

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

Telf. +591 3 3375330

Correo Electrónico:

orlandoparada.vaca@gmail.com

revistarbd@gmail.com

info@revistabolivianadederecho.org

www.revistabolivianadederecho.org

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

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

Coordinación General: Nahir Coimbra Peña

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

Indexada en:

- LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México)
- CIRC (Clasificación Integrada de Revistas Científicas)
- ESCI (ISI-Thomson Reuters)
- ANVUR (Agencia Nacional de Evaluación del sistema universitario y de investigación en Italia)
- REDIB (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.
- MIAR (Matriz de Información para el Análisis de Revistas)

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

Impreso en Bolivia - *Printend in Bolivia*

SUMARIO

29

DOCTRINA

A) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 01/ La delgada línea roja entre la medicina curativa o asistencial y la medicina voluntaria o satisfactiva. Hacia una unificación de régimen jurídico. Marta Ordás Alonso (España)..... 14
- 02/ Sobre el comodato o préstamo de uso. María Candelaria Domínguez Guillén (Venezuela) 54
- 03/ Principales aspectos de la nueva regulación de los daños derivados de los accidentes de circulación en España: régimen de responsabilidad civil y valoración del daño personal derivado de la misma. Fernando Peña López (España).....98
- 04/ Perspectivas actuales de la causa del contrato en el Derecho comparado. Pedro Luis Landestoy Méndez (Cuba)..... 118

B) DERECHO DE SUCESIONES

- 05/ Las donaciones remuneratorias: configuración jurídica, colación y dispensa. A propósito de la STS de España núm. 473/2018, de 20 de julio 2018. Isabel Rabanete Martínez (España)..... 172
- 06/ La función del acta de notoriedad en la rectificación del título sucesorio abintestato. Vivian de la Caridad Varona Santiago y Ana Beatriz Águila Peña (Cuba) 206

C) DERECHO PROCESAL

- 07/ La Fiscalía Europea. Alguna clave para su entendimiento. M^a Pía Calderón Cuadrado (España) 230
- 08/ Auxilio judicial en materia civil entre España y Perú: en especial, la eficacia extraterritorial de títulos ejecutivos. Virginia Pardo Iranzo (España)..... 266

D) DERECHO MERCANTIL

- 09/ Análisis de la excepción de la empresa en crisis (Failing firm defence): la supervivencia de la empresa en el Derecho de la competencia de la Unión Europea. Michael Stedman Bernal (España)..... 288

E) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- 10/ Los límites jurídicos a la concesión de amnistías. Valentín Bou Franch (España)..... 314

F) DERECHO Y BIOÉTICA

- 11/ Las voluntades anticipadas de los pacientes menores de edad: análisis de la legislación balear. Paula Casadesús Ripoll (España) 344

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

- 12/ Especialidades contempladas en la legislación española respecto de la ejecución de la deuda tributaria en los delitos contra la Hacienda Pública. Antonio Ferrer Gutiérrez (España) 370
- 13/ Las costas en los casos de allanamiento de la Administración: nuevo criterio del Tribunal Supremo. Fernando Hernández Guijarro y Vicente Gomar Giner (España) 392
- 14/ El reconocimiento internacional del derecho a recibir información medioambiental en caso de amenaza para la salud o el medio ambiente. Especial referencia al Consejo de Europa. Jorge Antonio Climent Gallart (España)..... 406
- 15/ La fertilización in vitro heteróloga en Cuba. Valoraciones en el ámbito de la filiación. Lisandra Suárez Fernández y Luis Pérez Orozco (Cuba)..... 430
- 16/ La Jurisprudencia del zeroing en la Organización Mundial del Comercio. Gerardo Enrique Lupián Morfín (México)..... 454
- 17/ El control social en la legislación boliviana. J. Harry Clavijo Suntura (Bolivia) 470
- 18/ Pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a los bienes bajo un régimen de gananciales. Apuntes de Derecho español y peruano. Romina Santillán Santa Cruz (Perú)..... 488

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

A) DERECHO DE SUCESIONES

- 19/ Delegación de la facultad de ordenar la sucesión ex art. 831 CC y plazo para recibir la legítima estricta. Comentario a la STS de España núm. 293/2019, de 24 de mayo. Clara I. Asua González (España) 502

B) DERECHO DE FAMILIA

- 20/ El efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor y la adopