitud de reposición, el recurso de apelación, el recurso de casación en la forma, la casación en la forma de oficio, todos los cuales están destinados directa o indirectamente a evitar las nulidades, subsanar los posibles vicios, corregir los errores de procedimiento, observar los presupuestos procesales, corregir los errores de incongruencia de la sentencia, etc.?"

Consideramos que la nulidad procesal de derecho público no puede sobrepasar el sistema anulatorio de los actos procesales defectuosos contenido en el Código de Procedimiento Civil²⁹.

Sin embargo, al transitar otro sendero hermenéutico se podría sostener a través de una interpretación literal del enunciado normativo contenido en el artículo 7°

28 Es necesario recordar que al hacer referencia a la ley procesal no sólo estamos comprendiendo aquella que se encuentre al interior de algún texto normativo cuya titulación expresamente contenga la expresión "procesal", "proceso" o una semejante o derivada (Ej: Código Procesal Penal, Código de Procedimiento Civil), sino que nos referimos norma jurídica legal que tenga naturaleza procesal, sin importar el texto normativo concreto en que la encontremos. Ejemplo paradigmático lo constituye el análisis del proceso laboral, puesto que las normas que regulan la función jurisdiccional con competencia laboral exclusiva se encuentran consagradas precisamente en el texto refundido y sistematizado del Código del Trabajo, y no en un texto normativo apartado y especial, cuya inscripción títule con la expresión "procesal", "procedimiento" u otra similar.

29 CARRASCO POBLETE, J.: "Razones jurídicas", cit., p. 695.

de la constitución³⁰ que el acto se vuelve nulo ipso iure por mandato directo de la norma fundamental, y por lo tanto, sería insubsanable, lo que acarrearía como consecuencia la imposibilidad de convalidación del acto procesal, tan comúnmente aceptada en sede jurisdiccional, y reverso jurídico de la nulidad procesal en relación con la seguridad y certeza jurídica³¹. Desde dicha perspectiva no tendríamos que recurrir a norma legal alguna puesto que la norma constitucional sería suficiente por sí misma para que de manera inmediata el acto jurídico procesal respectivo se encuentre privado de validez y sea declarado nulo ipso iure³², sin que sea necesaria su previa declaración formal, sin perjuicio de que ésta pueda ser buscada hacia futuro³³.

La norma constitucional ha de ser interpretada de manera tal que el resultado no pretenda evadir lo que literalmente señala el precepto, prefiriendo en todo caso aquella alternativa en que la norma resulte efectivamente aplicable, sin evitar su designio o provocar subrepticamente su nula eficacia real simplemente a través de un ejercicio hermenéutico ficticio. Por ello, de lo ya señalado líneas más arriba, es posible concluir que adoptando una interpretación armónica de los preceptos constitucionales precedentemente citados (y no estrictamente literal, o sujeto a una interpretación bajo elemento gramatical exclusivamente), sumados al art. 76 de la CPR, que define la función jurisdiccional y sus elementos constitutivos (en particular la no avocabilidad) nos permitimos afirmar que en el caso particular de la función jurisdiccional³⁴ habrá que acudir directamente a la ley procesal pertinente, que consagra de manera especial los mecanismos sancionatorios que permiten resolver los casos de vulneración del principio de juridicidad por parte de los órganos jurisdiccionales, y de esa forma, los alcances, elementos y características propias de la nulidad en relación con los actos de naturaleza jurisdiccional.

Lo anterior permite concluir que respecto de los actos jurisdiccionales sí resultaría aplicable una especie de nulidad de derecho público, y que radicaría en dicha institución el último fundamento del sistema de recursos o medios impugnatorios procesales, en general, y en ese sentido en realidad la índole de dicha nulidad, sus alcances y consecuencias, quedan entregados en su determinación al

30 CARRASCO POBLETE, J.: "Razones jurídicas", cit., p.673.

31 En ese sentido BOCKSANG HOLA, G.: "La inexistencia", cit., pp. 602-603; SOTO KLOSS, E.: "La nulidad", cit., pp. 163 y ss.; AROSTICA, I.: "La extinción de los actos administrativos y la jurisprudencia reciente de los tribunales de Justicia", *Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile*, 1984, Vol. 11, núm. 2-3, pp. 433 y ss. y FIAMMA OLIVARES, G.: "La Acción Constitucional de nulidad. Un supremo aporte del Constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1986, núm. 10, pp. 350-351.

32 Significa que "producida la infracción de la disposición constitucional referida por el órgano estatal en atención a que actúa vulnerando sus preceptos, el acto que emita o dicte, o celebre, es nulo. Y esto por expresa declaración del constituyente, quien ha dispuesto que dicho acto (terminal o trámite) carece íntegra y enteramente de validez jurídica, y ello, ab initio, de suyo, sin que se admita validez provisoria alguna", en SOTO KLOSS, E.: *Derecho administrativo*, cit. p. 173.

33 BOCKSANG HOLA, G.: "La inexistencia", cit., pp. 589-590.

34 Lo señalado aquí es plenamente aplicable al ejercicio de las demás funciones del Estado.

órgano legislativo correspondiente, y se encontrarán consagrados finalmente en la ley procesal respectiva, por mandato expreso de la propia constitución, en atención a la naturaleza particular del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, no existiendo por sí misma, ni a través de una configuración positiva contenida en la norma fundamental.

En otras palabras, el sustrato jurídico de la nulidad procesal propiamente tal es en el fondo la propia infracción al principio de juridicidad, he ahí su relación de interdependencia. Si bien la nulidad procesal no se identifica plenamente con las características y propiedades de la nulidad de derecho público, sí es posible afirmar que ésta última es la figura conceptual para designar el medio impugnatorio de los actos públicos ejecutados por el órgano que ejerce la función jurisdiccional del Estado, y que infrinjan el principio de juridicidad, se encuentra emparentada con la nulidad procesal en el sentido de una relación género-especie.

Lo que intento sostener es que en el caso de los actos jurisdiccionales, si bien no procede la aplicación inmediata de la acción de nulidad de derecho público (o nulidad procesal de derecho público en la figura del profesor OTERO LATHROP), su concretización como medio impugnatorio de los actos que infrinjan el principio de juridicidad se encuentra mediada en la ley procesal, encargada por la Constitución, y es allí en donde la nulidad procesal, junto al resto de los medios impugnatorios dispuestos a las partes, se manifiestan como el mecanismo de defensa idóneo dispuesto a las partes.

En el sentido anteriormente expuesto compartimos plenamente el pensamiento de Verdugo cuando afirma que “la nulidad de Derecho Público sí tiene aplicación [en éste caso]. Lo que sucede es que sus efectos y los mecanismos para declararla se encuentran establecidos por la ley procesal a través de los recursos de impugnación que tienen por objeto corregir una resolución de acuerdo a Derecho. Es la propia Carta Fundamental la que permite que la nulidad sea complementada mediante la ley en sus Arts.6, inc. final, 7, inc. final., 63, N° 3 y N° 20, y el Art. 82, todos de la Constitución. En consecuencia, los efectos de la declaración de nulidad de Derecho Público de las resoluciones judiciales se encuentran establecidos en la ley y, en muchas ocasiones, son alterados por esta legislación”³⁵.

Creemos que las consideraciones antedichas son las que de mejor manera coinciden con una lectura coherente del proceso que simultáneamente ponga su atención tanto en el respeto al principio de juridicidad como en una concepción garantista del proceso³⁶, que es aquella que guarda coherencia con el contenido de

35 VERDUGO RAMÍREZ, S.: “La declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto”, *Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo*, 2008, Año IX, núm. 18, p. 257.

36 PALAVECINO CÁCERES, C. y RUAY SAEZ, F.: “El principio de la buena fe en los procedimientos laborales frente al principio de legalidad o juridicidad ¿tienen los jueces del trabajo facultades tácitas o implícitas?”, *Ed. Jurídicas*

nuestra Constitución, y la consagración fundamental de la primacía de la persona humana³⁷. No es que no sea aplicable la nulidad de derecho público como sanción a los actos jurisdiccionales que vulneren el principio de juridicidad, sino que se trata de concebir por especialidad que la nulidad de derecho público como mecanismo sancionatorio se realiza a través de los diversos mecanismos impugnatorios establecidos en la ley procesal, por expresa disposición constitucional, y por la particularidad del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado³⁸.

En ese sentido, es posible afirmar que la nulidad de derecho público compartirá una misma raíz jurídica sancionatoria en relación con los actos públicos realizados en el ejercicio de la función administrativa, judicial y legislativa, vinculada intensamente con el principio de juridicidad que rige el actuar del Estado. Sin embargo, los alcances y consecuencias de la nulidad en cada uno de aquellos casos están supeditados a la naturaleza particular de la función estatal en cuestión y las propias regulaciones legislativas que por especialidad darán solución definitiva y fatal a eventuales especulaciones doctrinarias³⁹.

La especificidad de la función jurisdiccional requiere métodos de impugnación particulares, que a su vez se encuentren íntimamente relacionados con la idea de proceso y los distintos principios que constituyen un sistema dispositivo, como son esencialmente el principio de contradicción, el de protección, el de preclusión, y el de transitoriedad del proceso.

Entonces, hasta aquí, un asunto que no debe dar lugar a confusiones: tiene cabida la nulidad de derecho público respecto de los actos jurisdiccionales (resoluciones judiciales), pero ello sólo en tanto fundamento sancionatorio, pues el alcance mismo de la nulidad, su operatividad, legitimación, oportunidad, y otros aspectos que la definen, se encuentran entregados en su determinación a la función legislativa, a través de la ley procesal.

Conforme a lo argumentado hasta aquí, hablamos de nulidad de derecho público en un sentido genérico, sólo como fundamento de la sanción que posteriormente consagrará el órgano legislador; fundamento que no es otro que la vulneración del principio de juridicidad. Pero en cambio, no estamos de acuerdo con que se aplique plenamente la teoría de la acción de nulidad de derecho público (referida

de Santiago, 2015, pp. 431 y ss.; PALAVECINO CÁCERES, C.: "El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile", en AA.VV.: *Derecho procesal garantista y constitucional: proceso, garantía y libertad*, Corporación Universitaria Remington: CESJUL Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos, Medellín, Colombia, 2014, p. 126.

37 PALAVECINO CÁCERES, C.: "Sistemas procesales e ideología", *Revista de Derecho y Humanidades*, 2011, núm. 17, p. 25; BENABENTOS, O.: *Teoría General Unitaria del Proceso*, Editorial Juris, Buenos Aires, 2001 pp. 85 y ss. y ALVARADO VELLOSO, A.: *Lecciones*, cit., p. 10.

38 ALVARADO VELLOSO, A.: *Lecciones*, cit., p. 122.

39 VERDUGO RAMÍREZ, S.: "La declaración", cit., pp. 250-257.

tradicionalmente a los actos de la administración) a los actos jurisdiccionales, pues ésta ha sido configurada doctrinaria y jurisprudencialmente en torno a la idea de control del ejercicio de la función ejecutiva o administrativa del Estado cuyo control normativo se rige por textos normativos propios, y aunque que se pretendiese trasladar su aplicación de manera directa al control del ejercicio de las potestades jurisdiccionales, dicha vinculación tendría un carácter meramente orientador, quedando aún pendiente la tarea de asimilar la función administrativa estatal a la particularidad y especialidad de la función jurisdiccional del Estado, que según veremos cuenta simultáneamente con la ley procesal como mecanismo dinámico de realización de la función jurisdiccional, y presupuesto potestativo, lo que distorsiona el estado de la teoría tal como se ha planteado tratándose de actos administrativos⁴⁰. Esto en razón de que trasladar por completo los avances doctrinarios alcanzados en sede administrativa a la función judicial implicaría desatender y contrariar directamente la sustancia del ejercicio de dicha función por el Estado, y en particular uno de los principios fundamentales sobre los que se sostiene; la seguridad y certeza jurídica representadas en la necesaria transitoriedad del proceso⁴¹.

En la misma orientación antedicha se expresa también el profesor VALDIVIA al señalar comparativa y derivativamente en relación a la nulidad de derecho público que “[r]especto de los actos judiciales rigen los mecanismos tradicionales consagrados en las leyes para incidentes de nulidad y recursos de casación y revisión”⁴², a propósito del respeto del principio de juridicidad por parte de los tribunales, y los mecanismos que permiten activar dichas reclamaciones.

Reyes por su parte manifiesta lo siguiente:

“lo relativo a las sanciones a vicios en que se incurran en actos jurisdiccionales ha de entenderse en lo que el legislador apruebe en las leyes respectivas –llamados Códigos de Procedimiento Civil y Penal u otros especiales- sin perjuicio de que el legislador debe observar los principios del art. 19 n°3 [...] En conclusión, entonces, corresponderá al legislador –y a veces al propio constituyente como en el caso de infracción a la ley- establecer el régimen de sanciones y responsabilidades para los casos de transgresión al principio de juridicidad, no siendo efectivo que en tales circunstancias necesariamente y siempre tenga que aplicarse la nulidad de pleno derecho”⁴³.

40 VALDIVIA, J. M.: *Sobre la nulidad*, cit., p. 866; GARDAIS ONDARZA, G.: “El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables”, *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, 2002, núm. 23, pp. 323 y ss.

41 ALVARADO VELLOSO, A.: *Lecciones de derecho*, cit., p. 194.

42 VALDIVIA, J. M.: *Sobre la nulidad*, cit., p. 866.

43 REYES RIVEROS, J.: “Reflexiones y bases acerca de la Nulidad de Derecho Público”, *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, 1997, vol. XVII, p. 404.

También hemos señalado oportunamente que profesor VERDUGO también adhiere a esta posición⁴⁴.

Podemos afirmar que ante una actuación vulneratoria del principio de juridicidad por parte de los tribunales de justicia habrá que analizar, ante todo, el sistema de recursos procesales, y de impugnación en general, para verificar concretamente cuáles son las actuaciones que las partes tienen a su disposición a fin de lograr obtener la sanción de ineficacia pertinente respecto de la actuación del órgano jurisdiccional que vulnera el mencionado principio durante el transcurso del proceso, esto es, durante su desenvolvimiento dinámico como procedimiento en desarrollo.

En éste punto el requerimiento garantista, ante las visiones más restrictivas sustentadas por el Publicismo procesal, que tienden a restringir las vías recursivas, especialmente en lo que dice relación con la revisión de los hechos en una segunda instancia, ha de clamar por la subsistencia de los medios impugnatorios que permitan la revisión de los hechos, a fin de solicitar la rectificación de su apreciación o subsunción conforme a Derecho, más aún si la constitución de los tribunales de justicia tras reformas como la laboral, de familia o el proyecto en procesal civil han sido constituidos unipersonalmente⁴⁵.

Sin embargo, precisamente a raíz de lo señalado en las líneas previas, la pregunta sobre la procedencia de la acción de nulidad de derecho público respecto de las actuaciones judiciales puede replantearse en un momento posterior al término del proceso mismo, esto es, una vez que la sentencia se encuentra firme y ejecutoriada, y así la discusión alcanza otro nivel de complejidad. En tal situación, y ya no existiendo ningún recurso o medio de impugnación contemplado en la ley procesal para invalidar el fallo⁴⁶, ¿podría presentarse la acción de nulidad de derecho público, ahora como herramienta de última ratio?

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia se encuentran contestes en dar una respuesta negativa a dicha interrogante. Sin embargo, el profesor Miguel OTERO LATHROP realiza un estudio que se aparta de dicha postura hegemónica, y que cobra especial relevancia en el contexto de nuestra investigación, por lo que pasaremos a exponer en las siguientes líneas.

44 VERDUGO RAMÍREZ, S.: "La declaración", cit., pp. 247 y ss.

45 PALOMO VÉLEZ, D.: "Apelación, doble instancia y proceso civil oral: a propósito de la reforma en trámite", *Estudios constitucionales*, 2014, pp. 507 y ss.; NÚÑEZ OJEDA, R.: "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo", *Revista Ius et Praxis*, 2008, vol. 14, núm. 1, pp. 199-223.

46 Excepcionalmente, por consagración expresa del legislador y bajo estrictos requisitos, se contempla la procedencia del recurso de revisión tanto en sede Civil como Penal.

2. La nulidad procesal de derecho público según Miguel Otero Lathrop.

El profesor OTERO fundamenta su estudio y posterior desarrollo argumentativo, de manera lógica, en los preceptos constitucionales desde los que se desprende el principio de juridicidad a los que tanto hemos hecho referencia (artículos 6° y 7° de la CPR), el artículo 19 N° 3 de la Constitución, y suma de armónicamente el contenido normativo de los preceptos contenidos en los artículos 8° y 9° del Pacto de San José de Costa Rica, cuya vinculación directa deduce de lo preceptuado en el artículo 5° inciso segundo de nuestra Constitución. Posicionado en esas bases inicia un recorrido argumentativo que le permite concluir de manera lógica la presencia de una especial “acción de nulidad procesal de derecho público”. Dicha acción no tendría una manifestación jurídica unívoca puesto que estaría condicionada, en su forma de ejercicio, por la oportunidad procesal en que se pretenda ejercer la impugnación del acto jurídico del tribunal.

Señala OTERO que más allá de lo que se ha escrito sobre el incidente de nulidad procesal civil, regulado en el Código de Procedimiento Civil, “hay dos causales adicionales que producen la nulidad procesal de derecho público. La primera es la inobservancia de las normas de procedimiento establecidas por la ley para el conocimiento y resolución del conflicto de relevancia procesal sometido a jurisdicción. La segunda es la violación a las normas de debido proceso”⁴⁷. Evidentemente ambas causales son de fuente constitucional y ya no meramente legal.

En el caso de la primera causal, a través de la lectura del artículo 7° de la Constitución podemos concluir que la cobertura típica abarca al menos tres dimensiones: la investidura regular, la competencia legal y la forma prescrita en la ley para resolver el conflicto de relevancia jurídica. Señala al respecto que “[e]n materia civil, penal o cualquiera otra que sea sometida a su conocimiento y resolución, el órgano jurisdiccional debe conocer y resolver el conflicto de acuerdo a las normas de procedimiento que establece la ley. El tribunal ni las partes, ni aun cuando todos estén de acuerdo, pueden modificar las normas de procedimiento, a menos que la ley otorgue expresamente esta facultad”⁴⁸. Por lo mismo, en el caso de que contraríen efectivamente esta prohibición modificatoria, la actuación ha de ser sancionada con la nulidad procesal de derecho público. Esto se debe fundamentalmente a que las normas de procedimiento son normas de orden público. El razonamiento va como sigue: “el órgano jurisdiccional debe ejercer su función de acuerdo a la forma, o sea el procedimiento que le señala la ley. De hacerlo en forma distinta, infringe claramente la normativa constitucional del artículo séptimo, que expresamente dispone “en la forma que dispone la ley” y ésta, en el caso de la actividad jurisdiccional, no es otra

47 OTERO LATHROP, M.: *La nulidad procesal civil, penal y de derecho público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 293.

48 OTERO LATHROP, M.: *La nulidad*, cit., p. 293.

que el procedimiento que la ley establece para el conocimiento y resolución de ese determinado conflicto de relevancia jurídica¹⁴⁹.

La segunda de las causales hace referencia a la vulneración de las normas del inciso tercero del artículo 19 n°3 de la Constitución, en concordancia con lo expresado en el artículo 5° inciso segundo del mismo texto y el Pacto de San José de Costa Rica. Esto implica ahora una protección constitucional no sólo respecto de los requisitos de existencia del proceso, sino que directamente implica sancionar con nulidad procesal de derecho público la inobservancia e infracción a las normas de debido proceso, que, si bien no se encuentran enumeradas taxativamente en el texto constitucional, sí sería posible deducirlas de los instrumentos internacionales ya citados. La importancia de su protección es tal que incluso sería aplicable en materia arbitral, como se puede desprender de la lectura del artículo 796 del Código de Procedimiento Civil⁵⁰.

Ahora bien, sobre la forma de ejercicio de la acción de nulidad procesal de derecho público habrá que realizar una distinción previa: "si se impetra antes de que la sentencia que se dicte en el proceso quede aparentemente ejecutoriada o se hace con posterioridad a ello. De igual manera, hay que considerar si la nulidad procesal se invocó o no en la causa. Si se invocó y fue rechazada por sentencia ejecutoriada, opera plenamente la cosa juzgada"⁵¹. Conforme a lo anterior, en primer lugar, si la causa se encuentra en tramitación, la forma de reclamación idónea y paradigmática se materializa en la presentación y apertura de un incidente de nulidad procesal de derecho público, que puede interponerse en cualquier estado del juicio, y hasta antes de la vista de la causa por la Corte Suprema, en caso de haberse presentado un recurso de casación.

Cabe señalar que dicho incidente, como específica realización de la nulidad procesal de derecho público, según OTERO, no coincide ni es identificable con el clásico incidente de nulidad contemplado en nuestro Código de Procedimiento Civil, pues el fundamento de este especialísimo incidente de nulidad procesal de derecho público se encuentra directamente en el texto constitucional (sin necesidad de mediación legal), y por lo mismo, a diferencia de la clásica nulidad procesal civil, tiene por objeto la protección de un interés superior al de las partes, cual es la protección del Estado de Derecho (el respeto a la ley y el orden público), a través del control de juridicidad. La diferencia constitutiva respecto de la nulidad procesal civil, en general, radica entonces en que en la nulidad procesal de derecho público el interés de las partes, tanto en su presentación como en la tramitación, resulta irrelevante por

49 OTERO LATHROP, M.: *La nulidad*, cit., p. 294.

50 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, L.: "Los árbitros arbitradores y mixtos frente a la Constitución 1980: Normas "decisoriae" y "ordinatoriae litis" vinculantes en el arbitraje ritual y en la jurisdicción de equidad", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, núm. 40, pp. 535-573.

51 OTERO LATHROP, M.: *La nulidad*, cit., p. 297.

encontrarse este particularísimo incidente consagrado en protección de un interés superior; y por lo mismo, puede llegar a ser declarado incluso oficiosamente por el juez; en cambio, en la nulidad procesal civil, el perjuicio al interés de alguna de las partes en el proceso es un presupuesto esencial en el caso de la nulidad procesal civil.

En este sentido señala OTERO que “[h]ay una clara diferencia entre la nulidad procesal que contiene el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil [nulidad procesal civil] y la nulidad procesal de derecho público. En la primera rigen todos los requisitos que establece dicho artículo, como ser existencia de un agravio, que éste sea reparable sólo por la vía de nulidad, que no haya existido convalidación, no participación en el vicio y que la nulidad sea reclamada dentro del plazo de cinco días. Esta nulidad atiende al interés de las partes, por lo cual se justifican los requisitos que deben concurrir para su procedencia”⁵². *Contrario sensu* aparecería que el incidente, en tanto oportunidad para hacer valer la nulidad de derecho público, y según la doctrina a la que adhiere el profesor OTERO⁵³, gozaría de imprescriptibilidad, insubsaneabilidad e irrenunciabilidad.

Es preciso en éste acápite señalar que no compartimos el parecer del profesor OTERO en éste punto. El único interés de carácter medianamente trascendente que se cautela en la noción misma de proceso, y que va más allá de la solución de un conflicto intersubjetivo, es sólo la mantención de la paz social. No existe un “interés general” determinable de manera imparcial, ni menos una supuesta verdad sustancial que permitan adoptar de manera legítima una decisión ideológica a priori sobre los designios del proceso en materia sustantiva, ni menos formal⁵⁴. La sanción de nulidad ha de ser activada tras la excitación del órgano jurisdiccional por alguna de las partes, o de manera oficiosa a fin de cautelar precisamente el respeto del debido proceso, y el desarrollo dialéctico de éste, en conformidad con la igualdad procesal que ha de imbuir el proceso, y el respeto de sus principios fundamentales. Pero no existe ningún interés de tipo trascendente que por sí mismo confiera potestades al juzgador a fin de autorizarle decretar la invalidación o su extinción. Precisamente el proceso ha sido dispuesto como un instrumento al servicio de los particulares a fin de alcanzar la solución de conflictos intersubjetivos, más no a fin

52 OTERO LATHROP, M.: *La nulidad*, cit., p. 300.

53 A propósito de la Nulidad de derecho público, en general, el profesor OTERO se declara partidario de la caracterización realizada por el profesor SOTO KLOSS: [los] “hechos generativos de la nulidad no se pueden borrar; no pueden dejar de existir, ocurrieron y, por ello mismo, la nulidad que general es inamovible. En este aspecto el profesor Soto Kloss tiene razón en cuanto afirma que la nulidad de derecho público es imprescriptible [...] Lo anterior también lleva a concluir que la nulidad de derecho público es insubsaneable e irrenunciable”. OTERO LATHROP, M.: *La nulidad*, cit., pp. 282-283.

54 DAMASKA, M. R.: *Las caras de la justicia y el poder del estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 212-213; BENABENTOS, O.: *Teoría General*, cit., pp. 391-392; NIETZSCHE, F.: *Sobre la verdad y la mentira en sentido extramoral*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, pp. 19-26; FOUCAULT, M.: *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 66-92; ZAMORA ACEVEDO, M.: “La Búsqueda de la verdad en el proceso penal”, *Revista Acta Académica*, 2014, núm. 54 mayo 2014, pp. 176-178; ALVARADO VELLOSO, A.: “Proceso y Verdad”, en AA.VV.: *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*, Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID), Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia, Medellín, 2014, pp. 117 y ss.; KELSEN, H.: *Teoría Pura*, cit., pp. 55-64.

de incluir nociones de "interés general" que lleguen a adoptar un carácter sustantivo que guían a una concepción activista del juez en donde éste abandona su función original, para sentarse en estrados ya no sólo a resolver conforme a Derecho, sino que directamente a realizar política; a buscar la concretización de lo que él estima constituye el "interés general"; su personal noción de justicia.

El profesor OTERO va un paso más allá y afirma ahora, respecto de la acción de nulidad procesal de derecho público, que ésta puede plantearse válidamente incluso después de terminado el proceso mismo, o sea, incluso después de firme y ejecutoriada la sentencia de término, dando origen a un nuevo proceso. Señala: "si la nulidad procesal no se impetró en el proceso, la acción de nulidad procesal de derecho público debe interponerse ante tribunal competente y se tramitará conforme a las reglas del juicio ordinario o del juicio sumario, si se cumplen los requisitos de urgencia para su procedencia"⁵⁵.

De manera conclusiva el profesor indica que "[a] diferencia del incidente de nulidad que contempla el artículo 83 del CPC, no hay plazo limitativo para la interposición del incidente de nulidad o de la acción de nulidad, según el caso, tampoco se requiere daño o perjuicio para la parte reparable sólo con la declaración de nulidad, y el imprescriptible, irrenunciable e insubsanable por tratarse de una nulidad de derecho público que está establecida por mandato constitucional"⁵⁶.

Sostener una posición radical como la expuesta por el profesor OTERO se opone al principio de certeza jurídica, en general, y al efecto de cosa juzgada⁵⁷, en particular, reduciéndolas a meras concepciones programáticas, trastocando no sólo a las instituciones antedichas, sino que más gravemente y de manera consecencial, al funcionamiento del Estado de Derecho y el ejercicio de la función jurisdiccional en su conjunto, desde la posición desmejorada de las partes ante la nebulosa que rodeará las expectativas razonables de actuación oficial que tendrán en consideración para poder actuar libremente de manera eficaz.

Con la finalidad de sostener esta particular postura frente a la opinión mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia, el profesor OTERO sostiene que en realidad es ilusoria la defensa de la cosa juzgada, pues estaríamos pretendiendo analizar un acto jurídico (sentencia) inexistente: "en realidad tales sentencias son inexistentes, por cuanto si el proceso es nulo, la sentencia es igualmente nula y no puede producir efecto legal alguno, por lo cual jamás se ha materializado la cosa juzgada[...] El proceso

55 OTERO LATHROP, M.: *La nulidad*, cit., p. 298.

56 OTERO LATHROP, M.: *La nulidad*, cit., p. 298.

57 PÉREZ LUÑO, A. E.: *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 28-37 y 66-78; ALTERINI, A.: *La Inseguridad Jurídica*, ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1993 pp. 45-50; SOTO KLOSS, E.: "Seguridad jurídica e interpretación en el Derecho Público Chileno", *Derecho y Seguridad Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1983, núm., pp. 91 y ss.; MOSQUERA, M.: "Seguridad jurídica y Derecho Procesal", *Derecho y Seguridad Jurídica*, 1983, Colección Seminarios, núm. 6, pp. 115 y ss.

jurisdiccional que adolece de un vicio procesal de derecho público es nulo por mandato constitucional y, en consecuencia, no puede ser validado de forma alguna, dado que la norma constitucional que establece la nulidad persigue una finalidad muy superior al interés particular, cual es la protección del estado de Derecho⁵⁸. Señala al respecto, como un ejemplo positivo que apoyaría su postura, el recurso de revisión contemplado en el proceso penal (artículo 473 Código Procesal Penal), que permitiría modificar o anular sentencias firmes por haberse vulnerado las normas del debido proceso (los casos allí señalados implicarían infracciones o vulneraciones a dicha garantía).

En un sentido contrario al propuesto por OTERO, y en representación de la mayoría de la doctrina, se pronuncia Romero Seguel al señalar la inconveniencia de la propuesta hermenéutica, ya que “si se admitiera la procedencia de acción de nulidad de derecho público en el ámbito jurisdiccional el debilitamiento de la cosa juzgada sería su más lógica consecuencia⁵⁹. En la misma línea Rodrigo DÍAZ DE VALDEZ BALBONTÍN señala que: “conocido que la nulidad de derecho público, por su naturaleza misma, goza de características de insubsanable e imprescriptible, si fuere admisible este tipo de acciones en contra de resoluciones judiciales, en especial de sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas, jamás se podría poner término a los procesos pendientes. Se atentaría contra el principio de Seguridad Jurídica⁶⁰. Así también señala el profesor que “se vulneraría el Principio de no Avocabilidad, consagrado en el artículo 76 de la CPR y artículo 8 del Código Orgánico de Tribunales, que prohíben, expresamente, revivir o revisar los fundamentos de los procesos fenecidos, así como también, respecto de los procesos que se encuentran pendientes ante otros tribunales⁶¹.

En el mismo sentido Cristián MATURANA y Mario MOSQUERA señalan que “debemos recordar que en nuestro ordenamiento jurídico la acción ordinaria de nulidad se encuentra proscrita como un medio de impugnación para obtener la invalidación de una sentencia, no siendo posible jamás iniciar un proceso de lato conocimiento que persiga semejante objetivo⁶².

En el estudio del profesor CARRASCO al que hemos hecho referencia en líneas anteriores, precisamente se rechaza la propuesta de OTERO. Señala al respecto:

58 OTERO LATHROP, M.: *La nulidad*, cit., p. 296.

59 ROMERO SEGUEL, A.: “Comentario: La improcedencia de la acción de nulidad de derecho público para revisar resoluciones judiciales, como precedente judicial”, *Revista chilena de derecho*, 2003, Vol. 30, núm. 2, p. 382.

60 DÍAZ DE VALDEZ BALBONTÍN, R.: “Improcedencia de la acción de nulidad de derecho público respecto de actos jurisdiccionales”, ponencia presentada en las XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, el 8 y 9 de noviembre de 2007, p. 4.

61 DÍAZ DE VALDEZ BALBONTÍN, R.: “Improcedencia de la acción”, cit., p. 4.

62 MOSQUERA, M. y MATURANA MIQUEL, C.: *Los Recursos Procesales*, Ed. Jurídica, Santiago, 2013, p. 19.

“(…) disentimos de aquellas tesis que afirman que la nulidad de derecho público y, la más específica, nulidad procesal de derecho público sean aplicables a los actos jurisdiccionales que adolecen de alguna irregularidad.

[...] los inconvenientes de aplicar la nulidad procesal de derecho público a los actos jurisdiccionales [...] se pueden sintetizar de la siguiente forma: i) se quebranta el ámbito de aplicación de la nulidad procesal de derecho público; ii) no se distingue que la actividad jurisdiccional sea de auctoritas y no de potestas; iii) se infringe el principio de legalidad; iv) se atenta contra la historia fidedigna del establecimiento del Código de Procedimiento Civil; v) se vulnera el fin y razón de ser de la cosa juzgada; vi) se transgreden los límites del sistema anulatorio que impiden declarar la nulidad; vii) la nulidad de derecho público, en el evento que fuese aplicable a los actos jurisdiccionales no podría operar ipso iure; viii) nulidad de derecho público desconoce flagrantemente el principio de trascendencia del perjuicio que exige la nulidad procesal; y ix) la aplicación de la nulidad procesal de derecho público a los actos jurisdiccionales sobrepasa el régimen de impugnación de la actividad procesal irregular regulado en el Código de Procedimiento Civil.”⁶³.

De manera magistral el profesor CARRASCO desarrolla cada uno de los puntos de relevancia antes expuestos. Sin perjuicio de que estamos de acuerdo en muchas de sus consideraciones, en líneas posteriores haremos hincapié en las diferencias que sostenemos respecto de sus planteamientos, y que tal como hemos afirmado ya de manera preliminar nos permiten sostener que la nulidad de derecho público tendría una particular forma de realización en el caso de los actos jurisdiccionales; pero lo importante, es que la tiene.

La Corte Suprema ha fallado también en este último sentido, señalando que “la anulación de los actos que llevan a cabo los tribunales en ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado, debe perseguirse a través de los medios que franquea la ley procesal y que, sustancialmente, consisten en la declaración de nulidad de oficio o a petición de parte, que contemplan los artículos 83, 84 y 85 del Código de Procedimiento Civil, así como en los recursos de casación y revisión que regulan, respectivamente, los Títulos XIX y XX del Libro III del mismo texto y las normas pertinentes del Código de Enjuiciamiento Penal, o bien, excepcionalmente, por medio del ejercicio de las facultades disciplinarias de los Tribunales Superiores, conforme en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales”⁶⁴.

63 CARRASCO POBLETE, J.: “Razones jurídicas”, cit., p. 674.

64 Considerando octavo de Sentencia Casación dictada por Corte Suprema el 22 de Octubre de 2002 Causa Rol N° 365-02. En el mismo sentido la propia Corte Suprema en sentencias: de 10 de julio de 2011, causa Rol 337-1198; 29 de Agosto de 2000 causa Rol 3408-1998; 22 de Julio de 2010 causa rol 188-2010.

Cabe hacer presente que los casos jurisprudenciales presentados como ejemplares por el profesor OTERO en su libro⁶⁵, y que señalan particularmente la diferente naturaleza jurídica de los asuntos tratados a propósito de la presentación de la acción de nulidad de derecho público (la diferencia entre asuntos meramente patrimoniales de aquellos otros de orden público) tienen lugar específicamente a propósito de causas en que se debate la infracción del principio de juridicidad en la realización de algún acto administrativo, y no en la realización de cualquier acto funcional del Estado; los casos que analiza el profesor OTERO tienen lugar a propósito del control jurisdiccional del ejercicio de la administración del Estado, pero no se pronuncian de manera directa sobre el eventual control sancionatorio de la propia función jurisdiccional por esta vía, o sea, sobre el control jurisdiccional del ejercicio de la propia jurisdicción en los casos de infracción al principio de juridicidad.

La distinción entre asuntos patrimoniales y asuntos no patrimoniales realizada por la Corte Suprema en las sentencias objeto de análisis del profesor OTERO, tendría relevancia para efectos de dilucidar la posible prescripción de las acciones civiles que los particulares pudiesen hacer valer en contra del Fisco, que sí prescribirían, a diferencia de la declaración de nulidad (o inexistencia) del acto estatal en cuestión, de manera específica, que no estaría sujeto a prescripción, en principio. Sin embargo, como ya se esperará, no compartimos dicha doctrina respecto de los actos jurisdiccionales.

De aceptar la procedencia de la acción de nulidad procesal de derecho público en contra de las resoluciones que se encuentren firmes y ejecutoriadas alteraríamos el fundamento de la función jurisdiccional del Estado, y en el camino, la noción misma de Proceso. No sólo se afectan o vulneran los principios de certeza jurídica, seguridad jurídica y cosa juzgada, sino que el proceso como instancia de resolución intersubjetiva de conflictos de relevancia jurídica pierde su esencial transitoriedad, y con ello, desprovee del sentido mismo a su finalidad elemental, ya que las partes, en teoría, concurren a este agente del Estado para buscar una solución heterocompositiva definitiva y categórica⁶⁶. Lo hacen en la convicción de que la decisión ahí adoptada será fatal, en el sentido de que se vuelve inmodificable una vez que se ha terminado el proceso en su totalidad. Sin duda, las partes concurren a la jurisdicción precisamente en búsqueda de la seguridad que cualquier otro medio de composición no les daría, y a la que precisamente no han llegado intentando solucionar el conflicto de manera intersubjetiva directa no mediada por un tercero imparcial. La fuerza de cosa juzgada es simplemente manifestación y realización jurídica del interés último que persiguen las partes: la solución definitiva al conflicto.

65 OTERO LATHROP, M.: *La nulidad*, cit., pp. 298 y ss.

66 RICOEUR, P.: *Lo Justo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 183-189; DAMASKA, M. R.: *Las caras*, cit., pp. 169-250; ALVARADO VELLOSO, A.: *Lecciones de derecho*, cit., p. 3; BENABENTOS, O.: *Teoría General*, cit., pp. 85-88.

Siendo aún más agudo, puede afirmarse que una de las condiciones constitutivas del proceso es su duración temporal limitada, la esperanza de que éste tenga un término definitivo, y esto sería inclusive un elemento a considerar en la determinación del contenido de la garantía de debido proceso⁶⁷.

Por otro lado, en el caso del resto de las resoluciones dictadas en el transcurso del procedimiento cabe afirmar que ha de estarse a los recursos y medios impugnatorios en general, que la propia ley ha definido para su corrección conforme a la juridicidad, pues en caso contrario también alteraríamos la esencia misma del proceso, y la transitoriedad del podría verse afectada, en este caso, durante su desenvolvimiento dinámico, volviendo a cada acto procesal un acto sólo aparentemente eficaz⁶⁸, sujeto siempre a anulación, y por lo tanto, el dinamismo del proceso se transformaría en incertidumbre, ahora, de manera constitutiva. No sólo eso, sino que incluso el propio juez, de oficio, podría hacer retroceder el avance del proceso cuándo de su raciocinio derivase alguna infracción al principio de juridicidad, aún contra la voluntad de las partes y sin la presencia de perjuicio⁶⁹ alguno alegado por ellas (aunque sin duda, la presente hipótesis plantea una mera ideación, es dudoso que con la carga de trabajo que los jueces tienen puedan desear paralizar procesos, si es que ya han avanzado en su desarrollo).

Es en éste punto en donde se torna relevante el denominado principio de trascendencia, al que hace referencia el profesor Maturana a propósito del análisis de la casación y el recurso de nulidad penal:

“consistente en la máxima de la nulidad sin perjuicio no opera, el que se hizo extensivo legalmente también a los incidentes de nulidad procesal en la reforma introducida por la Ley N° 18.705, al contemplarse expresamente en el art. 83 p. del CPC y desprenderse de lo establecido en los arts. 70 y 71 bis del CPP.

(...) se ha resuelto que el recurso de casación en la forma, como remedio de nulidad exige, como ocurre en esta materia con todas las nulidad es de carácter procesal, que se cumpla con el principio de trascendencia, comose infiere de lo indicado en el inciso primero del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto se estatuye que la nulidad procesal deberá declararse en todos aquellos casos en que exista un vicio que irrogue a alguna de las partes un perjuicio reparable

67 ALVARADO VELLOSO, A.: *Lecciones de derecho*, cit., p. 194.

68 SALAS VIVALDI, J.: “Los principios de especificidad, convalidación, trascendencia y extensión de la nulidad procesal en la legislación chilena”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 1970, pp. 29-31; TAVOLARI RIVEROS, R.: “Reflexiones actuales sobre la nulidad procesal”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 1994, núm. XCI, Vol. I, pp. 1-15; TAVOLARI RIVEROS, R.: *El proceso en acción*, Editorial Libromar, Santiago, 2000, pp. 270-273; LOYOLA GONZÁLEZ, E.: *Los incidentes de nulidad*, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago, 2001, p. 144.

69 SALAS VIVALDI, J.: “Los principios”, cit., pp. 24-27; AGUIRRE GUZMÁN, V.: “Nulidades en el proceso civil”, *Revista de derecho*, 2006, núm. 6 II Semestre, pp. 153-154; VILELA CARBAJAL, K.: “Medios de Impugnación y Nulidad Procesal”, en SAN MARTÍN CASTRO, C.: *Teoría de la Impugnación*, Palestra, Lima, 2009 pp. 75 -76; TAVOLARI RIVEROS, R.: *El proceso*, cit., pp. 264-266; LOYOLA GONZÁLEZ, E.: *Los incidentes*, cit., p. 143.

solo con la declaración de nulidad. En el mismo sentido hay que entender lo que se regula en el penúltimo inciso del artículo 768 del Código aludido, puesto que tratándose del recurso de casación en la forma se dispone en dicha norma que no obstante lo dispuesto en ese artículo, el Tribunal podrá desestimar este recurso cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del fallo impugnado⁷⁰.

Al analizar las formas de velar por la juridicidad de las actuaciones del órgano que ejerce la función jurisdiccional, debemos poner como fundamento de dicha observación, al principio de juridicidad al que se encuentran sujetos todos los órganos públicos, la noción misma de proceso, y a la utilidad que su propia naturaleza y finalidad definen. En ese sentido, la transitoriedad y el efecto de cosa juzgada son elementos constitutivos de la seguridad jurídica que debe posibilitar el ejercicio de libertad de las partes al enfrentarse dialécticamente y someter la resolución del conflicto a una heterocomposición, pues en este caso no sólo las denominadas "formas" del procedimiento pueden alterar el debido proceso, sino que esta creación humana instrumental pierde la mayor parte de su sentido inicial, y en último término, se desnaturaliza la propia función jurisdiccional del Estado, perdiendo legitimidad su ejercicio por parte de cualquier órgano público.

La deducción teórica realizada por el profesor OTERO inicia un tránsito correcto desde el análisis de la norma constitucional pertinente, sin embargo, el paso final de realización dinámica de las formas impugnatorias que lo concretizan yerran al obviar la naturaleza propia de la función jurisdiccional del Estado, su finalidad y la armonía que deben guardar con el debido proceso. La norma constitucional contempla en sí los requerimientos y presupuestos de actuación para impugnar los actos públicos; jurisdiccionales en éste caso, y encomienda a la ley los mecanismos sancionatorios e impugnatorios. En ese sentido, el autor en comentario termina por sostener una teoría hermenéutica en donde la aplicación de la Constitución puede realizarse de manera directa por el juzgador, sin mediación legislativa, tal como sostienen en el ámbito de los derechos fundamentales los doctrinarios del neo constitucionalismo⁷¹. Sin embargo, la atribución potestativa a la magistratura judicial viene encomendada por expresa disposición constitucional al legislador.

En caso de sostener lo pretendido anteriormente por el profesor OTERO, a través de dicha inclusión se abre la permisón a la auto atribución potestativa, con un consecuente ínfimo o nulo control posible⁷². El papel del juzgador no sólo pasaría a ser protagónico en la aplicación de la ley sustantiva en la resolución de conflictos jurídicos, sino que aún más, en la propia aplicación de la ley procesal,

70 MOSQUERA, M. y MATURANA MIQUEL, C.: *Los Recursos*, cit., p. 241.

71 Para una visión crítica revisar: ALDUNATE LIZANA, E.: "Neoconstitucionalismo", *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, 2010, p. 364; ALDUNATE LIZANA, E.: "Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo", *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 2010, vol. XXIII, núm. 1, pp. 83-86.

72 BENABENTOS, O.: *Teoría General*, cit., p. 87.

y esto es, en realidad, la activación de su actividad jurisdiccional, los alcances de la misma, incluso con efectos hacia el pasado, alterando situaciones consolidadas jurídicamente, contrariando la predictibilidad de las actuaciones judiciales, y por supuesto la seguridad jurídica.

Por lo anteriormente expuesto sostenemos que no es procedente la cautela del principio de juridicidad desde la aplicación directa de una supuesta acción de nulidad procesal de derecho público, y menos aceptable resulta su procedencia en la tramitación del proceso, toda vez que en el transcurso del mismo es la propia ley procesal la que determina los presupuestos de actuación de las partes, el juzgador, y los mecanismos impugnatorios a disposición de éstas. Aquello se opone además a una concepción garantista del proceso, en donde lo esencial no sólo resulta la cautela de las formalidades procesales por mera ritualidad, sino que, ante todo, se erige como cautela de las pretensiones particulares, y como forma definitiva de resolución de conflictos intersubjetivos de relevancia jurídica.

III. LA NULIDAD PROCESAL.

Ya hemos señalado cuáles son los reales alcances de la Nulidad de Derecho Público en lo que se refiere a actos jurisdiccionales que infrinjan el principio de juridicidad, ahora es preciso realizar un análisis somero de los medios impugnatorios que efectivamente franquea la ley procesal para obtener la invalidación de las resoluciones en cuestión, y en particular, de la nulidad procesal, para poder distinguirla, por especialidad, de la nulidad de derecho público.

Por su aplicación supletoria analizaremos en éste acápite, de manera general, los medios que otorga el Código de Procedimiento Civil, y de esa manera comprender la lógica en que operan las diversas vías impugnatorias.

En un primer acercamiento, desde su significación natural, y conforme lo señala la Real Academia de la Lengua Española (RAE), impugnar equivale a “combatir, contradecir o refutar” algo, así como también, “interponer un recurso contra una resolución judicial”.

ALVARADO VELLOSO señala que “[e]n el lenguaje del Derecho —y con especial referencia a un sistema procesal— ese “algo” no se circunscribe sólo a una actuación oficial sino que alcanza a todo acto jurídico que afecta de cualquier modo a una persona y que ésta considera ilegítima o injusta”⁷³. Así, sin mayores especificaciones, se puede verificar que los actos jurídicos susceptibles de impugnación no se circunscriben a los actos oficiales o de autoridad, sino también aquellos que tienen lugar en el tráfico jurídico inter privado, y así, podría afirmarse que, por ejemplo,

73 ALVARADO VELLOSO, A.: *Lecciones de derecho*, cit., p. 663.

un contrato de mandato o alguna disposición testamentaria es susceptible de impugnación, y que procede ser alegada de forma diversa tratándose de la naturaleza o especie de acto jurídico ante el cual nos enfrentemos.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, como la materia específica a la que nos avocamos en la presente investigación se circunscribe al Derecho Procesal, es preciso señalar que en esta sede la expresión impugnación adquiere un significado particular. Según el profesor Maturana podemos definir impugnación como “la acción y efecto de atacar o refutar un acto judicial, un documento, la declaración de un testigo, el informe de un perito, etc., con el fin de obtener su revocación o invalidación. De acuerdo con ello, la impugnación se nos aparece como el género, puesto que se puede comprender dentro de su concepto toda acción destinada a obtener el saneamiento de la incorrección o defecto del cual puede adolecer un acto procesal. El recurso, en cambio, es una de las especies de impugnación”⁷⁴.

Por su parte, el profesor ALVARADO VELLOSO restringe la utilización del concepto en sede procesal y señala que “[e]n materia procesal, la voz impugnación tiene alcances restrictivos: alcanza sólo a los actos de autoridad, nunca de particulares”⁷⁵. Compartimos lo certero de esta última afirmación, pues aún en el caso de impugnar actos aparentemente privados, en sede procesal lo que efectivamente se hace es impugnar un acto jurídico dictado por la autoridad judicial, pues es sólo a través de su intervención mediata (o la respectiva incorporación legal, como en el caso del ofrecimiento probatorio), que el acto privado pasa a tener cabida al interior del proceso, y llega a formar parte de la cadena procesal continua. El acto de parte no nace a la vida del derecho sino a través de la mediación de la actuación jurisdiccional. Precisamente en ello radica una parte del principio dispositivo que ha de regir el proceso.

En consecuencia, en sede procesal la impugnación en tanto género, comprende las diversas formas dispuestas por el legislador en favor de las partes para que estas puedan obtener el saneamiento de un determinado acto defectuoso, por *error in iudicando* o *error in procedendo*, sea ante el propio tribunal o ante su superior jerárquico.

Dentro de los diversos medios de impugnación establecidos en la ley procesal nos merecen especial atención aquellos que persiguen la declaración de la nulidad procesal, esto es, “la sanción de ineficacia respecto de los actos jurídicos del proceso por el incumplimiento de alguno de los requisitos que la ley prescribe para su validez”⁷⁶. En ese sentido, nuevamente nos será útil distinguir, ahora, entre los

74 MOSQUERA, M. y MATURANA MIQUEL, C.: *Los Recursos*, cit., p. 17.

75 ALVARADO VELLOSO, A.: *Lecciones de derecho*, cit., p. 664.

76 MATURANA MIQUEL, C.: *Los recursos*, Apuntes Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007, p. 22.

recursos, en general, y el incidente de nulidad procesal, en particular. Esto debido a que en nuestra ley no se consagra la existencia de alguna acción o recurso ordinario de nulidad procesal, y por tanto ésta debe hacerse valer por diversos medios, sean estos directos, o indirectos.

Cabe destacar que centraremos nuestra atención en la nulidad procesal antes que en aquellos actos impugnatorios que tuviesen otra finalidad diversa, pues es ésta institución la que tradicionalmente se ha definido como forma sancionatoria idónea de aquellos actos jurisdiccionales en que se produzca alguna infracción a las normas potestativas del órgano judicial en la tramitación del proceso. En ese sentido, este mecanismo sancionatorio atiende, en primer lugar, a las formas de infracción objetiva de la norma, antes que a la injusticia del contenido de determinada resolución judicial; o, desde otro punto de vista, en su fijación externa⁷⁷ primaria que nos invita a analizar la configuración normativa de la potestad que permite al tribunal llevar adelante el desenvolvimiento progresivo del proceso⁷⁸.

En un acercamiento desde el derecho comparado, tras el análisis de los ordenamientos chileno, español, peruano, mexicano, uruguayo, italiano, colombiano, y brasileño, Zolezzi ha podido identificar ciertos principios que hacen referencia en unos ordenamiento u otro, encontrando entre aquello a: principio de instrumentalidad de las formas, principio de trascendencia, principio de convalidación (nulidades absolutivas o radicales y actos inexistentes) y principio de protección⁷⁹. En nuestro caso, como bien hace ver Zolezzi, en concordancia con la doctrina nacional, no existe una regulación que permita establecer típicamente los elementos propios de la institución en comento dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Aquello no es exclusivo de nuestra cultura jurídica, pues como bien señala el autor “No existe todavía en doctrina un desarrollo cabal de lo que se denominan formalidades esenciales del procedimiento (...) la mayoría de los códigos enumera las formalidades esenciales del procedimiento al regular los recursos impugnatorios”⁸⁰ En todo caso,

77 Para un análisis íntegro de la diferencia entre teoría intrínseca de la nulidad y teoría extrínseca, consultar: CARRASCO POBLETE, J.: “La nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el Código de Procedimiento Civil Chileno”, *Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho*, 2012, pp. 47-98.

78 El profesor ALVARADO VELLOSO señala: “La impugnación por nulidad [...] siempre se vincula con aspectos puramente objetivos. Además, es la que utiliza quien ha perdido total o parcialmente una pretensión litigiosa para sostener la ilegitimidad de la decisión judicial que no le otorgó la razón o la del procedimiento previo a su decisión”, en ALVARADO VELLOSO, A.: *Lecciones de derecho*, cit., p. 722. Cabe recordar a su vez que según el propio ALVARADO “Ilegítimo es lo que no está de acuerdo con la ley –en el más lato sentido de ser interpretado el vocablo, comprensivo así de constitución, ley, ordenanza, reglamento, resolución administrativa, sentencia, laudo, contrato, testamento, etc.- y por tanto se mide siempre con criterios de objetividad: el acto está realizado o no conforme con los requisitos, condiciones, presupuestos, etc., previstos para el caso en el ordenamiento jurídico”, en ALVARADO VELLOSO, A.: *Lecciones de derecho*, cit., p. 663.

79 ZOLEZZI IBÁRCEÑA, L.: “Las nulidades procesales en el derecho comparado”, *Derecho UUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, S.I., núm. 40, 1986, pp. 330-333.

80 ZOLEZZI IBÁRCEÑA, L.: “Las nulidades”, cit. pp. 336-337.

a través de diversas manifestaciones podemos encontrar la presencia de dichos principios a nivel interno como pasaremos a revisar más adelante⁸¹.

El profesor MATORANA y Mario CASSARINO han señalado que los medios impugnatorios para hacer valer esta sanción de nulidad pueden ser directos o indirectos. Entre los primeros, que son aquellos que atacarían directamente el acto buscando su invalidación, encontramos la declaración de nulidad de oficio por el tribunal (art. 84 CPC), la casación en la forma de oficio por el tribunal (art. 776); la casación en el fondo de oficio por el tribunal (art. 785); el incidente de nulidad; las excepciones dilatorias (art. 303 CPC), el recurso de casación en la forma (art. 768 CPC); el recurso de casación en el fondo (art. 767 CPC) y el recurso de revisión (Título XX Libro III CPC).

Los medios indirectos, esto es, aquellos que sin perseguir directamente la nulidad pretenden que ella sea declarada, serían el recurso de reposición (art. 181 CPC), el recurso de apelación (arts. 186 y ss. CPC) y el recurso de queja.

La elección entre uno u otro medio impugnatorio quedará sujeta principalmente a la naturaleza de la resolución que se pretenda impugnar, la oportunidad en que dicha impugnación se pretenda hacer valer y la trascendencia de la irregularidad⁸².

De la enunciación propuesta se desprende que la mayoría de los medios expuestos corresponden particularmente a los medios de impugnación conocidos como "recursos", esto es, "el acto procesal de parte o de quien tenga legitimación para actuar mediante el cual se impugna una resolución judicial dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene ha causado su dictación"⁸³. En todos estos casos estamos ante un acto procesal presentado por la parte litigante en contra de actuaciones judiciales, y no precisamente contra la actuación directa e una de las partes.

También existen otros medios impugnatorios de especial relevancia en nuestro estudio: el recurso de revisión y el incidente de nulidad. En el caso del primer mal llamado "recurso" podrá presentarse éste aún después de ejecutoriada la sentencia; en el segundo, nos enfrentamos a la vía incidental que persigue la declaración de nulidad, que, por su naturaleza, debe impetrarse dentro de determinado plazo mientras se encuentre en tramitación el proceso.

El recurso de revisión es en realidad una acción declarativa de competencia exclusiva y excluyente de la Corte Suprema, en el ámbito civil, y que tiene como finalidad invalidar sentencias firmes o ejecutoriadas que han sido obtenidas

81 ZOLEZZI IBÁRCEÑA, L.: "Las nulidades", cit, p. 334.

82 MATORANA MIQUEL, C.: *Los Recursos*, cit, p. 23.

83 MOSQUERA, M. y MATORANA MIQUEL, C.: *Los Recursos*, cit., pp. 17-19.

fraudulenta o injustamente en casos expresamente señalados en la ley (art. 810 y ss CPC). En este caso estamos en presencia de una acción, pues el proceso principal que desemboca en la sentencia a impugnar ha concluido mediante el efecto de ejecutoriedad de la sentencia definitiva, y es preciso abrir un nuevo proceso para discutir la presencia o no de las causales taxativas que dan origen a esta particularísima acción. Precisamente es la propia ley la que señala los casos excepcionalísimos en que, por razones de justicia, sobre la certeza jurídica que otorgaría la cosa juzgada, estaría previsto revisar la forma en que se ha logrado dictar la sentencia en cuestión.

A diferencia de lo ya señalado más arriba por Miguel OTERO LATHROP, sostenemos que precisamente la regulación legal y taxativa de las causales que permiten dar origen a este recurso de revisión, permiten sostener la excepcionalidad con que es posible abandonar la cosa juzgada en virtud de algún principio que ha de vincularse necesariamente con las consideraciones más fundamentales del Estado de Derecho. Suele asociarse a consideraciones de justicia. En ese sentido, no creemos que el recurso de revisión sirva como un ejemplo paradigmático que permita extender por analogía los alcances de una supuesta acción particular de nulidad procesal de derecho público, sino más bien, ha sido el propio legislador, tal como lo encarga la constitución, el que ha velado porque el principio de juridicidad sea respetado de manera especialísima en los casos que ha considerado más relevantes. El propio legislador ha puesto de manera expresa la regulación de aquel caso en que razones superiores de justicia⁸⁴ primarán sobre la certeza jurídica y la cosa juzgada, más no se puede desde aquí pretender ampliar el alcance de la revisión de sentencias judiciales firmes por analogía, pues trastocaría el fundamento mismo de la función jurisdiccional del Estado, tal como señalamos en líneas anteriores.

Los medios directos e indirectos⁸⁵ que buscan la declaración de nulidad que hemos enunciado precedentemente no son más que la manifestación concreta y realización del principio de juridicidad y su forma de resguardo ante las infracciones respectivas. Todos los recursos anteriormente señalados, de manera directa o indirecta, al buscar la declaración de ineficacia de una determinada resolución judicial dictada por el tribunal por encontrarse dictada contra Derecho, encuentran su cimiento en la vigencia del principio de juridicidad, y su raíz sancionatoria en la genérica Nulidad de Derecho Público.

Obviamente hay quienes sostienen de plano que ni inmediata ni inmediateamente esta teoría podría tener cabida, pues arguyen que “[e]n cuanto al ámbito de aplicación de la teoría de las nulidades de derecho público (...) se restringen exclusivamente

84 Nótese que dichas consideraciones en virtud del principio democrático han sido adoptadas por el congreso, más no de manera arbitraria por el juez particular.

85 CASSARINO VITERBO, M.: *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*, Tomo IV, 6° ed., Editorial Jurídica, Santiago, 2008, p. 235; SANTA CRUZ SERRANO, V.: *Las Nulidades Procesales en el Código de Procedimiento Civil Chileno*, Editores: Francisco Cerruti y Antonio Vodanovic, Imprenta y Litografía Leblanc, Santiago, 1942, p. 25.

a la nulidad administrativa. Así no cabe dentro de la teoría de la nulidad de derecho público la nulidad procesal ni la nulidad de los actos legislativos⁸⁶ pues constituirían “anulabilidades”. Divergimos absolutamente de dicha posición, más aún cuando señala que “no obstante ser indudable que el artículo 7° es aplicable a todos los órganos del Estado, en el caso del ámbito jurisdiccional se deben respetar los sistemas de incidentes y recursos que la ley establece para hacer valer la nulidad, por lo que no sería procedente la aplicabilidad de la teoría de la nulidad de derecho público a la nulidad procesal, ya que los citados mecanismos son los que establece la ley procesal para depurar del proceso los actos inválidos⁸⁷, pues tal como señalamos previamente, y reafirmaremos en las siguientes líneas, es plenamente posible interpretar armónicamente la institución de la nulidad de derecho público en coherencia con la realización de la ley procesal y los medios impugnatorios establecidos al efecto.

En relación con el medio impugnatorio de mayor relevancia relacionado con nuestro estudio abordaremos directamente el análisis de la nulidad procesal que es normalmente alegada por vía incidental en sede procesal civil, abarcando someramente sus elementos constitutivos, su naturaleza y alcance o efecto extensivo.

Previo a desarrollar el estudio propuesto es necesario precisar que nuestro ordenamiento jurídico no ha consagrado una regulación general y unificada de la institución en comento, sino que por el contrario, a través de las regulaciones procedimentales contenidas en distintos cuerpos normativos (Código de Procedimiento Civil⁸⁸, Código Procesal Penal⁸⁹, Código del Trabajo⁹⁰, etc) y también mediante la utilización de la jurisprudencia más calificada⁹¹, se ha pretendido, desde la doctrina, afrontar un análisis que permita una comprensión coherente de la nulidad procesal, de sus elementos, características y alcance.

I. La nulidad procesal civil y su naturaleza jurídica.

No compartimos las ideas de aquella doctrina que pretende asimilar o realizar una especie de analogía directa entre las sanciones de ineficacia a los actos jurídicos entre particulares en sede civil a los actos jurídicos procesales en sede jurisdiccional. En ese sentido, creemos que no serían aplicables simplemente las categorías de inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa propias de la rama del Derecho Civil a las sanciones en que incurre un acto jurisdiccional.

86 CONCHA MACHUCA, R. “El desarrollo”, cit., p. 102.

87 CONCHA MACHUCA, R. “El desarrollo”, cit., p. 111.

88 Art. 83 Código de Procedimiento Civil chileno.

89 Art. 35, Art. 52, Art. 103, Arts. 159 y ss., Art. 283, Art. 284, Art. 343, Arts. 372 y ss. del Código Procesal Penal Chileno.

90 Art. 427, Art. 429, Art. 477 y ss. del Código del Trabajo.

91 Al respecto revisar, entre otros: LEXISNEXIS, *Jurisprudencia de la nulidad procesal*. Editorial LexisNexis, Santiago, 2003.

Tal como señala Julio SALAS, “en doctrina se distingue entre actos inexistentes y actos nulos. Entendemos por los primeros aquellos que carecen de condiciones indispensables para ser concebidos, los que son meros hechos, o, en fin, como dice Laurent, los que no existen a los ojos de la ley. Los segundos, por su parte, si bien han sido realizados imperfectamente, las irregularidades de que adolecen no los privan de su carácter de actos jurídicos, pero impiden que puedan producir los efectos señalados en la ley”⁹².

Por su parte, OTERO LATHROP sostiene que “la gran diferencia entre la inexistencia y la nulidad es que en la primera el acto simplemente no existe, no produce efecto legal alguno y no se requiere declaración judicial alguna que así lo determine. Por el contrario, en la nulidad el acto existe y produce todos sus efectos jurídicos hasta tanto la nulidad no haya sido declarada”⁹³.

Más allá de la descripción general que realizan los autores citados, éstos coinciden en que toda nulidad procesal requiere ser declarada siempre mediante la resolución judicial pertinente, y hasta no llegar ese momento el acto es plenamente válido. La única excepción se presentaría en aquellos casos en que se encuentren ausentes los presupuestos procesales, o sea, los requisitos de la esencia para afirmar la existencia del proceso mismo, y sólo entonces podríamos afirmar que hay lugar a la inexistencia. Pero nuevamente, en tal caso, aunque puede sostenerse que tendría cabida la inexistencia en el orden procesal desde un punto de vista doctrinario, la jurisprudencia ha sido reacia a aceptar la procedencia de la inexistencia como una mera constatación de hecho, sin necesidad de resolución judicial que la declare, y por el contrario, tal vez en virtud de la certeza jurídica, ha terminado por acercarla lo máximo posible a la nulidad procesal, para luego, desde ahí, distinguir nuevamente, ahora entre actos nulos y actos anulables.

Lo dicho en el párrafo previo puede reformularse de la manera que sigue: se ha adaptado terminológica y conceptualmente el debate, desde la diferencia entre nulidades e inexistencia, a sólo una diferencia interna entre los tipos de nulidad procesal y la legitimación necesaria para su declaración. En otros términos, para estos efectos, se clasifica usualmente a los actos jurídicos procesales sancionables con nulidad entre aquellos que requieren solicitud previa de parte (anulabilidad) y aquellos que el juez puede decretar de oficio (nulo)⁹⁴, más no tiene mayor cabida y aceptación la teoría de la inexistencia.

92 SALAS VIVALDI, J. E.: *Los incidentes, y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y labora*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 75-76.

93 OTERO LATHROP, M.: *La nulidad*, cit., p. 22.

94 Una explicación más completa sobre las diversas formas en que la nulidad procesal ha sido definida y analizada por la doctrina nacional es posible de encontrar en CARRASCO POBLETE, J.: “La Nulidad Procesal”, pp. 52 y ss.

A pesar de lo señalado previamente, de manera relativamente reciente el profesor BOCKSANG ha recuperado una distinción conceptual de suma trascendencia. A partir de una revisión histórica⁹⁵ en busca de la genealogía del concepto y alcances de la nulidad del acto jurisdiccional, y recorriendo el devenir de la institución, arriba a develar los movimientos y las razones políticas institucionales situadas que en derecho comparado (España, Italia y Francia, principalmente) llevaron a optar por un régimen en que predominara la anulabilidad, como forma sancionatoria idónea de los actos irregulares (inválido a su parecer) de la jurisdicción.

La especial relevancia del estudio en comento radica en la diferencia conceptual constitutiva existente entre la nulidad propiamente tal (equivalente a inexistencia jurídica), por una parte, y la anulabilidad, por otra; que no sólo se deriva de una diferencia doctrinaria o dogmática, en abstracto, sino que encuentran su correspondencia con determinados periodos históricos de desarrollo, y lugares específicos de origen⁹⁶.

El recorrido al que nos invita el profesor BOCKSANG representa una contribución a la desmitificación de la idea de que la inexistencia del acto jurídico jurisdiccional sería un mero auxilio ad hoc que operaría en casos en que la ley no prevería expresamente casos de invalidez habiendo debido hacerlo. Más adelante volveremos sobre éste punto, a fin de resolver su extensión y concordancia con nuestro planteamiento.

2. Gorigoittía: entre Irregularidad, Invalidez e Ineficacia.

Otro estudio relativamente reciente y de gran relevancia lo constituyen las investigaciones realizadas por GORIGOITTÍA ABBOT, en donde aborda el análisis de la nulidad procesal. Gorigoittía aborda directamente la naturaleza sancionatoria de la nulidad procesal como técnica de ineficacia de orientación teleológica, distinguiendo en el trayecto conceptual las nociones independientes de irregularidad, invalidez e ineficacia⁹⁷, que han de conjugarse de manera progresiva y copulativa para comprender la extensión de la nulidad en su totalidad, o en otras palabras la nulidad resulta ser la realización acumulativa de los tres momentos antedichos. En una dinámica progresiva se superpondrán los tres elementos para desembocar en la determinación del alcance de la nulidad procesal.

Para Gorigoittía cabría un ámbito de aplicación para cada uno de los elementos descritos, que a su vez determinarían la naturaleza del sistema de nulidad procesal particular de nuestro ordenamiento jurídico. Así, al hablar de irregularidad "se quiere denominar a aquella situación en la que hay una discordancia entre el acto realizado

95 BOCKSANG HOLA, G.: "La inexistencia", cit., pp. 577-608.

96 BOCKSANG HOLA, G.: "La inexistencia", cit., pp. 579-586.

97 GORIGOITTÍA ABBOT, F.: "Irregularidad, Invalidez e Ineficacia en el contexto de la nulidad procesal", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte RDUCN*, 2013, vol. 20, núm. 1, pp. 129-154.

y el modelo normativo⁹⁸. En cierto sentido, hace referencia a lo que hemos señalado como criterio formal, o interior, de análisis del acto jurídico.

En segundo lugar, procedería realizar un juicio de validez propiamente tal, que no sería completamente independiente del anterior (incluye el análisis previo, en un sentido progresivo e incluso, y no excluyente), pero que se derivaría de la irregularidad del acto (formal) previamente constatada. Según el autor, en relación a la validez “la cuestión es si el acto defectuoso, a pesar de su imperfección, debe o no gozar del mismo estatus del que gozaría si se hubiese apegado al modelo normativo impuesto”⁹⁹, lo que en realidad trasunta en sustentar una determinada teoría del Derecho, en donde el eje central de la teoría pasa por la definición de los intereses jurídicos protegidos, su identificación y definición, doctrinaria e institucional.

En un tercer momento, en relación con la ineficacia del acto “se dice que un acto es ineficaz cuando se ve privado de sus efectos normales”¹⁰⁰, tendiendo en este ámbito el resultado práctico del proceso analítico realizado hasta este punto, dejando en claro eso sí que la ineficacia no trae aparejada de manera lógica y necesaria la eliminación absoluta del acto impugnado, sino, según su lectura, una modificación de los efectos normales previstos en la ley procesal.

Por otra parte, en un estudio paralelo¹⁰¹, el mismo profesor GORIGOITÍA vincula la naturaleza jurídica de la nulidad procesal internamente con el perjuicio sufrido por alguna de las partes, y así, con los principios de trascendencia, subsanación y convalidación, jugando estos tres entre sí dinámicamente, estableciéndolo como mecanismo de última ratio dispuesto a favor de las partes precisamente a fin de que puedan subsanarse los perjuicios que éstos han sufrido¹⁰².

En relación con la naturaleza jurídica de la nulidad procesal el profesor CARRASCO sintetiza de muy buena manera lo que a su parecer han sido las tres principales tendencias de comprensión, o tres categorías hermenéuticas adoptadas por la doctrina Señala: “a) La que tiene como base la estructura orgánica de los actos procesales y por tanto analiza los requisitos de fondo y de forma de los mismos. Cuando al acto falta un requisito, es decir, no cumple con el modelo legal, entonces está viciado. Desde esta perspectiva analizaremos la nulidad como una categoría intrínseca al acto, es decir, como vicio del acto procesal.

98 GORIGOITÍA ABBOT, F.: “Irregularidad, invalidez”, cit., p. 131.

99 GORIGOITÍA ABBOT, F.: “Irregularidad, invalidez”, cit., p. 138.

100 GORIGOITÍA ABBOT, F.: “Irregularidad, invalidez”, cit., p. 141.

101 GORIGOITÍA ABBOT, F.: “El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, núm. 40, pp. 575.

102 GORIGOITÍA ABBOT, F.: “El perjuicio”, cit., pp. 589 y ss.

b) La que postula un alejamiento de la estructura orgánica del acto, pero que no lo excluye, y que considera a la nulidad como una sanción, como una categoría extrínseca del acto.

c) La que explica la nulidad como una técnica instrumental, como un instrumento procesal teniendo como punto de partida el fundamento valorativo de la nulidad procesal¹⁰³.

El profesor ALVARADO VELLOSO, al que hemos hecho referencia como guía fundamental en nuestro estudio, define la nulidad procesal como “la sanción ([...] el vocablo se utiliza con una significación muy genérica) que priva de efectos (eficacia) a un acto procesal en cuya estructura no se han guardado los elementos ejemplares del modelo, en tanto ellos constituyen garantías de los derechos justiciables”¹⁰⁴.

De lo expuesto nos permitimos concluir que la nulidad procesal es efectivamente una sanción jurídica, tal como lo hemos señalado en una primera parte de esta investigación. Es una sanción que ha de ser activada por una de las partes en contra de un acto de la jurisdicción que se aparta del principio de juridicidad, y en ese sentido, y recogiendo los aportes realizados por BOCKSANG, GORIGOITÍA y CARRASCO, la sanción de nulidad no encuentra su fundamento exclusivamente en un desvío marginal de lo preceptuado en la ley, y una ínfima discordancia formal de un acto jurisdiccional con la norma potestativa en cuestión. No se trata de un mecanismo que se ha dispuesto para la mera cautela ritual del proceso, sino que adquiere su enaltecimiento como medio impugnatorio en su relación armónica con el principio de juridicidad y una concepción garantista del proceso.

La nulidad se activa como mecanismo sancionatorio en cuanto haya perjuicio no sólo porque exista perjuicio (podría pensarse por ejemplo en el caso del recurso de apelación), sino que antes que aquello, porque en virtud del propio principio de juridicidad el respeto al debido proceso implica necesariamente el respeto a los presupuestos mínimos del mismo, y la finalidad de éste como instrumento de resolución de conflictos intersubjetivos puesto a disposición de las partes. La nulidad ha de atender al principio dispositivo, y en ese sentido, los miramientos no son meras constataciones de carácter objetivos entre presupuestos de actuación y realización concreta de los mismos, sino que el perjuicio sufrido por las partes y su alegación forma el eje central para delimitar su procedencia. La transitoriedad se encuentra amarrada a la juridicidad y el legítimo ejercicio de la función jurisdiccional, y por lo mismo la nulidad procesal se encuentra sujeta a caducidad, de lo contrario se alteraría la existencia misma del Estado de Derecho, y la justificación democrática del ejercicio de la función jurisdiccional.

103 CARRASCO POBLETE, J.: “La Nulidad”, cit., p. 53.

104 ALVARADO VELLOSO, A.: “Presupuestos de la declaración”, cit., pp. 99-100.

3. Presupuestos de la nulidad procesal.

Siguiendo la línea del profesor ALVARADO VELLOSO, pasaremos a exponer sucintamente los presupuestos de la nulidad procesal, que nos permitirán develar de manera más comprensible la idoneidad de este medio de impugnación como manifestación de la protección de la juridicidad en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Los presupuestos son los siguientes¹⁰⁵:

1. Existencia de un acto irregular que se halle inserto en un proceso.
2. Existencia de sanción de nulidad específicamente prevista en la ley (Principio de Especificidad). Atenuado en su rigorismo formalista principalmente por el principio del finalismo¹⁰⁶ y el principio de trascendencia.
3. Debe existir un interés jurídico protegible con fundamento en que el acto ocasiona perjuicio a alguna de las partes (principio de la trascendencia)
4. Debe mediar petición de parte
5. No debe alegar nulidad aquél cuya actuación concurrió a cometer el vicio o que sabía o debía saber su existencia (Principio de protección)
6. Principio de subsanación (que no se practique la posibilidad de reparar o remediar el defecto que vicia el acto)
7. Principio de conservación (por ser la sanción de nulidad extremadamente gravosa sólo cabe aplicarla en casos extremos, como última ratio, con un alto grado de comprobación, y procurando el juez en caso de duda la conservación válida del acto)
8. Declaración judicial.

De la lectura de los presupuestos enunciados es posible desprender la relación interna existente entre una comprensión garantista del proceso, el respeto al principio de juridicidad y la nulidad procesal. A su vez, es posible señalar que conforme a lo expresado por el profesor ALVARADO VELLOSO la comprensión de la nulidad procesal se encuentra cercana al tercer subgrupo expuesto por Carrasco, al que hemos hecho referencia previamente, pues no se trataría de una mera sanción al incumplimiento de requisitos formales y de fondo del acto jurídico, sino que se entiende a la institución desde su orientación teleológica, y por tanto, la abarca funcionalmente y no sólo de manera estática y objetiva en un análisis de

105 ALVARADO VELLOSO, A.: "Presupuestos de la declaración", cit., pp. 100 y ss.

106 "[...] aún cuando exista previsión de sanción en la ley, basta que el acto carezca de alguno de los requisitos indispensables o esenciales en orden a la obtención de su fin, para que se considere que el juez se haya facultado sin más para declarar la nulidad", ALVARADO VELLOSO, A.: "Presupuestos de la declaración", cit., p. 102.

adecuación del acto jurídico concreto a la formas normativas. A nuestro parecer, en los presupuestos enunciados se conjugan de manera perfecta el interés social representado en el desarrollo mismo del proceso como medio pacífico dispuesto por el Estado para la solución de conflictos intersubjetivos, y simultáneamente conserva el respeto a las atribuciones potestativas típicas que consagra la propia ley procesal.

La doctrina y jurisprudencia nacional han reconocido como caracteres y/o presupuestos¹⁰⁷ de la nulidad procesal la necesidad de alegación de parte, y excepcionalmente su declaración oficiosa: necesaria declaración por parte de un tribunal; la posibilidad de convalidación, y en general su saneabilidad; el efecto extensivo; el principio de la trascendencia; el principio de conservación del acto¹⁰⁸, dejando fuera de esta enumeración el principio de especificidad que no tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico, pues la nulidad procesal (al menos en su forma de alegación incidental) se encuentra consagrada de manera genérica en el artículo 83 CPC, no estableciendo causales taxativas para alegar su procedencia¹⁰⁹. De lo descrito es posible colegir que lo expuesto por ALVARADO VELLOSO puede servirnos plenamente a fin de desentrañar los alcances de la nulidad procesal en nuestro ordenamiento jurídico.

La caracterización expuesta por ALVARADO VELLOSO podría merecer reparos porque pareciese confundir la eficacia del acto jurídico procesal con su validez, y abordaría indistintamente el carácter intrínseco de la nulidad (que recae sobre el análisis del acto mismo y sus requisitos formales) con su carácter extrínseco (que mira ahora más hacia la eficacia del acto en relación con su finalidad al interior del proceso antes que a la validez formal). Sobre este punto Carrasco realiza un detallado estudio, intentando dilucidar el alcance de estas dos posibilidades hermenéuticas, sus limitaciones y eventuales contradicciones, al que nos es necesario referirnos precisamente para terminar de enlazar nuestras posiciones fundamentales descritas en la primera parte de esta investigación, esto es: la doctrina del garantismo procesal con el respeto al principio de juridicidad.

4. La nulidad procesal desde un punto de vista intrínseco, o la nulidad como resguardo de la forma.

Se trata según esta concepción de abordar el análisis del acto concreto con su modelación abstracta tipificada. Luego, “[a]nalizar la nulidad como un vicio

107 Ya hemos señalado al respecto que la doctrina ha sido confusa, pues unas veces las enuncia como características, otras como caracteres, y otras incluso como principios.

108 SALAS VIVALDI, J. E.: *Los incidentes*, pp. 77 y ss.; MATURANA MIQUEL, C.: *Los Recursos*, cit. pp. 22 y ss.

109 Podría sostenerse que el caso excepcional se presenta a propósito del medio directo Casación en la Forma, pues el art. 768 CPC consagra taxativamente las causales por las que procede. Sin embargo, nos encontramos en esta situación sólo si enfrentamos este medio de alegación de la nulidad procesal, confirmando que la regla es su opuesto genérico en la consagración de la institución en el art. 83 CPC.

del acto nos obliga a poner el punto de partida en el acto procesal sano y, por ende, comprobar si este cumple con todos los requisitos que son necesarios para que sea perfecto, es decir, para que produzca sus efectos¹¹⁰. Según el profesor CARRASCO, indefectiblemente dicho camino nos lleva a realizar una analogía entre las categorías propias de los actos jurídicos civiles y el acto jurídico procesal objeto del análisis¹¹¹, cuestión que no sería para nada pacífica. Nos encontraríamos en tal situación precisamente porque no existe una teoría general de la nulidad, y a su vez, la posibilidad de una teoría particular de la nulidad procesal se ve truncada por la vaguedad y contradicción analítica que comparten doctrina y jurisprudencia, sumada a la ausencia de una consagración unitaria y sistemática en nuestros textos normativos, y que permitiese desde ahí cimentar su construcción¹¹².

El análisis del acto procesal sano (primer grupo de teorías) comenzaría por diferenciar artificialmente entre requisitos de fondo y requisitos de forma, sin clarificar en ningún caso qué elementos pertenecen a una u otra categoría, precisamente porque ni siquiera la propia ley procesal se encarga de efectuar dicha distinción. Luego, además, sólo por enunciar algunos de los problemas más relevantes que acarrea este camino hermenéutico, encontramos que: existe una falta de regulación sistemática de los actos procesales, lo que hace complejo determinar y agrupar los requisitos de aquellos; hay falta de claridad para poder establecer cuándo la ausencia de alguno de sus elementos trae aparejada la nulidad del acto o la afecta otro tipo de invalidez¹¹³, o simplemente no hay una conexión directa con un tipo sancionatorio; esta teoría excesivamente formalista, que funda a la institución en la observación de la estructura orgánica del acto, "no permite explicar las diversas limitaciones que actualmente existen en nuestro derecho positivo para evitar la declaración de nulidad de un acto procesal como son los principios de convalidación, subsanación, buena fe, trascendencia, extensión, etc., sino que solo atiende a la nulidad del acto por falta de algún requisito de aquél"¹¹⁴. Según lo señalado hasta aquí es evidente que existe la imposibilidad de sostener firmemente y de manera consistente una teoría

110 CARRASCO POBLETE, J.: "La Nulidad", cit., p. 54.

111 "Este intento por estudiar la nulidad como categoría intrínseca del acto procesal se hace sin base positiva en nuestro sistema, ya que no se encuentran regulados de manera general o sistemática los requisitos de los actos y, por ende, invita a utilizar figuras que corresponden a la teoría general de los actos jurídicos civiles, que atendida la autonomía y finalidad del Derecho procesal no calzan por completo" CARRASCO POBLETE, J.: "La Nulidad", cit., p. 56.

112 ZOLEZZI IBÁRCEÑA, L.: "Las nulidades", cit., pp. 329 y ss.

113 Por ejemplo, en aquellos casos en que la demanda se presente ante un tribunal que no tenga jurisdicción (en realidad no sería un tribunal por ausencia de requisito de fondo) o carezca de competencia (también requisito de fondo), la sanción sería diversa, o si existe falta de patrocinio en la presentación de la demanda, casos que parecen colindar más con la inexistencia, antes que con la nulidad. Ahora bien, un tema diverso es que en la práctica la jurisprudencia requiera declaración judicial previa en ambos casos descritos, pero al respecto nada señala explícita y sistemáticamente la ley procesal. La vaguedad nuevamente nos guía a valernos de la regulación civil, y los avances que en esa rama del derecho se han alcanzado, cayendo en este error simplemente porque desde el inicio hemos dado un paso en falso.

114 CARRASCO POBLETE, J.: "La Nulidad", cit., p. 57.

de análisis que recaiga exclusivamente sobre la forma orgánica del acto procesal y sus requisitos de validez interna (de fondo y de forma).

En similar sentido se pronuncia el profesor GORIGOITÍA propósito de la mera constatación de regularidad del acto procesal¹¹⁵ que, recordemos, sólo representaría el primer grado de acercamiento analítico a la comparación formal entre modelo normativo típico del acto y configuración práctica, para analizar su adecuación.

Por su parte, desde una posición doctrinaria como la planteada por el profesor BOCKSANG que considere la actual vigencia de la inexistencia de un acto jurídico procesal, volviendo a la diferencia histórico-jurídica entre nulidad, en sentido estricto (inexistencia, en el lenguaje actual) y anulabilidad, habrá que deducir cuál es el lugar que le cabe al mencionado análisis interno del acto, formal, o de su mera regularidad conforme al tipo normativo.

Desde dicho prisma, si bien “sería ilusorio pretender que la inexistencia jurídica fuera la regla absoluta o general en materia de invalidez de los actos jurisdiccionales, pues de otra forma la institución de la cosa juzgada se vería gravemente afectada por la imprescriptibilidad que se asocia intrínsecamente a la nulidad en stricto sensu”¹¹⁶. Es preciso considerar su inclusión en un Estado de Derecho. Ahora, es en esa dinámica inclusiva de la posibilidad de la inexistencia de actos jurídicos procesales en dónde habrá que analizar hasta qué punto bastará la sola disconformidad entre tipo normativo y realización del acto procesal efectivo, para declarar su inexistencia (nulidad stricto sensu).

A este respecto, el profesor BOCKSANG señala su preferencia porque metodológicamente se convenga su incorporación tópica al ordenamiento jurídico, es decir, “estableciéndose ciertas categorías de irregularidades que los propios tribunales de justicia vayan desvelando como correspondientes a la nulidad”¹¹⁷.

Ahora bien, ¿a quién corresponderá la realización de dicha labor? BOCKSANG responde que principalmente a la doctrina y jurisprudencia, no descartando la oportuna intervención legislativa en la “descripción de elencos más o menos restringidos de vicios que engendren la nulidad inexistencia de los actos jurisdiccionales”¹¹⁸. Sin embargo, al momento de realizar un análisis sobre la forma del acto jurídico procesal, y su sujeción al principio de juridicidad, y por tanto, el eventual análisis sobre los presupuestos del acto, sus formas, su alcance y sancionabilidad, no realiza un pronunciamiento expreso, más que afirmar que respecto de la forma, como causal de inexistencia, ésta ha sido incorporada por dos vías: una conceptual,

115 GORIGOITÍA ABBOT, F.: “Irregularidad, invalidez”, cit., pp. 131-134.

116 BOCKSANG HOLA, G.: “La inexistencia”, cit., p. 596.

117 BOCKSANG HOLA, G.: “La inexistencia”, cit., p. 598.

118 BOCKSANG HOLA, G.: “La inexistencia”, cit., p. 598.

atribuible al profesor Miguel OTERO LATHROP, y otra tópica. Respecto de la primera reproducimos aquí lo ya señalado de manera especial en el análisis de la “nulidad procesal de derecho público”. En relación con la vía tópica el profesor Bocksang señala que “un ariete que podría servir de punto de partida es el de los principios esenciales de justicia natural: *audiatur et altera pars*-oígase también a la otra parte- y *nemo iudex in causa sua*-nadie puede ser juez en su propia causa-.”¹¹⁹

Por nuestra parte creemos que lo expuesto por BOCKSANG inicia un correcto recorrido para alejarse de una concepción de la nulidad procesal tradicionalmente vinculada al positivismo jurídico, sin embargo, nos parece que la noción de “principios esenciales de la justicia natural” es sumamente vaga, y preferimos, tal como lo hemos hecho previamente, hacer referencia aquí a los presupuestos de la relación procesal y los tratados internacionales que consagren normas procesales. O en otras palabras, a los principios del proceso propiamente tal¹²⁰, desde una lectura garantista.

Lo señalado previamente no quiere decir en ningún caso que el análisis interno del acto se torne irrelevante ni mucho menos, sino simplemente que, atendida la naturaleza propia de la función jurisdiccional del Estado manifestada en el proceso, dicha teoría no es autosuficiente para dar por acabado el estudio sobre la nulidad procesal; no es todo lo omnicomprendivo que pretende ser. La única forma de salvar dicha ideación (si aquello fuese remotamente posible) es imaginar una regulación de carácter legal que consagre de manera completa y sistemática (descripción completa y universal de requisitos de existencia, validez, eficacia, y su sancionabilidad, entre otros términos), como efectivamente no ocurre¹²¹, una teoría general sobre los actos jurídicos procesales (cuestión ausente en nuestro particular ordenamiento jurídico), y tal vez imposible de alcanzar también respecto de cualquier otra institución. En resumen: el mero análisis orgánico interno del acto no basta para abordar los alcances y naturaleza de la nulidad procesal, hay que dar un paso más allá.

5. La nulidad procesal desde un punto de vista extrínseco; la nulidad procesal como sanción.

En términos genéricos una segunda lectura sobre la naturaleza de la nulidad procesal, plantea CARRASCO, aborda ésta institución como manifestación de una sanción (ya no como un defecto orgánico interno), y por ello, hace referencia al carácter extrínseco de la nulidad.

119 BOCKSANG HOLA, G.: “La inexistencia”, cit., p. 600.

120 ALVARADO VELLOSO, A.: *Lecciones de derecho*, cit., pp. 191 y ss.; MISSIEGO DEL SOLAR, J.: “Los principios y garantías procesales, aspectos imperativos y esenciales para la existencia de un proceso”, en AA.VV.: *Derecho procesal garantista y constitucional: proceso, garantía y libertad*, Corporación Universitaria Remington: CESJUL Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos, Medellín, 2014, pp. 267 y ss.

121 Recordemos que se ha señalado que en nuestro ordenamiento jurídico no tendría aplicación directa el principio de especificidad de la nulidad procesal.

Según CARRASCO, “[e]sta teoría explica la nulidad como una sanción y ello quiere decir que frente a una determinada irregularidad en el ejercicio de un acto procesal, que causa un perjuicio importante a alguna de las partes, el ordenamiento reacciona y elimina los efectos del acto viciado”¹²². En general, se trataría de la infracción de normas imperativas de cierta relevancia, y ya no velaría sólo de manera abstracta por el resguardo de la legalidad objetiva, tornando relevante en este caso el elemento teleológico constitutivo del acto procesal, a fin de evaluar si es susceptible de sanción o no.

En palabras de LOURIDO RICO, referidas por CARRASCO, “aunque se trata de una sutil diferencia se pasa a distinguir la nulidad como vicio del acto, a la nulidad como una sanción que la ley prevé para los actos que incurran en determinadas irregularidades desplazándose el centro de gravedad del acto procesal a la ley”¹²³. Por lo tanto, bajo esta óptica ya no es indispensable abordar artificialmente el análisis del acto jurídico desde la doctrina civilista, y el rol de la ley procesal vuelve a tomar su sitial primigenio definiendo los casos en que la irregularidad amerite ser sancionada con la nulidad, lo que sin duda significa la tipificación legal de los casos considerados como graves y sancionables, y el abandono de excesivas especulaciones doctrinarias y jurisprudenciales.

En este caso, la posición doctrinaria propuesta opta por volver a la ley en busca de las sanciones tipificadas, en lugar de abrir espacio al análisis especulativo sobre los requisitos propios de cada acto jurídico procesal y su intrínseca validez o nulidad. En cierto sentido nos acercamos a la nulidad como “una consecuencia prevista por la ley para actos procesales que presenten desajustes importantes con el modelo normativo”¹²⁴.

Esta segunda posición define la validez final del acto jurídico procesal no desde un punto de vista meramente orgánico y abstracto normativo, sino que progresa y entronca dicha aproximación con nociones de eficacia y criterios teleológicos a la hora de decidir sobre la regularidad del acto, estando mediada a su vez por la interacción con la ley procesal.

El reverso negativo que encontramos en esta lectura es que “la nulidad desde un punto de vista extrínseco no se refiere a los fundamentos de la nulidad sino que se basa en la gravedad de la irregularidad cuestión que nos dirige a las causales de nulidad establecidas en la ley, dejando fuera innumerables hipótesis de nulidad, perdiendo el sistema anulatorio flexibilidad y dinamismo”¹²⁵.

122 CARRASCO POBLETE, J.: “La Nulidad”, cit., p. 58.

123 CARRASCO POBLETE, J.: “La Nulidad”, cit., p. 59.

124 CARRASCO POBLETE, J.: “La Nulidad”, cit., p. 59.

125 CARRASCO POBLETE, J.: “La Nulidad”, cit., p. 59.

Hay que tener cuidado con las precisiones hechas hasta aquí sobre las posibilidades de interpretación normativa de la nulidad procesal. Sosteniendo la distinción entre nulidad procesal desde un punto de vista intrínseco y nulidad procesal desde un punto de vista extrínseco, podríamos estar ante un acto inválido desde un punto de vista objetivo (que no haya cumplido con las regularidades orgánicas internas ordenadas por la ley) pero que sea al fin y al cabo eficaz¹²⁶, y aquello da la impresión de que la eficacia buscada en buena lid permitiría incluso obviar normas potestativas e imperativas contempladas en la ley procesal. Sin embargo, desde nuestra óptica, el elemento que permitirá finalmente definir la preponderancia de la eficacia del acto jurídico ante la supuesta invalidez orgánica, será precisamente un mandato legislativo, y no el mero juicio interpretativo libre; es el legislador el encargado de señalar no sólo los casos de invalidez sancionables, sino también los casos de excepción en que dichas sanciones no serían aplicables.

Sostenemos que esta defensa de la eficacia del acto jurídico procesal en aquellos casos en que no se cumpla con los supuestos requisitos orgánicos formales y de fondo, o sea en el caso de los actos jurídicos procesales en principio inválidos o irregulares, es buscada en último término siempre por el legislador que no acepta la aplicación irrestricta de la sanción de nulidad a los casos en que existan defectos orgánicos del acto.

Por otro lado, esto evidentemente implica que la decisión sancionatoria no queda sujeta al mero arbitrio del intérprete particular y contingente. En la misma dirección, es posible sostener que "los actos procesales tienen ciertas limitaciones para que se produzca la constatación o declaración de ineficacia que se fundan en el principio de conservación de los actos procesales, el logro de la finalidad del acto o también llamado principio de instrumentalidad de las formas, la convalidación, la subsanación y criterios de oportunidad, los cuales privan de fundamento a la declaración de nulidad [...] Distinguir la invalidez de la ineficacia de un acto permite explicar una serie de límites que impiden la declaración de ineficacia del acto y que hace que este sea considerado como una irregularidad sin efecto invalidante"¹²⁷.

Lo expuesto encuentra una figura similar en la argumentación de GORIGOITÍA¹²⁸, que desarrollará el paso de la ineficacia hacia el análisis de lo que ha denominado la "validez" propiamente tal, en donde cabe hacer el juicio de sancionabilidad del acto y la susceptibilidad de protección del interés particular perjudicado. En este análisis de validez aunaremos hermenéuticamente, y de manera mucho más directa, el involucramiento de las garantías fundamentales, particularmente las de carácter

126 "Por ejemplo si una notificación no cumple los requisitos entonces es irregular pero si el sujeto no alega dicha disconformidad del acto jurídico procesal y realiza otro posterior entonces convalidó el vicio ..." CARRASCO POBLETE, J.: "La Nulidad", cit., p. 66.

127 CARRASCO POBLETE, J.: "La Nulidad", cit., p. 66.

128 GORIGOITÍA ABBOT, F.: "Irregularidad, invalidez", cit., pp. 131 y ss.

procesal, que estarían siendo eventualmente afectadas, para luego, en último término, y ahora sí directamente sobre un análisis teleológico de la norma, y que la aborde en el contexto comprensivo del proceso, podamos decidir sobre su eficacia o ineficacia.

La comprensión de la nulidad procesal como derecho de impugnación a disposición de las partes es el siguiente nivel de superación de la institución en comento para separarla de la vieja constatación formal abstracta y situarla ahora, en un grado superior, que contiene a las anteriores, con una proximidad mayor a lo que significa la nulidad procesal como cautela del principio de juridicidad respecto de los actos jurisdiccionales desde una concepción garantista del proceso. Antes de revisar dicha conclusión a que arriba CARRASCO, expondremos sucintamente la diferenciación hecha por el profesor GORIGOITÍA entre Irregularidad, Invalidez e Ineficacia¹²⁹.

6. La nulidad procesal como derecho de impugnación.

En la argumentación de CARRASCO, resulta preciso previo a arribar a una tercera alternativa doctrinal de interpretación de la nulidad procesal, realizar una referencia a JAPIOT, que otorgará la noción fundamental que guía éste último criterio hermenéutico. De JAPIOT precisamente recoge la idea de que “la nulidad no debe ser considerada como un hecho, teniendo en sí valor propio; ella no constituye una modalidad, una manera de ser del acto jurídico, (...). Se traduce prácticamente en la existencia de un derecho especial atribuido a las personas (...); un derecho de impugnación dirigido contra las consecuencias de un acto nulo”¹³⁰.

Desde este enfoque, la relevancia de la nulidad procesal pasa esencialmente por su carácter instrumental puesta al servicio de las partes, y se manifiesta como una expresión del derecho de impugnación, en sentido amplio. Ya no basta el mero análisis objetivo y abstracto que proponía la primera postura doctrinal (el mero análisis sobre la regularidad del acto que denominamos interno), ni menos el acotado listado tipificado por el legislador de manera taxativa de la segunda opción hermenéutica (como sanción, desde un punto de vista extrínseco), ni tampoco por los elementos teleológicos con los que nos ilustró GORIGOITÍA (a propósito del avance progresivo irregularidad, invalidez e ineficacia¹³¹) sino que ahora la posición e interés de las partes en juicio pasa a ser el elemento directriz, ya que sería directamente la cautela de dicho interés el objeto de éste medio, salvo, los casos que son denominados como de interés público, en que la nulidad procesal podría declararse de oficio por el juez.

129 GORIGOITÍA ABBOT, F.: *La subsanación de los defectos procesales*, Tesis para optar al grado de Doctor Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2012, pp. 244-255.

130 CARRASCO POBLETE, J.: “La Nulidad”, cit., p. 67.

131 GORIGOITÍA ABBOT, F.: “Irregularidad, invalidez”, cit., pp. 135 y ss.

Respecto de lo último señalado en la línea anterior, compartimos la noción de que no existen razones de “interés público” para justificar la declaración oficiosa de la nulidad. Por el contrario, a lo que en realidad se refieren dichas hipótesis son a las excepciones contempladas en la ley, y a las que el profesor BOCKSANG se refiere como inexistencia¹³². Pero es precisamente que procede declarar excepcionalmente la nulidad de dichos actos porque el legislador se ha hecho cargo de ellas y ha configurado normativamente las hipótesis de procedencia, o en otros términos, ha decidido hacerse cargo de casos específicos de relevancia calificada. Se deduce lógicamente de lo anterior, que en razón de la propia naturaleza del proceso corresponderá estar a lo que las partes indiquen, a menos que el legislador haya considerado típicamente situaciones especiales, casos en los que deberá estarse a lo dispuesto en la normativa legal.

Coincidiría esta postura con la idea de SANTAMARÍA PASTOR sobre los planos a distinguir al momento de aproximarse a la nulidad procesal: “... en primer lugar la mera situación constatada de la divergencia entre la estructura real del acto y el esquema previsto por la norma (...). En segundo lugar la calificación global de la circunstancia de no producción de efectos del acto como consecuencia de su contraposición con la norma (...) Y en tercer lugar, las diferentes modalidades procesales de realización práctica de la sanción general de la no producción de efectos”¹³³. Esta triple dimensión analítica (también descrita, en otros términos por el profesor GORIGOITÍA como expusimos previamente) permite agrupar y superarlas nociones doctrinales previas sobre la nulidad procesal¹³⁴, adecuándola al funcionamiento de un Estado de Derecho moderno respetuoso de las garantías individuales, y que tiene como pilar fundamental a la persona humana, y en particular, el principio de juridicidad.

La nulidad procesal sanción deberá no solo superar un análisis formal de la configuración potestativa aislada de la norma atributiva particular, sino que en dos momentos al menos (el análisis de regularidad y de validez) habrá que interpretar la realización del acto desde la totalidad del ordenamiento jurídico, cabiendo la posibilidad de que aun existiendo una norma atributiva (por ejemplo en el caso del otorgamiento de potestades abiertas o atípicas) la ejecución de la misma implicaría una vulneración evidente a las garantías procesales mínimas, por lo que se volvería antijurídica su aplicación, redundando en que si no existe un mecanismo específico de impugnación al interior de la normativa procesal pertinente, habrá que recurrir a la nulidad procesal; sea la consagrada en el artículo 83 CPC o, por ejemplo, alguna especial, como la del artículo 429 del Código del Trabajo, encontrando en aquellas

132 BOCKSANG HOLA, G.: “La inexistencia”, cit., pp. 596 y ss.

133 SANTAMARÍA PASTOR, J.A: *La nulidad de pleno derecho en los actos administrativos, Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*, Institutos de estudios Administrativos, Madrid, España, 1975, p. 49.

134 En el sentido de que permite elaborar una nueva teoría que a la vez las contenga y la supera.

normas la protección residual de actos jurisdiccionales contrarios al principio de juridicidad, en general.

En el concepto de CARRASCO, en todo caso, hay que realizar algunas precisiones: “no es el acto y sus vicios lo que determina la aplicación de la categoría, sino el objeto de protección de la nulidad en cada ordenamiento y la utilidad de su aplicación”¹³⁵. Entonces corresponde al intérprete avocarse no exclusivamente a los requisitos del acto jurídico procesal, sino que atender de manera especial el objeto de protección de la norma jurídica, lo que permitirá definir de manera clara cuales son los propios límites que posee la declaración de nulidad en el caso concreto.

Señala CARRASCO que en la realización de la tarea expuesta el juez ha de vislumbrar y distinguir entre aquellas irregularidades de las que tradicionalmente se afirma que alteran el orden público¹³⁶ de aquellas que afecten solamente el interés de los particulares en juicio, facultándole la ley sólo en el primero de los casos a declarar la nulidad de oficio, de manera absolutamente excepcional. Luego, ha de realizarse un juicio de valor por parte del juzgador para determinar si resulta idónea la aplicación de la técnica instrumental en comento, atendida la naturaleza, oportunidad, alcance, entre otros elementos, del acto jurídico procesal que es objeto de análisis, y en este paso se trasciende tal como señalamos previamente la simple constatación de divergencia entre la forma típica del acto jurídico y su expresión dinámica incompleta o errónea que está siendo objeto de cuestionamiento. Por lo mismo, y resguardando el interés y garantías de las partes en juicio ante eventuales arbitrariedades en la decisión decretada finalmente por el juzgador, es imperativo señalar que “el juicio de valor que el juez realiza debe basarse en los criterios que el legislador ha establecido en el ordenamiento jurídico procesal. En efecto, la norma infringida debe ser invalidante para lo cual el legislador debe atribuir dicha naturaleza expresamente en el ordenamiento jurídico a través de causales e hipótesis especiales o a través de criterios generales”¹³⁷.

En otras palabras, la valoración última sobre la eficacia de los actos jurídicos procesales irregulares, tal como señalamos previamente, y en plena concordancia con Carrasco, se encuentra a cargo del legislador; y no en manos de la mera arbitrariedad e inventiva judicial. Tal como señala el autor: “[l]as causas de nulidad son fruto de una decisión política que el legislador debe determinar en atención a criterios de proporcionalidad (gravedad de la infracción), finalidad (cumplimiento del fin del acto), oportunidad (tiempo), posibilidad de subsanación, etc. Evidentemente

135 CARRASCO POBLETE, J.: “La Nulidad”, cit., p. 69.

136 Nosotros hemos señalado que adherimos a la teoría según la cual no cabe afirmar que el proceso se utilice como medio para proteger un interés general abstracto, ni un fin trascendente de justicia, puesto que no existe un interés superior al de las partes susceptible de determinación imparcial y consecuente protección en sede procesal, y que al presentarse una situación tal que requiera la declaración oficiosa de nulidad, más bien estamos ante uno de los tópicos tipificados como graves por el propio legislador, antes que una interpretación arbitraria.

137 CARRASCO POBLETE, J.: “La Nulidad”, cit., p. 71.

que estos fundamentos valorativos que pueden introducirse en un sistema anulatorio deben tener un sustento en el derecho positivo [...]”¹³⁸. El objeto de protección resguardado por la nulidad procesal se encuentra definidos previamente por el legislador, en tanto órgano democráticamente idóneo. Es él el encargado de definir la finalidad de la nulidad, la oportunidad, la posibilidad de subsanación, y todo aspecto relacionado.

Ahora bien, en la interpretación del juzgador, habiendo estado ya delimitado los alcances y diversos elementos de la nulidad procesal, éste debe velar por orientar la interpretación de la misma en conformidad a lo que dicta la constitución, y en específico, el respeto al debido proceso. Dicha aproximación hermenéutica se realiza acogiendo al respeto irrestricto del principio de juridicidad, y en derecho procesal, desde una concepción garantista que entronque con una visión del Estado de Derecho en donde prime la consideración de la persona humana.

Por tanto, es en la interpretación legal de las normas que regulan la nulidad procesal en donde finalmente a través de un criterio garantista el juez intérprete vela por el resguardo del principio de juridicidad, y su sujeción a la Constitución Política de la República.

La posición de CARRASCO, que comprende a la nulidad como una técnica instrumental, tiene su expresión dinámica en el análisis extrínseco del acto sujeto a revisión, tal como se puede desprender de lo que hemos señalado líneas más arriba. Pero a diferencia de la segunda posibilidad hermenéutica ya enunciada, en éste caso se produce un movimiento hacia la norma jurídica procesal, que terminará por definir dinámicamente el criterio que ha de ser aplicado por el juez, en donde entran en juego interpretativo otras normas del ordenamiento que limitarán la declaración final de ineficacia (principio de trascendencia, oportunidad, finalidad, garantías fundamentales, debido proceso, etc.) o guiarán a obtenerla. Tal como señala el mismo CARRASCO “La atención se centra ahora en la función que cumple la nulidad dentro del ordenamiento jurídico el cual vendrá determinado por la norma jurídica”¹³⁹.

Coincidimos en éste punto con la conclusión de Carrasco, pues creemos que se vuelve coherente con el principio de juridicidad y una concepción garantista del proceso coherente con nuestro ordenamiento jurídico. Se aúnan de manera óptima la instrumentalidad del proceso, su relación con la función jurisdiccional, y los intereses contrapuestos que se ponen en disputa ante el juzgador, a la vez que atiende a la necesaria seguridad jurídica que ha de atravesar la institución, y su manifestación natural en el principio de transitoriedad del proceso.

138 CARRASCO POBLETE, J.: “La Nulidad”, cit., p. 72.

139 CARRASCO POBLETE, J.: “La Nulidad”, cit., p. 70.

En relación con la nulidad procesal compartimos lo expuesto en la propuesta de CARRASCO. En sus palabras: "la nulidad protege los derechos y garantías procesales sobre las cuales se construye el proceso. La vulneración de estas (bilateralidad de la audiencia, imparcialidad, independencia, igualdad de armas, buena fe, etc.) hace imposible cumplir con los fines del proceso que es ser un instrumento para la función jurisdiccional. Si esto es así, lo que procura el ordenamiento es evitar que se generen situaciones de indefensión"¹⁴⁰.

IV. LA NULIDAD PROCESAL COMO CAUTELA DEL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD DESDE UNA CONCEPCIÓN GARANTISTA DEL PROCESO.

Llegados a éste punto es preciso enlazar y presentar coherentemente las ideas que hemos ido encontrando y elaborando a lo largo de nuestra investigación. La nulidad procesal se manifiesta como un mecanismo sancionatorio de aquellos actos que atenten contra el principio de juridicidad, y a la vez representa un mecanismo cautelar (en un sentido amplio) dispuesto favor de las partes, que encuentra su raíz jurídica última en la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

La nulidad procesal es la realización concreta, en sede jurisdiccional (o sea, respecto de la función jurisdiccional del Estado), de la concepción genérica de nulidad de derecho público. Desde el garantismo la salvaguarda irrestricta de las garantías constitucionales, y en particular en la materia que tratamos, la cautela última del debido proceso y de la persona humana. Ante todo, la nulidad procesal es un medio impugnatorio regulado a favor de las partes, para que puedan solicitar la ineficacia de un acto jurídico procesal, no tan sólo porque se infringe lo dispuesto por el presupuesto normativo aplicable (un análisis formal o interno), ni tampoco sólo porque se buscará dejar sin efecto un acto de trascendencia netamente procesal, sino ante todo, porque con la dictación del acto de autoridad vicioso (acto procesal) se han infringido intereses legítimos de alguna de las partes que se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico, y éstas pretenden hacerlo valer legítimamente en juicio.

Desde una concepción garantista del proceso la nulidad procesal pasa a ser una institución de mayor trascendencia, toda vez que se vuelve el último bastión de cautela de las partes de un proceso ante el actuar de la magistratura judicial. En un contexto general en donde las reformas procesales implementadas y las venideras¹⁴¹ se encuentran recubiertas de un manto pletórico de justicia que no refleja más que la mascarada retórica vacía de contenido de la siempre polémica noción de "lo justo". Antes que abrir posibilidades a un debate real sobre lo justo o injusto, previo a la actuación del Estado, las reformas en comento han pretendido

¹⁴⁰ CARRASCO POBLETE, J.: "La Nulidad", cit., p. 75.

¹⁴¹ Nos referimos a reforma procesal laboral, procesal de familia, procesal civil, etc.,

directamente vaciar en las manos del juez (de cada uno) la decisión particular de aquello que se conforma con la recta justicia. Sin embargo, al confiar abiertamente en éste órgano, y en particular, en cada caso particular; juez a juez, la decisión de aquello que corresponde a cada cual, con la inclusión de amplias facultades procesales, en realidad no se está satisfaciendo el clamor democrático que busca la realización de algún proyecto común, sino que antes bien, se abandona a la espada de la justicia el reparto particular de aquello que caso a caso parezca prudente. Las partes que originalmente han creado éste ente artificial que es el Estado de Derecho de pronto se encuentran enfrentados a su propia creación que se vuelve contra ellos, en virtud de su propio interés, y con cada vez menores vías de control a su disposición.

La confianza exacerbada en el Estado Juez sin duda ha de inquietar a más de alguno, y está bien que así sea, pues nos llama nuevamente a reflexionar sobre la forma de composición institucional de un orden democrático, y en general, de la administración de la vida en común. En ese contexto, la nulidad procesal viene a representar una última defensa posible ante la actuación activista y vulneradora de garantías fundamentales del Estado Juez, y fundando sus cimientos ideológicos y sustantivos en el horizonte clásico de la modernidad que clamaba por la emancipación y la primacía de la persona humana, permite extender su alcance concreto como manifestación no sólo de una defensa de los principios liberales clásicos, sino que ahora en una versión superada de aquella concepción, como la integración completa de aquello que ha de considerarse como contenido iusfundamental esencial.

El principio de juridicidad se convierte en realidad en el último sostén del recurso de nulidad procesal, y ya no es suficiente con la constatación de una incongruencia entre hipótesis normativa y supuesto de hecho, sino que la trascendencia mira ahora también a la cautela de la juridicidad en el actuar oficial del Estado, y por ende, al respeto de las garantías fundamentales en el ejercicio del poder.

V. CONCLUSIONES.

Los Tribunales de Justicia, al igual que el resto de los órganos del Estado, se encuentran sujetos al Principio de Juridicidad consagrado constitucionalmente.

El Principio de Juridicidad supera conceptualmente las críticas formalistas al principio de legalidad, pero lo hace conteniéndolo en su interior, y ampliando su esfera, modalidades y materias de alcance.

La sujeción al principio de juridicidad se manifestará de manera diversa dependiendo de la función estatal en análisis en relación con la fuente normativa a la que haya que recurrir para encontrar las fuentes potestativas, de competencia e investidura.

En el caso de la función jurisdiccional del Estado, ésta coincide con la realización del proceso, y fundamentalmente habrá que recurrir a la ley procesal (en sentido amplio) a verificar lo que se señale al respecto.

El principio de juridicidad permite sentar bases sobre las cuales construir la teoría de la nulidad de derecho público, sin embargo, tratándose de actos jurisdiccionales, la sanción de nulidad ha de buscarse en los cuerpos normativos especiales que consagran sus propios sistemas impugnatorios.

Las diversas formas de impugnación de resoluciones judiciales son manifestación sancionatoria de eventuales vulneraciones al principio de juridicidad.

La nulidad procesal es una forma sancionatoria particular de protección al principio de juridicidad, que no se limita al análisis formal de los requisitos internos del acto impugnado en cuestión, sino que mira simultáneamente al interés de las partes, a la seguridad jurídica, y diversos principios, como la transitoriedad, convalidación, etc.

La nulidad procesal ha de ser concebida como un medio impugnatorio puesto a disposición de las partes para el ejercicio de su derecho a defensa, más no como una institución fundada en el concepto indeterminado de orden público. Corresponde al legislador consagrar de manera típica los casos en que el juez se encuentre facultado para declarar la nulidad de oficio, cuestión que procederá de manera particular en los tópicos que dan origen a la inexistencia del acto jurídico procesal.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, G., GAJARDO, B. y LEÓN, A. P.: "Equidad, inclusión social y democracia: una respuesta crítica a los argumentos en contra del activismo judicial", *Estudios constitucionales*, 2015, vol. 13, núm. 1, pp. 373-398.

AGUIRRE GUZMÁN, V.: "Nulidades en el proceso civil", *Revista de derecho*, 2006, núm. 6, II Semestre, pp. 145-185.

ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2001.

ALDUNATE LIZANA, E.:

- "Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo", *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 2010, vol. XXIII, núm. 1, pp. 79 a 102.

- "Neoconstitucionalismo", *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, 2010, pp. 361-369.

ALTERINI, A.: *La Inseguridad Jurídica*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

ALVARADO VELLOSO, A.:

- *Lecciones de derecho procesal civil*, Thomson Reuters, Santiago, 2011.

- "Presupuestos de la declaración de nulidad procesal", *Revista del Centro de Estudios de Derecho Procesal de Medellín*, Colombia, núm. 5, 1986, pp. 95-106.

- "Presupuestos de la nulidad procesal", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4, 1993, pp. 491-498.

- "Proceso y Verdad", en AA.VV.: *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*, Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID), Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia, 2014, pp. 117-132.

ARÓSTICA, I.: "La extinción de los actos administrativos y la jurisprudencia reciente de los tribunales de Justicia", *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, Vol. 11, N° 2-3, mayo-diciembre, 1984, pp. 433-448.

BENABENTOS, O.: *Teoría General Unitaria del Proceso*. Editorial Juris, Buenos Aires, Argentina, 2001.

BERMÚDEZ SOTO, J.: "El principio de legalidad y la nulidad de Derecho Público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común", *Revista de Derecho público*, Universidad de Chile, Chile, Vol 70, 2008, pp. 273-287.

BOCKSANG HOLA, G.: "La inexistencia jurídica de los actos jurisdiccionales", *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile vol. 40, núm. 2, agosto, 2013, pp. 577-608.

BRUNA PARADA, J.: "La incorporación de la prueba en el proceso laboral y la problemática situación del principio contradictorio en la audiencia de juicio (desafío pendiente)", en AA.VV.: *Proceso y justicia laboral, lecturas a contracorriente* (Dir. por D. PALOMO VÉLEZ), ed. Ed. Jurídicas de Santiago, Santiago, Chile, 2015.

CALDERA DELGADO, H.:

- *Sistema de la responsabilidad extracontractual del estado en la constitución política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.

- *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ediciones Parlamento, Santiago, 2001.

CARRASCO POBLETE, J.:

- *La nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el Código de Procedimiento Civil Chileno.*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2012.

- "La Nulidad Procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Coquimbo, Chile, Año 18, núm. 1, 2011, pp. 49-84.

- "Razones jurídicas que justifican la improcedencia de aplicar el estatuto de la nulidad de derecho público contra los actos jurisdiccionales", *Revista chilena de Derecho*, Agosto 2015, vol. 42, núm. 2, 2015, pp. 671-700.

CASSARINO VITERBO, M.: *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*, Tomo IV, 6ª ed., Editorial Jurídica, Santiago, 2008.

CEA EGAÑA, J.: *Derecho Constitucional Chileno*, Eds. Universidad Católica de Chile, Vicerrectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos, 2º Edición Santiago, Chile, 2008.

COLOMBO CAMPBELL, J.: "Funciones del Derecho Procesal Constitucional", *Revista Ius et Praxis*, vol. 8, núm. 2, 2002, pp. 11-69.

CONCHA MACHUCA, R.: "El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de derecho público", *Revista de derecho Valdivia*, vol. 26, núm. 2, 2013, pp. 93-114.

DAMASKA, M.: *Las caras de la justicia y el poder del estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

DIAZ DE VALDEZ BALBONTÍN, R.: "Improcedencia de la acción de nulidad de derecho público respecto de actos jurisdiccionales", ponencia presentada en las XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, el 8 y 9 de noviembre de 2007, 2007 [en línea]: Disponible en: <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/IMPROCEDENCIA%20DE%20LA%20ACCION%20DE%20NULIDAD%20DE%20DERECHO%20PUBLICO%20RESPECTO%20DE%20ACTOS%20JURISDICCIONALES.pdf> [Fecha de visita 10 de Marzo de 2015].

DWORKIN, R.: *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1989.

FEOLI VILLALOBOS, M.: "El Nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para en análisis del activismo judicial", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte RDUCN*, vol. 22, núm. 2, 2015, pp. 173-198.

FERNANDEZ TOLEDO, R.: *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral. Análisis crítico*, Punto Lex – Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011.

FIAMMA OLIVARES, G.:

- "Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva", *Revista de Derecho Público*, núm. 49, 1991, pp. 91-98.

- "La Acción Constitucional de nulidad. Un supremo aporte del Constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 10, 1986, pp. 345-353.

FOUCAULT, M.: *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 2000.

GARCÍA, J. y VERDUGO, S.: *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, Ediciones L Y D, Santiago, Chile, 2013.

GARDAIS ONDARZA, G.: "El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables", *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 23, 2002, pp. 323-341.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, L.: "Los árbitros arbitradores y mixtos frente a la Constitución 1980: Normas "decisoriae" y "ordinatoriae litis" vinculantes en el arbitraje irritual y en

la jurisdicción de equidad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 40, 2013, pp. 535-573.

GORIGOTTÍA ABBOT, F.:

- “El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 40, 2013, pp. 575-599.

- “Irregularidad, Invalidez e Ineficacia en el contexto de la nulidad procesal”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte RDUCN*, Vol. 20, núm. 1, 2013, pp. 129-154.

- *La subsanación de los defectos procesales*, Tesis para optar al grado de Doctor: Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2012.

HART, H.: *El concepto de derecho*. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998.

JARA, J.: *La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia*, Editorial Libromar, Santiago, Chile, 2004.

KELSEN, Hans.: *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina, 1970.

LEXIS NEXIS.: *Jurisprudencia de la nulidad procesal*. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003.

LUIZ STRECK, L.: “Poder judicial y constitucionalismo democrático: la necesidad de una teoría de la decisión judicial para preservar la autonomía del derecho”, *Estudios constitucionales*, vol.12, núm. 2, 2014.

LOYOLA GONZÁLEZ, E.: *Los incidentes de nulidad*, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago, 2001.

MARÍN, U.: “Algunos aspectos de la nulidad de derecho público. Aproximación práctica al tema”, en AA.VV.: *Seminarios de derecho procesal. Reforma orgánica al proceso civil. La defensa del Estado ante los Tribunales de Justicia: Una aproximación particular a la nulidad de derecho público* (Dir. por A. ONFRAY VIVANCO), Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Serie Publicaciones Especiales, núm. 17, 2004, pp. 143-156.

MATURANA MIQUEL, C.: *Los recursos*, Apuntes Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007.

MISSIEGO DEL SOLAR, J.: "Los principios y garantías procesales, aspectos imperativos y esenciales para la existencia de un proceso", en AA.VV.: *Derecho procesal garantista y constitucional: proceso, garantía y libertad*, Corporación Universitaria Remington: CESJUL Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos, Medellín, 2014, pp. 267 y ss.

MOSQUERA, M. y MATURANA MIQUEL, C.: *Los Recursos Procesales*, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 2013.

MOSQUERA, M.: "Seguridad jurídica y Derecho Procesal", *Derecho y Seguridad Jurídica*, Colección Seminarios, núm. 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983, pp. 115-132.

NIETZSCHE, F.: *Sobre la verdad y la mentira en sentido extramoral*, Tecnos, Madrid, 1998.

NÚÑEZ OJEDA, R.: "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo", *Revista Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 1, 2008, pp. 199-223.

ORELLANA TORRES, F.: *Derecho Procesal Orgánico*, Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2010.

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

PALAVECINO CÁCERES, C.:

- "El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile", en AA.VV.: *Derecho procesal garantista y constitucional: proceso, garantía y libertad*, Corporación Universitaria Remington: CESJUL Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos, Medellín, 2014, pp. 109-128.

- "El retorno del inquisidor: Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno", *Revista Latinoamericana de Derecho Social UNAM México*, núm. 13 Julio-Diciembre, 2011, pp. 117-140.

- "La reforma procesal laboral chilena. Una visión crítica desde el garantismo procesal", en AA.VV.: *Proceso y justicia laboral, lecturas a contracorriente* (Dir. por D. Palomo Vélez), ed. Ed. Jurídicas de Santiago, Santiago, 2015.

- "Sistemas procesales e ideología", *Revista de Derecho y Humanidades*, núm. 17, año 2011, 2011, pp. 13-30.

PALAVECINO CÁCERES, C y RUAY SÁEZ, F.: "El principio de la buena fe en los procedimientos laborales frente al principio de legalidad o juridicidad ¿tienen los jueces del trabajo facultades tácitas o implícitas?", en AA.VV.: *Proceso y justicia laboral, lecturas a contracorriente* (Dir. por D. Palomo Vélez), Ed. Jurídicas de Santiago, Santiago, 2015.

PALOMO VÉLEZ, D.: "Apelación, doble instancia y proceso civil oral: a propósito de la reforma en trámite", *Estudios constitucionales*, 2010, pp. 465-524.

PÉREZ LUÑO, A.: *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994.

PFEFFER URQUIAGA, E.: "La nulidad de derecho público: tendencias jurisprudenciales", *Revista de derecho público*, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, núm. 67, 2005, pp. 129-144.

ROMERO SEGUEL, A.: "Comentario: La improcedencia de la acción de nulidad de derecho público para revisar resoluciones judiciales, como precedente judicial", *Revista chilena de derecho*, Vol. 30, núm. 2, 2003, pp. 381-385.

REYES RIVEROS, J.:

- "El principio de juridicidad y la modernidad", *Revista chilena de derecho*, Vol. 25, núm. 1, 1998, pp. 85-102.

- "Los principios aplicables respecto del papel instrumental del Estado frente a los derechos y deberes de las personas", *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 62, 2000, pp. 147-164.

- "Reflexiones y bases acerca de la Nulidad de Derecho Público", *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, 1997, tomo XVII, Valparaíso, Chile, pp. 383-421.

RICOEUR, P: *Lo Justo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

RUAY SÁEZ, F.: "Análisis crítico sobre la inclusión del principio de buena fe procesal en el "Proyecto de Código Procesal Civil" chileno", *Revista de Derecho y Ciencia Política*, 2013, Vol. 4, pp. 53-82.

RUAY SÁEZ, F., PALAVECINO CÁCERES, C.: "El principio de buena fe en los procedimientos laborales frente al principio de legalidad o juridicidad. ¿Tienen los jueces del trabajo facultades Tácitas o Implícitas?", en AA.VV.: *Proceso y Justicia laboral: lecturas a contracorriente* (Dir. por D. PALOMO VÉLEZ), Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2015, pp. 441-451.

SALAS VIVALDI, J.:

- *Los incidentes, y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2000.

- "Los principios de especificidad, convalidación, trascendencia y extensión de la nulidad procesal en la legislación chilena", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 1970, pp. 151-152.

SANTA CRUZ SERRANO, V.: *Las Nulidades Procesales en el Código de Procedimiento Civil Chileno*, Editores: Francisco Cerruti y Antonio Vodanovic, Imprenta y Litografía Leblanc, Santiago, Chile, 1942.

SANTAMARÍA PASTOR, J.: *La nulidad de pleno derecho en los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*, Institutos de estudios Administrativos, Madrid, España, 1975.

SOTO KLOSS, E.:

- *Derecho Administrativo: Bases fundamentales*, Tomo II, *El Principio de Juridicidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.

- "En la forma que prescriba la ley: notas sobre prácticas legislativas inconstitucionales", *Revista chilena de derecho*, Valdivia, Chile, Vol. 20, núm. N° 2-3, 1993, pp. 687-693.

- "La nulidad de derecho público: su actualidad", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 18, 1997, pp. 347-355.

- "Seguridad jurídica e interpretación en el Derecho Público Chileno", *Derecho y Seguridad Jurídica*, Colección Seminarios, núm 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983, pp. 91-114.

TAVOLARI RIVEROS, R.:

- *El proceso en acción*, Editorial Libromar, Santiago, Chile, 2000.

- "Reflexiones actuales sobre la nulidad procesal", *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, núm. XCI, Vol. I, 1994, pp. 1-15.

VALDIVIA, J.: "Sobre la nulidad en derecho público", en AA.VV.: *La primacía de la persona: estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, Editorial Legalpublishing, Santiago, Chile, 2009, pp. 865-886.

VERDUGO RAMÍREZ, S.: “La declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto”, *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile, 2008, Año IX, núm. 18, pp.247- 297.

VILELA CARBAJAL, K.: *Medios de Impugnación y Nulidad Procesal*, en AA.VV.: *Teoría de la Impugnación* (Primera ed.), Lima, Palestra, 2009, pp. 55-107.

ZAMORA ACEVEDO, M.: “La Búsqueda de la verdad en el proceso penal”, *Revista Acta Académica*, 2014, núm. 54, mayo 2014, pp. 147-186.

ZOLEZZI IBÁRCEÑA, L.: “Las nulidades procesales en el derecho comparado”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, [S.l.], núm. 40, 1986, pp. 329-349.



CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO



EL PODER FINANCIERO DE LOS MUNICIPIOS Y SU MARCO
CONSTITUCIONAL

*THE FINANCIAL POWER OF MUNICIPALITIES AND ITS
CONSTITUTIONAL FRAMEWORK*

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 408-423



Fernando
HERNÁNDEZ
GUIJARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de abril de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: La Constitución establece un marco para el ejercicio del poder financiero por parte de los distintos entes territoriales. Los Municipios, en aplicación de preceptos de la Carta Manga, dispondrán de autonomía y suficiencia financiera (art. 140 y 152 CE). Asimismo, y en aplicación del principio de competencia, los Entes Locales podrán desarrollar su potestad reglamentaria en las materias que le sean propias. Por todo ello, el presente trabajo tiene por objeto el análisis y valoración de la aplicación y eficacia que despliegan estos principios constitucionales en el ejercicio del poder financiero municipal y sus límites cuando confluyan con otras Administraciones.

PALABRAS CLAVE: Poder financiero; municipio; Constitución; autonomía financiera; suficiencia financiera y principio de competencia.

ABSTRACT: The Constitution establishes a framework for the exercise of financial power by the different territorial entities. The municipalities, in application of the provisions of the Manga Charter, will have autonomy and financial sufficiency (Articles 140 and 152 EC). Likewise, and in application of the principle of competition, Local Authorities may develop their regulatory power in matters that are their own. The purpose of this paper is to analyze and evaluate the application and effectiveness of these constitutional principles in the exercise of municipal financial power and its limits when they converge with other Administrations.

KEY WORDS: Financial power; municipality; Constitution; financial autonomy; financial sufficiency and the principle of competition.

SUMARIO.- I. El poder financiero municipal establecido en la Constitución Española.- II. El principio de autonomía financiera.- 1. La previsión constitucional de la autonomía financiera.- 2. La configuración de la autonomía financiera por el Tribunal Constitucional.- 3. La aplicación por los Tribunales de la jurisdicción.- III. La suficiencia financiera.- 1. La previsión constitucional de la suficiencia financiera.- 2. Una referencia a la Carta Europea de Autonomía Local.- IV. El principio de competencia.- 1. La aplicación del principio de competencia por los Tribunales de la jurisdicción.- V. Conclusiones.

I. EL PODER FINANCIERO MUNICIPAL ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

La Constitución Española diseñó un sistema organizativo plural y descentralizado sobre la base de una distribución real y efectiva del poder público y político entre los distintos entes territoriales¹, estableciendo como garantía de ello su propia autonomía que se fundamenta, a su vez, en la indisoluble unidad de la Nación española².

En lo que a la presente investigación interesa nos vamos a detener en el Capítulo II, del Título VIII, de la Constitución Española porque establece el régimen constitucional de la Administración Local. En los preceptos recogidos en este capítulo se establecen los principios más determinantes del marco jurídico-constitucional sin perjuicio de la aplicación de otros que abordaremos también en este apartado.

Comenzaremos con la noción de Municipio y su capacidad de gestión para posteriormente analizar sus principios fundamentales y su consideración por el Tribunal Constitucional. A estos efectos, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de

- 1 El artículo 137 CE establece que “el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”.
- 2 El artículo 2 CE establece que “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”, por lo que esa gestión autónoma debe enmarcarse dentro de la unidad de la Nación española. Lo cual no determina uniformidad sino unidad en la diversidad. Salvando las diferencias entre los distintos entes políticos, podría traerse a colación el lema de la UE que reza “Unida en la diversidad” (http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/motto/index_es.htm).

• Fernando Hernández Guijarro

Profesor Asociado de la Universitat de València y de la Universitat Jaume I. Personal Docente e Investigador (PDI) de UNIR. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Máster en Teoría y Práctica Fiscal por la Universidad Antonio de Nebrija. Licenciado en Derecho y Diplomado en Ciencias Empresariales por la Universidad de Valencia. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Ha trabajado en despachos profesionales de reconocido prestigio como Garrigues y Arco Abogados y Asesores Tributarios. Autor de varias obras, entre otras, La Impugnación de las Ordenanzas Fiscales, Ediciones Francis Lefebvre, 2015; Los Principios y Garantías Constitucionales en las Ordenanzas Fiscales, Aranzadi, 2015; y coautor de los Formularios Prácticos Fiscal de Francis Lefebvre de los años 2005 a 2017. Correo electrónico: fernandohernandez@cav.es.

las Bases del Régimen Local (LBRL), establece en su artículo 1.1 que “los Municipios son entidades básicas de la organización territorial del Estado y cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades”, es decir, la Ley que regula el régimen local relaciona el municipio con participación ciudadana y gestión autónoma de los intereses propios³.

Asimismo, sobre la capacidad de gestión y suficiencia de los municipios el artículo 2.1 del mismo texto legal dispone que “para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

En resumen, nuestro marco legislativo relaciona claramente municipalismo con participación ciudadana, autonomía y capacidad de gestión en los asuntos que afecten a sus intereses. Por ello se iniciará esta exposición sobre las Haciendas Locales con los principios de autonomía y suficiencia financiera como elementos básicos y fundamentales de su régimen financiero-tributario y se relacionará también el principio de competencia tributaria que también afectan a estas Corporaciones Locales.

II. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA FINANCIERA.

I. La previsión constitucional de la autonomía financiera.

Como primera y más importante previsión constitucional⁴ relacionada con la Administración Local, está la referida en el artículo 140 CE que reza así: “la Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales. Los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la Ley. Los Alcaldes serán elegidos por los Concejales o

3 El Preámbulo de la LBRL llega a afirmar que “como demuestra nuestra historia y proclama hoy la Constitución, decir régimen local es decir autonomía”.

4 Tal y como establece el artículo 2 de la Carta Europea de Autonomía Local, hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985: “el principio de la autonomía local debe estar reconocido en la legislación interna y, en lo posible, en la Constitución” (BOE, núm. 47 de 24 de febrero de 1989). El Estado español cumplía y cumple cabalmente con dicho precepto al contemplarlo en su Ley Fundamental.

por los vecinos. La Ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto”⁵.

Este precepto garantiza con el mayor de los rangos normativos la autonomía local⁶, pues como fija el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. En consecuencia, sus mandatos obligan por igual a todos los poderes territoriales que forman parte del Estado en su totalidad.

Una buena definición del principio de autonomía nos la proporciona SANTAMARÍA PASTOR⁷ cuando afirma que éste se refiere a la capacidad de un ente público de orientar y dirigir política y administrativamente su propia comunidad; de elegir, por tanto, opciones y directrices que pueden ser distintas, o incluso divergentes, de las adoptadas por las entidades administrativas de nivel territorial superior; una capacidad que no expresa sólo, pues, mediante la elaboración de normas jurídicas, sino también mediante la adopción de políticas propias y la emanación de medidas de carácter administrativo.

No obsten lo anterior, convendremos con PÉREZ TREMPs que “la autonomía local tiene una dimensión básicamente administrativa, limitándose al ejercicio de funciones ejecutivas y reglamentarias. Los entes locales no gozan, pues, de competencias de naturaleza legislativa, frente a lo que sucede con las Comunidades Autónomas”⁸. Por lo que esta autonomía será ejercida en virtud de la Constitución (como al resto de entes territoriales) y por disposición de la Ley.

2. La configuración de la autonomía financiera por el Tribunal Constitucional.

Dado que la interpretación de los preceptos de la Constitución debe hacerse según las resoluciones del Tribunal Constitucional, convine traer a colación el reconocimiento que a la autonomía financiera otorgó el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 32/1981, 28 de julio, donde la definió en los siguientes términos “la autonomía local ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a

5 Antes, el artículo 137 CE, hace referencia a la “autonomía para la gestión de sus respectivos intereses” en relación a los Municipios, Provincias y Comunidades Autónomas en que se organice territorialmente el Estado.

6 Esta garantía de autonomía local es de máximo nivel pues, como dice el TC va dirigida sobre todo al Legislador, y así entiende el Tribunal que “la garantía constitucional de las autonomías locales no se reduce a incluir dentro de la materia reservada a la Ley la determinación del contenido competencial de estas autonomías, pues es precisamente la necesidad de preservar la autonomía frente al legislador lo que da su razón de ser a esta garantía” (STC 32/1981).

7 SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo I, Iustel, Madrid, 2009, p. 93.

8 PÉREZ TREMPs, P.: “Principios generales de la organización territorial del Estado”, en AA.VV.: *Derecho Constitucional, Vol. II, Los poderes del Estado y la organización territorial del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 267.

participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto las atañen, los órganos representativos de la Comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible”.

Es decir, dentro de la distribución del Poder público del Estado, la autonomía local representa el derecho de dicha comunidad a gobernarse y administrarse a sí misma⁹. Ya que, como afirma el TC en la citada Sentencia, “la Constitución prefigura una distribución vertical del poder público entre entidades de distinto nivel que son fundamentalmente el Estado, titular de la soberanía; las Comunidades Autónomas, caracterizadas por su autonomía política, y las provincias y municipios, dotadas de autonomía administrativa de distinto ámbito”.

Entrando ya en su vertiente financiera, FERNÁNDEZ MONTALVO¹⁰ entiende que la autonomía significa recursos propios y capacidad de decisión sobre el empleo de estos recursos. Supone que los Entes Locales no estén sometidos plenamente a otras instancias de poder en el ámbito de los recursos económicos, sino que es necesaria la disponibilidad de un margen de competencia propia. Esto es, comporta el reconocimiento a los Entes Locales de una cierta capacidad para tomar decisiones propias sobre sus ingresos y de responsabilidad frente a sus ciudadanos por tales decisiones.

La interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho sobre el principio de autonomía financiera de los Entes Locales está básicamente contenida en las Sentencias de 16 de diciembre de 1999, de 31 de octubre de 2002, de 30 de enero de 2003 y de 25 de marzo de 2004. Sin embargo, la que sintetiza más ampliamente el marco constitucional del citado precepto es la Sentencia 104/2000, de 13 de abril, que afirma “el principio de autonomía (para ‘la gestión de sus respectivos intereses’, según el art. 137 CE) que preside la organización territorial del Estado, configura uno de los pilares básicos del Ordenamiento constitucional (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3), ofreciendo una vertiente económica relevante ya que, aun cuando tenga un carácter instrumental, la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines (STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8). La autonomía de los Entes Locales va, entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin

9 En parecidos términos la define la Carta Europea de Autonomía Local en su artículo 3.1 que establece que “por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades Locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”.

10 FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: *Régimen jurídico de los tributos locales. Especial referencia al catastro y a los órganos de revisión local*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2007, p. 19.

condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas (SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 63/1986, de 21 de mayo, FJ 11; 201/1988, de 27 de octubre, FJ 4; 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7 y 14; 13/1992, de 6 de febrero, FJ 6; 132/1992, de 28 de septiembre, FJ 8; 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6; 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2 y 3; 68/1996, de 18 de abril, FJ 10; y 171/1996, de 30 de octubre, FJ 5; 166/1998, de 15 de julio, FJ 10; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22); es decir, para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 CE (SSTC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2B; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22; y ATC 382/1993, de 1 de diciembre, FJ 4)".

En resumen, el principio de autonomía financiera tiene como corolario, tal y como expone MARTÍN QUERALT¹¹, la lógica necesidad de que esa autonomía se encuentre propiciada por la existencia de una disponibilidad de medios suficientes para poder cumplir con sus fines. Y esta disponibilidad de medios tendrá como manifestación financiera, entre otras, la capacidad de fijar -dentro de la previsión legal- tipos más o menos elevados. En palabras del Tribunal Constitucional, "esa disparidad de gravamen que, sin duda, se producirá entre los vecinos de los diferentes Ayuntamientos tiene, antes que nada, un firme fundamento en el principio de autonomía municipal reconocido en el art. 140 C.E."¹².

Y como reconoce también el Tribunal, "no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.ª de la Constitución, ya que éstos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía"¹³.

3. La aplicación por los Tribunales de la jurisdicción.

Tras la previsión constitucional del principio de autonomía financiera y su interpretación y configuración dada por el Tribunal Constitucional, resulta ahora procedente descender a la aplicación directa de dicha autonomía por los tribunales del orden contencioso-administrativo. Un claro ejemplo de la defensa de dicha autonomía financiera que deben llevar a cabo los Jueces y Tribunales ante eventuales conflictos entre distintas Administraciones territoriales, nos lo proporciona la Sentencia número 59/2002, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, número de recurso 4/2002, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Julio Luis Gallego Otero, donde resolvió un recurso contra la sentencia del Juzgado Provincial de lo Contencioso-

11 MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 235.

12 STC 233/1999, de 16 de diciembre.

13 STC 37/1987, de 26 de marzo.

Administrativo, núm. 4 de Oviedo, interpuesto por el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) donde solicitaba que revocase la sentencia apelada, estimase el recurso contencioso-administrativo, y declarase nula la Resolución de la Corporación Local demandada, reconociendo el derecho a la exención tributaria del IBI a la institución sanitaria Hospital “Valle del Nalón”. La sentencia que dictó el citado Tribunal confirmó la resolución del Juzgado por cuanto que: “la cuestión jurídica que enfrenta a las partes litigantes se reduce a determinar cuál de las exégesis contrapuestas que mantienen sobre la exención establecida en el último párrafo artículo 64 Ley de Haciendas Locales, de 28 de diciembre de 1988... es la ajustada a derecho.

El examen comparativo de los criterios enfrentados conduce a estimar más acertado el judicial que se impugna basado en una interpretación literal y sistemática de norma en cuestión, teniendo en cuenta la *ratio legislatoris* y los principios del sistema impositivo local que limitan la intervención de otros Poderes Públicos para hacer efectivos la autonomía y suficiencia financiera en tanto que puede suponer una disminución de los recursos de las Entidades Locales, por ello las Leyes que establezcan directamente beneficios fiscales en materia de tributos locales determinarán las fórmulas de compensación que procedan”.

Por dicho motivo el Tribunal entendió que la exención por IBI que reclamaba el INSALUD era una facultad del Ayuntamiento y su otorgamiento correspondía a éste en función de su autonomía financiera. Por lo tanto, correspondía a esta Administración su concesión en su caso. No en vano, el precepto legal citado en la Sentencia hacía referencia al término “podrán”, es decir, la Corporación Local podía establecer o no dicha exención. No existiendo derecho alguno ni infracción a la igualdad porque en otro municipio sí se hubiese concedido y en este caso no, pues como resalta el Tribunal “ello no supone una discriminación ilegal y carente de justificación objetiva cuando ese posible efecto deriva de la aplicación de la Ley que contempla la exención como posibilidad por ese destino que la justifica pero dependiendo de las circunstancias concurrentes a valorar por la Administración a quien se atribuye la potestad de establecerla”.

Por consiguiente, vemos como el principio de autonomía financiera, además de un enunciado constitucional, despliega importantes efectos jurídicos. Llegando, como el caso de la Sentencia citada, a sobreponer esa garantía frente al supuesto derecho de un Organismo de la Comunidad Autónoma a la que pertenece.

III. PRINCIPIO DE SUFICIENCIA FINANCIERA.

I. La previsión constitucional de la suficiencia financiera.

Por lo que respecta a la suficiencia financiera, la Constitución Española establece en su artículo 142 que “las Haciendas Locales deberán disponer de los

medios suficientes para el desempeño de las funciones que la Ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas”.

Claramente el constituyente muestra en este precepto su preocupación por garantizar la suficiencia financiera de la Haciendas Locales¹⁴. Ello es así dado la necesaria relación de ésta con el principio de autonomía, pues, si una entidad territorial no tiene recursos financieros, difícilmente será autónoma. Se puede decir que autonomía financiera y suficiencia financiera son las dos caras de la misma moneda¹⁵; es decir, de la autonomía municipal.

2. Una referencia a la Carta Europea de Autonomía Local.

La financiación municipal debe ser permanente, diversificada y segura para que no existan desequilibrios entre las necesidades de la comunidad local y la suficiencia financiera para cubrirlas. Como establece el artículo 9 de la Carta Europea de Autonomía Local¹⁶ en su primer apartado “las Entidades Locales tienen derecho, en el marco de la política económica nacional, a tener recursos propios suficientes de los cuales pueden disponer libremente en el ejercicio de sus competencias”. En su segundo y tercer apartado hace referencia a la proporcionalidad entre recurso, competencias y autonomía en los siguientes términos “los recursos financieros de las Entidades Locales deben ser proporcionales a las competencias previstas por la Constitución o por la Ley” y “una parte al menos de los recursos financieros de las Entidades Locales debe provenir de ingresos patrimoniales y de tributos locales respecto de los que tengan la potestad de fijar la cuota o el tipo dentro de los límites de la Ley”. Y para terminar, el instrumento europeo ratificado por España y en vigor desde 1983 establece que “los sistemas financieros sobre los cuales descansan los recursos de que disponen las Entidades Locales deben ser de una naturaleza suficientemente diversificada y evolutiva como para permitirles seguir, en la medida de lo posible y en la práctica, la evolución real de los costes del ejercicio de sus competencias”.

14 FERNÁNDEZ MONTALVO considera que “la incorporación directa a la CE del principio de suficiencia se ha explicado en razón de la secular penuria de los recursos financieros de la Entidades Locales” (*Régimen jurídico de los tributos locales. Especial referencia al catastro y a los órganos de revisión local*, cit., p. 23).

15 La interrelación entre ambos principios; autonomía y suficiencia financiera, nos la presenta el TC en su Sentencia 135/1992, de 5 de octubre de 1992, en los siguientes términos “el principio de autonomía que preside la organización territorial del Estado (arts. 2 y 137), ofrece una vertiente económica importantísima, ya que aun cuando tenga un carácter instrumental la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines... Este Tribunal ha explicado que ella implica “la plena disponibilidad” de sus ingresos “sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias y, en especial, las que se configuran como exclusivas” (SSTC 63/1986, 201/1988 y 96/1990)”.

16 Carta Europea de Autonomía Local. Hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985 («BOE» núm. 47, de 24/02/1989).

Haciendo referencia al citado precepto, RAMOS PRIETO¹⁷ dirá que la ordenación legal de la Hacienda Local ha de perseguir una adecuación entre funciones y medios. Esta situación se cifra en la disposición de recursos “suficientes para el cumplimiento de los fines de las Entidades Locales”¹⁸, según proclama el artículo 105.1 de la LBRL; o “proporcionales a las competencias previstas por la Constitución o por la Ley”, tal y como demanda el artículo 9.2 de la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985.

Además, este principio de suficiencia no debe entenderse sólo en un sentido estático, sino que ha de cumplirse a lo largo del tiempo mediante un sistema de financiación que garantice una suficiencia dinámica. Como dice el artículo 9.4 de la precitada Carta, los recursos de que disponen las Entidades Locales deben ser de “una naturaleza suficientemente diversificada y evolutiva como para permitirles seguir, en la medida de lo posible y en la práctica, la evolución real de los costes del ejercicio de sus competencias”.

En resumen y como señala FERNÁNDEZ MONTALVO¹⁹, este principio tiene las siguientes consideraciones:

a) La suficiencia se refiere a todas las competencias locales, tanto las propias como delegadas. Cualquier atribución de gestión cuyo coste gravite sobre las arcas locales genera una incidencia financiera sobre recursos propios que debe ser compensada.

b) La noción de “suficiencia” es una directriz que se delimita de forma relacional en función de las necesidades locales derivadas de las tareas que han de desempeñar. Aunque las dificultades técnicas y las derivadas de la noción de autonomía explican las limitaciones con que el TC ha realizado el control desde las exigencias derivadas del artículo 142. En síntesis ha entendido que el modo concreto en que se plasme el

17 RAMOS PRIETO, J.: “Aspectos constitucionales de un recurso fundamental para la suficiencia de medios de las Haciendas Locales”, *Series Claves del Gobierno Local*, n° 10, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, pp. 43 y 44.

18 El TC en su Sentencia 166/1998, de 15 de julio de 1998, estableció la diferencia entre “recursos propios suficientes” y “la suficiencia de los recursos”. Así, afirmó que “a las “Haciendas Locales” se refiere el art. 142 C.E., precepto en el que se configura no una autonomía económica y financiera en el sentido de que dispongan de unos “medios propios patrimoniales y tributarios, suficientes para el cumplimiento de sus funciones... sino la suficiencia de aquellos medios” (STC 96/1990, fundamento jurídico 7°). Y en algún precepto legal también se ha aludido a los “medios económicos de las Entidades Locales” para comprender en esta noción tanto “el producto de los recursos reconocidos por las Leyes” como “las propiedades, valores y derechos pertenecientes a las mismas””. En idéntico sentido se pronunció el TS en su Sentencia 4891/2006, de fecha 17 de mayo, rec. n° 6464/2001, que estableció que “el principio de suficiencia financiera del artículo 142 de la Constitución, dirigido al legislador para que dote de medios suficientes a las Entidades Locales, a fin de poder llevar a cabo las funciones que la Ley les atribuye, no impide, ni las opciones legítimas de aquel para elegir los recursos financieros que aseguren el cumplimiento de aquél principio, ni tampoco que para la distribución de la participación municipal en los tributos del Estado, se opte por un sistema como el que ha seguido la Administración y que se estima ajustado a Derecho”. En el mismo sentido SSTs 4881/2006, de 31 de mayo y 677/2007, de 5 de febrero.

19 FERNÁNDEZ MONTALVO, P.: *Régimen jurídico de los tributos locales. Especial referencia al catastro y a los órganos de revisión local*, ob. cit., pp. 24 y 25.

principio de suficiencia en el sistema de financiación local constituye una decisión que ha de adoptar el legislador de acuerdo, esencialmente, con criterios de oportunidad política, resultando, por ello, escasamente accesible al control jurisdiccional (SSTC 179/1985 y 104/2000)²⁰.

c) La suficiencia depende de los medios realmente existentes de los que pueda disponer el Estado en su conjunto. Este condicionamiento por las disponibilidades económicas ha sido remarcado respecto a los Entes Locales en STC 96/1996. En definitiva, la sujeción de la garantía de suficiencia a las disponibilidades presupuestarias es un elemento que limita las posibilidades de control constitucional.

d) Por último, el Estado no es el único destinatario de la norma, sino que también las Comunidades Autónomas están constitucionalmente obligadas a colaborar en dicha suficiencia, ya que la norma constitucional contempla como fuente necesaria de ingresos de las Entidades Locales la participación en los tributos de aquéllas.

IV. PRINCIPIO DE COMPETENCIA.

Por último, vamos a abordar cómo se articula el principio de competencia. Es común en nuestra Constitución el establecimiento de ámbitos normativos en los que la competencia es fundamental para el correcto desarrollo de la potestad atribuida en la Carta Magna. Así, por ejemplo, rige el principio de competencia por materia para distinguir cuando el legislador emana una Ley Orgánica de cuando lo hace en forma de Ley ordinaria. También determina la Constitución, en el artículo 149, las materias en las que el Estado tiene competencia exclusiva.

La competencia, como afirma LÓPEZ GUERRA, tendrá su origen y fundamento en la descentralización en la medida que “la organización constitucional del Estado políticamente descentralizado implica, por ello, que, todas o en algunas zonas del territorio estatal coexistan distintas estructuras de poder, cada una de ellas con sus propias competencias, y dotadas de sus propios órganos”²¹. Es decir, la propia Carta Magna estableció el régimen y distribución de las competencias por materia de forma que ciertas cuestiones correspondiesen en exclusiva al Estado (art. 149 CE), otras pudiesen ser asumidas por las Comunidades Autónomas (art. 148 CE) y, en todo caso, con el complemento de los Estatutos de Autonomías, se determinase las concretas competencias que les correspondiese a cada una de ellas. Junto a esto, también la legislación ordinaria completará la distribución de competencias a los

20 Algún autor ha criticado el desarrollo legislativo de este principio porque algunas medidas “han supuesto un verdadero menoscabo de otros principios garantizados constitucionalmente: reserva de ley, capacidad económica y autonomía, que, como bien ha señalado Calvo Ortega, son de aplicación anterior; en el plano lógico al menos, al de suficiencia, por muy relevante que éste ciertamente sea” (CHECA GONZÁLEZ, C.: “La transgresión de principios constitucionales en aras a conseguir la suficiencia financiera en las Haciendas Locales”, *Impuestos*, nº 8, 1992, p. 275).

21 LÓPEZ GUERRA, L.; *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 181.

Municipios quedando con todo ello, un bloque de constitucionalidad en el reparto competencial compuesto por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, más la ley reguladora de las bases del régimen local²².

Pues bien, sobre la base de este principio organizativo, vamos a comprobar dos ejemplos de la jurisdicción ordinaria que sancionaron la extralimitación normativa de sendas Corporaciones Locales que pretendieron extender más allá de lo constitucional y legalmente establecido su competencia en la ordenación y organización de los tributos propios.

I. La aplicación del principio de competencia por los Tribunales de la jurisdicción.

El primer supuesto, que es altamente clarificador de este incumplimiento competencial, lo contiene la Sentencia número 230/2008, de 9 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, recurso 139/2005, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Mariano Montero Martínez, que resuelve un recurso planteado contra la aprobación de la Ordenanza aprobada por el Ayuntamiento de Villarrubio de Santiago, Toledo, y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de fecha tres de mayo de 2004, reguladora de los movimientos de tierra, extracción de áridos y explotación de canteras y restauración de espacios naturales afectados por las actividades extractivas y que aprobó la Tasa por prestación de servicios o realización de actividades sobre licencias de movimientos de tierra, extracción de áridos y explotación de canteras y restauración de espacios naturales afectados. Así, “conviene remarcar que la nulidad de pleno derecho de la Ordenanza se declara porque la citada disposición de carácter general invade de forma meridiana el ámbito de competencias que pertenece, bien a la Administración Central del Estado, bien a la Administración de la Comunidad de Castilla-La Mancha; ciertamente, la Administración que fue demandada en el pleito en cuyo seno se planteó la cuestión de ilegalidad, puede invocar el principio constitucional de autonomía local, arts. 137 y 140 de nuestra Carta Magna. Pero no lo es menos que ello no puede implicar la invasión de las competencias estatales y autonómicas, arts. 2 y 10 de la Ley de Bases de Régimen Local. Siendo así que el Auto desgana la regulación de la Ordenanza, que se dedica a normar actividades mineras, extractivas y medioambientales con regulación ya expresa de tipo estatal y autonómico castellano-mancheño, sin contradicción alguna por parte de la Entidad Local y sin argumentos mínimos que puedan encontrarse por parte de esta Sala, es clara la conclusión de nulidad de dicha disposición local.

22 HERNÁNDEZ GUIJARRO, F.: “La justicia tributaria en el ordenamiento plural”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 21, 2016, p. 166.

Lo que no puede es crear *ex novo* una tasa que, bajo la excusa de referirse a las licencias otorgadas, invade competencias ajenas y vulnera su propio espíritu y confesada finalidad”

Esta nulidad, evidentemente, vendrá impuesta entre otras por el artículo 47.2, en relación con el artículo. 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Y ello porque, como razona el Tribunal, la disposición general es nula porque ha sido dictada por un órgano manifiestamente incompetente.

La incompetencia también puede venir dada por la materia regulada por la Ordenanza y de la que el municipio no tenga atribuida facultad normativa. Este es el caso ventilado en la Sentencia 387/2013, de Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 17 de mayo de 2013, número de recurso 423/2008, siendo ponente la Ilma. Sra. Dña. Leonor Alonso Díaz-Marta: “la obligación de presentar un seguro de responsabilidad civil que cubra el potencial riesgo para la salud humana a causa de radiaciones, y los riesgos sanitarios, daños psíquicos y morales, daños a los inmuebles, etc. alegando la nulidad de pleno derecho de este precepto (art. 10.7 d). Según la STS 4 julio 2006, “el seguro requerido carece incluso de contacto cualquiera con las competencias municipales ejercitables en la materia, de modo que, adentrada así la Ordenanza combatida en la competencia estatal, procede la declaración de nulidad pretendida en demanda.”. Y la STS de 21 noviembre 2006 señala que “en sentencias de 23 mayo y de 11 octubre 2006, ha tenido ocasión de anular preceptos de Ordenanzas Municipales relativos a la exigencia de constitución de un seguro obligatorio en materia de telefonía móvil, por estimar que la exigencia o garantía se ajena a la finalidad de la Ordenanza, que se insiste debe limitarse a cuestiones que entren en el ámbito del urbanismo y de la protección del medio ambiente. La exigencia de tener un seguro vulnera el principio de competencia pues conforme al art. 50 de la Ley del Contrato de Seguro (L. 50/1980) corresponde al gobierno y no a la Administración Local a través de una Ordenanza la competencia para fijar esta obligación”.

Por lo que la extralimitación en el ejercicio de sus competencias también está sancionado con el vicio de nulidad. Por todo ello, ya sea otra Administración territorial la que invada competencias financieras de los municipios, o cuando éstos pretendan regular materias ajenas a sus funciones, los tribunales vendrán obligados a decretar la nulidad radical de dicho ejercicio o actuación administrativa, incluso cuando dicho ejercicio lleve forma de una disposición administrativa general.

V. CONCLUSIONES.

Los principios constitucionales que hacen referencia a las Haciendas Locales y que han sido citados, son eficaces en la delimitación del poder financiero y tributario

de los Municipios. Por un lado garantizan la autonomía y suficiencia financiera, incluso frente ataques de otras Administraciones territoriales, y por otro fijan el límite del ejercicio de sus competencias.

Estos principios deben guiar la labor del Poder Legislativo para ordenar un sistema tributario justo donde su manifestación y distribución llegue a todas las Administraciones territoriales que conforman el Estado; proporcionando los medios y recursos para que puedan llevar a cabo razonada y adecuadamente sus potestades y obligaciones públicas. Y por otra parte, también tienen efectos en los propios Municipios que: por un lado, podrán exigir y defender esas garantías y derechos y, por otro, deberán respetar el ejercicio de las competencias de otras Administraciones Públicas.

BIBLIOGRAFÍA

CHECA GONZÁLEZ, C.: "La transgresión de principios constitucionales en aras a conseguir la suficiencia financiera en las Haciendas Locales", *Impuestos*, n° 8, 1992.

FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: "Régimen jurídico de los tributos locales. Especial referencia al catastro y a los órganos de revisión local", *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2007.

HERNÁNDEZ GUIJARRO, F.: "La justicia tributaria en el ordenamiento plural", *Revista Boliviana de Derecho*, n° 21, 2016,

LÓPEZ GUERRA, L.; *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, Madrid, 2000.

PÉREZ TREMPES, P.: "Principios generales de la organización territorial del Estado", en AA.VV.: *Derecho Constitucional*, Vol. II, *Los poderes del Estado y la organización territorial del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

RAMOS PRIETO, J.: "Aspectos constitucionales de un recurso fundamental para la suficiencia de medios de las Haciendas Locales", *Series Claves del Gobierno Local*, n° 10, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo I, Iustel, Madrid, 2009.



APUNTE SOBRE EL CONTRATO DE MANIPULACIÓN
PORTUARIA

NOTE ABOUT THE PORT HANDLING CONTRACT

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 424-443



José Juan
CASTELLÓ
PASTOR

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de marzo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: La Ley de Navegación Marítima tipifica en los denominados “contratos auxiliares de la navegación” un régimen propio del contrato de manipulación portuaria en el sector del tráfico marítimo. El legislador español se ha hecho eco de la jurisprudencia que configura los elementos contractuales propios de la actividad de manipulación portuaria, habida cuenta de que las actividades que integran este servicio en el transporte marítimo son muy peculiares, tanto por su complejidad como, propiamente, por el espacio físico en el que se desarrollan. Se ha tomado en consideración que los daños suelen perpetrarse mayoritariamente en ese momento. La regulación del contrato de manipulación portuaria supone un verdadero acierto, si bien quedan algunos flecos por resolver, sobre todo, desde la óptica de su dimensión internacional.

PALABRAS CLAVE: Contrato de manipulación portuaria, tráfico marítimo, navegación, estiba, desestiba, Roma I, leyes de policía.

ABSTRACT: The Maritime Navigation Law typifies in the so-called “auxiliary navigation contracts” a regime specific to the port handling contract in the maritime traffic sector. The Spanish legislator has echoed the jurisprudence that had been forming the contractual elements of port handling, given that the activities that make this service up in maritime transport are very peculiar, because of its complexity and, properly speaking, by the physical space in which they are developed. It has been taken into consideration that damages are usually perpetrated at that time. The regulation of the contract of port handling contract is a true success, although there are some fringes to be solved, above all, from its international dimension perspective.

KEY WORDS: Port manipulation contract, maritime traffic, navigation, stowage, waste, Rome I, police laws.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. El contrato de manipulación portuaria.- 1. Concepto.- 2. Elementos del contrato.- A) Elementos personales.- B) Elementos formales.- 3. La responsabilidad del manipulador portuario.- III. Ley aplicable al contrato de manipulación portuaria.- 1. Aspectos generales del Reglamento Roma I.- 2. Las “leyes de policía” y el contrato de manipulación portuaria.

I. INTRODUCCIÓN.

El legislador español tipifica, por primera vez, el contrato de manipulación portuaria en la Ley de Navegación Marítima, 14/2014 de 24 de julio¹. La normativa, desde el punto de vista del derecho privado, regula las distintas operaciones de manipulación portuaria, como son, por ejemplo, la carga, descarga, estiba o desestiba de las mercancías, entre otras, de ahí que para determinar el régimen jurídico sea necesario combinar esta normativa privatista con la normativa de naturaleza administrativa vigente², porque estos servicios (u operaciones) se desarrollan en zonas de dominio público portuario³. En la Ley de Navegación Marítima se establecen las obligaciones del manipulador portuario, su responsabilidad, cuyo fundamento se inspira –principalmente- en las Reglas de Rotterdam⁴, la limitación

1 BOE, viernes 25 de julio de 2014, n° 180, Sec. I., p. 59193.

2 Como, por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. BOE de 20 de octubre de 2011, núm. 253, sec. I, pp. 109456 a 109710.

3 RECALDE CASTELLS, A.: “Delimitación temporal del período de responsabilidad del porteador marítimo y régimen jurídico de la carga y descarga”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Volumen II, Universidad de Valladolid, 1998, p. 1526.

4 Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo (Nueva York 2008) (“Reglas de Rotterdam”) adoptado el 11 de diciembre de 2008 por resolución aprobada por la Asamblea General (A/RES/63/122) en la 67ª sesión plenaria. Las Reglas de Rotterdam fueron ratificadas por España el 19 de enero de 2011, pero no han entrado todavía en vigor. Únicamente son tres los Estados que han ratificado el citado convenio, siendo necesarios veinte para su entrada en vigor. Vid., http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html [última visita: 22.07.2015]. Ello no obstante, es un indudable acierto que nuestra norma esté en consonancia con la internacional sobre esta materia, “previendo así ulteriores modificaciones de su articulado cuando entre(n) en vigor”, como señala la exposición de motivos, apartado IV, de la Ley de Navegación Marítima. Un estudio sobre su ámbito de aplicación, véase, REIG FABADO, I.: “Las reglas de Rotterdam sobre transporte marítimo internacional: la delimitación del ámbito de aplicación”, *Revista Boliviana de Derecho*, n° 22, 2016, pp. 174-207. Así como, LAPIEDRA ALCAMI, R.: “El arbitraje marítimo internacional en las reglas de Rotterdam”, *Revista Boliviana de Derecho*, n° 22, 2016, pp. 144-173.

• José Juan Castelló Pastor

Profesor Ayudante Doctor en el Centro Universitario de la Defensa (Academia General Militar), Universidad de Zaragoza. Doctor en Derecho Mercantil por la Universitat de València y LLM en Computer and Communications Law por Queen Mary College (Universidad de Londres). Fue profesor asociado en el departamento de Derecho Internacional “Adolfo Miaja de la Muela” de la Universitat de València durante más de ocho años. Autor de la monografía “Motores de búsqueda y Derechos de autor: infracción y responsabilidad”; secretario de redacción de los Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (ed. Tirant Lo Blanch) dirigida por los catedráticos Felipe Palao Ramírez y Guillermo Palao Moreno; así como autor de varios artículos doctrinales publicados en revistas científicas. Correo electrónico: jose.j.castello@uv.es

de esta responsabilidad y, también, el derecho de retención⁵ que tiene el operador portuario sobre las mercancías manipuladas en tanto no se le abone el precio debido por sus servicios.

La tipificación de estas operaciones en un mismo contrato se antojaba necesaria, entre otros motivos y como se ha dicho, porque los daños sufridos en las mercancías durante el transporte se dan principalmente en estas fases de manipulación⁶, porque el espacio físico –puertos y muelles– en el que se realizan estas actividades se caracteriza por el marcado interés público o por el elevado coste económico de las citadas operaciones⁷. Lo cierto, sin embargo, es que pese a quedar delimitadas las obligaciones de los contratantes o, por ejemplo, el régimen de su responsabilidad, el tratamiento de estos aspectos resulta en algunos casos impreciso.

El contrato de manipulación portuaria, *grosso modo*, es un contrato consensual, oneroso y regido por la autonomía de la voluntad, salvo en el aspecto de la responsabilidad del operador por pérdidas, daño o retraso, como se verá a continuación. Además es un contrato “auxiliar de la navegación⁸”, pero en modo alguno accesorio, adquiriendo carácter autónomo, como señala el Título V, aunque en ocasiones resulte difícil de trazar la línea divisoria entre el contrato de transporte y el de manipulación portuaria, bien sea porque las operaciones incluidas en este último contrato resultan necesarias para el cumplimiento del transporte de las mercancías⁹, bien porque alguno de los sujetos contratantes pueda coincidir en ambos contratos. En todo caso, la autonomía del contrato de manipulación portuaria sobre el contrato de transporte tiene significativa importancia desde la perspectiva del Derecho internacional privado: su carácter autónomo habría de impedir que le afectarían determinadas prácticas habituales en el tráfico jurídico marítimo, como son

-
- 5 GABALDÓN GARCÍA, J. L.: *Curso de Derecho marítimo internacional*, Marcial Pons, 2012, p. 430, señala que se trata de un novedoso aspecto inspirado en el derecho anglosajón.
 - 6 RECALDE CASTELLS, A.: “Delimitación temporal del período de responsabilidad del porteador marítimo y régimen jurídico de la carga y descarga”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Volumen II, Universidad de Valladolid, 1998, p. 1524.
 - 7 GABALDÓN GARCÍA, J. L.: *Curso de Derecho marítimo internacional*, Marcial Pons, 2012, p. 509; LÓPEZ RUEDA, F. C.: *El régimen jurídico de la carga y descarga en el transporte de mercancías*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2005, p. 43.
 - 8 Con anterioridad a la tipificación del contrato en la Ley de navegación marítima, la doctrina apuntaba a su carácter accesorio o auxiliar, entre otros, GABALDÓN GARCÍA, J. L./RUIZ SOROA, J. M.: *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 651; GONDRA ROMEO, J. M.: *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 14; LÓPEZ RUEDA, F. C.: *El régimen jurídico de la carga y descarga en el transporte de mercancías*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2005, p. 80.
 - 9 En este sentido, GABALDÓN considera que estas operaciones “en todo caso, constituyen la fase inicial o final de un transporte y, frecuentemente, la vía de conexión de éste con otro modo de transporte (terrestre o fluvial)”, GABALDÓN GARCÍA, J. L.: *Curso de Derecho marítimo internacional*, Marcial Pons, 2012, p. 637. En tal línea, LÓPEZ RUEDA, F. C.: *El régimen jurídico de la carga y descarga en el transporte de mercancías*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2005, p. 63.

la inclusión de las *floating choice of law and jurisdiction* en algunos conocimientos de embarque o las *cláusulas paramount* en los contratos de transporte¹⁰.

El presente trabajo pretende reflejar unas líneas generales del contrato de manipulación portuaria con especial énfasis a su dimensión internacional. Se estudiarán, en relación con este último aspecto, la libertad de elección de los contratantes para fijar la ley aplicable al contrato en virtud de su "autonomía de la voluntad conflictual" y el alcance del límite a dicha autonomía establecido en el apartado segundo del artículo 329 de la Ley de Navegación Marítima relativo a la responsabilidad del operador por pérdidas, daño o retraso en la entrega de las mercancías. En el ámbito interno, el carácter imperativo¹¹ de la norma impide su exclusión por el manipulador portuario, so pena de nulidad, salvo en aquellos supuestos en que la ley elegida por las partes contemple un mismo (o más favorable) régimen de responsabilidad a favor del contratante del servicio. La importancia, cuando en el contrato exista un elemento de extranjería, reside en calificar esta disposición como "ley de policía" a los efectos del Derecho Internacional Privado y en particular del Reglamento Roma I.

II. EL CONTRATO DE MANIPULACIÓN PORTUARIA.

I. Concepto.

El artículo 329 de la Ley de Navegación Marítima define el contrato de manipulación portuaria como aquel por el que "un operador se compromete, a cambio de un precio, a realizar todas o algunas de las operaciones de manipulación de las mercancías en puerto [...]". El precepto combina la técnica de un listado de ejemplos de operaciones portuarias con el recurso a una cláusula general, en la que permite incluir otros supuestos similares a los fijados en el mismo.

Las operaciones enunciadas en el artículo 330 de la Ley de Navegación Marítima, a saber: "las operaciones de carga, descarga, estiba y desestiba a bordo de los buques, así como las de recepción, clasificación, depósito y almacenamiento en muelle o almacenes portuarios, y las de transporte intraportuario [...]" deben realizarse de conformidad a la normativa vigente, referida en el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en adelante TRLPPEM y, en concreto, los artículos 130 y siguientes dedicados al servicio portuario de manipulación de mercaderías.

10 Sobre las *cláusulas paramount*, véase, ESPINOSA CALABUIG, R.: "Cuestiones de jurisdicción y ley aplicable al transporte marítimo tras las "Reglas de Rotterdam" y el Reglamento Roma I", *Il Diritto Marítimo*, 2011, pp. 21-27.

11 Señala el apartado VII del preámbulo de la Ley de Navegación Marítima que: "su especialidad radica en el carácter inderogable del sistema de responsabilidad, establecido en beneficio de los usuarios de empresas de carga y descarga o terminales de transporte".

Conforme a su configuración legal, el contrato de manipulación portuaria puede caracterizarse como contrato típico, bilateral, consensual, sinalagmático y oneroso¹².

En este punto es preciso detener la atención en la limitación de la ejecución de estas actividades a un determinado espacio físico, como es el puerto, que plantea dudas en supuestos en los que, *ad exemplum*, la mercancía no sea almacenada en el recinto portuario, sino en un lugar próximo a este. En otras palabras, ¿el traslado de la mercancía y su depósito en los almacenes que el operador tenga fuera del recinto portuario quedaría sujeto al régimen tipificado del contrato de manipulación portuaria, o bien debería aplicarse, por un lado, el régimen de transporte por carretera, y por el otro, el régimen común del Código civil para el depósito de estas mercancías? La ubicación, en principio, no debería ser excluyente, atendiendo el carácter accesorio del depósito respecto de todas las demás operaciones del puerto¹³.

Otro aspecto del concepto del contrato de manipulación portuaria que podría generar también confusión viene de la mano de la naturaleza onerosa del contrato, es decir, por la utilización de la expresión “a cambio de un precio”, puesto que los operadores portuarios pueden, ocasionalmente, ofrecer servicios gratuitos dentro de un paquete global de su oferta con la finalidad de hacerla más competitiva (v. gr., el manipulador ofrezca gratuitamente la custodia de la mercancía a cambio de realizar el resto de servicios, i.e. carga, estiba, descarga o desestiba, entre otros), de tal manera que la problemática se traslada nuevamente cuando el incumplimiento del operador recaiga en este servicio prestado de forma gratuita. La solución más factible reside en considerar el contrato en su totalidad en caso de que se pacte un precio global, con independencia de que uno de los servicios ofrecidos sea gratuito, ello no obstará para que la responsabilidad sea, en todo caso, contractual y sujeta a la normativa legal de carácter imperativo o dispositivo en defecto de pacto entre las partes.

2. Elementos del contrato

A) Elementos personales

Las operaciones de manipulación portuaria, según el artículo 331 de la Ley de Navegación Marítima, pueden ser contratadas con el operador tanto por los

12 Un análisis detallado de su naturaleza jurídica, véase, LÓPEZ RUEDA, F. C.: *El régimen jurídico de la carga y descarga en el transporte de mercancías*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2005, pp. 75-95; ARROYO MARTÍNEZ, I.: *Curso de Derecho marítimo*, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 2001, pp. 590-591; GARCÍA ÁLVAREZ, B.: “El contrato de manipulación portuaria en la Ley de navegación marítima”, en PETIT LAVALL, M.V. (dir.): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, 2015, pp. 368-369.

13 ARIAS VARONA, F.J.: “La manipulación portuaria en la propuesta de anteproyecto de Ley general de la navegación marítima”, *Diario La Ley*, nº 6372, 2005, p. 5 señala que: “[...] quizás el adjetivo portuario pueda despistar, pero se debería tratar más de resolver los problemas asociados a las operaciones accesorias al transporte y que están funcional y necesariamente vinculadas con el mismo, que los propios de la estricta manipulación en el puerto”.

cargadores o destinatarios de las mercancías como por el armador o, incluso, por cualquier persona que hubiese asumido la obligación de verificación de las mercancías. En consecuencia, los elementos personales del contrato de manipulación portuaria son, de una parte, el operador del servicio de manipulación portuaria (conocido generalmente como empresario de terminales de transporte, operador logísticos o, hasta hace poco, “empresa de mantenimiento o de carga y descarga”, debiendo constituirse en la actualidad estas últimas empresas bajo sociedades anónimas privadas mercantiles, figurando la expresión “Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios” -o las siglas SAGEP- junto al nombre de la sociedad¹⁴), y de otra, el cargador, el destinatario de las mercancías, el armador o cualquier persona que haya asumido ante aquellos la obligación de verificar la mercancía.

Los operadores portuarios, en este sentido, podrán ejecutar las diferentes actividades en la zona portuaria siempre que se realicen por trabajadores que cumplan los requisitos de formación y aptitud exigidos por el TRLPEMM¹⁵. Además, estos servicios portuarios deberán prestarse por iniciativa privada¹⁶, previa obtención de la correspondiente licencia otorgada por la Autoridad Portuaria.

La licencia para la prestación de servicios portuarios¹⁷, entre cuyos servicios se encuentran el “servicio de manipulación de mercaderías, que consiste en la carga, estiba, descarga, desestiba, tránsito marítimo y el trasbordo de mercaderías” (ex artículo 108 apartado segundo, letra d) del TRLPEMM), no otorgará su derecho a prestar el servicio en exclusiva, toda vez que la titularidad de esta licencia podrá ser tanto personas físicas como jurídicas de la Unión Europea -o de terceros países (condicionadas estas últimas a la prueba de reciprocidad, salvo en los supuestos en que los compromisos de la Unión Europea con la Organización Mundial del Comercio no exija dicho requisito)-, que tengan capacidad de obrar, y no estén incurso en causas de incompatibilidad.

Ello no obstante, en determinados supuestos, no será necesaria esta licencia, tal y como indica el artículo 130.4 TRLPEMM: “la Autoridad Portuaria podrá autorizar al naviero o armador, sin necesidad de tramitar una licencia de servicio de manipulación de mercancías, el manejo de medios de carga y descarga propios del buque por personal de su tripulación, una vez se acredite, mediante la presentación de los oportunos certificados de las autoridades competentes, la idoneidad de los medios

14 ARROYO MARTÍNEZ, I.: *Compendio de Derecho marítimo*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 143-144.

15 Véase la sección 3ª titulada “requisitos de capacitación de los trabajadores que realicen actividades del servicio portuario de manipulación de mercancías” del Capítulo VI del Título VI del Libro I del TRLPEMM.

16 Continúa el artículo 109 de la Ley de Puertos del Estado señalando que se hará: “rigiéndose por el principio de libre concurrencia, con las excepciones previstas en la ley”.

17 Indica el artículo 108 de la Ley de Puertos del Estado que “son servicios portuarios las actividades de prestación que sean necesarias para la explotación de los puertos dirigidas a hacer posible la realización de las operaciones asociadas con el tráfico marítimo, en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación, y que sean desarrolladas en el ámbito territorial de las Autoridades Portuarias”.

técnicos empleados y la cualificación del personal que los maneje, particularmente en materia de prevención de riesgos laborales. La Autoridad Portuaria podrá imponer las condiciones necesarias a fin de que se garantice la realización de la operación en condiciones de seguridad y de calidad ambiental [...]”.

La importancia de este precepto reside en la figura del armador y la posible manipulación de la mercancía que pueda hacer; de modo que el auxilio a otros sujetos implicados en el ámbito portuario no será tan necesario, aunque, en efecto, será improbable que un armador pueda, a mi juicio, cumplir con todos los servicios (*i.e.* carga, descarga, estiba y desestiba a bordo de los buques, así como las de recepción, clasificación, depósito y almacenamiento en muelle o almacenes portuarios, y las de transporte intraportuario), del mismo modo que resultará más eficiente acudir a empresas especializadas del sector¹⁸ cuanto más ingente sea el volumen de las mercancías manipuladas. Por ello, será difícil que actúe como operador portuario.

B) Elementos formales

El legislador no ha sujetado el contrato de manipulación portuaria a requisitos formales para dotarlo de validez, sino todo lo contrario, estableciendo únicamente un régimen documental de carácter dispositivo¹⁹. Siguiendo lo establecido en el artículo 332 de la Ley de Navegación Marítima, se deja libertad a los contratantes para documentar por escrito sus obligaciones, bien sea a través de un simple recibo en el que se hará constar la recepción de las mercancías para su manipulación, la condición en que se hallen y su cantidad –en caso de poder examinarse–, o bien sea a través de un mero acuse de recibo. En este último caso, y siempre que el operador así lo permita, será válido el acuse de recibo si consta la fecha y la firma del operador portuario en cualquier documento presentado por quien le entregue la mercancía perfectamente identificada, aunque este régimen potestativo devendrá obligatorio si la solicitud la realiza quien entregue las mercancías.

Al margen de lo expuesto, y pese a ser altamente recomendable que los contratantes documenten por escrito sus obligaciones, sobre todo por la posible responsabilidad que pudiera tener el operador por la custodia de las mercancías, puede darse el caso de que ni se emita el citado recibo ni se preste el acuse de recibo, de tal forma que se presumirá –*iuris tantum*– que el operador ha recibido las mercancías en buena condición aparente.

18 DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: “La empresa de carga y descarga”, apéndice a GIRÓN TENA, J.: *El naviero: directrices actuales de su régimen jurídico*, Bilbao, 1959, p. 215.

19 GARCÍA ÁLVAREZ, B.: “El contrato de manipulación portuaria en la Ley de navegación marítima”, en PETIT LAVALL, M.V. (dir.): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, 2015, pp. 371-372.

Con todo, una de las críticas respecto a los requisitos formales reside en la omisión de cualquier referencia a mecanismos electrónicos para documentar el servicio de manipulación portuaria, cuando se ha previsto para el conocimiento de embarque²⁰. De ahí que, por analogía, pudiera ser de aplicación lo dispuesto en los artículos 262 y siguientes (Subsección Segunda titulada: “del conocimiento de embarque en soporte electrónico) para la documentación electrónica de la manipulación portuaria²¹.

3. La responsabilidad del manipulador portuario.

Uno de los aspectos clave en la tipificación del contrato de manipulación portuaria se centra en la posible responsabilidad del operador durante la manipulación de las mercancías. Se establece un periodo de responsabilidad que se extiende desde el momento en que el operador portuario se hace cargo de las mercancías hasta que las entregue o las ponga a disposición de la persona legitimada para recibir las. Fijado en el artículo 333 de la Ley de Navegación Marítima, se trata de un régimen de responsabilidad por daños, pérdida de las mercancías o retraso en su entrega (similar al régimen de responsabilidad del porteador²²) en el que se presume *iuis tantum* la responsabilidad. En efecto, el operador podrá quedar exento de tal responsabilidad si prueba que los hechos o circunstancias se debieron a causas fortuitas y que adoptó todas las medidas razonablemente exigibles para evitar sus efectos.

Aparte de este supuesto, el operador portuario responderá, cuando actúe por cuenta de los cargadores o destinatarios de las mercancías, del perjuicio que pudiera causarse por la omisión o realización extemporánea de la oportuna protesta o denuncia del estado y condición de las mercancías en el momento en que las reciba del porteador (ex. art. 330.2 de la Ley de Navegación Marítima). En todo caso, el operador de manipulación portuaria dispone de un plazo de tres días laborales siguientes a la entrega de la mercancía para denunciar que no han sido entregadas en la misma condición descrita en el recibo de recepción o, de no haberse emitido este recibo, que no estaban en buena condición. De no hacerse la denuncia, se presumirá que la mercancía se hallaba en buen estado. El plazo para formular esta denuncia se amplía a los quince días naturales para los daños no aparentes.

En resumen, se trata de un régimen de responsabilidad similar al previsto para el porteador marítimo, inspirado en la normativa internacional²³, suponiendo un

20 Véase la sección 5ª “del conocimiento de embarque” del título IV “de los contratos de utilización del buque” del capítulo II “del contrato de fletamento” de la Ley de navegación marítima.

21 ARIAS VARONA, F.J.: *Manipulación portuaria y daños a las mercancías. La responsabilidad extracontractual del operador portuario*, Comares, Granada, 2006, p. 202.

22 Véase la sección 9ª titulada “de la responsabilidad del porteador por pérdida, daños o retraso”, artículos 277 y siguientes de la Ley de navegación marítima.

23 Inspirado en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo), en el Convenio de Viena de 19 de abril de 1991 sobre la Responsabilidad de los Empresarios

verdadero acierto en aras a lograr una mayor uniformidad en la materia. Las normas del régimen de responsabilidad del operador portuario son de naturaleza imperativa, toda vez que el fundamento de esta responsabilidad surge por el incumplimiento de la obligación *ex recepto* (sea provocada por daños o pérdida de las mercancías), o bien por el retraso en su entrega²⁴. Un sistema de responsabilidad, como se observa, basado en el principio de culpa o negligencia presunta del manipulador portuario sobre las mercancías que se encuentran a su cuidado. Se está ante una presunción *iuris tantum*, de ahí que si se instare una reclamación en su contra pueda demostrar su diligencia –u otras circunstancias, como, *v. gr.* fuerza mayor o caso fortuito- para exonerar su responsabilidad. Aunque, en compensación a esta “culpa o negligencia presunta” del manipulador portuario, el legislador le ha reconocido un derecho de retención sobre las mercancías en tanto no se le paguen sus servicios contratados (ex. artículo 338 de la Ley de navegación marítima).

En cuanto al régimen de la limitación de la responsabilidad del manipulador portuario, la Ley de Navegación Marítima instaura el sistema de las Reglas de la Haya-Visby, aplicable a la responsabilidad del porteador²⁵, haciéndolo extensible al operador de manipulación portuaria pero con algunas especialidades. En este sentido, y salvo que la actuación del manipulador portuario sea intencional (dolo) o temeraria (dolo eventual y negligencia grave), tendrá derecho a ver limitada su responsabilidad, *i.e.* el *quantum* indemnizatorio, hasta la suma de dos derechos especiales de giro (definidos por el Fondo Monetario Internacional) por kilogramo de peso bruto de mercancía dañada o perdida, o hasta una suma equivalente a dos veces y media la remuneración que debía pagársele por sus servicios (es decir, el importe del precio acordado en el contrato de manipulación portuaria) en relación con las mercancías que hayan sufrido el retraso, pero teniéndose en cuenta que no podrá excederse de la cuantía total de la remuneración debida por la remesa de que formen parte esas mercancías (ex. artículo 334.I de la Ley de navegación marítima). Por último, el *quantum* indemnizatorio de la responsabilidad acumulada por pérdida o daño más la derivada de retraso no podrá exceder de la suma resultante aplicable por la pérdida total de las mercancías.

de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional y, también, en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente marítimo, 2008 (Reglas de Rotterdam). Ténganse en cuenta que los dos últimos Convenios no están en vigor todavía, mientras que el primero de ellos, España no es Estado firmante.

- 24 La Ley de Navegación Marítima guarda silencio, entre otros aspectos, sobre la mora, los supuestos de mero retraso, etc., y como apunta ARIAS VARONA, F. J.: *Manipulación portuaria y daños a las mercancías. La responsabilidad extracontractual del operador portuario*, Comares, Granada, 2006, p. 205: “[...] el silencio proyectado sobre el momento en que ha de entenderse que el retraso en la entrega ha de considerarse como pérdida de las mercancías, un plazo de cierre que sí está presente en otros instrumentos reguladores de esa relación, como el CREET. Se trata de una omisión, no se si voluntaria o involuntaria, que puede generar dificultades al ponerla en relación con los plazos de denuncia y prescripción”; de tal forma que deberá acudir al Derecho común. Para un estudio sobre los aspectos de la mora, véase, por todos, PALAU RAMÍREZ, F. y VICIANO PASTOR, J.: *Tratado de la Morosidad*, Aranzadi, 2012, *passim*.
- 25 Sobre la limitación de la responsabilidad, véase, EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTÍN OSANTE, J. M.: “El transporte marítimo (II). Contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque”, en MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.): *Manual de Derecho del Transporte*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 133-134.

La acción para exigir la responsabilidad del operador portuario, señala el artículo 337 de la Ley de Navegación Marítima, prescribirá a los dos años de haber sido entregadas las mercancías por el operador responsable o, en caso de tratarse de una pérdida total, desde que hubieron de ser entregadas. Esta acción de responsabilidad podrá ser exigida por el contratante de las operaciones, toda vez que, en aras de la protección del titular de las mercancías, además “el destinatario de las mercancías transportadas cuya manipulación haya sido asumida por el porteador, transitario o comisionista de transporte tendrá acción directa contra el operador para reclamar aquella responsabilidad, sin perjuicio de poder reclamarla también contra dicho porteador, transitario o comisionista” (ex. artículo 336 de la Ley de Navegación Marítima).

III. LEY APLICABLE AL CONTRATO DE MANIPULACIÓN PORTUARIA.

En el transporte marítimo, como es sabido, existe una alta probabilidad de que concurra un elemento internacional en la relación contractual, bien sea porque los contratantes se hallen en distintos países, bien porque la mercancía deba ser entregada igualmente en un tercer país o, incluso, aun cuando todos los elementos del contrato estén ubicados en un mismo Estado, porque las partes decidan que la relación contractual se rija por la ley de un tercer país. En todos estos supuestos, en efecto, concurre un “dato de extranjería” o un “elemento internacional”, de ahí la necesidad de analizar la relación contractual desde la perspectiva del Derecho internacional privado.

La misma suerte ocurre con el contrato de manipulación portuaria, tanto en el supuesto de que, objetivamente hablando, exista un elemento internacional en la relación contractual, *ad exemplum*, que el operador de manipulación portuaria esté sito en el puerto de Valencia pero quien le contrate sea un porteador estadounidense, como en el caso de que siendo una relación puramente interna, los contratantes elijan como *lex contractus* una distinta de la del foro, de tal manera que, en términos subjetivos, se está nuevamente ante una relación contractual con un elemento internacional.

Partiendo, en nuestro supuesto, de la premisa de que los tribunales españoles son competentes para conocer de la controversia suscitada entre el manipulador portuario y la otra parte contratante, este epígrafe se centra exclusivamente en el análisis de la elección de una ley aplicable al contrato de manipulación portuaria distinta de la española y, por lo tanto, en analizar cómo puede afectar esta *electio iuris*, principalmente, a la norma imperativa del artículo 329.2 de la Ley de Navegación Marítima y, como literalmente indica la exposición de motivos, al “carácter inderogable del sistema de responsabilidad, establecido en beneficio de los usuarios de empresas de carga y descarga o terminales de transporte”.

I. Aspectos generales del Reglamento Roma I.

El instrumento que constituye el marco contractual europeo del Derecho internacional privado es el Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales²⁶, conocido como Roma I, y se aplica a todos aquellos contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009²⁷. Este Reglamento, de acuerdo con el artículo 288.II TFUE, tiene alcance general en todos los Estados miembros (excepto Dinamarca), es obligatorio en todos sus elementos y, asimismo, es aplicable en cada Estado miembro (con la mencionada excepción), o, dicho en otras palabras: es directamente aplicable sin necesidad de ser alegado por las partes, por el brocardo *iura novit curia*.

Su antecedente se encuentra en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales²⁸, aunque, si bien es cierto que sustancialmente el Reglamento Roma I recoge dicho texto legal, también lo es que la Comisión Europea al redactar la propuesta de Reglamento, transformó y mejoró algunos de sus aspectos. En todo caso, interesa destacar que la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretando el alcance de las disposiciones del Convenio de Roma de 1980 sigue, hoy en día, teniendo plena validez.

Amén del ámbito material del Reglamento, que “se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes” (artículo 1 del Reglamento Roma I), es primordial recordar su “aplicación universal” o efecto “erga omnes” (artículo 2 del Reglamento Roma I). Es decir, el Reglamento Roma I será de aplicación con independencia de la nacionalidad, domicilio o residencia de los contratantes, incluida cualquier otra circunstancia como, pudiera ser, el lugar de celebración del contrato de manipulación portuaria o de su ejecución, toda vez que el Reglamento Roma I será de aplicación con independencia de que la Ley reguladora del contrato designada por el mismo no sea la Ley de un Estado miembro.

Teniendo en cuenta los matices expuestos, el legislador europeo ha considerado que la autonomía de la voluntad conflictual sea el punto de partida para determinar

26 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 4 de julio de 2008, L 177/5. Para un estudio del mismo, véase, entre otros, ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G.: *Derecho Internacional Privado*, 10ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 563 y ss., CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 15ª edición, Comares, Granada, 2014, pp. 718 y ss.

27 Artículo 28 Reglamento Roma I, en adelante RRI. Este artículo debe ponerse en relación con el art. 29 RRI: “el presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Se aplicará a partir del 17 de diciembre de 2009, excepto el artículo 26, que se aplicará a partir del 17 de junio de 2009”.

28 Publicado en el «DOUE» núm. 266, de 9 de octubre de 1980.

la *lex contractus*²⁹ y, en caso de no ser válida esta *electio iuris* o no haber ejercido tal derecho subjetivo, sea un conjunto de reglas las que sirvan para fijarse con facilidad el derecho regulador del contrato.

Respecto de la libertad de esta *electio iuris*, el artículo 3 del Reglamento *Roma I* sujeta su validez a escasas exigencias, que son: la elección debe ser de forma expresa, pero se admite igualmente de forma tácita, es decir: “resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”³⁰, debe de ser la Ley de un Estado³¹ y, por último, el acuerdo debe de ser válido desde el punto de vista de la capacidad para otorgarlo, fondo y forma.

El derecho subjetivo a la elección de la *lex contractus* comporta, en efecto, beneficios no solo para los contratantes, sino también para la sociedad en general³². La elección de una determinada Ley estatal brindará seguridad jurídica a las partes, ya que conocerán de antemano el ordenamiento jurídico al que deben acudir para cumplir con sus derechos y obligaciones. Ofrecerá, en esta línea, certeza y previsibilidad, del mismo modo que se evitarán discusiones -aunque parezca obvio decirlo- sobre la Ley aplicable al contrato y, sobre todo, el juez o árbitro no será quien determine esta *lex contractus*, sino que únicamente deberá solventar la controversia de conformidad a la *electio iuris* precisada por las partes. Y, por último, esta autonomía de la voluntad conflictual conllevará que los contratantes sometan su relación al derecho material que más convenga a sus intereses³³. Ahora bien, debe tenerse presente que este derecho subjetivo no es absoluto, sino que el legislador europeo ha impuesto ciertos límites en la elección de la *lex contractus*, sea para proteger a la parte contratante débil (*i.e.* en los contratos de transporte, consumo, seguros, o contratos individuales de trabajo, por ejemplo³⁴), sea para evitar el fraude de Ley

29 Tal y como establece el considerando undécimo: “La libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales”.

30 En este sentido, lo que no permite el Reglamento es que la elección de la ley reguladora del contrato sea ambigua o pueda inducir a equivocación, sobre todo, porque piénsese en la inseguridad que generaría tanto a las partes como a terceros.

31 Y, además, debe estar vigente.

32 En tal sentido, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *Diario La Ley*, n° 7847, 2012, p. 7, incide que: “la elección de la Ley aplicable a un contrato internacional hace que los particulares alcancen un resultado eficiente para ellos mismos. Ahora bien, sería un error creer que la autonomía de la voluntad conflictual produce un beneficio, exclusivamente, para las partes que han realizado tal elección porque, por ejemplo, así han podido concluir una transacción internacional que les resulta provechosa. La «mano invisible» de Adam SMITH siempre se encuentra detrás. Un enfoque económico de la autonomía de la voluntad conflictual permite afirmar que ésta constituye un beneficio para toda la sociedad. [...] En efecto, la persecución egoísta del propio interés por parte de los sujetos que eligen la Ley estatal que más les conviene, beneficia a toda la sociedad. Cuando las partes eligen la Ley aplicable a sus relaciones jurídicas, están promoviendo el interés de la sociedad, están beneficiando a toda la sociedad. Y de modo mucho más efectivo y eficiente que si se buscase, conscientemente, el «interés de la sociedad»”.

33 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 15ª edición, Comares, Granada, 2014, p. 775.

34 Respectivamente, artículos 5, 6, 7 y 8 del Reglamento Roma I.

(i.e. en aquellos contratos “objetivamente” internos que las partes “subjétivamente” convierten en contratos internacionales) o para respetar las “leyes de policía”³⁵.

En todo caso, la elección de la Ley rectora del contrato de manipulación portuaria podrá realizarse en cualquier momento. Aunque es sumamente recomendable que su designación se realice antes de la celebración del contrato (o en el mismo momento), nada impide que su elección se postergue a otro momento o, incluso, que se modifique durante la vigencia del contrato, a tenor del artículo 3.2 del Reglamento Roma I³⁶, si bien la modificación de esta Ley no obstará a la validez formal del contrato y no afectará a los derechos de terceros. Asimismo, la *electio iuris* del contrato de manipulación portuaria podrá serlo para todo el contrato en su conjunto, para una parte del mismo -silenciando el resto del contrato- o se faculta a los contratantes para que puedan seccionar el contrato con distintas Leyes estatales aplicables para cada una de sus partes, figura esta última conocida como *dépeçage*.

Ahora bien, los contratantes pueden elegir cualquier Ley estatal para regir su relación contractual. Una decisión que puede comportar, en ocasiones, que esta *electio iuris* sea el único “elemento extranjero” de la obligación. Piénsese, como antes se ha dicho, en el supuesto de que todos los elementos del contrato de manipulación portuaria estén ubicados en España, es decir: se trate de una relación puramente interna, pero las partes acuerden que sea un derecho extranjero el que rija su relación contractual, por lo que subjétivamente convierten en “internacional” el mencionado contrato. La elección será *a priori* válida. Sin embargo, la designación del derecho aplicable quedará supeditada a ciertos límites, como los fijados en el artículo 3.3 y 3.4 del Reglamento Roma I respectivamente. Sendas disposiciones, conocidas por la doctrina *ius* internacional privatista como “normas antifraude”³⁷, consisten, en efecto, en evitar que los contratantes evadan disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo. De ahí que si los firmantes del contrato de manipulación portuaria eligieran un derecho distinto del español, teniendo en cuenta que en el artículo 329.2 de la Ley de Navegación Marítima fija una norma imperativa *nacional* sobre la responsabilidad del operador, los efectos de esta *electio iuris* quedarían limitados, debiéndose de aplicar en todo caso la Ley española para las disposiciones que no pudieran excluirse mediante acuerdo, es decir, el régimen

35 Cfr. Artículo 9 del Reglamento Roma I.

36 “Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros”.

37 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 15ª edición, Comares, Granada, 2014, pp. 792-3, consideran que “el artículo 3.3 del Reglamento Roma I está diseñado para evitar las situaciones de “fraude de Ley internacional”, del mismo modo que el artículo 3.4 del Reglamento Roma I se dará cuando el contrato esté vinculado con varios Estados miembros pero los contratantes decidan acudir a una Ley de un tercer país para impedir la aplicación de las disposiciones de la Unión Europea. En este mismo sentido, ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G.: *Derecho Internacional Privado*, 10ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 579-580.

de responsabilidad del operador por pérdidas, daño o retraso en la entrega de las mercancías en perjuicio del contratante del servicio.

Sin embargo, la problemática se sitúa cuando uno de los contratantes no sea de la Unión Europea y decidan regir la obligación contractual por su derecho nacional. En este sentido, la única forma de que la norma imperativa *local* del artículo 329.2 de la Ley de Navegación Marítima no se evada, a mi juicio, dependerá de que sea considerada como una “ley de policía” española, es decir, una norma internacionalmente imperativa del foro, tal y como se analiza en el apartado siguiente.

Sentado lo anterior, y como se ha avanzado, el legislador ha previsto distintas soluciones para determinar la *lex contractus* en caso de que los contratantes no ejerzan su autonomía de la voluntad conflictual o, habiéndola ejercido, resulte inválida. El artículo 4 del Reglamento Roma I contiene varios puntos de conexión que facilitarán la determinación de la Ley estatal aplicable a la relación contractual. El primero de los criterios lo forman ocho tipos de contratos. La simplicidad para determinar la *lex contractus* reside en subsumir el supuesto en alguno de los contratos tipo contemplados (*v. gr.*, compraventa de mercaderías, prestación de servicios o distribución, entre otros), puesto que direccionará con suma facilidad a la Ley estatal aplicable en su caso (*v. gr.*, para la compraventa de mercancías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual). Ello no obstante, si la relación contractual carente de *electio iuris* no puede enmarcarse en estos ocho tipos de contratos, o el contrato sea una combinación de varios de estos ocho contratos tipificados, el legislador europeo considera que “el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato”. Por último, se añaden dos criterios más para determinar esta *lex contractus*: por un lado, será de aplicación la Ley de aquel país que el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos si del conjunto de circunstancias así se desprende claramente con otro país distinto del señalado anteriormente, y, por otro lado, aquellos contratos no incluidos en el listado y que carezcan de prestación característica, según el art. 4.4 del Reglamento Roma I, se regirá la obligación contractual “por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”.

Pues bien, partiendo del entramado de criterios fijado en el artículo 4 del Reglamento Roma I y teniendo en cuenta que el contrato de manipulación portuaria se halla entre los ocho contratos tipos, concretamente es una modalidad de los contratos de obra³⁸, que constituye un “contrato de prestación de servicios”, el

38 Desde la perspectiva del Derecho español, el contrato de manipulación portuaria es considerado mayoritariamente por la doctrina y por la jurisprudencia como un contrato de obra. Entre otros, véase, ARIAS VARONA, F. J.: *Manipulación portuaria y daños a las mercancías. La responsabilidad extracontractual del operador portuario*, Comares, Granada, 2006, pp. 32-33; ARROYO MARTINEZ, I.: *Compendio de Derecho marítimo*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2014, p. 308; DUQUE DOMINGUEZ, J.: “La empresa de carga y descarga”, apéndice a GIRÓN TENA, J.: *El naviero: directrices actuales de su régimen jurídico*, Bilbao, 1959, p. 235, GABALDÓN GARCÍA, J. L./ RUIZ SOROA, J.

acuerdo se regirá por la Ley del país de la residencia habitual del operador de manipulación portuaria³⁹. El concepto de “contrato de prestación de servicios” del Reglamento es un concepto autónomo⁴⁰, i.e. propio del Derecho internacional privado de la Unión Europea, de ahí que *a priori* sea indiferente su calificación. En todo caso, el concepto de contrato de prestación de servicios deberá interpretarse, además, de forma amplia, para lograr así un mayor efecto útil del artículo 4.1b del Reglamento Roma I y evitar que las partes se enzarzen sobre la determinación de la prestación más característica del contrato. *Sensu contrario*, una interpretación restrictiva hubiera comportado que el contrato de manipulación portuaria (o cualquier otro contrato) no pudiera subsumirse en esta categoría, de modo que se añadiría dificultad para determinar su Ley rectora. Así, el legislador europeo zanja toda polémica al señalar directamente que la *lex contractus* para este tipo de contratos será la de la residencia habitual del prestador del servicio, que con suma facilidad se podrá averiguar.

2. Las “leyes de policía” en Roma I y el contrato de manipulación portuaria.

La autonomía de la voluntad conflictual es el elemento clave del Reglamento Roma I. La absoluta libertad que gozan las partes de un contrato de manipulación portuaria para elegir el derecho aplicable a su obligación contractual puede verse limitada, entre otras, por la intervención de las llamadas “leyes de policía”⁴¹.

En efecto, el artículo 9.1 del Reglamento Roma I define estas leyes como “una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus

M.: *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 668; GONDRA ROMEO, J. M.: *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 113 y 135; LÓPEZ RUEDA, F. C.: *El régimen jurídico de la carga y descarga en el transporte de mercancías*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2005, p. 97; RECALDE CASTELLS, A.: “Delimitación temporal del período de responsabilidad del porteador marítimo y régimen jurídico de la carga y descarga”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Volumen II, Universidad de Valladolid, 1998, p. 1544. Véase, igualmente, la STS de 31 de enero de 1983 [R] 1983, 401], SAP de las Palmas de 24 de julio de 1985; la STS de 18 de abril de 1991; SAP de Vizcaya de 30 de abril de 1996, SAP de Barcelona de 7 de diciembre de 1995 confirmada por la STS de 19 de abril de 2001 [R] 2001, 6884].

39 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.): *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Granada, 2012, p. 627; ARENAS GARCÍA, R.: “La aplicación de la regulación de la ley de navegación marítima sobre los contratos de utilización del buque y de los contratos auxiliares de la navegación en los supuestos internacionales”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 14-15, 2014-2015, p. 231.

40 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto *Corman-Collins SA vs. La Maison du Whisky SA*, en la Sentencia de 19 de diciembre de 2013 (C-9/12), señala en los fundamentos 37-38 y 39 que: “[...] según la definición enunciada por el Tribunal de Justicia, el concepto de «servicios» implica, como mínimo, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración [...], la existencia de una actividad, requiere la ejecución de actos positivos, con exclusión de la simple abstención [...], la remuneración atribuida como contrapartida de una actividad, no puede entenderse en el sentido estricto de pago de una cantidad dineraria”.

41 En este sentido, JACQUES, J.-M.: “La aplicación de las leyes de policía en materia de contratos internacionales”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo X, 2010, p. 36 matiza que “las leyes de policía introducen una cierta perturbación en el funcionamiento de la norma de conflicto, al restringir su ámbito y contravenir sus efectos”. Véase, también, CASTELLÓ PASTOR, J. J.: “Artículo 8. Eficacia de las normas penales, de policía y seguridad pública”, en CAÑIZARES LASO, A., y otros (dirs.): *Código civil comentado*, 2ª edición, vol. I, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016 (versión en línea); GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: “Artículo 8.1”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (dir): *Comentarios al Código Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 177-180.

intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”.

Esta definición, de origen jurisprudencial⁴², debe interpretarse de forma restrictiva y, sobre todo, distinguirse de las «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo»⁴³, de modo que si bien es cierto que la cláusula de protección del derecho nacional establecida en el artículo 3.3 del Reglamento Roma I (recuérdese: “cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo”⁴⁴) sirve de mecanismo apto para controlar que los contratantes localizados en un mismo país no evadan una norma imperativa, i.e. el régimen de responsabilidad del operador portuario en perjuicio del contratante del servicio, mas cierto es que si la disposición del artículo 329.2 de la Ley de Navegación Marítima se entendiera como una norma internacionalmente imperativa o “ley de policía” (dada la especial protección que debe darse al contratante por la fuerte posición que las empresas de manipulación portuaria han ostentado en el pasado y que, en la actualidad, en cierto modo, todavía ostentan), no podría ser objeto de evasión, en detrimento del contratante del servicio, en los supuestos en los que uno de los contratantes fuera de un tercer país y decidieran que la obligación contractual se rigiera por la ley de ese tercer país. De tal forma que la protección del contratante quedaría siempre garantizada, i.e. por el artículo 3.3 y por el artículo 9 del Reglamento Roma I respectivamente, cuyo resultado, en cualquier caso, será la inaplicación de la Ley nacional distinta de la del foro por ser perjudicial a los intereses públicos marcados por el legislador español.

Al hilo de lo expuesto, la consideración del artículo 329.2 de la Ley de Navegación Marítima como norma internacionalmente imperativa no resulta sencilla, aunque los límites del concepto de “ley de policía” se hayan visto ampliados por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 octubre 2013, C-184/12, *United*

42 El Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales no definió las leyes de policía, sino que este concepto se adoptó a raíz del caso *Arblade y Leloup*, en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/1996 y C-376/1996).

43 Considerando 37 del Reglamento Roma I: “Consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. El concepto de «leyes de policía» debe distinguirse de la expresión «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» y debe interpretarse de manera más restrictiva”.

44 El artículo 3.4 del Reglamento Roma I prevé el mismo criterio pero para el ámbito de la Unión Europea: “Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV vs. Navigation Maritime Bulgare, de forma que su interpretación restrictiva queda en entredicho.

La calificación de una norma internacionalmente imperativa deberá hacerse caso por caso. Así, los tribunales nacionales deberán “tener en cuenta no sólo los términos exactos de aquella ley sino también su configuración general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó, para poder deducir de ello que tal ley reviste carácter imperativo, en la medida en que conste que el legislador nacional la adoptó con la finalidad de proteger un interés considerado esencial por el Estado miembro de que se trate”⁴⁵, y, cuando se realice esta valoración, necesariamente deberá tenerse en cuenta “la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas”⁴⁶.

Extrapolando todo lo anterior al contrato de manipulación portuaria, teniendo en cuenta la defensa de los intereses económicos y sociales del sector portuario, con una fuerte implicación del Derecho público, y la protección del contratante de este servicio que, generalmente, se halla en una posición inferior frente a las empresas de manipulación portuaria, no resultaría infundada que tal disposición se considerara “ley de policía”. Si bien, en todo caso, deberemos esperar a que los jueces se pronuncien sobre el mismo.

45 Párrafo 50.

46 Párrafo 52: “[...] ley elegida por las partes en un contrato de agencia comercial, podrá dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado en otro Estado miembro, para aplicar en su lugar la *lex fori*, basándose a tal efecto en el carácter imperativo que, en el ordenamiento jurídico de este último Estado miembro, tienen las normas que regulan la situación de los agentes comerciales independientes, pero ello únicamente si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva, teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas”.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ARENAS GARCÍA, R.: "La aplicación de la regulación de la ley de navegación marítima sobre los contratos de utilización del buque y de los contratos auxiliares de la navegación en los supuestos internacionales", *Anuario español de derecho internacional privado*, n° 14-15, 2014-2015.

ARIAS VARONA, F. J.: "La manipulación portuaria en la propuesta de anteproyecto de Ley general de la navegación marítima", *Diario La Ley*, n° 6372, 2005.

ARROYO MARTÍNEZ, I.: *Curso de Derecho marítimo*, 1ª edición, Bosch, Barcelona, 2001.

ARROYO MARTÍNEZ, I.: *Compendio de Derecho marítimo*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2014.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 15ª edición, Comares, Granada, 2014.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional", *Diario La Ley*, n° 7847, 2012.

CASTELLÓ PASTOR, J. J.: "Artículo 8. Eficacia de las normas penales, de policía y seguridad pública", en CAÑIZARES LASO, A., y otros (dirs.): *Código civil comentado*, 2ª edición, vol. I, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: "La empresa de carga y descarga", apéndice a GIRÓN TENA, J.: *El naviero: directrices actuales de su régimen jurídico*, Bilbao, 1959.

ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G.: *Derecho Internacional Privado*, 10ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

ESPINOSA CALABUIG, R.: "Cuestiones de jurisdicción y ley aplicable al transporte marítimo tras las "Reglas de Rotterdam" y el Reglamento Roma I", *Il Diritto Marítimo*, 2011.

GABALDÓN GARCÍA, J. L.: *Curso de Derecho marítimo internacional*, Marcial Pons, 2012.

GABALDÓN GARCÍA, J. L./RUÍZ SOROA, J. M.: *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2006.

GARCÍA ÁLVAREZ, B.: "El contrato de manipulación portuaria en la Ley de navegación marítima", en PETIT LAVALL, M. V. (dir.): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, 2015.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: "Artículo 8.1", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (dir.): *Comentarios al Código Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GONDRA ROMEO, J. M.: *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*, Tecnos, Madrid, 1970.

JACQUES, J. M.: "La aplicación de las leyes de policía en materia de contratos internacionales", *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo X, 2010.

LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: "El arbitraje marítimo internacional en las reglas de Rotterdam", *Revista Boliviana de Derecho*, nº 22, 2016.

LÓPEZ RUEDA, F. C.: *El régimen jurídico de la carga y descarga en el transporte de mercancías*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2005.

PALAU RAMÍREZ, F. y VICIANO PASTOR, J.: *Tratado de la Morosidad*, Aranzadi, Thomson, 2012.

RECALDE CASTELLS, A.: "Delimitación temporal del período de responsabilidad del porteador marítimo y régimen jurídico de la carga y descarga", en VV.AA.: *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Volumen II, Universidad de Valladolid, 1998.

REIG FABADO, I.: "Las reglas de Rotterdam sobre transporte marítimo internacional: la delimitación del ámbito de aplicación", *Revista Boliviana de Derecho*, nº 22, 2016.

COMENTARIOS
JURISPRUDENCIALES



REFLEXIONES SOBRE EL BIEN JURÍDICO INTIMIDAD A
PROPÓSITO DE LA INTIMIDAD DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO.
COMENTARIO A LA STS NÚM. 661/2016, DE 10 DE NOVIEMBRE
(ROJ: STS 4836/2016)

*REFLECTIONS ABOUT THE PRIVACY AS LEGAL INTEREST ON
PURPOSE THE PRIVACY OF THE VICTIM OF A CRIME. COMMENT ON STS
NO. 661/2016, OF NOVEMBER 10 (ROJ: STS 4836/2016)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 446-473



Luis
DE LAS HERAS
VIVES

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de mayo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: El Tribunal Supremo considera que la noticia sobre un juicio penal con imágenes y datos de la víctima que permitan su identificación supone una vulneración de la intimidad.

PALABRAS CLAVE: Intimidad; Estatuto de la víctima; víctima del delito; medios de comunicación.

ABSTRACT: The Supreme Court considers that the news about a criminal trial with images and data of the victim which allow their identification is a breach of privacy.

KEY WORDS: Privacy; standing of the victim; victim of a crime, mass media.

SUMARIO.- I. Sobre el sustrato metajurídico de la intimidad en la tradición jurídica.- II. Primeras manifestaciones contemporáneas del derecho a la intimidad.- III. La problemática del concepto jurídico-lingüístico de la intimidad.- IV. Breves consideraciones exegéticas sobre el artículo 18 de la CE.- V. La intimidad de las víctimas de delito en la doctrina del Tribunal Constitucional Español. Delimitación frente al honor y a la propia imagen.- VI. El Estatuto de la víctima del delito: un criterio hermenéutico.

SUPUESTO DE HECHO

Como es sabido, en no pocas ocasiones, los derechos al honor, intimidad y propia imagen, especialmente los dos últimos, entran en conflicto con el derecho a comunicar información veraz. Y es en este contexto informativo, precisamente, donde se enmarcan los hechos que configuran el *factum* de la sentencia objeto de comentario.

El 16 de julio de 2009 –fecha en la que se celebró la vista del juicio oral por delitos de malos tratos, robo con violencia e intimidación, detención ilegal y lesiones cometidos por un hombre contra su pareja–, por los informativos de la televisión 7RM (Televisión Pública de la Región de Murcia) de las 14.30 y a las 20.30 horas, se emitieron dos vídeo- noticias con ocasión del juicio celebrado ese día en las que se decía, respectivamente:

“En Febrero de este año una vecina de Sangonera sufrió malos tratos a cargo de su pareja, un italiano al que conoció por Internet y que se vino a vivir con ella. El juicio ha sido esta mañana (16/07/2009). La Fiscalía pide casi 14 años de prisión para este acusado Cesareo, le imputan los delitos de secuestro, maltrato y robo y lesiones. La víctima ha contado entre lágrimas que después de golpearla la ató a la cama e intentó sacar dinero de sus tarjetas. El acusado niega estos hechos, aunque reconoce que discutieron. El guardia civil que detuvo al italiano ha confirmado los hechos y lo ha hecho por videoconferencia, ya que se encuentra en Palma de Mallorca de vacaciones”.

“Un terrible episodio de violencia doméstica, su pareja un italiano que vivía con ella y que conoció a través de Internet le ató a la cama e intentó robarla. Hoy ha

• Luis de las Heras Vives

Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia. Consultor jurídico externo en diferentes despachos profesionales ubicados en Barcelona y Valencia. Researcher en la escuela de negocios IESE Business School. Académico de Número de la Muy Ilustre Academia de Ciencias y Humanidades. Anteriormente fue becario en el Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universidad de Valencia. Además, ha colaborado en diferentes publicaciones y libros sobre Derecho y ética empresarial, e impartido conferencias tanto a nivel nacional como internacional. Correo electrónico: luisdelasheravives@gmail.com

tenido lugar el juicio. Cesareo es un joven siciliano que se vino a España a vivir con una mujer a la que conoció por Internet, después de unos meses de difícil convivencia, su pareja Tamara le pide que se vaya, cosa a la que él se niega. Al poco tiempo ella descubre a Cesareo practicando obscenidades ante la cámara web del ordenador. Este hecho produce una discusión en la que, según ha contado la víctima entre lágrimas, el acusado la golpeó, la amenazó con un cuchillo, la ató a la cama con los cables del ordenador e intentó sacar dinero con sus tarjetas de crédito. Ese momento lo aprovechó la víctima para llamar a la policía y salir a la calle, pero Cesareo se la encuentra en el portal y la vuelve a golpear, a la vista de todos. El acusado niega los hechos, en cambio los testigos avalan lo relatado, al igual que un guardia civil que colaboró en la detención y que ha declarado por videoconferencia porque está de vacaciones en Mallorca. La Fiscalía pide 14 años de prisión. El juicio ha quedado visto para sentencia”.

En cuanto al contenido visual de las noticias, tras una breve aparición introductoria del conductor de los informativos en los que se aludía al lugar de suscitación de los hechos (Sangonera) y el nombre de la víctima, se sucedían una serie de filmaciones captadas en la sala de vistas durante el juicio en las que, además de los profesionales intervinientes, se pudo verla, incluso en primer plano en el momento de su declaración y que, en el informativo de la noche, mientras deponía apareció un rótulo con su nombre.

Asimismo, el contenido de ambos informativos quedó almacenado en la página web de la televisión siendo su acceso público.

Como consecuencia de los anteriores hechos, la víctima al entender que sus derechos al honor, intimidad y propia imagen habían sido lesionados, interpuso la oportuna demanda civil interesando que se condenara a Radiotelevisión de la Región de Murcia al pago de una indemnización de 100.000 euros por los daños morales, o los que prudencialmente fijara el juzgador, y a la retirada de los contenidos ofensivos que aún estaban a disposición de su página web.

En primera instancia la demanda fue íntegramente desestimada por esencialmente seis motivos. El primero de ellos, que la noticia y la imagen de la demandante se obtuvieron durante una vista pública. El segundo, que la normativa y jurisprudencia permiten como norma general a los medio de comunicación el acceso a las vistas. El tercero, que ni la dirección letrada ni la propia víctima en ningún momento interesaron la adopción de medidas restrictivas al amparo de la Ley 19/1994, la celebración a puerta cerrada u otras medidas tendente a garantizar o preservar sus derechos en liza. El cuarto, al tratarse de información relativa a un proceso judicial era aplicable la jurisprudencia que considera que cuando se trata de hechos de relevancia penal concurre el interés general. El quinto, que el medio de comunicación dio un correcto tratamiento informativo a la noticia en la medida que

no facilitó datos personales de la víctima salvo su nombre de pila y su residencia, sin que el nombre sea un elemento suficiente para identificar a una persona. El sexto y último de ellos fue que el requerimiento dirigido a televisión 7RM no se hizo mención a que se eliminara el contenido alojado en su web, siendo que, además, su localización y acceso era complejo en cuanto requería conocer previamente el día, mes, año y hora en la que se emitió la noticia dado que no existía en la web ningún buscador de noticias.

Recurrida que fue la sentencia por la demandante en apelación, la Audiencia Provincial estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada a eliminar de su página web todas las imágenes y datos personales sobre aquella, el resto de pronunciamientos de instancia fueron confirmados.

A la vista de dicha resolución, la demandante recurre en casación ante el Tribunal Supremo que resuelve la cuestión en atención a la doctrina que inmediatamente se expone.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El problema que se suscita entonces es perfilar el alcance del derecho a la intimidad de las víctimas de un delito. Concretamente en el caso de autos el nudo gordiano girará en orden a dilucidar "si la identificación de la demandante como víctima de los delitos enjuiciados en dicha causa penal, mediante primeros planos de su rostro y la mención de su nombre de pila y lugar de residencia, estaba también comprendida en el derecho fundamental de la cadena de televisión demandada a transmitir información veraz o, por el contrario, quedaba limitada por los derechos fundamentales de la demandante a su intimidad personal y a su propia imagen".

El Tribunal Supremo, fundamenta su resolución favorable a la demandante en los siguientes cinco razonamientos.

En primer lugar: "la jurisprudencia ha reconocido el interés general y la relevancia pública de la información sobre causas penales (sentencia 547/2011, de 20 de julio), que se acentúan en los casos de maltrato físico y psicológico (sentencias 128/2011, de 1 de marzo, y 547/2011, de 20 de julio), pero también ha puntualizado, en cuanto a la identificación de las personas que intervienen en el juicio, que el acusado y la víctima no se encuentran en un plano de igualdad, pues en cuanto a aquel sí cabe una identificación completa, y no solo por sus iniciales, debido a la naturaleza y trascendencia social de los delitos de malos tratos (sentencia 547/2011, de 20 de julio)".

En segundo lugar: "en relación con las actuaciones y procedimientos sobre violencia de género, el art. 63 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre,

de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género , establece una protección reforzada de la intimidad de las víctimas, 'en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia» (apdo.1), facultando a los jueces para «acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas' (apdo.2)''.

En tercer lugar: "La circunstancia de que en el presente caso el órgano judicial no acordara esas medidas y la demandante hoy recurrente tampoco las solicitara, ni por sí misma ni mediante su abogado, omisiones que la sentencia recurrida considera relevantes para no apreciar una intromisión ilegítima en la intimidad y la imagen de la recurrente, no puede entenderse como una habilitación incondicionada a los medios que los eximiera de agotar la diligencia debida en el tratamiento de la información ponderando el daño que podían infligir a la víctima mediante la llamada 'victimización secundaria', que en este caso consistió en superponer al daño directamente causado por el delito el derivado de la exposición pública de su imagen y su intimidad al declarar en el acto del juicio oral''.

En cuarto lugar: "la cadena de televisión demandada debió actuar con la prudencia del profesional diligente y evitar la emisión de imágenes que representaban a la recurrente en primer plano, bien absteniéndose de emitir las correspondientes tomas, bien utilizando procedimientos técnicos para difuminar sus rasgos e impedir su reconocimiento (sentencia 311/2013, de 8 de mayo). De igual modo, también debió evitar la mención de su nombre de pila, porque este dato, insuficiente por sí solo para constituir intromisión ilegítima, pasó a ser relevante al pronunciarse en pantalla simultáneamente con la imagen de la demandante y añadirse la mención de su localidad de residencia, datos todos ellos innecesarios para la esencia del contenido de la información, como demuestran las noticias sobre el mismo juicio publicadas al día siguiente en otros medios''.

En quinto lugar: "la identificación de la demandante mediante su imagen y los datos personales indicados y su directa vinculación con un episodio de violencia de género y otros delitos graves, cuando era previsible la revelación simultánea o posterior de datos referidos a cómo se conocieron la víctima y su agresor y a la forma en que sucedieron los hechos delictivos, supone que la pérdida del anonimato vulnerase tanto el derecho de la demandante a su propia imagen, por la emisión de sus rasgos físicos, como su intimidad personal y familiar, en la medida en que unos datos reservados, pertenecientes a su vida privada (que acudió a Internet para iniciar una relación o el contenido íntimo de algunas de sus charlas), carentes de entidad ofensiva en una situación de anonimato, pasaron a tenerla desde el momento en que cualquier persona que viera esos programas informativos y que residiera en la localidad de la víctima podía saber a quién se referían, de modo que

al daño psicológico inherente a su condición de víctima de los delitos se sumó el daño moral consistente en que se conocieran datos de su vida privada que no había consentido hacer públicos”.

COMENTARIO

I. SOBRE EL SUBSTRATO METAJURÍDICO DE LA INTIMIDAD EN LA TRADICIÓN JURÍDICA.

Las primeras manifestaciones jurídicas de la intimidad como búsqueda de ese reducto personal desconocido para terceros las encontramos tradicionalmente en los intentos por proteger la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y el secreto. Sin embargo, como inexorable consecuencia del avance tecnológico y las nuevas formas de interrelación que esta nos proporciona, el derecho a la intimidad ha sufrido una evolución motorizada durante las últimas décadas.

El lector coincidirá que era impensable imaginar, incluso durante buena parte del siglo XX, un mundo donde cualquier persona pudiera disponer de la tecnología suficiente para captar imágenes o sonidos en cualquier momento y bajo casi toda circunstancia.

La tecnología, o más bien las manifestaciones consecuencia de ella, permiten, en efecto, por un lado, facilitar el acceso a la vida privada de las personas, y por el otro dar difusión global y extremadamente rápida del dato obtenido. En este sentido, las nuevas realidades sociales y tecnológicas, como lo son el correo electrónico, los archivos multimedia almacenados en la nube (*Dropbox, Google Drive, iCloud, Onedrive*, etc.) o, directamente, las nuevas formas de comunicación tanto de los *mass media* como de los propios ciudadanos. Todo ello comporta nuevos retos en el diseño y configuración de la tutela de la vida privada en la medida que las formas invasivas se han multiplicado y expandido acorde al desarrollo tecnológico [A este respecto puede verse el interesante trabajo de DE LA MATA BARRANCO, N.J. y BARINAS UBIÑAS, D.: “La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, núm. 12, pp. 13-92. En él los autores ponen de manifiesto “la necesidad de redefinir el contenido de los tradicionales delitos contra la intimidad, recuperando un concepto de privacidad, nucleado en torno al derecho a ser dejado en paz, con el que se pueda garantizar una plena autodeterminación informativa y decisional”].

Ante la ausencia de una legislación prolija en la tutela de las diferentes formas en que se producen las intromisiones ilegítimas, nuestro Tribunal Constitucional en su STC 110/1984, de 26 de noviembre (RTC 1984, 110), ya sostuvo la necesidad del “reconocimiento global de un derecho a la intimidad o la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito

reservado de la vida" ya sean cometidas por otras personas o la Administración Pública. En definitiva, el debate político-jurídico del derecho a la intimidad ha quedado incardinado en lo antitético de lo público-conocido y privado-desconocido [MATTEUCCI, N.: "Pubblico e privato", en AA.VV.: *Privacy e banche dei dati: aspetti giuridici e sociali* (coordinador N. MATTEUCCI), Il Mulino, Bolonia, 1981, pp. 19-24].

Conviene antes de indagar sobre la raíz del derecho a la intimidad, situar al lector acerca de las teorías o posturas que hay al respecto.

Por un lado, encontramos la de PÉREZ LUÑO que sostiene que "si atendemos a su génesis histórica es evidente que la aparición del concepto de intimidad se halla estrechamente ligada a la aparición de la burguesía (...) La intimidad se configura como una aspiración de la burguesía de acceder a lo que antes había sido privilegio de unos pocos; aspiración que viene potenciada por las nuevas condiciones de vida. De ahí, que los caracteres que desde sus inicios van conformando la idea moderna de intimidad se hallen estrechamente vinculados a las necesidades y a la propia ideología de la clase social que la reclama. Esto explica su marcado matiz individualista, que se concreta en la reivindicación de unas facultades destinadas a salvaguardar un determinado espacio con carácter exclusivo y excluyente. Notas éstas que recuerdan los instrumentos jurídicos de delimitación y defensa del derecho de propiedad" [PÉREZ LUÑO, A.: "La protección de la intimidad frente a la informática en la constitución española de 1978", *Revista de estudios políticos*, núm. 9, 1979, p. 64].

Mientras que la opinión de TRUYOL Y SERRA, y VILLANUEVA ETCHEVERRÍA, es que el origen es mucho anterior a la disgregación de la sociedad feudal, pues está indisolublemente asociada al cristianismo, "el hombre de la antigüedad grecorromana estaba más inserto en la comunidad de la polis y de la civitas o res publica, y de hecho San Agustín es el primer occidental cuya intimidad conozcamos propiamente" [TRUYOL Y SERRA, A. y VILLANUEVA ETCHEVERRÍA, R.: "Derecho a la intimidad e informática", *Informatica e Dirittos*, núm. 1, 1975, pp. 171-187].

La crítica que PÉREZ LUÑO hace a los anteriores es que su planteamiento es admisible si se entiende la intimidad como autoconsciencia de la subjetividad, pero no si se atiende a su proyección jurídica como conjunto de facultades o poderes atribuidos a su titular. No cabe hablar de intimidad en la polis o en la *civitas* del mundo antiguo puesto que el individuo forma parte de la comunidad y se hallaba vinculado por una intrincada red de relaciones que inspiraban y dirigían todos los actos cotidianos de su vida. Tampoco cabría hablar de una intimidad jurídicamente comprendida en la Edad Media pues el aislamiento era un privilegio al alcance de las altas esferas o quienes libremente renunciaban a una vida en sociedad. El autor sitúa como el arranque del derecho a la intimidad en el desarrollo de los núcleos urbanos y la aparición de los centros de trabajo a diferencia de la prolongación del hogar

que suponía el taller artesanal (PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 327 y 328).

Más radical es la posición de WESTIN al considerar que la intimidad se da incluso en el reino animal, como manifestación de la territorialidad, y por tanto su origen es innato al hombre (WESTIN, A. F.: *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967).

RUIZ MIGUEL a este respecto distinguirá dos teorías contrapuestas. La primera la racionalista, "pues sitúa el alba de este derecho en el período del racionalismo y de la ilustración en conexión con el ascenso de la burguesía". La segunda la histórica, "en la medida en que, aparte de ser sostenida por meritorios historiadores, se remonta más atrás en la historia para buscar el origen de este concepto" [RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, pp. 7-10].

En realidad, ambos enfoques lejos de estar enfrentados se complementan, pues su contradicción únicamente se da si se analizan en idéntica clave. La tesis histórica tiene un componente eminentemente ontológico y fenomenológico; mientras que la racionalista, axiológico. Dicho de otro modo, la primera se construye a la luz del binomio hombre-intimidad y la segunda del de derecho-intimidad.

La intimidad como hecho y derecho está indisolublemente asociada al hombre en cuanto sujeto dotado de inteligencia y voluntad y provisto de la necesidad de coexistir (dimensión horizontal) y organizarse (dimensión vertical), pues esta surge de la necesidad de proteger un espacio personal ajeno a injerencias indeseadas. ORTEGA Y GASSET en agosto de 1930 expresaba su parecer y sentir sobre la fagocitación de lo privado por lo público donde lo colectivo "vuelve a ejercer su tiranía y está ya causando estragos en toda Europa. La Prensa se cree con derecho a publicar nuestra vida privada, a juzgarla, a sentenciarla. El Poder público nos fuerza a dar cada día mayor cantidad de nuestra existencia a la sociedad. No se deja al hombre un rincón de retiro, de soledad consigo. Las masas protestan airadas contra cualquier reserva de nosotros que hagamos" (ORTEGA Y GASSET, J.: "Socialización del hombre", en GARAGORRI HERRANZ, P.: *Obras completas de José Ortega y Gasset*, Revista de Occidente, Madrid, 1966, Tomo II p. 746).

No resultaría caprichoso precisamente que fueran dos norteamericanos, WARREN y BRANDEIS, los primeros juristas en presentar el derecho a la intimidad como categoría propia. Al fin y a la postre es en el pensamiento anglosajón, más propiamente en el ámbito del *Common Law*, donde con más nitidez se distinguió entre lo público y privado. La tensión entre ambas realidades ha sido una constante en la historia del pensamiento occidental y en el diseño de las formas de gobierno que han ido sucediéndose a lo largo de la historia del hombre.

II. PRIMERAS MANIFESTACIONES CONTEMPORANEAS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.

Cuando tratamos de encontrar el significado y delimitar su sentido, rápidamente advertimos una singular característica: cualquier ciudadano medio es capaz de definir con relativa exactitud y precisión el significado de la palabra "intimidad" [sobre esta idea vid. CARRIÓN OLMOS, S.: "El derecho a la intimidad", en AA.VV.: *Veinticinco años de la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 93]. De hecho, en el peor de los casos explicaría lo que entiende por intimidad a partir de sus límites, o simple y vulgarmente expresaría que intimidad significa algo como "que no se metan en mi vida" o "me dejen en paz". Y a pesar de lo profanas que resultan las anteriores expresiones, razón no le faltaría, pues lo cierto es que la expresión "derecho a que me dejen en paz" encierra un rico debate ya iniciado en la tradición anglosajona a finales del siglo XIX e intensificado a lo largo del siglo XX. No sorprende, por tanto, que WESTIN se refiriese a la intimidad como "la facultad de los individuos para determinar cuándo, cómo y hasta dónde puede comunicarse a otros información sobre ellos" (WESTIN, A. F.: *Privacy and Freedom*, cit.).

Pero, sin duda, serían WARREN y BRANDEIS, quienes con su opúsculo *Right to Privacy* de 1890, advertirían por primera vez la existencia de un derecho a no ser molestado. Obra que por otro lado no es caprichosa, sino que nacía en un contexto social donde cada vez eran más frecuentes las intromisiones en la intimidad derivadas del desarrollo tecnológico y las nuevas formas de hacer negocio de finales del siglo XIX, especialmente en el ámbito de la prensa escrita. Tanto es así, que el propio Warren fue víctima directa de ataques contra su *privacy* con ocasión de las francachelas que tenían lugar en su casa organizadas por su mujer, Mabel Bayard, la hija del célebre Senador del Estado de Delaware, Thomas F. Bayard. Más concretamente, Samuel Warren, desde su boda el día 25 de enero de 1883, vio durante prácticamente una década como su familia era objeto de portadas en los noticieros rosas y sensacionalistas de la época. Este cambio de paradigma social, precisamente, fue la causa que motivó la necesidad de configurar en el *common law* lo que el Juez Cooley denominaba el derecho a no ser molestado (*the right to be let alone*) [En puridad, tal y como advierte SALDAÑA DÍAZ, M^a. N.: "The right to privacy. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de Warren y Brandeis", *Revista de Derecho Político (UNED)*, 2012, núm. 85, p. 206, recogiendo las citas de la obra de Thomas Cooley, "utilizaba esta locución para definir el derecho individual a la inmunidad personal frente a agresiones físicas". Sin embargo, como continua diciendo la autora, "al analizar los supuestos de violación de la Cuarta y Quinta Enmiendas en los casos de registros y requisas ilegales del domicilio con el objetivo de obtener evidencias suficientes

para el procesamiento del acusado, Cooley afirmaba que el derecho de la persona a protegerse frente a invasiones de la privacidad alcanza tanto frente a la intromisión ilegal de los agentes del gobierno como frente a la curiosidad lasciva del público en general". En este sentido, no han sido pocos los ulteriores pronunciamientos en Norteamérica que han definido el derecho a la intimidad como el derecho a ser dejado solo o no molestado, así por ejemplo, *Banks v. King Features Syndicate* (1939, DC) 30 F Supp 352; *Brents v. Morgan* (1927) 221 Ky 765, 299 SW 967, 55 ALR 964; *Jones v. Herald Post Co.* (1929) 230 Ky 227, 18 SW2d 972; *Holloman v. Life Ins. Co. of Va.* (1940) 192 SC 454, 7 SE2d 169, 127 ALR 110].

El *right to privacy* concebido por los juristas de Boston, rápidamente iría calando en la conciencia jurídica internacional encontrando lugar por primera vez en La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá del 20 al 2 de mayo de 1948, fue el primer texto normativo supranacional en declarar expresamente el derecho a la vida privada, sosteniendo en su art. 5 que "toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar". A pesar de la imprecisión normativa, como sugiere MORALES PRATS "lo cierto es que a nivel internacional constituyó el primer precedente legislativo que marcó la pauta de ulteriores convenios internacionales" [MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Ediciones Destino, Barcelona, 1984, p. 94]. Pocos meses después, en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Humanos (DUDH), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 (III) A, en París el 10 de diciembre de 1948, dispuso que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques". Y de similar modo, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, en su artículo 8 consagró que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia", sin que pueda "haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás". El CEDH supuso el primer texto puramente europeo en proclamar el derecho a la vida privada, cuya trascendencia para el ordenamiento jurídico español es capital pues por un lado es derecho positivo vigente ex art. 96 CE "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno" y por el otro es criterio interpretativo a tenor del art. 10.2 CE que reza que "las normas relativas

a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España." En el ámbito europeo y en materia de *privacy* acompaña al CEDH, el Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, cuyo objeto de protección era la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona ('protección de datos'). En un contexto mundial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, sostuvo en su art. 17.1 que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación". O en América, el art. 11.2 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 22 de noviembre de 1969 cuando prevé que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

La realidad en el plano nacional fue distinta. Esta conciencia internacional sobre la necesidad de protección de la intimidad no tuvo una corroboración en los textos constitucionales más relevantes de la Europa occidental, con la excepción del artículo 18 de la Constitución española de 1978, y los artículos 33 a 35 de la Constitución portuguesa de 1976. Sin embargo, el resto de los estados europeos tuvieron que efectuar una labor interpretativa e integradora de sus textos básicos para incorporar en ellos el derecho a la intimidad personal y familiar; bien como un derecho íntimamente vinculado con la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (artículos 1 y 2 de la Ley de Bonn de 1949) bien, como decíamos más arriba, bien integrado en concretas manifestaciones como la inviolabilidad del domicilio o la privacidad de las comunicaciones (arts. 2, 14 y 15 respectivamente de la Constitución italiana de 1949). Ello es lógico a propósito del *iter* seguido por el pensamiento humanista que es sustrato y fundamento de los derechos de la personalidad. Desde un punto de vista social como señala PÉREZ ROYO "para la inmensa mayoría de los ciudadanos tales derechos no eran necesarios como garantías de su libertad y autonomía tanto en las relaciones de unos con otros en cuanto personas privadas como en sus relaciones políticas. Únicamente para una pequeñísima minoría, la oligarquía propietaria y los profesionales liberales que participaban en la gestión del país, los derechos de la personalidad podían tener algún valor" [PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Algete, 2014, p. 287].

III. LA PROBLEMÁTICA DEL CONCEPTO JURÍDICO-LINGÜÍSTICO DE LA INTIMIDAD.

Resulta común entre juristas, especialmente en el foro, hacer referencia a la expresión “vida privada” como sinónima de intimidad [vid. GONZÁLEZ GAITIANO, N.: *El deber de respeto a la intimidad*, EUNSA, Barañáin-Pamplona, 1990, p. 15. El autor refiere las excepciones en la literatura jurídica de quienes con recto criterio diferencian entre los diferentes términos. En todo caso, conviene advertir que esta cuestión ha propiciado un intenso y prolijo debate, pero que ahora no podemos extendernos en él].

Toda definición, como señala MILLAN PUELLES “puede verificarse de una doble manera: como definición nominal o como definición real, según se atienda, respectivamente, a la palabra o nombre con que designamos una cosa, o a la propia y formal constitución, cuya esencia se busca, de la cosa nombrada. La definición nominal ofrece, pues, la significación de una palabra; en tanto que la definición real es expresiva de la esencia de una cosa (...) [a su vez] toda definición nominal es susceptible de dos modalidades: la etimológica y la sinonímica, según que el método de que nos valgamos para manifestar la significación del término sea el recurso a su origen, o la aclaración por otras voces más conocidas y de pareja significación” [MILLAN PUELLES, A.: *Fundamentos de Filosofía*, Rialp, Madrid, 2009, p. 14].

El uso indistinto de los diferentes términos que se manejan en la práctica habitual (vida privada, intimidad, privacidad) encuentra su explicación en el mismo origen de la expresión *right to privacy*. Intuitivamente parece razonable traducir “*privacy*” como “privacidad”, siquiera sea por su parecido fonético y nominal. Sin embargo, la realidad es que los anglosajones prefirieron el uso de *privacy* para referirse a la intimidad, pues *intimity* e *intimicy* “tienen un valor eufemístico para designar las relaciones sexuales ilícitas, por lo que se usan menos y su campo semántico original es ocupado por el de la palabra *privacy*” [GONZÁLEZ GAITIANO, N.: *El deber de respeto a la intimidad*, cit. p.16].

La genealogía de intimidad hállase en el vocablo *intimitas* y este a su vez de *intimus* que es la forma superlativa de *intus* (*dentro*). Lo íntimo es lo que está más adentro. Desde el punto de vista de la definición nominal sinonímica conviene analizar nociones comúnmente afines como “vida privada”, o relacionadas tales como “secreto” y “confidencial”. Por sencillez, partimos del adjetivo “privado” que la RAE lo define como aquello “que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna”; “particular y personal de cada individuo” (segunda); o “que no es de propiedad pública o estatal, sino que pertenece a particulares”. La primera acepción nos pone en la pista del sentido y alcance que el Tribunal Constitucional da al derecho a la intimidad en su STC 197/1991, de 17 de octubre, cuando considera que éste no se limita única y exclusivamente a los aspectos de

la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarda estrecha vinculación, y por esa relación o vínculo inciden en la propia esfera de la personalidad. La intimidad ocurre para y con ocasión de nuestros íntimos. Pero a su vez la tercera acepción de privado adviértenos en cuanto adjetivo de si resulta posible resulta hablar de una intimidad privada o intimidad pública. La respuesta ha de ser necesariamente negativa, pues, hablar de “intimidad privada”, *mutatis mutandis*, sería como en el plano ontológico aludir a la existencia de una verdad verdadera. De igual forma que la verdad es o no es, con la intimidad ocurre *simili modo*. Todo lo íntimo es privado, pero lo privado (vida privada) no agota su contenido en lo íntimo.

La complejidad de definir jurídicamente el derecho a la intimidad alcanza tales cotas que uno de los autores del proyecto de ley británica de protección de la intimidad expresa que esta fracasó porque fueron incapaces de diseñar una distinción precisa entre lo que el público tiene derecho a saber y lo que uno tiene derecho a guardar [esta referencia histórica se toma de Esta referencia se extrae de URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, Pamplona, 1977, p. 13].

Una primera aproximación al intento de diferenciar jurídicamente la intimidad y la privacidad surge a propósito del artículo 18 y el 55 de la Constitución española. El artículo 55 dispone que “1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.” Se prevé así la suspensión de los derechos a la libertad y seguridad (art. 17), a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3), de residencia y libertad ambulatoria (art. 19), de libertad de expresión (art. 20.a y d), al secuestro de información solo por orden judicial (art. 20.5), de reunión (art. 20), de huelga (art. 28.2) y negociación colectiva (art. 37.2). Sin embargo, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen no pueden suspenderse, y ello no es baladío o caprichoso, de suyo comporta su posición preferente o privilegiada. Pudiera *prima facie* pensarse que se plantea una contradicción al permitirse por un lado la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones y por el otro que no pueda hacerse lo propio con el derecho a la intimidad. Sin embargo, no hay tal contradicción. Hemos visto que tanto la inviolabilidad del domicilio como el secreto de las comunicaciones pueden afectar al ámbito de lo íntimo –*stricto sensu*–, pero no supone en modo alguno que ciertas manifestaciones o fenómenos de tales libertades sean ajenas a esa formulación restringida de intimidad. Menos aún que no puedan ser incardinadas en una configuración de la intimidad –*lato sensu*–.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, tampoco nos aporta elemento alguno que permita conceptualizar el derecho a la intimidad. De entrada ya resulta sorprendente la terminología utilizada en el artículo séptimo, pues una vez se habla de “vida íntima” (art. 7.1 y 7.2) y otras de “vida privada” (art. 7.3 y 7.5). Y el vocablo “intimidad”, a pesar de ser utilizado quince veces a lo largo de la norma, ningún uso se hace de él más allá de la formulación genérica de “los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” o referencia “al ámbito de la intimidad”.

La pregunta al tenor de la ley resulta evidente ¿son sinónimas las expresiones “vida íntima” y “vida privada”? La respuesta a este interrogante la da SEMPERE RODRÍGUEZ al entender que la vida privada no resulta protegida sino en aquellas ocasiones en las que se lesionan otros deberes, como el de guardar secreto, u otros derechos, como son el de reputación y buen nombre, lo que no ocurre con la vida íntima que queda protegida sin más por el mero hecho de tener tal carácter [SEMPERE RODRÍGUEZ, C.: “Comentario al artículo 18”, en AAVV.: *Comentarios a las Leyes políticas. La Constitución de 1978* (dir. ALZAGA VILLAMARIN, O.) Tomo II, Edersa, Madrid, 1984, p. 114].

El carácter menos profundo y omnicomprensivo de la vida privada en contraposición al de la intimidad puede verse con mayor nitidez en el apartado cinco del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 cuando se refiere a la tutela de la imagen. Y en la medida que la imagen es la exteriorización del ser “resulta evidente que la protección de la imagen hace referencia a la vida privada y no a la intimidad, ya que difícilmente puede decirse que la imagen forma parte de la intimidad, cuando es precisamente lo que nos identifica ante los demás y sobre lo que, en sentido absoluto, menos disponemos: no podemos hurtar nuestro rostro a la mirada ajena a no ser que nos aislemos absolutamente” [GONZÁLEZ GAITIANO, N.: *El deber de respeto a la intimidad*, cit., p. 114], pero lo que sí resulta posible es elegir cruzar la línea que nos aleja de lo privado y nos adentra en lo público. Cuando en la Ley Orgánica se refiere en su título a “intimidad”, realmente debiera decir “vida privada” pues de su contenido se desprende que se está tutelando la “intimidad en sentido amplio” [URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, Pamplona, 1977, p. 349. Sobre una visión restringida de la intimidad puede verse también GARZÓN VALDÉS, E.: “Lo íntimo, lo privado y lo público”, *Claves de razón práctica*, 2003, núm. 137, p. 16]. De lo contrario la afirmación del preámbulo “los imperativos del interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, que no podrán ser reputadas legítimas” pudiera comportar acciones de contenido imposible en el plano ontológico. Únicamente cuando esta es exteriorizada o se da a conocer puede ser objeto de protección jurídica.

La primera norma del panorama nacional que trató de definir el concepto de *privacy* fue la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Acertadamente el legislador –la comisión redactora– advirtió que intimidad y privacidad si bien en los usos del lenguaje de ordinario podían referirse a una misma realidad, no eran en puridad lo mismo (aunque sea conceptualmente, pues insisto que se trata de una diferenciación con trascendencia lingüística y no en la praxis). La vida privada es más amplia que la intimidad, pues mientras que la intimidad “protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona –el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo–; la privacidad “constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.” De hecho también hay ordenamientos jurídicos en los que explícitamente se distingue entre vida privada e intimidad, así la Ley del Distrito Federal de México de 19 de mayo de 2006, en su art. 9 afirma que “es vida privada aquella que no está dedicada a una actividad pública y, que por ende, es intrascendente y sin impacto en la sociedad de manera directa; y en donde, en principio, los terceros no deben tener acceso alguno, toda vez que las actividades que en ella se desarrollan no son de su incumbencia ni les afecta”, y en el art. 11 matiza que “como parte de la vida privada se tendrá derecho a la intimidad que comprende conductas y situaciones que, por su contexto y que por desarrollarse en un ámbito estrictamente privado, no están destinados al conocimiento de terceros o a su divulgación, cuando no son de interés público o no se han difundido por el titular del derecho”. O la propia Constitución boliviana que en su art. 21.2 consagra el derecho a la “privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad”.

Ahora bien, considero que el conocimiento de la genuina intimidad de suyo conlleva invadir la proyección exterior físicamente cognoscible, por lo que desde un punto de vista práctico su diferenciación es superflua, pues como aduce URABAYEN, “para ofender la intimidad es necesario invadir antes las fronteras algo más exteriores de la vida privada por lo que la defensa se da en cualquier caso” (ibíd.). Una concepción restringida de la intimidad quedaría reducida al ámbito propio de los pensamientos lo que sería ajeno al derecho en cuanto prescinde de las relaciones humanas [GARZÓN VALDÉS, E.: “Lo íntimo, lo privado y lo público”, cit. p. 18, señala que la interacción con otro sujeto es lo que hace transportarse de lo íntimo a lo privado.]. Por lo que para el derecho la distinción entre intimidad y vida privada es irrelevante; no en cambio para la filosofía.

Cualquier esfuerzo en bosquejar o delimitar el concepto jurídico de “intimidad” o “vida privada” es en balde por ser utilizadas indistintamente para referirse a la

“privacy” anglosajona, y no ser, como hemos visto, expresiones pacíficas en la *communis opinio*. A título de ejemplo pueden citarse a: 1) GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, lustel, Madrid, 2007, p. 69, señala que el concepto de vida privada es más amplio que el de intimidad, pues el primero puede incluir “circunstancias que, sin ser secretas ni de carácter íntimo, merecen el respeto de todos y la protección frente a la indebida publicación de hechos particulares y familiares que no sean secretos”. 2) RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Identificación de la persona”, en LACRUZ BERDEJO, J.L, y otros: *Parte general del Derecho civil*, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1992, p. 75, que sostiene que mientras la intimidad se refiere a cuestiones personales que no son vivencia, la vida privada comprende ámbitos que por ser conocidos o cognoscibles no se integra en la intimidad. 3) SÁNCHEZ FÉRRIZ, R.: *Delimitación de las libertades informativas (fijación de criterios para resolución de conflictos en sede jurisdiccional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 197 y ss., por su parte distingue entre intimidad y vida privada, que no deben confundirse aunque ambas tengan protección constitucional. La autora en su delimitación del contenido de la intimidad considera que forman parte de él tanto la dimensión corporal como ideológica, como salud y aspectos religiosos; sin embargo, niega que el secreto bancario sea una dimensión de la intimidad. 4) REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 50 y ss., sobre la distinción entre vida privada e intimidad sostiene que el primero “es muy amplio, genérico y engloba todo aquello que no es o no queremos que sea de general conocimiento. Dentro de ello, existe un núcleo que protegemos con más celo, con mayor fuerza porque lo entendemos como esencial en la configuración de nuestra persona. A esto último denominados intimidad”. 5) DE VERDA Y BEAMONTE, J.: *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 14 y ss., también distingue entre intimidad en sentido estricto y la mera vida privada. El autor entiende que dentro de la primera habrá que situar los datos de carácter personal sobre los que el art. 7.4 LO 15/1999, de 13 de diciembre, prohíbe crear ficheros, con la exclusiva finalidad de almacenarlos, esto es, los que revelen “la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual”. Igualmente, los datos relativos a la salud e intimidad corporal.

Considero que es común a la intimidad y vida privada la idea de “(des) conocimiento” y “(des)información” como facultad. No existe un abstracto y genérico derecho a la vida privada o intimidad, siendo, por otra parte, de imposible definición y su acometimiento desemboca en una regresión *ad infinitum*. Lo que encontramos habitualmente es un conjunto de derechos o reglas que coinciden en proteger la vida privada o la intimidad cuyo contenido se delimita en el plano práctico a través de los sucesivos pronunciamientos de los tribunales.

IV. BREVES CONSIDERACIONES EXEGÉTICAS SOBRE EL ART. 18 CE.

En el art. 18.1 de la CE “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Con esta fórmula el constituyente español –junto con el portugués tal y como veíamos– fue pionero en positivizar el derecho a la intimidad y elevarlo a la categoría de derecho fundamental al ubicarlo en la Sección 1ª “De los derechos fundamentales y libertades públicas”, del Capítulo Segundo, del Título I.

A pesar de que ningún precepto precisó el significado de la expresión “intimidad personal y familiar”, la trascendencia de su categorización como derecho fundamental no es algo baladí, pues “son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución” (STC 25/1981, de 14 julio (RTC 1981, 25). En definitiva, la caracterización del derecho a la intimidad como derecho fundamental vivifica el contenido básico de nuestro ordenamiento y atañe al conjunto estatal. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia de 11 de abril de 1995 (RTC 1985, 53), sostuvo que los derechos fundamentales “no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste”, pues “son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social»”.

En cuanto a su tramitación parlamentaria, su redacción definitiva no quedó lejos de la contenida en el art. 17 del anteproyecto que decía “se garantiza el honor y la intimidad personal y familiar” (Boletín Oficial de las Cortes, núm. 44, de 5 de enero de 1978). Como puede verse, únicamente se añadiría el reconocimiento expreso a la propia imagen, y ello gracias a las enmiendas número 716 y 779, propuestas por, respectivamente, el Sr. Sancho Rof y Grupo Unión de Centro Democrático (Boletín Oficial, núm. 82, de 17 de abril de 1978), y que finalmente fue aprobado el 21 de julio de 1978 y se remitió al Senado en donde Camilo José Cela presentaría una interesante enmienda que si bien no prosperó merece por su interés recogerse en el presente trabajo. El premio nobel español con lúcido criterio expuso que no resultaba preciso aclarar qué el derecho a la intimidad es “personal” y “familiar”

en la medida que la intimidad per se, y así se expone en la segunda acepción de la RAE, significa "zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia". Además, a diferencia del criterio de UCD y el Sr. Sancho Rof, sostuvo que la propia imagen "es un concepto que sobra por impreciso y porque lo engloban los dos anteriores".

A pesar del loable esfuerzo del legislador en desarrollar el principio general de garantía del art. 18.I CE estableciendo las pautas mínimas de los derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen, lo cierto es que del tenor literal de la LO 1/1982 y LO 15/1999 (anteriormente LO 5/1992), no pueden extraerse cuestiones esenciales como lo son la propia noción de intimidad, su naturaleza y contenido, por lo que habrá que acudir necesariamente a la praxis judicial de nuestro Tribunal Constitucional que sentencia tras sentencia ha ido destilando y depurando los anteriores extremos.

V. LA INTIMIDAD DE LAS VÍCTIMAS DE DELITO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. DELIMITACIÓN FRENTE AL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN.

A lo largo de las últimas décadas, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones respecto de la intimidad la víctima de un delito, cuya atención es ahora requerida.

El primero de los casos es el que se resolvió en la STC 127/2003, de 30 de julio, con ocasión de la publicación por el diario "Alerta" el 6 de octubre de 1990 de un reportaje sobre una aparente violación ocurrida el 29 de septiembre en Santander, y de la que la el Gabinete de Prensa de la Comisaría Provincial de la Policía Nacional de Santander ya había parcialmente informado, intitulado como "Encarcelado un violador que asegura tener pruebas de su completa inocencia", y que tras informar acerca de la prisión provisional acordada, se leía "la complicación del caso ha vuelto a poner de relieve el dilema de muchos procesos por violación, donde, a falta de pruebas objetivas, queda la palabra de la víctima contra la protesta del acusado. ¿Es este un violador con coartada o un inocente atrapado en un drama kafkiano?". A lo largo del artículo periodístico se podía leer numerosa información sobre el relato de hechos, concretamente, el número del portal de la calle donde residía la víctima, su nombre completo y las iniciales de sus dos apellidos, así como una redacción minuciosa sobre el desarrollo de la agresión sexual ["Después le quitó a la chica los pantalones y la desnudó por completo, a excepción del jersey con que le tapaba la cabeza. Le puso la navaja al cuello: 'Si te quitas el jersey, te mato'. Entonces la penetró. Ella, que era virgen, le suplicó que la dejase, que le estaba haciendo mucho daño. Él respondió que se callara y volvió a penetrarla. Luego, la abandonó, tumbada y semiinconsciente en el suelo y huyó"] y el contenido del desarrollo de diferentes diligencias de investigación. El 7 de octubre del mismo año, se volvería a publicar

otro artículo sobre el caso, esta vez, una reflexión del autor del primero en el que departía sobre la declaración de la víctima como medio idóneo para desvirtuar la presunción de inocencia.

A la hora de dar respuesta constitucional, nuestro magno tribunal tuvo que ponderar los derechos fundamentales positivizados en el art. 18.1 y 20.1 d) de la CE, como ya debidamente se explicitó en el caso de los arquitectos contra el Diario Baleares resultado por la STC 20/1992, de 20 de febrero (RTC 1992, 20). Respecto del derecho a la intimidad, el TC reiteraría su doctrina sobre el objeto del derecho a la intimidad (ámbito reservado frente a la acción y conocimiento de los demás) y la facultad que comporta (poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado). Por lo que respecta al derecho a comunicar información veraz, recuerda el TC su doctrina y señala que este viene referido a asuntos de interés general o relevancia pública. Sobre esta premisa, señalaría el TC, como había hecho anteriormente, que en materia de intimidad, la veracidad no opera como defensa, sino como presupuesto, en todo caso, para que exista lesión. Por tanto, la el nudo gordiano se hallaría en el interés público de lo difundido, el cual no se corresponde con la simple curiosidad ajena, sino con la relevancia para la comunidad de tal información. En este caso, el TC entendió que “con los reportajes reseñados fueron desvelados de forma innecesaria aspectos relevantes de la vida personal y privada de la joven agredida sexualmente que debieron mantenerse reservados, como lo son su propia identidad y la circunstancia de su virginidad. Al desvelarse de forma indirecta pero inequívoca su identidad (facilitando su edad, su nombre completo, las iniciales de sus apellidos y el número de la calle donde tenía su domicilio habitual), tales datos, como han puesto de relieve los órganos judiciales, permitieron perfectamente a sus vecinos, allegados y conocidos la plena identificación de la víctima, y con ello el conocimiento, con todo lujo de detalles, de un hecho tan gravemente atentatorio para su dignidad personal como haber sido víctima de un delito contra la libertad sexual, hecho éste sobre el que, como mínimo, ha de reconocerse a la víctima el poder de administrar su publicitación a terceros. En modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos tan relevantes sobre su vida privada cuyo conocimiento es trivial e indiferente para el interés público. Porque es notorio que la identificación de la víctima de la agresión fue, en el sentido más propio de las palabras, irrelevante a efectos de la información que se quiso transmitir (que la persona detenida como supuesto autor de los hechos, tras ser identificada por la víctima, negaba la autoría que se le imputaba)”.

En materia de comunicación de información sobre sucesos de relevancia penal, tal y como ha señalado el TC en las SSTC 219/1992, de 3 de diciembre; 232/1993, de 12 de julio; 52/2002, de 25 de febrero; 121/2002, de 20 de mayo, lo que reviste el interés son los resultados de las pesquisas o indagaciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, especialmente en los casos que más alarma social crean,

pero no la individualización, directa o indirecta, de quienes han sido víctima, salvo que lógicamente esta permita su conocimiento.

Sobre lo anterior, en definitiva, razonó el TC que “los datos que el reportaje enjuiciado revela sobre la joven agredida, en la medida en que permiten su completa identificación, exceden de cuanto puede tener trascendencia informativa en relación con la agresión sexual y su investigación judicial objeto del trabajo periodístico, y por ello ese contenido concreto de la información (el único que justifica el reproche que ha dado lugar a la condena civil impugnada) no merece la protección constitucional que otorga el art. 20.I d) CE, tal como estimaron correctamente las Sentencias impugnadas”.

El segundo de los casos, similar como decíamos al que motiva el presente comentario, fue el ocurrido a raíz de las publicaciones del periódico “la Voz de Asturias”, los días 4 y 6 de marzo de 1992, intituladas “Un gijonés se enfrenta a 69 años por violar a su hija en varias ocasiones” y “Aumentan la pena al gijonés que violó a su hija”, incluyéndose en este último una fotografía del encausado y padre de la demandante en amparo por vulneración de su derecho a la intimidad. En el primero de los artículos la demandante expone que se hizo una “primera identificación aproximativa de la víctima” pues de las propias iniciales como de las circunstancias del lugar y fechas contenidas en el relato, podía intuirse qué ella era la víctima. Identificación que se vio concretada ya en el segundo artículo a raíz de la publicación de la fotografía a tres columnas del autor de los hechos, que unida todo lo anterior, permitió sin ningún tipo de duda identificar a la víctima. Suponiendo todo ello, según la víctima, un grave atentado a su intimidad y propia imagen, quien en ningún momento consintió aparecer, siendo especialmente grave en el presente caos por ser menor de edad la afectada, la escabrosidad del caso motivada por una violación de un padre a su hija, y la publicación de la información durante la celebración de la vista oral, lo que supuso un plus de daño moral a la situación de la menor.

El Tribunal Constitucional elabora su fundamentación a partir de la distinción y, en su caso, posible aplicación de los derechos al honor, intimidad personal y propia imagen, pues a pesar de su estrecha relación en cuanto derechos dimanantes de la personalidad y derivados de la dignidad humana, son derechos autónomos que tienen un contenido propio y específico.

Respecto al derecho a la propia imagen, señaló el TC que este en “su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o

publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado' (STC 156/2001, FJ 6; en parecidos términos, STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 4). Por consiguiente, es obvio que no ha podido quedar afectado el meritado derecho, toda vez que en ninguna de las dos fotografías con las que se ilustraron los reportajes periodísticos originadores del conflicto aparece retratada la ahora demandante de amparo”.

Respecto de una hipotética vulneración del derecho al honor, tampoco podría sostenerse, pues “el mencionado derecho fundamental protege frente al ‘desmerecimiento en la consideración ajena’ (STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ 4), pues lo perseguido por el art. 18.1 CE ‘es la indemnidad de la imagen que de una persona puedan tener los demás’ (STC 180/1999, FJ 5). Dicho lo cual debemos rechazar resueltamente que la identificación de una persona como posible víctima de unos hechos presuntamente delictivos conlleve su escarnecimiento, humillación o desmerecimiento en la consideración ajena. En otras palabras, repugna a los valores y principios inspiradores de nuestro ordenamiento constitucional admitir que quien, como aquí sucede, ha podido ser sujeto pasivo de cuatro delitos de violación y dos de abusos deshonestos, cometidos por su propio padre, pueda padecer, además, estigmatización alguna a resultas de la divulgación de tal circunstancia. La hipotética vulneración del derecho al honor tendría lugar si, al socaire de la transmisión de esa información, se hubiera hecho uso de expresiones insultantes o vejatorias, pues es sabido que la Constitución no ha reconocido un pretendido derecho al insulto, por lo que quedan fuera de la protección que brinda el art. 20.1 d) CE aquellas expresiones que, al margen de su veracidad, resulten ofensivas u oprobiosas e impertinentes para difundir la información de que se trate (por todas, STC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4)”.

Por tanto, a juicio del TC, el problema se situaba en el conflicto entre el derecho a comunicar libremente información veraz (art. 20.1.d CE) y a la intimidad personal (art. 18.1 CE), y que como sistemáticamente ha venido recordando el TC, recuerda sobre este último que:

En primer lugar, el derecho a la intimidad tiene por objeto “garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, en contra de su voluntad (entre otras, SSTC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8; 115/2000, de 10 de mayo, FJ 4; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6; y 83/2002, de 22 de abril; FJ 5)”.

En segundo lugar, que el origen del derecho a la intimidad se halla “estrechamente vinculado a la propia personalidad y deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce (SSTC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; y 99/2002, de 6 de mayo, FJ 6), de tal suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar dicho ámbito frente a la divulgación del

mismo por terceros y frente a una publicidad no querida (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5, y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 2)".

En tercer lugar, que el contenido del derecho a la intimidad es el "derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar (SSTC 73/1982, 110/1984, 170/1987, 231/1988, 20/1992, 143/1994, 151/1997, y Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; caso Costello-Roberts, de 25 de marzo de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997)".

En cuarto lugar, que el *telos* del derecho a la intimidad es la "existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 5)" (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Pues bien, abstracción hecha de lo opinable que, en algunas ocasiones, pueda resultar la delimitación de ese ámbito propio y reservado, resulta incuestionable que forma parte del mismo el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, que viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz (STC 134/1999, de 24 de mayo, FJ 6)".

En quinto lugar, que en materia de ponderación del derecho a la intimidad y el derecho a la comunicación de información veraz, "no resulta primordial dilucidar si la información transmitida resulta o no veraz, es decir, si la periodista satisfizo el específico deber de diligencia al que ha venido refiriéndose este Tribunal desde su STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5 -mediante la aplicación de los criterios sistematizados en la STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ 6- ya que, tratándose de la intimidad, la veracidad de la información "no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión" (STC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4 y las resoluciones allí mencionadas)".

Por todo ello, la cuestión esencial del caso giraría en torno a si estamos sobre asuntos de interés general o relevancia pública, pues, precisamente, sólo es "esa

relevancia comunitaria -y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena- lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia, 'y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el eventual conflicto entre las pretensiones de información y de reserva (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5; 20/1992, de 14 de febrero; y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4)' (STC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4). Sin embargo, como veremos a continuación, el supuesto interés general de la noticia no justifica en el presente caso la publicación de ésta en la forma en que se ha efectuado".

Sobre todo lo anterior, el TC señalaría que los datos revelados por los artículos afectaban a la intimidad de la víctima en la medida que "esos artículos desvelaron de forma indirecta e inequívoca su identidad puesto que facilitaron tanto la edad que tenía en el momento de celebración de la vista oral, como las iniciales de su nombre y apellidos y las iniciales del nombre y apellidos del padre y presunto autor de las agresiones, la pequeña localidad en la que éstas habrían tenido lugar, e ilustrando el segundo reportaje con una fotografía que muestra, de perfil pero claramente reconocible e identificable, al padre de la víctima, dejándose además en el pie de foto constancia de la condición de acusado del retratado".

Como no podía ser de otra forma, el Tribunal sigue el criterio seguido en el caso inmediatamente anterior, y sostiene que "la divulgación de estos datos permitió perfectamente a sus vecinos, allegados y conocidos la plena identificación de la víctima, y con ello el conocimiento, con todo lujo de detalles, de un hecho gravemente atentatorio para su dignidad personal, cual es el haber sido víctima de un delito contra la libertad sexual. Por consiguiente debemos afirmar, con la expresada Sentencia, que "en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos tan relevantes sobre su vida privada cuyo conocimiento es trivial e indiferente para el interés público", puesto que "es notorio que la identificación de la víctima de la agresión fue, en el sentido más propio de las palabras, irrelevante a efectos de la información que se quiso transmitir", en esta ocasión el enjuiciamiento por el órgano jurisdiccional correspondiente de una conducta delictiva".

Insiste el Tribunal en que los sucesos criminales son acontecimientos noticiables, incluso con independencia del carácter de sujeto privado de la persona afectada por la noticia, sin embargo, el límite está en la individualización, directa o indirecta, de la víctima, pues ese dato no es de interés público porque carece de relevancia para la información que se permite transmitir.

En estas circunstancias, zanja la cuestión el TC sosteniendo que "los reportajes periodísticos examinados defraudaron el legítimo interés de quien por entonces era menor de edad a que no se divulgaran datos relativos a su vida personal y

familiar y a las consecuencias psicológicas resultantes de las agresiones padecidas, cuya preservación había llevado al órgano jurisdiccional que conocía de los hechos a establecer medidas limitativas de la publicidad de las actuaciones judiciales, decisión que resultó frustrada en su finalidad, como se indicó, con la publicación de tales noticias, que ahora hemos de declarar, por las razones ya expuestas, vulneradoras del derecho a la intimidad de la demandante de amparo”.

VI. EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO: UN CRITERIO HERMENEUTICO.

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en vigor desde el 28 de octubre de 2015, nació para “desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal. Por ello, el presente Estatuto, en línea con la normativa europea en la materia y con las demandas que plantea nuestra sociedad, pretende, partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales y, con ello, los del conjunto de la sociedad”.

Según se ha visto, resulta evidente que las víctimas del delito, sea por motivos de pudor o de superación del trauma sufrido, se ve necesitada de cierto aislamiento o reclusión de manera que lo último que precisa es de estar sufriendo o reviviendo el hecho delictivo a través de los voceros y programas de tertulia.

No extraña entonces que la mencionada ley en su art. 19 disponga que “las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada”, por lo que ya nos advierte de la importancia del derecho a la intimidad de las víctimas del delito. Y con total rotundidad el art. 22 señala que “los Jueces, Tribunales, Fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

No podemos perder de vista que la intimidad, y más en el contexto informático actual, si se me permite la metáfora, es como la pasta de dientes, en la medida que una vez se sale del tubo no se puede volver a meter. Resulta desde el punto de vista de la eficacia práctica que la víctima tenga que recurrir a todo un procedimiento nuevo para exigir la cesación ab initio de la difusión del hecho delictivo, es ello, a mi modo de ver, la principal razón por la que el legislador operó precisamente a través de la Ley 4/2015, una reforma de la Ley de ritos criminal para que según la previsión de su art. 301 Bis, el juez de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la víctima, pueda acordar cualquiera de las medidas a que se refiere el apartado 2 del art. 681 LECrim cuando resulte necesario proteger la intimidad de la víctima o el respeto debida a la misma o a su familia. Y, entre las medidas, está la de "a) Prohibir la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección. b) Prohibir la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares".

Extremo, el de protección de la intimidad, que puede extenderse incluso a las sesiones de juicio oral, pues razona el art. 682 LECrim que "El Juez o Tribunal, previa audiencia de las partes, podrá restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio y prohibir que se graben todas o alguna de las audiencias cuando resulte imprescindible para preservar el orden de las sesiones y los derechos fundamentales de las partes y de los demás intervinientes, especialmente el derecho a la intimidad de las víctimas, el respeto debido a la misma o a su familia, o la necesidad de evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso. A estos efectos, podrá: a) Prohibir que se grabe el sonido o la imagen en la práctica de determinadas pruebas, o determinar qué diligencias o actuaciones pueden ser grabadas y difundidas. b) Prohibir que se tomen y difundan imágenes de alguna o algunas de las personas que en él intervengan. c) Prohibir que se facilite la identidad de las víctimas, de los testigos o peritos o de cualquier otra persona que intervenga en el juicio".

Por tanto, las propias disposiciones contenidas en el Estatuto de la Víctima nos hacen avanzar firmemente hacia la necesaria prevalencia de la intimidad de la víctima del delito frente a las libertades informativas cuando la información deviene ociosa, meramente morbosa o simplemente superflua por carecer el dato revelado de interés real para la transmisión de la información, en este caso la realización aparente –o ya probado– de un hecho típico.

BIBLIOGRAFÍA

CARRIÓN OLMOS, S.: "El derecho a la intimidad", en AA.VV.: *Veinticinco años de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DEVERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

DE LA MATA BARRANCO, N. J. y BARINAS UBIÑAS, D.: "La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo socia: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela?", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2014.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.: *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

GARZÓN VALDÉS, E.: "Lo íntimo, lo privado y lo público", *Claves de razón práctica*, núm. 137, 2003.

GONZÁLEZ GAITIANO, N.: *El deber de respeto a la intimidad*, EUNSA, Barañáin-Pamplona, 1990.

GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007.

MATTEUCCI, N.: "Pubblico e privato", en AA.VV.: *Privacy e banche dei dati: aspetti giuridici e sociali* (coordinador N. MATTEUCCI), Il Mulino, Bolonia, 1981.

MILLÁN PUELLES, A.: *Fundamentos de Filosofía*, Rialp, Madrid, 2009.

MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Ediciones Destino, Barcelona, 1984.

ORTEGA Y GASSET, J.: "Socialización del hombre", en GARAGORRI HERRANZ, P.: *Obras completas de José Ortega y Gasset*, Tomo II, Revista de Occidente, Madrid, 1966.

PÉREZ LUÑO, A.:

- *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid, 2010.

- "La protección de la intimidad frente a la informática en la constitución española de 1978", *Revista de estudios políticos*, núm.9, 1979.

PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Algete, 2014.

REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Identificación de la persona", en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Parte general del Derecho civil*, Bosch, vol.2, Barcelona, 1992.

RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

SALDAÑA DÍAZ, M^a. N.: "The right to privacy. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de Warren y Brandeis", *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm.85, 2012.

SÁNCHEZ FÉRRIZ, R.: *Delimitación de las libertades informativas (fijación de criterios para resolución de conflictos en sede jurisdiccional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SEMPERE RODRÍGUEZ, C.: "Comentario al artículo 18", en AAVV.: *Comentarios a las Leyes políticas. La Constitución de 1978* (dir. ALZAGA VILLAMARIN, O.), EDERESA, Tomo 2º, Madrid, 1984.

TRUYOL Y SERRA, A. y VILLANUEVA ETCHEVERRÍA, R.: "Derecho a la intimidad e informática", *Informatica e Dirittos*, núm. 1, 1975.

URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, EUNSA, Pamplona, 1977.

WESTIN, A. F.: *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967.

RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS POR VULNERAR EL
PRINCIPIO DE COLEGIALIDAD. COMENTARIO A LA STS NÚM.
102/2017, DE 15 DE FEBRERO (ROJ 362/2017)

*LIABILITY OF THE ARBITRATORS BECAUSE OF THE INFRINGEMENT
OF THE PRINCIPLE OF COLLEGIALLY. COMMENT ON STS NO.
102/2016, OF FEBRUARY 25 (ROJ 362/2017)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 474-481



Ana Isabel
BLANCO
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de marzo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: El principio que rige el funcionamiento de todo arbitraje es el relativo a la autonomía de la voluntad de las partes, quienes pueden decidir que la controversia sea dirimida por un árbitro único o un colegio arbitral. En este último caso la decisión final debe ser adoptada por todos los árbitros, con independencia de si dicha decisión es por mayoría o unanimidad. Es lo que se conoce como principio de colegialidad, cuya vulneración conlleva a la nulidad del laudo por ser contrario al orden público, así como la responsabilidad de los árbitros que han actuado excluyendo al tercer árbitro de la deliberación final. Esta Sentencia del Tribunal Supremo analiza el caso Puma, donde dos de los tres árbitros excluyeron al tercero -el designado por Puma- para emitir el laudo, fallando el Tribunal a favor de exigir una responsabilidad a los árbitros por infringir el principio de colegialidad.

PALABRAS CLAVE: Caso Puma; arbitraje; principio de colegialidad; responsabilidad civil de los árbitros; orden público.

ABSTRACT: The principle of freedom of choice governs the arbitration procedure, whereby the parties can decide that a sole arbitrator or a three-person tribunal will settle the dispute. In the latter case, the final decision must be adopted by all the arbitrators, regardless of whether that decision is by majority or unanimity. This is known as principle of collegiality, whose infringement leads to the nullity of the arbitral award because it is contrary to public order, as well as to the liability of the arbitrators who have acted excluding the third arbitrator from the final deliberation. This judgment of the Supreme Court examines the Puma case, where two of the three arbitrators excluded the third -the one designated by Puma- to issue the award, ruling the Court finally in favor of the arbitrators' responsibility for breaching the principle of collegiality.

KEY WORDS: Case Puma, arbitration, principle of collegiality, civil liability of arbitrators, public order.

SUMARIO.- I. Principio de colegialidad.- II. Responsabilidad civil de los árbitros.

SUPUESTO DE HECHO

El día 6 de agosto de 2009, Puma S.E. interpuso una demanda arbitral contra Estudio 2000 S.A. que concluyó mediante laudo dictado el 2 de junio de 2010, condenando a Puma S.E. a pagar una indemnización de 98,19 millones de euros y sumando los honorarios arbitrales una cuantía de 750.000€.

El laudo arbitral fue emitido por mayoría, no por unanimidad, pues tras varias reuniones existía una discrepancia con respecto a la indemnización que debía concederse a Estudio S.A. por parte de Puma S.E. Dada esta discrepancia de criterio, los árbitros debían concretar una última reunión para dictar el laudo, siendo que el árbitro designado por Estudio 2000 S.A. y el presidente del colegio arbitral, emitieron el laudo el día 2 de junio aun siendo conocedores de que el árbitro designado por Puma S.E. se encontraba de viaje en el extranjero y le resultaba imposible participar o intervenir.

Esta reunión, y he aquí el quid de la cuestión, se celebró además sin la debida notificación y convocatoria del árbitro designado por Puma S.E., dictando laudo por mayoría donde se fijaba una indemnización final de 98,19 millones de euros. Este laudo fue notificado a las partes y al tercer árbitro ese mismo día, haciendo constar que el laudo había sido firmado por ambos árbitros de conformidad con el artículo 37.3 de la Ley de Arbitraje, no constando la firma del tercer árbitro por no haber prestado aún su conformidad a dicho laudo.

A la vista de la exclusión del tercer árbitro, la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid anuló el laudo por ser contrario al orden público, de conformidad con el artículo 41.1.f) de la Ley de Arbitraje. Posteriormente, Puma S.E. interpuso demanda de responsabilidad civil de los árbitros D. Luis Jacinto Ramallo García y D. Miguel

• **Ana Isabel Blanco García**

Licenciada en Derecho (2010) y en Administración y Dirección de Empresas (2010) por la Universidad de Valencia, Máster en Derecho de la Empresa (2012) y Doctora internacional en Derecho por dicha universidad (2015). Actualmente ocupa el cargo de Profesora Ayudante Doctor del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universidad de Valencia y Secretaria académica del Máster en Derecho, Empresa y Justicia. Es miembro del grupo de investigación Medarb-UV y del proyecto MINECO DER2013-44749-R (Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia: integración, 'glocalización', Derecho público y ODR como alguno de sus retos). Ha centrado sus líneas de investigación en el Derecho procesal y en el derecho bancario, especialmente en las cláusulas abusivas y las vías extrajudiciales de resolución de conflictos con los clientes bancarios. Correo electrónico: A.Isabel.Blanco@uv.es.

Temboury Redondo ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 43 de Madrid, quien por sentencia de 20 de septiembre de 2013 los condenó a satisfacer al actor la suma de 750.000€, más el interés legal de dicha suma desde la fecha de interpelación judicial, así como las costas del proceso judicial. La cuestión objeto de controversia refiere de la posible responsabilidad de los árbitros en su actuación durante el procedimiento arbitral llevado a cabo en el caso de la mercantil Puma S.E., a fin de determinar la existencia de dolo, mala fe o temeridad al excluir al árbitro designado por la citada mercantil de la deliberación final del caso.

Sentencia recurrida pero confirmada por la Sección 8ª de la AP de Madrid de 27 de octubre de 2014 (Roj SAP M 19638/2014), así como en última instancia por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha de 15 de febrero de 2017, determinando finalmente la existencia de responsabilidad civil por conducta temeraria de los árbitros demandados.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La cuestión principal planteada refiere de la posible responsabilidad de los árbitros derivada de la exclusión indebida del tercer árbitro, designado por la reclamante, en la deliberación del laudo. A tal fin, el Tribunal Supremo examina cada uno de los argumentos que sirven para justificar la concurrencia de temeridad en su actuación y determinar así la procedencia o improcedencia de los recursos formulados por los árbitros.

El Tribunal Supremo analiza la conducta de los tres árbitros que conformaron el colegio arbitral durante el arbitraje, con especial interés en la deliberación y votación final, para determinar si hubo temeridad por parte del árbitro designado por una de las partes y aquel que ejerció como presidente, así como si el tercero obstruyó dicha deliberación.

Bajo esta premisa, reafirma lo concluido en las instancias previas sobre el laudo. En efecto, señala que la nulidad del laudo no fue consecuencia de haber sido dictado por mayoría, pues esa posibilidad viene contemplada en la propia Ley de Arbitraje (art. 37. 3º), sino por la actuación de los árbitros demandados que optaron por prescindir del tercero, justamente el designado por la parte afectada en el arbitraje -ahora demandante-, no convocándolo ni notificándole las reuniones para la elaboración del laudo definitivo.

Precisamente, la Ley de Arbitraje, en su artículo 21 restringe la responsabilidad de los árbitros a los "daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad y dolo", entendiéndose que debe responderse de los daños causados de forma intencional y negligente. Por ello, el Tribunal Supremo califica la actuación de los dos árbitros demandados como temeraria, pues "la temeridad se identifica con una negligencia

inexcusable, con un error manifiesto y grave, carente de justificación (...) Llevar adelante la regla del dos contra uno obtenido mediante la eliminación de tercer árbitro de los debates y votación no es posible”, y más en este caso donde el tercer árbitro no impidió u obstaculizó la deliberación y dictado del laudo, bien por mayoría, bien por unanimidad.

COMENTARIO

I. PRINCIPIO DE COLEGIALIDAD.

La propia Ley de Arbitraje contempla, en sus artículos 35 y 37, el principio fundamental de colegialidad, que deviene esencial para el buen fin del arbitraje y del que los árbitros son conocedores al ser profesionales del derecho. Así pues, el art. 37.3 alude a la necesidad de que el laudo vaya firmado por los árbitros, debiendo dejar constancia de su voto a favor o en contra. Ahora bien, en aquellos casos en los que la controversia sea dirimida por más de un árbitro, indica que será suficiente con las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de las restantes firmas. Este extremo se respeta en el laudo dictado, donde expresamente se manifiesta que el laudo ha sido firmado por los dos árbitros (codemandados), formando la mayoría de los miembros del colegio arbitral requerida por la Ley de Arbitraje. Asimismo, señala que no consta la firma del tercer árbitro por no haber prestado conformidad al contenido del mismo.

Por su parte, el art. 35 LA prevé el procedimiento para la adopción de decisiones colegiadas. Para ello indica que “cuando haya más de un árbitro, toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubieren dispuesto otra cosa”. En efecto, como señala la AP de Madrid, esta mayoría se configura como un “principio esencial democrático que informa toda actuación de esa naturaleza”. Si no hubiere mayoría, la decisión será tomada por el presidente del colegio arbitral, e igualmente señala el precepto legal que, “salvo acuerdo de las partes o de los árbitros en contrario, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento”.

Siguiendo a GONZÁLEZ-SORIA, existe una obligación de que el laudo respete el quórum exigido (GONZÁLEZ-SORIA Y MORENO DE LA SANTA, J.: “Las responsabilidades de los árbitros”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, p. 938), es decir, que todos los árbitros que integran el tribunal arbitral participen en la deliberación final, con independencia de que esta decisión sea adoptada por unanimidad, por mayoría o por el voto de calidad del presidente. Ahora bien, la ausencia de alguno de los árbitros designados por alguna de las partes no presupone necesariamente la indefensión de ésta, aunque sí incurre en un vicio del procedimiento amén de ser una causa de nulidad por contravenir el orden público.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de julio de 1982 (RJ 1982, 4232), pues entiende que un laudo arbitral dictado sin la “concurriencia de la totalidad de los nombrados o, en su caso, de los designados para sustituirlos, para que el órgano colegiado cumpla legalmente la función arbitral que se le encomendó”, dado que dicha situación vulnera el principio de la colegialidad. *Sensu contrario*, no constituye causa de nulidad del laudo el hecho que éste hubiera sido emitido solamente por dos de los tres árbitros designados, siempre y cuando los tres hubieran concurrido al proceso de deliberación y el laudo fuera emitido por mayoría [SAP Madrid 11 diciembre 2003. F.D. 2º (RJ 2004, 89692)].

En otras palabras, la esencia de la colegialidad reside no tanto en la necesidad de alcanzar una decisión por unanimidad, sino en la concurrencia de todos los miembros del colegio arbitral al proceso de deliberación y fallo, lo que permitiría, sin invalidar el título, que el mismo fuera firmado solo por la mayoría. Ahora bien, existe una excepción contemplada en el art. 19 LA para aquellos casos en los que exista, por parte del árbitro, una falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones encomendadas, permitiendo el cese de su cargo. Sin embargo, esto no es lo que sucedió en el caso aquí comentado, pues el árbitro designado por Puma S.E. se encontraba de viaje, habiendo informado de ello previamente a los demás árbitros, por lo que resulta imposible alegar esta excepción.

La AP de Madrid (ROJ 19638/2014) basa la anulación en la irregularidad en la conformación de la decisión del órgano arbitral, pues la “esencia de la conformación de la voluntad del tribunal en la deliberación y votación final se proyecta igualmente como medio de control interno de sus miembros, y externo de sus destinatarios, respecto de la decisión adoptada; es decir, no se trata de que (...) se pueda descartar «ad límine» la intervención de los restantes miembros, pues estos tienen el derecho y la obligación de conocer tanto las razones internas que justificaron la decisión y votación final (...) como externas, por la manifestación positiva de los pronunciamientos concretos emitidos (...) sumándose a ello la facultad inherente a esa discrepancia minoritaria de formular el correspondiente voto particular el discrepante, para que los destinatarios tengan cabal conocimiento de su real conformación y criterios jurídicos tenidos en cuenta para aprobarlo (...)”.

En consecuencia, la LA permite la adopción de una decisión final por mayoría, pero en ningún caso faculta a ningún árbitro -ni siquiera a aquel que ejerce la presidencia- excluir del proceso de deliberación y emisión del fallo al árbitro que manifieste un criterio discrepante.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ÁRBITROS.

El art. 21.1º de la Ley de Arbitraje establece el régimen de responsabilidad de los árbitros, señalando que “La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la

institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros”. Por tanto, la responsabilidad de los árbitros queda constreñida a actuaciones con mala fe, temeridad o dolo.

La STS 429/2009, 22 junio 2009, sienta las bases de lo que debe entenderse mala fe, temeridad o dolo, fijando los requisitos para exigir responsabilidad civil a los árbitros por su actuación. En concreto establece que, desde un punto de vista positivo, la responsabilidad que pueda imputarse a un árbitro por su actuación en el ejercicio de la función encomendada debe ser consecuencia de una infracción manifiesta, esto es, “producto de una grave negligencia”. Por el contrario, desde un punto de vista negativo, esta responsabilidad no será exigible si no excede “los límites de los inevitables márgenes de error en que se producen las actuaciones arbitrales”.

La responsabilidad en este asunto -objeto de este comentario- derivaría de la actuación temeraria de los árbitros, pues no queda acreditada lo que se conoce como antijuricidad dañina internional, descartándose la mala fe y el dolo en tal actuación. De acuerdo con la doctrina del TS, la temeridad no se identifica con la intención de causar perjuicios, sino con “una negligencia inexcusable, con un error manifiesto y grave, carente de justificación”, ligada a lo que definen como una “acción arriesgada por parte de quienes conocen su oficio y debieron aplicarlo en interés de quienes les encomendaron llevar a buen fin el arbitraje”. Es decir, derivada de la falta de diligencia debida en su actuación, con especial interés en la garantía del principio de colegialidad, manifestado por la deliberación conjunta de los tres co-árbitros. De hecho, el TS califica la actuación de los árbitros de ignorar al tercer árbitro como “insólita”, “insospechada” y “al margen del buen juicio”, que no sirve sino para desnaturalizar el propio procedimiento arbitral. Precisamente, la AP Madrid (ROJ 19638/2014) concluye que la exclusión del tercer árbitro excede los márgenes de error inevitables pero admisibles, pues se infringió -con pleno conocimiento de ello- el principio de colegialidad, norma rectora general del procedimiento arbitral (F.D. Tercero, ap. 3°).

Asimismo, reprocha a los árbitros recurrentes que utilicen las reglas arbitrales, aquellas que ellos mismos han ignorado, para justificar una actuación que “de admitirse, invalidaría la propia esencia de lo que constituye la deliberación y decisión de todos los integrantes de un tribunal arbitral o jurisdiccional y que es consustancial al principio de colegialidad y de contradicción” (F.D. 2° STS 102/2017).

Por otro lado, la STS 22 junio 2009 señala el criterio de causalidad o existencia de nexo causal entre la acción productora del daño y el resultado para imputar responsabilidades al árbitro. Asimismo, señala que el daño o perjuicio económico

sobre el patrimonio del interesado no debe poder ser reparado de ninguna otra forma, siendo responsable el árbitro de dicha reparación.

El daño en este caso deriva de la anulación del laudo por vulnerar el orden público según el art. 41.f) LA, siendo el coste cuantificable y cierto, dado por los propios costes del arbitraje (anulado) y por el nuevo procedimiento arbitral iniciado para resolver la controversia. Por tanto, resulta evidente el nexo causal entre la actuación de los árbitros demandados y el daño causado a Puma S.E.

Finalmente, en lo que respecta a la alegación de los recurrentes de la actuación obstruccionista del tercer árbitro, cabe señalar que esta tampoco se ha producido en tales términos, pues si bien es cierto que solamente los dos árbitros coincidían en el resultado del laudo, el árbitro designado por Puma S.E. no ha manifestado intención de prolongar o disuadir de la opinión mayoritaria, sino de debatir, pero nunca entorpeciendo el proceso de deliberación. Lo que se ha producido en este caso es una incomunicación con el tercer árbitro, ignorante de la reunión para la elaboración del laudo, impidiendo de facto la posibilidad de emitir un voto particular, por cuanto la propia notificación del laudo vincula a los árbitros, no pudiendo modificar su contenido salvo las correcciones o aclaraciones pertinentes de acuerdo con los términos del art. 39 LA.

Por tanto, a la vista de los argumentos expuestos, se desestiman los recursos planteados, casando el fallo del órgano jurisdiccional inferior y confirmándose, por ende, la responsabilidad civil de los dos árbitros y la condena a pagar una indemnización de 750.000€ cada uno a Puma S.E.

EL DERECHO A LA ACCIÓN INDIVIDUAL EN LAS CLÁUSULAS
SUELO. COMENTARIO A LA STC NÚM. 223/2016 DE 19
DICIEMBRE (RTC 2016, 223)

*THE RIGHT OF INDIVIDUAL ACTION ON FLOOR CLAUSES.
COMMENT ON STC N° 223/2016, OF DECEMBER 19 (RTC 2016, 223)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 482-491



María José
CATALÁN
CHAMORRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de marzo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: La sentencia aquí comentada supone la última declaración por el Tribunal Constitucional de vulneración a la tutela judicial efectiva por parte de los Juzgados de lo Mercantil y de la Audiencia Provincial de Barcelona ante las suspensiones y archivos de causas relativos a las cláusulas suelo. Todo ello a la espera de la resolución de un proceso colectivo sobre cláusulas suelo iniciado en 2010 ante los Juzgados de lo Mercantil nº 11 de Madrid.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas suelo, acción individual, acción colectiva, derecho a la tutela judicial efectiva.

ABSTRACT: The ruling discussed is the last determination of the Spanish Constitutional Court about the right to effective judicial protection violation by Commercial Courts and Provincial Courts of Barcelona on the suspension and dismissing proceedings related to floor clauses. All of this while we are waiting for the decision of the collective action against floor clauses filed before the Commercial Court 11 of Madrid in 2010.

KEY WORDS: Floor clauses, individual action, collective action, the right to effective judicial protection.

SUMARIO.- I. Litispendencia impropia y/o prejudicialidad civil.- II. Incongruencia de la sentencia por extra petitum.- III. Interpretación extensiva del Tribunal Constitucional.- 1. Análisis del derecho sustantivo para la argumentación constitucional.- 2. Revisión de la STJUE de 14 de abril de 2016.- IV. Falta de litispendencia por ausencia de elementos esenciales.- V. Conclusión.

SUPUESTO DE HECHO

La presente Sentencia viene a proteger al consumidor que actúa a través de la acción individual para reivindicar conjuntamente una acción declarativa de nulidad de una condición general de la contratación –de las llamadas cláusula suelo- y otra de reclamación de cantidad.

Acción que se interpuso el 23 de julio de 2013 mediante juicio ordinario, frente a la entidad Catalunya Banc, S.A. y que, sin embargo, fue declarada en suspensión en primera instancia y archivada en apelación, hasta la resolución de la acción colectiva del procedimiento instado por la Asociación de usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAE), para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, presentada ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid (procedimiento ordinario núm. 471/2010) donde se impugnaba, entre otras, una cláusula suelo similar a la que afectaba a la demandante.

Así las cosas, esta acción individual quedó supeditada a la decisión judicial de un proceso colectivo diferente a esta causa individual, tanto en el ámbito objetivo como en el subjetivo, donde no se tenía oportunidad de participar en plenas condiciones al haberse iniciado dos años antes de la citada suspensión. Todo ello se produjo en contra de la autonomía de la voluntad del demandante y cercenando sus posibilidades de defensa a través de una línea de defensa jurídica distinta de la que sostuvo ADICAE, vulnerando de este modo el derecho al proceso debido.

El 7 de julio de 2015 se interpuso demanda de amparo contra las dos resoluciones judiciales -Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona, de 31 de marzo de 2014 (procedimiento ordinario núm. 556/2013) y el Auto de la

• María José Catalán Chamorro

Doctoranda del área de Derecho Procesal de la Universitat de València, Licenciada en Derecho (2012) por la Universidad de Córdoba, Máster oficial con perfil investigador en Comercio Exterior e Internacionalización de Empresas por la misma universidad (2013). Dentro de sus líneas de investigación se encuentra el acceso a la justicia y la legitimación de los consumidores y usuarios, así como los ODR de consumo. Correo electrónico: maria.jose.catalan@uv.es.

Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de junio de 2015, que desestimó el recurso de apelación (rollo núm. 507/2014) promovido contra la resolución anterior-.

Esta Sentencia viene a contradecir, en parte, lo dispuesto en la cuestión prejudicial civil presentada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, (STJUE 2016, 138 -Asunto Jorge Sales Sinués y Otro contra Caixabank, S.A y Otro, Sentencia de 14 abril 2016-) donde se interpreta la norma europea en el sentido que la normativa nacional obliga al juez nacional que conoce de una acción individual de un consumidor; dirigida a la declaración del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de dicha acción hasta la sentencia firme de una acción colectiva que se encuentra pendiente. Pero condiciona la suspensión al ejercicio de la acción colectiva por parte de una asociación de consumidores que solicite el cese del uso de una cláusula análoga. Lo curioso es que no se toma en consideración la pertinencia de la suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor; que presentó una demanda judicial individual ante el juez y a quien, sin embargo, no se le da la oportunidad de decidir sobre su desvinculación de la acción colectiva.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La sentencia comentada es una de las más relevantes de la línea jurisprudencial que ha marcado la reciente el Tribunal Constitucional en torno a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a consecuencia de la suspensión y sobreseimiento de procesos individuales de acciones de nulidad de las llamadas cláusulas suelo y la correspondiente indemnización por los perjuicios causados. Esta práctica habitual de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona ha sido valorada por el Tribunal Constitucional como una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva según la jurisprudencia. En concreto, merecen reseñarse las SSTC (Sala Primera), sentencia núm. 3/2017 de 16 enero (RTC 2017, 3); (Sala Primera), sentencia núm. 4/2017 de 16 enero (RTC 2017, 4); (Sala Segunda), núm. 221/2016 de 19 diciembre (RTC 2016, 221); núm. 218/2016 de 19 diciembre (RTC 2016, 218); y las SSTC (Sala Primera), núm. 207/2016 de 12 diciembre (RTC 2016, 207); núm. 209/2016 de 12 diciembre (RTC 2016, 209); núm. 208/2016 de 12 diciembre (RTC 2016, 208); y la núm. 206/2016 de 12 diciembre (RTC 2016, 206).

Todas ellas toman como base la STC núm. 148/2016 de 19 septiembre (RTC 2016, 148) donde se ahonda en la interpretación irrazonable de la ley procesal y contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –de la sentencia citada *supra*- que impide al recurrente en amparo obtener una resolución de fondo sobre sus pretensiones y estima una vulneración existente y reiterada (CORDÓN MORENO, F.: "Acción colectiva y acción individual para la tutela de los derechos de

los consumidores: Relación entre ambos procesos”, *Revista CESCO de Derecho de los Consumidores*, núm. 20, 2016).

Por tanto, son muchas las cuestiones jurídicas apuntadas por el Tribunal Constitucional sobre las resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil y la Audiencia Provincial de Barcelona. Es interesante analizar sus argumentaciones respecto de los pretextos planteados y que le llevaron a vulnerar la tutela judicial efectiva de los afectados que reivindicaron sus derechos por el mal endémico de las cláusulas suelo.

COMENTARIO

I. LITISPENDENCIA IMPROPIA Y/O PREJUDICIALIDAD CIVIL.

Las excepciones procesales que han planteado los bancos demandados y que han sido estimadas por los tribunales son la litispendencia impropia y la prejudicialidad civil. Sin embargo, tal y como ha expresado el Tribunal Constitucional y otros tribunales de justicia en sus sentencias, no hay cabida para apreciar ninguna de las dos excepciones.

Por un lado, la litispendencia impropia (concepto acuñado tras la STS núm. 628/2010, de 13 de octubre) implicaría que la sentencia que recayese en el proceso precedente –colectivo de ADICAE– se hiciese extensiva a usuarios no incluidos en la demanda, de conformidad con los arts. 43 y 11.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta argumentación se apoya en la interpretación dada por la AP de Barcelona del art. 222.3 LEC, donde estableció que “nuestro legislador optó claramente por un sistema de afectación personal de lo resuelto en la acción colectiva a todos los integrantes del grupo, esto es, a todos los afectados, tanto en el caso de que lo resuelto sea favorable como adverso”, amén de la estimación de inexistencia de una regulación del derecho de autoexcluirse del grupo, aun cuando de esta manera entendamos que los derechos de los afectados se limiten. Así mismo, los afectados quedarían absolutamente vetados para iniciar con posterioridad a la acción colectiva otras acciones de carácter individual que versasen sobre el mismo objeto, debido a la cosa juzgada.

Afortunadamente, la doctrina constitucional nos ampara con la prohibición de llevar a cabo interpretaciones restrictivas de los requisitos procesales que obstaculicen el acceso al proceso, con aplicación del canon del principio *pro actione* [SSTC (Sala Primera), núm. 132/2014 de 21 julio (RTC 2014, 132); núm. 75/2008 de 23 junio (RTC 2008, 75); núm. 112/2004 de 12 julio (RTC 2004, 112) y la STC (Sala Segunda), núm. 26/2008 de 11 febrero (RTC 2008, 26); entre otras]. Así, como alega el demandante, la intervención del consumidor individual en una acción colectiva ya

iniciada por una asociación de consumidores y usuarios, aunque sea una posibilidad prevista en el art. 11 LEC, no es una intervención obligatoria.

II. INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA POR *EXTRA PETITUM*.

Tal y como declara el Ministerio Fiscal, la sentencia del tribunal *ad quem* adolece de incongruencia, pues la declaración de oficio de la litispendencia puede suponer la vulneración del derecho a no padecer indefensión, amén de la incongruencia de la sentencia por otorgar lo no pedido e incluso al derecho al proceso debido. Destaca además que los autos aquí impugnados “excluyen de manera arbitraria, enervante y formalista la posibilidad de acciones individuales a los perjudicados primando las acciones colectivas, sin acreditar elementos de prueba esenciales, e impidiendo el acceso a una resolución de fondo tal y como exige el art. 24.1 CE que han vulnerado”.

Las potenciales sentencias contradictorias que pudiesen surgir debido a la citada litispendencia serían igualmente imposibles debido a que los intereses en juego en cada una de las acciones son distintos. Y más cuando, como es el caso, los recurrentes no forman parte del elenco de los concretos intereses defendidos en el otro proceso ni tan siquiera que hayan sido llamados a ese proceso lo que, en todo caso, no puede constituirse ni en una obligación ni en una carga procesal con consecuencias negativas frente a su derecho individual a la tutela judicial efectiva (Recomendación UE de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión).

III. INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El Ministerio Fiscal se centró en la defensa de la acción individual del consumidor a través de la interpretación extensiva de los fallos judiciales. Concretamente, los fallos recurridos consideraron que con base en el inicio del art. 11.1 de la LEC “Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados (...)”, es notoria la necesidad de amparo principal y primigenio a los consumidores que actúan individualmente. Por ello, el Ministerio Fiscal califica la decisión de la AP de Barcelona como poco fundada en derecho, arbitraria y con falta de interpretación armónica de los arts. 11.1. y 15 de la LEC.

El Ministerio Público continúa su argumentación manifestando la falta de fundamentación del fallo, al adolecer de la documentación del proceso preexistente; la falta de promoción y motivación para introducir la acumulación de procesos, antes de acceder a la prejudicialidad civil, como indica el art. 43 de la LEC, así como la falta de previsión de una sentencia colectiva, donde el tribunal podría haber limitado sus

efectos solamente a quienes fueron parte en el proceso, en virtud del art. 221.1.2 LEC.

El Tribunal Constitucional, en el momento de valorar la demanda de amparo, sigue un criterio unitario, flexible, no formalista e importa así la cognición de “la vulneración constitucional denunciada y la pretensión deducida” como se desprende de su jurisprudencia [STC núm. 214/2005, de 12 de septiembre (RTC 2005, 214), FJ 2 y STC núm. 123/2010, de 29 de noviembre (RTC 2010, 123), FJ 2, entre otras]. Doctrina jurisprudencial donde se prioriza la valoración de una posible vulneración de un derecho constitucional sobre la forma de presentación de la misma.

I. Análisis del derecho sustantivo para la argumentación constitucional.

Después de un análisis exhaustivo de la legislación española y comunitaria, el Tribunal Constitucional concluye tajante que “el legislador asume no solamente que el consumidor individual no necesita estar presente en las actuaciones del proceso colectivo y, por ello mismo, puede actuar al margen de él ejercitando la acción de nulidad individual en un proceso autónomo. También que, en consecuencia, no puede deducirse judicialmente ninguna privación o sacrificio a dicha acción individual, por mor de una carga de personación al proceso de cesación que no existe” [STC núm. 148/2016 (RTC 2016, 148), FJ 4 b)]. Esta sentencia, por tanto, constituye un precedente, cambiando el rumbo de la jurisprudencia de la AP de Barcelona.

La Sentencia proseguía señalando que en la legislación española, -ni siquiera en la redacción del artículo 53 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que prevé la acción de cesación en su alcance más amplio- “no fija ningún tipo de preterición, sea por la vía de la litispendencia u otra, de las acciones individuales frente a la acción colectiva de cesación, quedando indemne el derecho del interesado para impetrar la tutela autónoma de sus derechos e intereses legítimos de manera separada”. En consecuencia, no aparecen normas que habiliten al juez para acordar la exclusión o archivo del proceso de nulidad individual por la mera admisión a trámite de una acción de cesación de la misma cláusula. Así las cosas, resultan más bien claras las expresiones del legislador en sentido contrario a esa tesis restrictiva del derecho de acceso a la jurisdicción, expresada en los autos recurridos [STC núm. 148/2016 (RTC 2016, 148), FJ 4 c)].

Ni la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, ni el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, prevén la legitimación de afectados individuales para ejercitar la acción de cesación, si bien éstos podrían confiar su caso a alguna de las entidades –asociaciones de consumidores- legitimadas como pretensión acumulada, lo que en el caso aquí comentado no sucedió. Así es,

en ninguno de los procesos se ofreció a los afectados la posibilidad de acumular su causa al proceso colectivo.

En el análisis de la norma comunitaria se alude tanto a la Directiva 98/27/CE de 19 de mayo de 1998, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre acciones de cesación, como a la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, donde del sentido general de las normas se infiere una clara reserva, en todo caso, del ejercicio de las acciones individuales por los interesados, de igual forma que la normativa española.

2. Revisión de la STJUE de 14 de abril de 2016.

En la interpretación que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2016 (TJCE 2016, 138) (ver más en CORDÓN MORENO, F.: "Relación entre la acción colectiva de los derechos de los consumidores. Cuestión prejudicial de Derecho comunitario: la STJUE de 14 de abril de 2016", *Centro de estudios de consumo, Publicaciones Jurídicas*, 25 mayo de 2016) hace del art. 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidor, expone el TC que se debe deducir que tal precepto se refiere a la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas «eficaces» en defensa de los consumidores, subrayando las diferencias existentes entre las acciones de cesación, que tienen carácter preventivo y finalidad disuasoria, y las acciones individuales, encaminadas a la protección de los mismos.

Añade, además, que la articulación de ambas no puede hacerse de modo que cause merma en los derechos de los consumidores (STJUE, apartado 29), debiendo cada Estado asegurar que sus reglas satisfagan los principios de equivalencia y efectividad (STJUE, apartado 32).

Pues bien, el derecho de acción del consumidor individual se considera quebrantado al producirse una vinculación de dicho derecho con el resultado de la acción de cesación "incluso cuando decida no participar en la misma", es decir, afectando a la autonomía de su voluntad y al principio dispositivo.

De conformidad con lo expuesto por el Tribunal en los autos recurridos, se ha dictado un fallo alegal, es decir, "prescindiendo del marco normativo propio de las acciones colectivas de cesación al que debía atenderse (...)". Así mismo, se le ha denegado la tutela jurisdiccional solicitada a través de la demanda de nulidad individual de cláusula abusiva, para remitir al actor al resultado de un proceso sobre acciones de cesación contra varias entidades bancarias y diversas cláusulas, iniciado, dos años antes en un Juzgado de Madrid por una asociación de consumidores.

Bajo nuestro punto de vista, la interpretación que los Juzgados y tribunales de Barcelona venían haciendo supone una grave merma de los principios procesales tales como la inmediación respecto del juez que dirimía el proceso colectivo; de contradicción e igualdad de las partes, respecto del derecho de los consumidores a ser oídos y a probar sus acusaciones a través del proceso colectivo; de aportación de parte, puesto que el actor individual al no estar acumulada su causa no puede ser oído en el proceso colectivo; de congruencia de la sentencia, por incongruencia *extra petitum* analizada *supra*; de eficacia procesal, al tener que esperar la resolución de una causa más compleja de la que el consumidor individual presenta y, finalmente, el principio de disposición, ya que la acción individual se plantea como subsidiaria del resultado del proceso colectivo, incluso en contra de la voluntad del actor.

IV. FALTA DE LITISPENDENCIA POR AUSENCIA DE ELEMENTOS ESENCIALES.

La alegación de litispendencia se desmonta en el auto recurrido debido a la falta de conexión objetiva entre ambos procesos. Y es que, aun cuando la AP de Barcelona reconoce que el objeto de la *litis* no es idéntico, se ampara en las posibles situaciones futuras de sentencias contradictorias, de imposible coexistencia jurídica. No obstante, observamos también cómo la identidad de procesos se plantea como dudosa, debido a la falta de identidad subjetiva, ya que no existe legitimación indirecta impuesta *ex lege*, puesto que el recurrente no era parte del proceso colectivo.

Así las cosas, la demanda de cesación se configura por ley como instrumento de control abstracto de cláusulas ilícitas, tratando que el profesional demandado deje de recomendarlas o suscribirlas con sus potenciales clientes, es decir, con futuros consumidores. Ahora bien, no pretende, como objeto principal de la demanda, aplicar los efectos retroactivos de nulidad en las actuaciones, ni en la indemnización por daños y perjuicios. A mayor abundamiento, lo cierto es que en ese proceso no se conoció de la cláusula suelo de “su” contrato ni de las circunstancias concurrentes en su celebración. Ello supuso una limitación de las posibilidades de impugnación individual a futuros si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base a las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas.

En ambos autos recurridos se da una interpretación analógica de la norma, con la finalidad de obtener un efecto extensible de la cosa juzgada derivada de la estimación de la acción de cesación a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor. En contra de esta analogía se acaba de pronunciar el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, en su Sentencia de 16 febrero de 2017 (JUR 2017, 48020) ante la macro-causa, con más de 3.000 afectados por las preferentes, representada por la asociación ADICAE, donde se ha rechazado la acción colectiva, ya que como determina la Sentencia “el campo adecuado para hacer valer tal pretensión

es la acción de nulidad por vicio y error en el consentimiento, atendiendo a las circunstancias individuales de cada contratación”.

V. CONCLUSIÓN.

Las actuaciones judiciales de los autos recurridos pueden ser calificadas de poco diligentes ya que debía de haberse contemplado la acumulación de procesos de oficio por el tribunal a la luz del art. 76.I. 1º de la LEC, con la finalidad de evitar infringir el derecho a la tutela judicial efectiva.

En su lugar, se prefirió dictar prejudicialidad civil en los términos del art. 43 de la LEC, constituyendo una media extraordinaria y condicionada a la imposibilidad de acordar la acumulación de procesos. En este caso, se obtuvo como resultado la suspensión del proceso hasta la resolución de la acción colectiva en primera instancia. En segunda instancia, la AP de Barcelona procedió al archivo y sobreseimiento de la causa por litispendencia, aunque no se aprecia la identidad suficiente de elementos objetivos ni subjetivos con la causa colectiva con la que pretende asimilar la *litis* individual, en virtud de lo dispuesto en el art. 421.I de la LEC.

¿ES INSCRIBIBLE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL EN FAVOR DE LA MUJER DE LA MADRE BIOLÓGICA DE UN NIÑO, SIN QUE SEA PRECISO JUSTIFICAR EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA? COMENTARIO A LA RDGRN 8 FEBRERO 2017.

IS IT NECESSARY THE PROOF OF ASSISTED REPRODUCTION TO REGISTER A CHILD AS LEGITIMATE IN CASE OF MARRIAGE CONTRACTED BY TWO WOMEN? COMMENT ON RDGRN 8 FEBRUARY 2017.

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 492-501



José Ramón
DEVERDA y
BEAMONTE.

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: El presente artículo analiza si, existiendo un matrimonio entre dos mujeres, es necesario acreditar la práctica de la reproducción asistida para poder inscribir en el Registro Civil a un niño como matrimonial.

PALABRAS CLAVE: Determinación de la filiación; reproducción asistida; matrimonio entre dos mujeres; Registro Civil.

ABSTRACT: This paper analyses (in case of marriage contracted by two women) whether it is necessary or not the proof of assisted reproduction to register a child as legitimate.

KEY WORDS: Determination of filiation; assisted reproduction, marriage contracted by two women); Civil Registration.

SUMARIO.- 1. La usuaria de las técnicas de reproducción asistida.- 2. La necesidad de consentimiento previo del marido y su significado jurídico.- 3. El consentimiento de la mujer de la usuaria a la inscripción del hijo como matrimonial.- 4. La posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la no exigencia de acreditación de que el hijo ha nacido mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida.- 5. Crítica de dicha posición.- 6. Valor del previo consentimiento de la mujer a que la usuaria se someta a la procreación artificial.- 7. Previo consentimiento de la conviviente “more uxorio” y posesión de estado.

SUPUESTO DE HECHO.

Las recurrentes contrajeron matrimonio el 14 de agosto de 2007 y son madres de dos hijos nacidos el 20 de marzo de 2009. Solicitaron que en la inscripción de nacimiento de otro hijo biológico de una de ellas, nacido el 30 de julio de 2016, se hiciera constar asimismo su filiación respecto de la cónyuge no gestante sin necesidad de aportar justificación de que el nacimiento se produjo como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida, alegando que el apartado 5 del art. 44 de la Ley del Registro Civil de 2011, en vigor desde octubre de 2015, no lo exige. El encargado del registro rechazó tal pretensión, por entender que es necesario probar que la gestación se ha producido mediante técnicas de reproducción asistida y no ser aplicable la presunción de filiación matrimonial del art. 116 CC. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha estimado el recurso.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Es posible la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida. Todo ello sin perjuicio de las acciones de impugnación de la filiación que pudieran tener lugar en caso de que la gestación no lo hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA pues la filiación establecida en ese caso no

• José Ramón de Verda y Beamonte.

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se graduó, obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y de Valencia, encontrándose en posesión del Premio Extraordinario de Doctorado de esta última. 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. Director del Proyecto de Investigación MINECO DER2013-47577-R, “Impacto social de las crisis familiares”. Ha coordinado diversas obras colectivas, como, por ejemplo, “Comentarios a las Reformas de Familia de 2005”, Thomson-Aranzadi, 2006; “Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica de 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen”, Thomson-Aranzadi, 2006; “El derecho a la propia imagen desde todos los puntos de vista”, Thomson-Aranzadi, 2011; “Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares”, Thomson-Aranzadi, 2012, o “Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones”, Thomson-Aranzadi, 2015. Correo electrónico: jramon.de-verda@uv.es.

quedaría amparada por la condición de inimpugnable que contempla el artículo 8 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida

COMENTARIO

I. LA USUARIA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

A tenor del art. 6.1 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, “Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa”. No obstante, por aplicación del art. 3.1 de la Ley, podrá negarse el uso de estas técnicas, cuando dadas las circunstancias, p. ej., la avanzada edad de la solicitante o su precario estado de salud, “no haya posibilidades razonables de éxito” o exista “un riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia”.

“La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual” (art. 6.1.II). Ahora bien, “Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente”, consentimiento que deberá prestarse de manera “libre, consciente y formal” (art. 6.3). La razón de esta exigencia es clara: hay que ponerla en relación con la presunción de paternidad del marido de los hijos nacidos, constante el matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o separación legal o de hecho de los cónyuges (art. 116 CC). Por ello, parece lógico que si la usuaria está casada, no con un varón, sino con otra mujer, aquélla no necesite el consentimiento de ésta para poder acudir a las técnicas de reproducción asistida.

II. LA NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO PREVIO DEL MARIDO Y SU SIGNIFICADO JURÍDICO.

Si la usuaria está casada con un varón, cuando éste (tal y como exige el art. 6.3 de la Ley 14/2016) haya prestado “su consentimiento formal, previo y expreso” a que aquélla sea fecundada con gametos propios o de tercero anónimo, ni él, ni su mujer, “podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación” (art. 8.1). Por lo tanto, en el caso de fecundación heteróloga, no se podrá discutir la paternidad del marido, a pesar de existir una disociación entre la verdad legal y la biológica.

Este precepto no crea un nuevo título constitutivo de la filiación matrimonial distinto de la generación, y tampoco establece un nuevo título de determinación de la misma, que sigue siendo la presunción de paternidad del art. 116 CC: se limita a establecer una causa de exclusión de impugnación, basada en la voluntad de ambos

cónyuges de atribuir al hijo que nazca la filiación del marido, con independencia de quien sea su padre biológico. Por ello, la falta de este consentimiento previo no impide la inscripción de la filiación paterna en favor del marido, conforme al art. 44, 4, III, a) de la Ley del Registro Civil de 2011 (acreditado el matrimonio de los progenitores y la procedencia de la presunción de paternidad del marido), sino que lo que sucede es que se excluye la aplicación del art. 8.1 de la Ley 14/2006, por lo que la filiación podrá ser impugnada, por no corresponderse con la verdad biológica.

III. EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER DE LA USUARIA A LA INSCRIPCIÓN DEL HIJO COMO MATRIMONIAL

Si la usuaria está casada con otra mujer, según se ha dicho, no se exige que ésta consienta previamente que aquélla acuda a las técnicas de reproducción asistida, lo que se explica porque en este supuesto no juega el art. 116 CC, por lo que el hijo que nazca, en ningún caso, se presumirá matrimonial. No obstante, el art. 7.3 de la Ley 14/2006 (introducido por la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2007, de 5 de marzo) prevé que, si no está separada legalmente o de hecho, pueda, “manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”. La razón de ser de la norma es clara: posibilitar que el hijo tenga dos progenitores.

La redacción actual del precepto se debe a la Disposición Adicional Quinta de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la administración de Justicia y del Registro Civil. Con anterioridad, el precepto decía que la mujer casada con la usuaria, no separada legalmente o de hecho, “podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. Se planteaba, pues, el problema de la usuaria sometida a las técnicas de reproducción asistida, incluso con el consentimiento escrito de su mujer, sin que esta última hubiera tenido la precaución de acudir al Registro Civil antes del nacimiento del hijo, manifestando su voluntad de que el niño se inscribiera como matrimonial cuando naciera. Con el fin de posibilitar dicha inscripción, la jurisprudencia afirmó que no era necesario que la declaración previa se hubiera hecho ante el Encargado del Registro, bastando con que se hubiera prestado ante la clínica, lo que servía para acreditar “adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo” [STS 5 diciembre 2013 (RAJ 2013, 7566)].

IV. LA POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE LA NO EXIGENCIA DE ACREDITACIÓN DE QUE EL HIJO HA NACIDO MEDIANTE EL RECURSO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Este problema ya no se plantea: ahora basta con que la mujer de la usuaria consienta en el momento de practicarse la inscripción del nacimiento que quede determinada la filiación del hijo respecto de ella. Pero sigue existiendo una controversia consistente en determinar si, además de manifestar dicho consentimiento, deberá acreditarse que el hijo que se desea inscribir ha sido concebido mediante las técnicas de reproducción asistida.

No lo ha considerado necesario la RDGRN 8 febrero 2017 (1ª), con el argumento de que del actual tenor del art. 7.3 de la Ley 14/2006 (coincidente con el del art. 44 de la Ley del Registro Civil de 2011, redactado también por la Ley 19/2015), "cabe colegir que la intención del legislador ha sido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida" [ha revocado, así, el AJPI Denia, 22 agosto 2017 (JUR 2016 228396), que había sostenido la posición contraria]. "Todo ello —añade— sin perjuicio de las acciones de impugnación de la filiación que pudieran tener lugar en caso de que la gestación no lo hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA pues la filiación establecida en ese caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que contempla el artículo 8 de la citada ley."

V. CRÍTICA DE DICHA POSICIÓN.

Esta tesis no me convence: no me parece que del nuevo tenor de los arts. 7.3 de la Ley 14/2006 y 44 de Ley del Registro Civil de 2011 pueda deducirse lo que la DGRN deduce, sino que de ellos sólo resulta lo que he dicho antes, esto es, que el consentimiento para la inscripción puede ser prestado después del nacimiento, lo que antes de la reforma del 2015 no era posible. La SAP Islas Baleares 5 diciembre 2012 (Tol 2724548) estimó, así, la demanda de impugnación de la filiación de la mujer de la usuaria, porque el consentimiento para que el niño nacido fuera inscrito como hijo de ambas había sido prestado, después del nacimiento del mismo (no antes), habiéndose celebrado el matrimonio pocos días después del alumbramiento.

Creo, pues, que, no existiendo una presunción de maternidad de la mujer de la usuaria semejante a la que el art. 166 CC establece respecto del marido, parece mucho más razonable exigir la prueba de que la gestación del niño ha tenido lugar mediante dichas técnicas.

Podría argumentarse que el art. 44 de la Ley del Registro Civil de 2011 permite que, aun faltando la presunción de paternidad del marido, se haga constar la filiación paterna con el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, este precepto debe ponerse en relación con el art. 118 CC, de modo que su concreta finalidad es permitir inscribir la filiación matrimonial de los hijos nacidos, constante el

matrimonio, cuando falte la presunción de paternidad, “por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges”. Estamos, pues, ante una declaración de voluntad semejante al reconocimiento de una filiación matrimonial, que, dado el carácter heterosexual del matrimonio, es plausible y que, además, si resulta no ser cierta, podrá ser impugnada conforme a los arts. 136 y 137 CC (el título constitutivo es la generación). Por el contrario, en el caso de dos mujeres casadas, desde un punto de vista biológico, la filiación que se pretende inscribir es claramente, inverosímil, por lo que la única manera cabal de explicarla es acreditar la práctica de la reproducción asistida. En realidad, no parece aventurado afirmar que el consentimiento de la cónyuge de la usuaria es un título constitutivo de una filiación distinto de la generación, que no se basa en la verdad biológica, sino en la voluntad de aquélla de querer asumir la maternidad del hijo concebido por su cónyuge a través de las técnicas de reproducción asistida; y, de ahí, que no sea susceptible de impugnación una vez establecida (ello, sin perjuicio de que pudiera impugnarse el consentimiento para la inscripción, si éste no hubiera sido prestado libremente, de la misma manera que cabe impugnar el reconocimiento ex art. 141 CC).

Además, hay que tener en cuenta que la solución que propugna la Dirección General de los Registros y del Notariado fomentará, sin duda, el uso de técnicas de reproducción asistida distintas de las previstas por la Ley; y, más concretamente, las auto-inseminaciones artificiales con gametos de varones anónimos comprados a distancia a bajo precio en países extranjeros.

VI. VALOR DEL PREVIO CONSENTIMIENTO DE LA MUJER A QUE LA USUARIA SE SOMETA A LA PROCREACIÓN ARTIFICIAL

Cabe plantearse qué valor tendría (de haberse dado) el consentimiento previo de la mujer de la usuaria a que la misma se sometiera a una fecundación artificial. Pues creo que, a efectos de atribución de la filiación, ninguno, aunque dicho consentimiento previo puede ser un indicio de que el posteriormente dado para la inscripción ha sido dado de manera libre.

Es interesante el supuesto resuelto por la SAP Islas Baleares 31 marzo 2014 (AC 2014, 654), que ha rechazado que el consentimiento de la usuaria para que el niño se inscribiera como hijo de su mujer estaba viciado, al haber sido prestado (según la demandante) por su debilidad de carácter y por el dominio que sobre ella ejercía su cónyuge. Frente a ello, la Audiencia resalta que las dos mujeres (todavía no casadas) habían consentido en la clínica que la otra fuera inseminada artificialmente; que, tras nacer un niño de una de ellas, la otra había hecho reserva de semen del mismo donante, para que el hijo que de ella pudiera nacer tuviera el mismo padre; posteriormente, se habían casado e inscrito el niño nacido como hijo de las dos. Deducé, así, “la existencia de una voluntad concorde de ambas litigantes de formar una familia”, destacando también que la demandante es licenciada en

Educación Física y tenía 33 años cuando se quedó embarazada, sufriendo entonces una decepción “pensando que el trato recibido de la demandada no era adecuado, pero no se aprecia vicio alguno invalidante del consentimiento”.

VII. PREVIO CONSENTIMIENTO DE LA CONVIVIENTE “MORE UXORIO” Y POSESIÓN DE ESTADO.

El art. 7.3 de la Ley 14/2006 no es, desde luego, aplicable a la mujer unida de hecho con la usuaria; y tampoco la Ley 14/2006 contempla el supuesto de que la conviviente “more uxorio” hubiera consentido previamente que su compañera se sometiera a las técnicas de reproducción asistida: no contiene una previsión semejante a la recogida en el art. 8.2 de la misma respecto del conviviente varón, según el cual su consentimiento será considerada como un escrito indubitado a los efectos de iniciar el expediente gubernativo del art. 44.7º, II de la Ley del Registro Civil de 2011 (para la inscripción de la filiación no matrimonial respecto de él), lo que parece ser una opción consciente del legislador; que no ha alterado su posición tras la reforma del 2015.

No obstante, la jurisprudencia ha admitido que dicho consentimiento pueda ser considerado como un indicio de posesión de estado, en orden a la reclamación de la maternidad, ex art. 131 CC. Concretamente, la STS 5 diciembre 2013 (RAJ 2013, 7566) ha confirmado una sentencia que había admitido la reclamación de filiación por posesión de estado presentada por la excónyuge de la madre (contra la oposición de ésta), entendiéndose que el consentimiento prestado a la inseminación artificial por las entonces convivientes (antes de casarse) era “de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como este dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige”. En cualquier caso, la sentencia recurrida había afirmado que la posesión de estado se deducía también de las actuaciones judiciales llevadas a cabo por la demandante para mantener contacto con las menores (había pedido el establecimiento de un régimen de vistas a su favor y había iniciado un procedimiento de adopción). Había valorado también declaraciones testificales en las que se afirmaba que durante un año la demandante había compartido su vida con las menores “en calidad de madre, hasta que la ruptura de la pareja produce también la ruptura de la relación con las niñas”.

Posteriormente, la STS (Pleno) 15 enero 2014 (RAJ 2014, 1265) ha confirmado la posibilidad de que pueda prosperar la acción de reclamación de la maternidad del hijo concebido con el consentimiento de la conviviente de la usuaria, basada en la posesión de estado. Dice, así, que “los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los

hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada". Más adelante, añade: "En efecto, en el presente caso, probado el propósito común de ambas mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, el consentimiento prestado en su momento, por la conviviente que no es la madre biológica del menor, vino investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada".

No comparto esta posición jurisprudencial que, a mi parecer, desnaturaliza la figura de la posesión de estado, que es una situación de hecho, dada la cual es posible presumir que quien es tratado como hijo realmente lo es; y, de ahí que el art. 113 CC le atribuya el carácter de título de determinación subsidiario de una filiación que se considera probable. Por ello, por definición, no existe posesión de estado (en el sentido del art. 113 CC), cuando, como sucede en el caso de uniones del mismo sexo, la filiación que se reclama es claramente contradicha por la verdad biológica, la cual permite establecer, con absoluta certeza, que quien pretende ser progenitor, claramente, no lo es.

NACIMIENTO, CONSOLIDACIÓN DISCIPLINARIA Y
DELIMITACIÓN FUNCIONAL Y OBJETIVA DEL DERECHO DEL
TRABAJO

*ORIGIN, DISCIPLINE AND FUNCTIONAL AND OBJECTIVE
DELIMITATION OF LABOUR LAW*

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 502-521



Enrique
LALAGUNA
HOLZWARTH

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de marzo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: El trabajo analiza, en primer lugar, los presupuestos que dan origen a la conformación de la disciplina iuslaboralista desde su nacimiento hasta su consolidación como rama jurídica autónoma y diferenciada del Derecho Civil. Asimismo, se aborda la evolución legislativa española desde las primeras manifestaciones del intervencionismo estatal en las relaciones laborales hasta la llegada del periodo democrático español. Finalmente, el trabajo ahonda en un intento de aproximación y delimitación funcional, objetiva de la disciplina del Derecho del Trabajo.

PALABRAS CLAVE: Derecho del Trabajo; disciplina jurídica; independencia; autonomía; delimitación objetiva; delimitación funcional.

ABSTRACT: The paper analyses, firstly, the implications that originated the Labour Law discipline from its birth to the consolidation as a specific branch of law separated from the Civil Law. Likewise, studies the most significant Spanish legislative development from the first signs of State interventionism into labour relationships to the democratic period arrival. Finally the work goes deeply into an approach to the Labour Law functional and objective delineation.

KEY WORDS: Labour Law; branch of law; independency; discipline autonomy; objective delimitation; functional delineation.

SUMARIO.- I. Consideraciones preliminares.- II. Trabajo y vida: un vínculo inescindible de la subsistencia en sociedad.- III. El nacimiento del derecho del trabajo. Aproximación histórica.- IV Nacimiento del Derecho del Trabajo en España. Franquismo y Evolución Democrática.- V. Funciones, contenido y delimitación conceptual del derecho del trabajo.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

La fundamentación de la disciplina del Derecho del Trabajo requiere de un análisis que comprenda las causas generadoras de dicha disciplina así como los factores que entran en juego y sirven para validar el conocimiento de la misma en un contexto histórico, social y económico.

El proceso identitario para que una disciplina autónoma como el Derecho del Trabajo consiga, finalmente, emanciparse de una constante tendencia basada en la homogenización jurídica constituye un largo recorrido. Por otro lado, y pese a ser alcanzada dicha autonomía disciplinar, su carácter mutable impide que ésta pueda definirse de manera abstracta y definitiva. En efecto, el Derecho del Trabajo no es estático, sino que se encuentra afectado por una realidad cambiante que lo transforma en función de lo acaecido en cada contexto histórico.

Es por tanto lógico que se advierta al inicio de este análisis que el acercamiento a una noción de la disciplina del Derecho del Trabajo revestirá en todo caso un carácter provisional, habida cuenta de su constante exposición a factores socioeconómicos, políticos, demográficos y legislativos.

Parece, en consecuencia, que lo adecuado es adoptar la visión esclarecedora de su historia y de los distintos factores que conjuntamente explican su naturaleza¹.

¹ En este sentido, SERRANO CARVAJAL, M.: "Notas para una aproximación histórica al Derecho del Trabajo", *Revista de Política Social*, núm. 119, 1978, pp. 33-75.

• Enrique Lalaguna Holzwarth

El autor es Profesor Contratado Doctor Interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Doctor Europeo en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Bologna (Italia). Actualmente desempeña su labor docente e investigadora en la Universidad de Valencia (España), siendo autor de diversas monografías y diferentes artículos y capítulos de libro en materia de Derecho laboral y de la Seguridad Social. Entre sus líneas de investigación principales destacan, entre otras: la movilidad geográfica transnacional en el seno de los grupos de empresa multinacionales; la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud; el despido económico del personal laboral en el sector público, o la negociación colectiva en Finlandia. Correo electrónico: enlaholt@uv.es.

II. TRABAJO Y VIDA: UN VÍNCULO INESCINDIBLE DE LA SUBSISTENCIA EN SOCIEDAD.

Desde el nacimiento y a lo largo de la práctica totalidad de nuestra existencia la condición humana parece estar ligada de forma indisoluble al trabajo. No es de extrañar, por tanto, que a lo largo de la historia se haya cuestionado el porqué de dicha asociación necesaria entre la vida de la especie humana y su dedicación al trabajo².

En antropología la locución latina *homo faber* significa el hombre que hace o fabrica y que se interesa por las cosas prácticas. Esta acepción se contrapone a la de *homo ludens* como hombre que juega, o que se interesa en la diversión. Pues bien, podría decirse que la mera existencia de un enfrentamiento entre estas distintas facetas de la naturaleza humana serviría para justificar la dicotomía maniquea que a lo largo de los siglos ha ido asociándose a la institución del trabajo.

De entrada, no cabe duda de que el emblema trabajo o labor presenta casi de forma inevitable connotaciones negativas. Tanto en la antigua Grecia como en la civilización romana las labores vinculadas a la producción y el trabajo agrícola eran consideradas como aspectos accesorios en lo que podría considerarse el desarrollo de una vida humana plena, quedando por tanto estos, relegados a los esclavos.

En efecto, si como señala Aristóteles “el trabajo tiende al reposo, y no el reposo al trabajo”, y por tanto, el esfuerzo humano dirigido a la realización de actividades no parece resultar una tendencia natural e intrínseca, propia del ser humano, sino que más bien constituye una imposición dimanante de los requerimientos de la subsistencia humana, convendría cuestionarse cuáles son los aspectos que servirían para justificar que la vida humana se encuentre indisolublemente ligada a la necesidad de trabajar:

De un lado, y como se ha adelantado, se encuentra el hecho de que el trabajo constituye una actividad esencial que sienta las bases de la propia supervivencia humana. De otro lado, y no menos importante, se asume de forma pacífica que el trabajo, como medio que permite la subsistencia, se incardina, esencialmente, en un contexto social y como parte de un débito convivencial que contribuye al mantenimiento y preservación de un sistema de intercambio de bienes y servicios entre los distintos miembros que conforman la comunidad.

Sin embargo, pese a la consabida necesidad de un desarrollo de actividades vinculadas a la producción para la subsistencia colectiva, lo cierto es que el ya

2 La palabra labor que viene del latín y griego *ponos* se utiliza para significar esfuerzo, molestia fatiga o incluso dolor. En este sentido, MERCADER UGUINA, J. R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 7ª edición revisada, Valencia, 2014, pp. 38-39.

mencionado carácter peyorativo asociado a la figura del trabajo ha resultado históricamente constante hasta la llegada de la reforma protestante de la Edad Media.

A partir de entonces el esfuerzo humano empezará a ser considerado como parte necesaria de la ética puritana, incluyéndose el trabajo diligente y responsable como un aspecto esencial que contribuye a la salvación divina.

III. EL NACIMIENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO. APROXIMACIÓN HISTÓRICA.

Como se ha señalado, la emancipación del Derecho del Trabajo como disciplina autónoma de otras, relativamente próximas, resulta cronológicamente bastante reciente. En realidad, al referirnos al Derecho del Trabajo nos estamos refiriendo a un “derecho nuevo”³.

Esa desvinculación de otras ramas jurídicas tuvo lugar históricamente a través de la conjunción de una serie de factores de diversa índole. Sin perjuicio de una posterior referencia y desarrollo de cada uno de estos, se puede avanzar que dichos factores son los siguientes: en primer lugar, un factor sociológico que se identifica con las consecuencias dimanantes de la Revolución industrial; en segundo lugar, un factor jurídico consistente en la aparición de un derecho individualista desfasado de la realidad social; en tercer lugar, la reacción obrera frente a la situación que habían creado el derecho individualista en el marco de la revolución industrial; y, por último, el intervencionismo estatal con la finalidad de integrar el conflicto social⁴.

En definitiva, sólo a partir de la generalización del trabajo realizado voluntariamente en régimen de dependencia y ajenidad, o si se quiere asalariado, y en un concreto momento histórico como el de la revolución industrial es cuando es posible hablar del derecho del trabajo como rama jurídica específica⁵.

A lo largo de distintas etapas históricas en las que se establecieron relaciones de trabajo entre personas existen profundas diferencias en cuanto a la regulación jurídica de esas relaciones de contenido laboral.

Podría decirse que a lo largo de la historia han aparecido tres grandes modelos de apropiación de los resultados de trabajo⁶.

3 BORRAJO DACRUZ, E.: “Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo. (Procedimientos para definir el Derecho del Trabajo)”, *Cuadernos de Política Social*, núm. 33, 1957, pp. 7-26.

4 SALA FRANCO, T.; LÓPEZ GANDÍA, J.: “El Derecho del Trabajo”, en ALBIOL MONTESINOS, I. et altri, *Derecho del Trabajo. Tomo I. Fuentes y relaciones colectivas*, Tirant lo Blanch, 3ª edición, Valencia, 2001, p. 26.

5 SALA FRANCO, T.; LÓPEZ GANDÍA, J.: “El Derecho...”, cit., p. 57.

6 BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, 5ª edición, Madrid, 1988, p. 45.

Durante el periodo de la Antigüedad Clásica⁷ el sistema más extendido era el del trabajo esclavo, sistema en el cual el esclavo no es dueño de sí mismo y es, en cambio, el que detenta la propiedad de la persona esclava quien acaba recibiendo los frutos del trabajo de éste. Nos obstante, en este periodo confluyen otros sistemas de intercambio con fórmulas cercanas a la servidumbre⁸.

Posteriormente, a lo largo de la Edad Media la relaciones de trabajo están basadas en la propia servidumbre, donde el régimen feudal supone que el señor del feudo adquiere un poder de beneficiarse de los servicios que pudiesen presta sus siervos⁹. Sin embargo, la aparición gremial y su actividad, así como el desarrollo de las ciudades, supuso la progresiva desaparición de este tipo de relaciones de trabajo en favor de relaciones que revestían un carácter libre, y en muchos casos formativo, estableciéndose relaciones basadas en el intercambio de la sabiduría o el conocimiento por el trabajo entre maestros y oficiales o aprendices respectivamente.

Con todo, la generalización del trabajo libre no llegará hasta la Edad Moderna, donde el régimen gremial acabará dejando paso a otras relaciones de trabajo en las que las limitaciones corporativas propias de los gremios se acaban difuminando¹⁰. Durante este periodo, son los propios comerciantes los que realizan encargos a viejos aprendices o maestros empobrecidos hasta que, finalmente, son los propios comerciantes los que acaban tomando iniciativas generadoras de trabajos a gran escala en sus propios establecimientos y factorías¹¹.

No obstante, la verdadera liberalización de la fuerza de trabajo no llegaría hasta la etapa de la revolución liberal, donde se liberaliza la fuerza de trabajo a través de la instrumentación del contrato civil de arrendamiento de Servicios que se instaura como vehículo contractual por excelencia para el intercambio entre la fuerza de trabajo y la apropiación de los frutos del mismo en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes¹².

Así, la Revolución Industrial constituye la línea de separación histórica entre una etapa precedente basada en la propiedad y detentación de la persona del trabajador -con mayor o menor intensidad-, y una etapa posterior en la que se da paso a la voluntariedad como rasgo esencial de la contraprestación pactada, que de forma conjunta, acuerdan las partes para la entrega de los frutos del trabajo.

7 En este sentido confrontar, SERRANO CARVAJAL, M.: "Notas para una aproximación", cit., pp. 34-40, ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Edersa, 4ª edición revisada, Madrid, 1981, p. 118; MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 22ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 52-55.

8 ALONSO OLEA, M.: *Introducción*, cit., pp. 117-130.

9 SERRANO CARVAJAL, M.: "Notas para una aproximación", cit., p. 41.

10 MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, cit., p. 61.

11 ALONSO OLEA, M.: *Introducción*, cit., pp. 163-165; BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción*, cit., pp. 62-63;

12 Sobre la evolución hasta las relaciones basadas en la autonomía de la voluntad confrontar, BAYÓN CHACÓN, G.: *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1955, pp. 259-310.

Es por tanto durante la segunda mitad del siglo XVIII y a lo largo del siglo XIX cuando a través de la Revolución industrial y la Revolución burguesa se generan las condiciones sociales, ideológicas, políticas y económicas que dan como resultado un contexto propicio para la generación del Derecho del Trabajo tal y como lo conocemos hoy en día.

Ahondando en el que podría denominarse factor sociológico, conviene aclarar que la expresión Revolución Industrial no comporta únicamente el significado que apriorísticamente se le suele aparejar. De un lado, y como habrá oportunidad de constatar, los cambios generados durante este proceso de la Ilustración no fueron únicamente de tipo industrial sino que vinieron acompañados de cambios ideológicos y condicionamientos de tipo político y económico que darían como resultado la conocida como sociedad de clases. Por otro lado, si bien el término revolución implica un cambio drástico y en un momento concreto, lo cierto es que el proceso que conocemos como Revolución Industrial se desarrolla de forma progresiva y paulatina, por lo que su aparición reviste un carácter de continuidad que se desarrolla entre 1760 el año 1830¹³.

Pese a ello, no cabe duda, de que los múltiples avances técnicos industriales supusieron uno de los factores esenciales para el paso hacia esta nueva etapa. La mecanización del proceso productivo y la aparición de nuevas invenciones como la máquina de vapor de James Watt en 1765 o la lanzadera volante para la fabricación de tejidos de John Key en 1733 permitieron incrementar exponencialmente la producción de bienes de consumo con especial incidencia en el sector textil y el siderúrgico.

Dicha mecanización de la producción fue posible, no obstante, por la conjunción de diversos factores entre los que se encuentra la progresiva desaparición de los señoríos y la correlativa liberalización de las relaciones serviles. Junto a lo anterior, también tuvo trascendencia la revolución de los procedimientos agrícolas y su modernización a través de sistemas como la rotación de los cultivos.

Todo ello, vendrá lógicamente acompañado de la aparición de la figura de la mano de obra libre, que, a consecuencia del traslado de la población desde las zonas rurales hacia las ciudades, servirá para abastecer la creciente demanda de fuerza de trabajo y capital humano en los centros de producción. Es precisamente en esta época cuando se produce un significativo descenso de la mortalidad, lo que supuso un incremento demográfico en todo el mundo a partir del año 1750, lo que, a su vez, trajo consigo un significativo incremento en la demanda de los bienes de consumo. Los requerimientos de ese aumento demográfico incentivaron un aumento de la

13 En este mismo sentido se manifiesta el profesor ALONSO OLEA en el contexto concreto de nuestra disciplina, en ALONSO OLEA, M.: *Introducción*, cit., pp. 229-294.

producción que se hizo precisamente posible a través del considerable aumento de la mano de obra existente para prestar servicios en las fábricas.

Con todo, resulta esencial destacar que el incremento de la productividad es el que permitirá la generación de las acumulaciones del capital necesarias para el establecimiento de una industria y la consolidación de los establecimientos fabriles en los núcleos urbanos. A este desarrollo industrial también contribuyeron otros factores como la aparición de las sociedades de capital con responsabilidad limitada y la expansión comercial de la industria¹⁴.

El conjunto de transformaciones de diversa índole augura una nueva sociedad. En efecto, la nueva industria a través de la utilización creciente de las máquinas y de las nuevas formas de energía dará como resultado lo que podría denominarse la nueva sociedad industrial, generándose así un nuevo modelo productivo y nuevas formas de vida económica¹⁵.

Es así como la Revolución Industrial a través de la introducción de la máquina en el trabajo trajo consigo la generalización del trabajo asalariado. En efecto, la generalización del trabajo asalariado tuvo lugar porque una de las principales consecuencias de la Revolución Industrial fue el cambio en la titularidad de los medios de producción y la disociación de trabajo y capital¹⁶. Este fenómeno se explica porque con anterioridad a la Revolución Industrial, el trabajo y el capital se encontraban unidos en la persona del artesano, que trabajaba en su taller. Sin embargo, tras ella, se producen drásticos cambios en la organización del trabajo, ya que para el establecimiento de los centros fabriles son necesarias grandes acumulaciones de capital. De ahí que, en consecuencia, el trabajador (tanto el artesano como el campesino), al ser incapaz de acumular el capital necesario para hacerse fabricante, se vea obligado a vender su fuerza de trabajo a cambio de un salario, es decir, se vea obligado a convertirse en un trabajador asalariado.

Ahondando en el factor jurídico, esto es, la Revolución Burguesa, se ha de señalar que lo que sin duda no era predecible era que el éxodo de los trabajadores a los núcleos urbanos conllevara a la postre la aparición de una inusitada cantidad excedente de mano de obra para prestar sus servicios en los centros fabriles. De hecho, todas las teorías que defendían las virtudes de la creación del nuevo orden mundial y económico a través de la industrialización no pudieron prever las consecuencias reales de dicho fenómeno, especialmente, para con las clases trabajadoras. En este sentido la ideología liberal que impregna el momento histórico en el que se desarrolla la revolución industrial así como los instrumentos jurídicos

14 En este sentido, GRIMA REIG, M., y SALOM COSTA, J.: *Historia de las Civilizaciones*, ECIR, Valencia, 1980, p. 301.

15 En este sentido, NORES TORRES, L. E.: "El "genoma" laboral: orígenes, componentes y evolución del derecho del trabajo", *Quaderns de ciències socials*, núm. 7, 2007, p.11.

16 PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del Trabajo e ideología*, Tecnos, cuarta edición revisada, Madrid, 1989, p. 16.

que regulan en dicho momento histórico las relaciones entre patronos y trabajadores -a través de lo que se conoce como derecho liberal individualista- acabaría por manifestar su disfuncionalidad social.

En efecto, tras la Revolución francesa de 1789 y la posterior extensión de sus implicaciones hacia otras naciones europeas, la burguesía acaba consolidándose como el grupo dominante de una nueva estratificación social conocida como la sociedad de clases¹⁷.

Es precisamente en este momento de la historia en el que cobran fuerza las tesis del liberalismo político y económico. El sustrato ideológico del liberalismo encuentra entre sus manifestaciones más claras la defensa de las tesis abstencionistas por parte del Estado a la hora de regular las relaciones entre trabajo y capital. Podría decirse que la única intervención del Estado se limita ahora a garantizar ese libre juego de la autonomía de la voluntad en la fijación de las condiciones en las que se ha de desarrollar la prestación de servicios. De hecho, las tesis liberales propugnan que cualquier interferencia o limitación al libre juego de la voluntad de las partes generaría efectos indeseados en el mercado de trabajo.

Esto se explica porque de un lado las relaciones de trabajo comenzarán a regularse civilmente basándose en principios que se informan a través de la autonomía de la voluntad de las partes y el libre acuerdo a la hora de determinar el alcance y las obligaciones de cada una de ellas. En este sentido, el contrato civil de arrendamiento de servicios se instaura como tipo contractual cumpliendo su doble función constitutiva y reguladora, es decir, de un lado, la de la libre autonomía que se concreta en el hecho de que cualquier trabajador pueda obligarse contractualmente, a ceder su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración, libremente estipulada en el contrato con cualquier patrono que detentase una industria; de otro lado, la de su función reguladora, consistente en que el contrato se erige como la única fuente reguladora de las obligaciones entre las partes y sólo a través de él se fijan los procedimientos y condiciones a través de los cuales se desarrollará la prestación laboral y, en definitiva, los derechos y obligaciones de cada una de las partes. Sin embargo, y como es sabido, la manifiesta desigualdad entre las dos posiciones *ab initio*, entre patrón y trabajador; y la confrontación entre las exigencias de un mercado cada vez más competitivo y la desregulación en las condiciones de trabajo de la clase obrera desencadenó drásticas consecuencias que se tradujeron en la generación de una atmósfera conflictual cada vez más creciente.

Junto al abstencionismo, las tesis del liberalismo amparan también la idea de evitar cualquier posible elemento de presión que pudiese perturbar esa libertad que debe

17 Entre la amplitud de obras que abarcan el periodo de la denominada, "revolución burguesa" confrontar, BERGERON, L.: "Europa de la caída de antiguo régimen al Congreso de Viena", en *Las revoluciones europeas y el reparto del mundo*, Argos, Barcelona, 1970, pp. 263-561.

prevalecer entre el capital y el trabajo. De esta manera sí se considera necesario prescindir de cualquier tipo de asociación que pudiese pervertir el libre juego de la oferta y la demanda. En ese sentido, conviene avanzar que las consecuencias de la aplicación de dichas tesis en la relaciones de trabajo y su afectación directa -con perniciosos efectos- sobre el proletariado industrial son las que hicieron surgir el conocido como movimiento obrero que se enfrentará a estas ideologías a fin de erradicar la situación de explotación y miseria a la que se ven abocados los trabajadores indefensos ante las imposiciones del capitalismo dominante¹⁸.

Frente a la manifiesta incapacidad por parte de las ideologías liberales para conciliar los intereses recíprocos de las distintas partes implicadas en el conflicto, la idea de una conciencia colectiva conformada por una clase trabajadora desfavorecida hasta márgenes próximos a la miseria va calando en la sociedad a través de distintas propuestas de carácter asociativo que, a través de distintos postulados de corte revolucionario¹⁹, plantean el enfrentamiento con el sistema capitalista. Como resultado de todo ello se prohíbe el asociacionismo obrero al considerar que interfiere en ese libre juego reprimiéndose cualquier iniciativa sindical dado que según dichas concepciones liberales, el objeto de estas asociaciones no es otro que el de forzar al alza la negociación del salario y la mejora de las condiciones de trabajo para la clase trabajadora. En este sentido la ideología liberal que impregna los Códigos Decimonónicos con sus dogmas abstencionistas, tipifican como delito las distintas manifestaciones del asociacionismo obrero²⁰.

No obstante, pese a la presión ejercida por las clases dominantes (en manos de la burguesía), la fuerza imparable del colectivo obrero obliga a una reconsideración de los planteamientos en los que hasta entonces se venía fundamentando el régimen asalariado. De esta manera, el Estado, consciente de la situación de crisis ideológica y política irá adoptando, desde un planteamiento de prohibición inicial frente a los movimientos del asociacionismo obrero, distintos comportamientos, en orden a preservar la subsistencia y estabilidad del sistema. Así, la incipiente amenaza de la denominada cuestión social y la inminencia de una posible revolución de la clase proletaria obliga a adoptar, tanto al Estado, como a las clases dominantes burguesas una actitud consciente de las necesidades de cambio²¹. En efecto, desde el enfrentamiento y la prohibición se pasará una fase de tolerancia en relación con dichos movimientos asociativos de la clase obrera, hasta alcanzar finalmente

18 Sobre la presión del movimiento obrero confrontar, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del Trabajo*, cit., pp. 37-42.

19 Desde los beligerantes planteamientos del ludismo de Ned Ludd, que abogan por la destrucción de los medios de producción, pasando por los primeros movimientos de corte mutualista destinados a la cobertura de riesgos sociales, hasta la conformación del germen de los primeros sindicatos y partidos obreros.

20 A modo de ejemplo, en nuestro país nota en los códigos penales de 1848 y 1870 consideraron delictivas las actividades sindicales. A pesar de que las constituciones de 1868 y 1876 reconocía el derecho de asociación, su legalización no se producirá hasta la entrada en vigor de la ley General de asociaciones de 30 de junio de 1887.

21 MONTAÑA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas, 1ª ed., Madrid, 1992, p. 60.

una fase final de reconocimiento a través de las primeras iniciativas legislativas encaminadas a la protección de la clase trabajadora y de la afirmación jurídica del fenómeno sindical²². De esta manera, y sin perjuicio de un mayor desarrollo en el apartado dedicado al nacimiento del Derecho del Trabajo en España, aparecen las denominadas “leyes de fábricas”, que como muestra inicial del intervencionismo de los poderes públicos en las relaciones laborales, plantean la protección de colectivos de trabajadores especialmente sensibles a las duras condiciones de trabajo imperantes, tales como mujeres y niños, así como el control de aquellas prestaciones de servicios especialmente penosas en el desarrollo de su actividad (trabajos en minas, peligrosos, etc.).

No obstante, se ha de poner de manifiesto que, si bien dicha génesis legislativa del control de la autonomía de la voluntad de las partes ha de ser merecedora de una consideración positiva, no resulta concluyente de cara a la consolidación de lo que hoy en día se entiende por Derecho del Trabajo. En efecto, el hecho determinante de la verdadera desvinculación de las relaciones de prestaciones de servicios entre la figura del empleador y el trabajador del Derecho Civil, hasta entonces regulado a través del contrato de arrendamiento de servicios, y la consideración del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma que parte de la concepción de la posición del trabajador como la parte débil de la relación de trabajo, no es otro que el de la regulación legal del contrato de trabajo, que por primera vez refleja la necesidad del establecimiento de normas con carácter tuitivo que se han de proyectar sobre la parte contratante del empleado. Junto a ello, la importancia del contrato de trabajo se demuestra en atención a que, en tanto en cuanto, constituye “centro de imputación de todo un nuevo bloque normativo”²³, expresa la fórmula a través de la cual “se estructura jurídicamente una realidad social básica, asimismo unitaria; el trabajo humano productivo, libre y por cuenta ajena”²⁴.

IV. NACIMIENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO EN ESPAÑA. FRANQUISMO Y EVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA.

Como se ha dicho, durante los primeros quince años del siglo XX, y siguiendo las tesis del denominado “intervencionismo científico” surgen en España las primeras disposiciones de corte social, que con marcado carácter proteccionista de los trabajadores plantean la defensa de valores vinculados a la necesidad de reconocimiento de ciertos derechos básicos de los mismos²⁵. Así, pese a su casi

22 Pese a la existencia de antecedentes legalizadores de asociaciones sindicales como la *Trade Union Act* inglesa de 1871 y la Ley francesa *Waldeck-Rousseau* de 1884, el verdadero reconocimiento a las funciones de negociación colectiva y huelga propias de la acción sindical vendrá de la mano del reconocimiento constitucional al sindicato por parte de la Constitución alemana de Weimar en 1919.

23 RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: “El Derecho del trabajo”, en AA.VV.: *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 29-53.

24 En palabras de ALONSO OLEA, M.: *Introducción*, cit., p. 313.

25 MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje*, cit., p. 36.

excepcional aplicación aparecen leyes que regulan las condiciones de trabajo de las mujeres y niños; el descanso dominical; la jornada máxima en las minas; el trabajo nocturno a la mujer; o la conocida como “Ley de la silla” por la que las mujeres empleadas en un establecimiento no fabril debían disponer de un asiento individual²⁶.

Todos estos antecedentes normativos tienen como protagonistas la labor desarrollada a través de la Comisión de Reformas Sociales²⁷, y el Instituto de Reformas Sociales²⁸. En efecto, en la defensa del mencionado “intervencionismo científico”, dichas instituciones desarrollaron importantes funciones de cara a la consolidación de la futura regulación laboral. No obstante, pese a la conciencia por parte de los poderes públicos de la necesidad del establecimiento de una regulación que, con carácter finalista, determinase los derechos y obligaciones de ambas partes de la relación laboral, lo cierto es que, tanto la insuficiencia de unas normas de naturaleza esencialmente administrativa incapaces de colmar los requerimientos de una ley básica que regulase omnicomprendivamente las relaciones entre empresarios y trabajadores como la concurrencia de otros factores como la desconfianza hacia el movimiento sindical y la oposición de los empresarios, terminaron por frustrar las intenciones renovadoras que auguraban dichas normas.

Habría que esperar por tanto hasta la Dictadura de Primo de Rivera, y el alumbramiento del Código de Trabajo, de 23 de agosto de 1926, para poder hablar de un texto que, con carácter integral, regulase el contrato de trabajo y tratase de unificar, de forma sistemática, las dispersas normas laborales. Así, pudiendo considerar a esta norma como el punto de partida del nacimiento del Derecho del trabajo, se suceden durante esta etapa otras muchas disposiciones de corte social que pretenden avanzar en el camino del reconocimiento de los derechos de la clase obrera²⁹.

Posteriormente, durante la Segunda República, la Constitución de 9 de diciembre de 1931, marca un hito en la historia del Derecho constitucional español, al reconocer por primera vez entre sus disposiciones el derecho de sindicación en su artículo 39, siendo éste desarrollado a través de la Ley de 8 de Abril de Asociación Profesional. Junto a lo anterior, aparece la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 que sustituyendo al Código de Trabajo de 1926 extiende su ámbito de aplicación a las distintas modalidades de trabajadores, definiendo, al

26 Entre otras: Real Decreto de 23 de abril de 1903, estableciendo el Instituto de Reformas Sociales (*Gaceta*, 30 de abril); Ley de 3 de marzo de 1904, relativa al descanso dominical (*Gaceta*, 4 de marzo); Ley de 19 de mayo de 1908, de Consejos de conciliación y arbitraje industrial (*Gaceta*, 20 de mayo); Ley de 27 de abril de 1909, sobre huelgas y coligaciones (*Gaceta*, 28 de abril); Ley de 27 de febrero de 1912, Ley de la silla (*Gaceta*, 28 de febrero).

27 Creada por Real Decreto de 5 de diciembre de 1883.

28 Creado por Real Decreto de 23 de abril de 1903.

29 Entre otros los Decretos-Leyes de 21 de junio de 1926, de protección a las familias numerosas, y de 22 de marzo de 1929, por el que se crea el seguro de maternidad, así como el Decreto-Ley de 26 de noviembre de 1926, que instituyó la llamada Organización Corporativa Nacional que mediante las denominadas “bases de trabajo”, desarrolló notables funciones normativas.

tiempo, y por primera vez, la institución del contrato de trabajo a partir de las notas de dependencia y ajenidad. Asimismo, durante esta época resulta destacable el avance en el plano de los seguros sociales, con especial referencia a la Ley de 8 de octubre de 1932 que afirma la obligación de aseguramiento de aquellos accidentes de trabajo que causan en incapacidades a los trabajadores.

No obstante, pese a los numerosos avances en materia social anteriormente reseñados, con la llegada de la guerra civil y el posterior inicio de la dictadura franquista se inicia una nueva etapa en el Derecho del Trabajo español, caracterizada, en lo esencial, por la total ausencia de libertad sindical mediante el establecimiento de una organización sindical vertical única al servicio del Estado, que integran este sindicato único a empresarios y trabajadores y que comporta la afiliación obligatoria y automática de todos ellos. Asimismo, a través del Fuero del Trabajo, aprobado por Decreto de 9 de marzo de 1938, desaparece la autonomía colectiva, pasando ésta a ser monopolio del Estado, que a partir de ahora fija las condiciones de trabajo. En efecto, la Declaración III.4 del Fuero del Trabajo señalaba que únicamente el Estado tenía la potestad para fijar las "bases para la regulación del trabajo, con sujeción a las cuales se establecerán las relaciones entre los trabajadores y las empresas". Finalmente, en el plano de las relaciones colectivas se produce la eliminación de las instituciones de conflicto laboral y la huelga y el cierre patronal pasan a considerarse delitos de "lesa patria" siendo tipificados como delito de sedición a través del Código de 1944³⁰.

Entre las numerosas normas que se dictaron durante los años del régimen franquista merecen especial atención la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 y sus correspondientes desarrollos reglamentarios o a través de las Reglamentaciones y Ordenanzas de Trabajo, especialmente por su incidencia en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo. Asimismo, en materia de Seguridad Social conviene destacar la traslación desde un sistema de seguros sociales dispersos de la etapa anterior a un sistema compacto de Seguridad Social que aglutina las contingencias desde un punto de vista integral y coherente. Al respecto, merecen especial mención la Ley de Bases de la Seguridad Social, Ley 193/1963 y su Texto articulado, de 21 de abril de 1966, que sienta el precedente de un esquema razonado de prestaciones que servirá de modelo para la futura construcción del actual sistema de la Seguridad Social³¹. Por su parte, en el ámbito de la jurisdicción laboral, y tras la eliminación de los Tribunales Industriales y los Jurados Mixtos de la etapa anterior se anuncia la creación de una nueva Magistratura de Trabajo a través de la Declaración VII del Fuero del Trabajo, y posteriormente la Ley Orgánica de las Magistraturas de Trabajo de 17 de octubre de 1940 crea el Tribunal Central de Trabajo. Dichos órganos, que se configuraban con una estructura orgánica propia

30 En MERCADER UGUINA, J. R.: *Lecciones de Derecho*, cit., p. 50.

31 BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción*, cit., p. 116.

y separada de la organización judicial común guardaban estrechos vínculos con la Administración del Estado a través del Ministerio de Trabajo³².

Finalmente, tras la finalización del periodo franquista, y el advenimiento de un nuevo régimen democrático, se instaura en nuestro país un nuevo modelo de relaciones laborales, que a través de la Constitución de 1978 consagra, en correspondencia con la conformación de un Estado social y democrático de derecho, el reconocimiento a un conjunto esencial de derechos sociales que se manifiestan tanto en una perspectiva individual como colectiva. En este sentido, y en atención a la vertiente individual de las relaciones laborales, se proclaman, entre otros, el derecho al trabajo, al descanso y a las vacaciones retribuidas, a la seguridad e higiene del trabajo como manifestaciones. En el plano colectivo, y en correspondencia con la ratificación de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo 87 (sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación de 1948) y 98 (sobre aplicación de los principios de derecho de sindicación y negociación colectiva de 1949), se reconocen derechos constitucionales a sindicarse libremente, a la negociación colectiva, a la huelga y el conflicto colectivo y se declara asimismo la obligación de los poderes públicos frente al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social.

Tras la llegada de este nuevo modelo democrático de relaciones laborales y en desarrollo de gran parte de los derechos reconocidos por la Constitución de 1978 se sucedieron, durante la década de los 80 y posteriormente, las disposiciones laborales más importantes del actual panorama del Derecho del Trabajo de nuestro país. Entre las disposiciones más importantes, resulta obligado hacer referencia a la Ley 8/1980, de 10 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores, la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto, de Libertad Sindical, la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, así como al Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley 7/1989, de 12 de abril de Procedimiento Laboral.

Como es sabido, dichas normas han sido objeto de numerosas modificaciones, no obstante, conviene hacer mención a algunas de ellas, bien por cuanto coinciden con el periodo de la integración de España en la Unión Europea, los procesos de globalización económica, la generalización de la descentralización productiva y la introducción de las medidas de flexibilidad en el entorno de nuestras relaciones laborales, bien debido a su reciente promulgación. En este sentido, se han de mencionar la Ley 10/1994, de 19 de mayo sobre Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, la Ley 11/1994, por la que se modifica el Estatuto de los Trabajadores, recientemente modificado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

32 En MERCADER UGUINA, J. R.: *Lecciones de Derecho*, cit., p. 52.

Junto a estas, también se han de mencionar el 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, recientemente modificado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (vigente hasta el 2 de octubre de 2016), y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

V. FUNCIONES, CONTENIDO Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL DERECHO DEL TRABAJO

El intento de aproximación a una delimitación funcional, objetiva y conceptual de la disciplina del Derecho del Trabajo requiere del acercamiento a las causas que determinan su existencia y de la explicación de su naturaleza poliédrica y contradictoria. En primer lugar, una labor de identificación de sus funciones precisa de la atención a una doble perspectiva. En este sentido, resulta obligado atender a la consideración de la disciplina en cuanto instrumento destinado a la tutela de la considerada, tradicionalmente, parte débil de la relación laboral. En efecto, la función tuitiva que el Derecho del Trabajo proyecta sobre la figura del trabajador resulta, hoy en día, incuestionable, sobre todo habida cuenta, de su reconocimiento a través de múltiples y diversos organismos e instancias internacionales.

De hecho, la función asociada al establecimiento de medidas, que en favor del trabajador, plantean un trato diferenciado y favorecedor frente a la otra parte contratante de la relación jurídica, se concibe en la actualidad como un requerimiento ineludible en la regulación de las condiciones de trabajo. Se trata por tanto, de nivelar la balanza para conseguir un cierto equilibrio ante la situación de inferioridad, que de partida, caracteriza la posición del trabajador en la relación laboral y, tal y como señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 3/1983, de 25 de enero, cumplir con un propósito compensador igualador de la "desigualdad originaria entre trabajador y empresario".

Junto a esta primera función, el Derecho del Trabajo, persigue la finalidad de preservar el *status quo* en el sistema económico y productivo imperante del mundo capitalista. De hecho, el Derecho el Trabajo constituye un elemento esencial para garantizar la subsistencia de dicho sistema capitalista mediante la integración en el mismo de la clase asalariada³³. De esta manera, y en correspondencia con la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado que consagra el artículo

33 SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Sobre el concepto de Derecho del trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 26, 1986, 194.

38 de la CE, se manifiesta de forma consciente la función generadora de riqueza y capital de la empresa, y por ende del empresario, en una sociedad, donde el correcto y constante intercambio de bienes y servicios resulta esencial para la preservación y el funcionamiento del sistema.

Pues bien, precisamente, de lo hasta ahora expuesto, es decir, de la necesaria convivencia de ambas funciones, representadas las posturas antagónicas y contradictorias de los dos protagonistas de la relación laboral, resulta posible concluir que la disciplina del Derecho del Trabajo presenta una naturaleza contradictoria, en tanto en cuanto está destinada a solucionar las posibles controversias que del enfrentamiento de ambas posiciones contrapuestas puede acontecer. De este modo, y como producto de la natural colisión que la defensa de los intereses de una relación, que como la laboral, presenta un carácter cambiario, se manifiesta la necesidad de un conjunto normativo ordenador que permita establecer, con criterios de equidad, soluciones válidas al conflicto.

Si bien es cierto, que aunque, como habrá oportunidad de constatar, entre las particularidades que presenta esta disciplina autónoma se encuentra el establecimiento de amplios márgenes para la negociación entre las partes, la necesidad de dirimir ante posibles enfrentamientos de intereses ha corrido siempre pareja a la concreción de lindes infranqueables a través de la limitación de la autonomía de la voluntad de las partes y mediante la imposición de normas imperativas ajenas a su poder de disposición³⁴. De este modo, mientras el desarrollo de la prestación de servicios del trabajador se somete a la esfera organicista y directiva del empresario, el derecho de propiedad que ostenta este último se ve limitado en sus manifestaciones más negativas frente al trabajador³⁵.

Sin embargo, y pese a que, como se ha visto, la mencionada labor de integrar el conflicto social que manifiestan las partes de la relación laboral, se constituye como una de las funciones medulares del Derecho del Trabajo, conviene plantear algunas cuestiones al respecto. De un lado, que junto a la voluntad de establecer un conjunto normativo coherente y capaz de solucionar los conflictos que devienen de la naturaleza cambiaria de la relación individual de trabajo, coexiste un propósito clave en el afianzamiento de ciertos derechos de dimensión colectiva, tales como el derecho a la libre sindicación, la negociación colectiva, la huelga y el conflicto colectivo. En este sentido, resulta inexcusable advertir que, a diferencia de lo que ocurre en la relación individual de trabajo, las partes en la relación laboral y desde una dimensión colectiva, se sitúan en posiciones equivalentes y no subordinadas, donde el monopolio estatal en la defensa de los intereses de los trabajadores, deja

34 En este sentido, GALIANA MORENO, J.: "Reflexiones sobre el carácter transaccional del Derecho del trabajo" en AA.VV.: *Estudios de Derecho del trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, pp. 538-540.

35 SALA FRANCO, T.; LÓPEZ GANDÍA, J.: "El Derecho", cit., p. 20.

paso a las distintas manifestaciones de los derechos colectivos representados por las distintas organizaciones colectivas de cada una de las partes. En efecto, desde esta perspectiva, cada una de las partes aparece como titular de un interés colectivo, donde cada uno de los miembros integrantes de cada parte ha sido ya partícipe del reconocimiento de una serie de derechos desde el plano individual.

De otro lado, conviene igualmente poner de manifiesto el hecho de que esa función conciliadora de intereses enfrentados que se predica del Derecho del Trabajo presenta un carácter inestable y provisional. En efecto, mientras la inestabilidad deviene de la absoluta disparidad que presentan los intereses de las partes implicadas en la relación de trabajo, la provisionalidad se explica en atención a que las respuestas que faculta el ordenamiento pueden resultar ineficaces en un contexto relacional permanentemente sometido a los constantes cambios de los mercados, la política y la economía. No es difícil advertir por tanto, que la disciplina del Derecho del Trabajo se erige como una rama del ordenamiento mutable, sometida al permanente desafío de proporcionar soluciones válidas y eficaces ante el advenimiento de constantes cambios y los desequilibrios entre "lo económico y lo social"³⁶.

En segundo lugar, por cuanto atañe al contenido del Derecho del Trabajo, y de cara a la delimitación de sus áreas constitutivas, resulta imprescindible establecer la diferencia entre el Derecho individual del trabajo, y el Derecho colectivo del trabajo. Por cuanto afecta primero, podría decirse que su centro de imputación normativa se circunscribe al ámbito del trabajo voluntario, dependiente y por cuenta ajena. En este sentido, queda fuera de dicho ámbito el trabajo por cuenta propia o autónomo, en tanto en cuanto, quienes lo desarrollan lo hacen en beneficio propio, asumiendo riesgos, cargas y obligaciones, y dentro de su propia esfera organicista.

Así, junto al conjunto de disposiciones reguladoras que conforman ese centro de imputación normativa de las relaciones individuales de trabajo se sitúa el Derecho colectivo del trabajo como segundo núcleo normativo de imputación de derechos de la disciplina iuslaboralista. Como se ha dicho, el Derecho colectivo del trabajo o Derecho sindical viene referido a las distintas relaciones jurídicas colectivas entre las asociaciones y organizaciones representativas de trabajadores y empresarios, en cabal correspondencia con el reconocimiento histórico de los derechos colectivos anteriormente mencionado. La regulación de cuestiones como la autonomía colectiva, la representación sindical, el conflicto colectivo o la negociación colectiva representan en la actualidad un pilar normativo importante en el ámbito del Derecho del Trabajo.

36 ROMAGNOLI, U.: "Las transformaciones del Derecho del trabajo" en AA.VV.: *Experiencias de flexibilidad normativa*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago de Chile, 1992, p. 16.

Junto a las anteriores, y como reflejo del intervencionismo de los poderes públicos en el ámbito de las relaciones laborales individuales y colectivas resulta obligado hacer mención al Derecho de la Seguridad Social, al Derecho procesal laboral y al Derecho administrativo laboral. En este sentido, mientras el primero viene referido al establecimiento de un sistema que provee al conjunto de trabajadores de la cobertura necesaria ante eventuales situaciones de precariedad o necesidad, los restantes abarcan áreas encaminadas al control sobre el cumplimiento de las normativas reguladoras de las relaciones individuales y colectivas de trabajo³⁷.

Por último, y en un intento de síntesis y aproximación conceptual que permita definir la disciplina del Derecho del Trabajo en atención a las funciones y contenidos anteriormente señalados, podría decirse que éste constituye el conjunto de normas y principios jurídicos, que de forma sistemática regula la relaciones sociales que tienen su presupuesto en la prestación de servicios profesionales por cuenta ajena y que presenta como función la integración del conflicto industrial a través de la apertura de cauces institucionalizados para su solución³⁸.

37

38

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Edersa, 4ª edición revisada, Madrid, 1981.

BAYÓN CHACÓN, G.: *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1955.

BERGERON, L.: "Europa de la caída de antiguo régimen al Congreso de Viena", en *Las revoluciones europeas y el reparto del mundo*, Argos, Barcelona, 1970, pp. 263-561.

BORRAJO DACRUZ, E.: "Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo. (Procedimientos para definir el Derecho del Trabajo)" en *Cuadernos de Política Social*, núm. 33, 1957, pp. 7-26.

BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, 5ª edición, Madrid, 1988.

GALIANA MORENO, J.: "Reflexiones sobre el carácter transaccional del Derecho del trabajo" en AA.VV.: *Estudios de Derecho del trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, pp. 538-540.

GRIMA REIG, M., y SALOM COSTA, J.: *Historia de las Civilizaciones*, ECIR, Valencia, 1980.

MERCADER UGUINA, J. R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 7ª edición revisada, Valencia, 2014.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

MONTOYA MELGAR, A.:

- *Derecho del Trabajo*, 22ª edición, Tecnos, Madrid, 2001.

- *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas, 1ª edición, Madrid, 1992.

NORES TORRES L. E.: "El "genoma" laboral: orígenes, componentes y evolución del derecho del trabajo", *Quaderns de ciències socials*, núm 7, 2007, pp. 1-52.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del Trabajo e ideología*, 4ª edición revisada, Tecnos, Madrid, 1989.

RAMIREZ MARTINEZ, J. M.: "El Derecho del trabajo", en AA.VV.: *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 29-53.

ROMAGNOLI, U.: "Las transformaciones del Derecho del trabajo" en AA.VV.: *Experiencias de flexibilidad normativa*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago de Chile, 1992.

SALA FRANCO, T.; LÓPEZ GANDÍA, J.: "El Derecho del Trabajo", en ALBIOL MONTESINOS, I. et altri, *Derecho del Trabajo. Tomo I. Fuentes y relaciones colectivas*, Tirant lo Blanch, 3ª edición, Valencia, 2001.

SEMPERE NAVARRO, A. V.: "Sobre el concepto de Derecho del trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 26, 1986, p. 194.

SERRANO CARVAJAL, M.: "Notas para una aproximación histórica al Derecho del Trabajo", *Revista de Política Social*, núm. 119, 1978, pp. 33-75.



TÉRMINOS Y CONDICIONES DE USO DE RBD



I. Generalidades.

Este sitio web (www.revistabolivianadederecho.com), es propiedad de la “Fundación Iuris Tantum”, entidad boliviana sin ánimo de lucro, con domicilio en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

El uso de este sitio web implica la aceptación y el cumplimiento, por parte del usuario del sitio web, de todas y cada una de las presentes Condiciones de Uso, especialmente, del compromiso de no realizar aquellas conductas que más abajo se detallan como prohibidas. El mero acceso y/o utilización del sitio web, de todos o parte de sus contenidos y/o servicios significa la plena aceptación de las presentes condiciones generales de uso.

La “Fundación Iuris Tantum” podrá establecer limitaciones y/o condiciones adicionales para el uso y/o acceso al sitio web y/o a los contenidos, las cuales deberán ser observadas por los usuarios en todo caso.

2. Usos permitidos.

La utilización permitida del presente sitio web atiende a fines exclusivos de investigación y documentación jurídica, sin que se permita la explotación privada o comercial de ninguna de las obras que forman parte de los distintos números de la Revista Boliviana de Derecho, ya sean ordinarios o extraordinarios. Queda prohibido el uso de cualquier sistema o software automatizado para extraer datos de esta página web para fines comerciales (adquisición de datos o “screen scraping”).

Ante el uso indebido y no autorizado de la presente página web, la Fundación Iuris Tantum se reserva el derecho a ejercitar las acciones que considere oportunas, incluso a instar procedimientos judiciales sin previa notificación.

3. Modificaciones de los términos y condiciones de uso.

La Fundación Iuris Tantum se reserva la facultad de modificar en cualquier momento, sin previo aviso, las condiciones generales de uso del sitio web.

4. Obligaciones del usuario.

El usuario deberá consultar y respetar en todo momento los términos y condiciones establecidos en las presentes condiciones generales de uso del sitio web. Asimismo, deberá cumplir las especiales advertencias o instrucciones contenidas en el sitio web y a obrar siempre conforme a la ley, a las buenas costumbres y a las exigencias de la buena fe, teniendo en cuenta la naturaleza gratuita del servicio del que disfruta.

5. Cláusula de limitación de responsabilidad.

La Fundación Iuris Tantum no asume responsabilidad alguna respecto a los posibles daños y perjuicios causados por el uso de este sitio web o de cualquier otro al cual se haya accedido a través de un enlace inserto en el presente sitio web.

6. Propiedad intelectual e industrial.

El presente sitio web se reserva todos los derechos sobre los contenidos, información, obras, textos, gráficos, diseños, logos, marcas, símbolos, signos distintivos, datos y servicios que ostente.

En ningún caso se entenderá que se concede licencia alguna o se efectúa renuncia, transmisión, cesión total o parcial de dichos derechos, ni se confiere ningún derecho de explotación sobre dichos elementos, sin la previa autorización expresa y por escrito de la Fundación Iuris Tantum o de los titulares de los derechos correspondientes.

7. Cláusula de legislación aplicable, jurisdicción competente y notificaciones.

Las presentes condiciones se rigen y se interpretan de acuerdo con la legislación boliviana.

Todas las controversias o diferencias con relación a la interpretación, aplicación, cumplimiento y ejecución del presente contrato, renunciando expresamente a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, se resolverán en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial (CCAC) de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz (CAINCO), conforme a los siguientes medios: Como primer medio de solución se establece la Conciliación, la cual se registrará de acuerdo al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO, vigente al momento de la presentación de la conciliación. Si la controversia no ha sido resuelta a través de la conciliación o persistiera parte de ella, como

segundo medio se aplicará el arbitraje institucional a efectuarse en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), al que se encomienda la administración del arbitraje conforme al Reglamento vigente a la fecha en que se presente la solicitud de arbitraje. El presente acuerdo implica la renuncia expresa a iniciar cualquier proceso judicial.

En materia penal se someten a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia).

Todas las notificaciones, requerimientos, peticiones y otras comunicaciones que el usuario desee efectuar a la Fundación Iuris Tantum deberán realizarse por escrito y se entenderá que han sido correctamente realizadas cuando hayan sido recibidas en la siguiente **dirección.revistarbd@gmail.com**



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 Tumasla 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.

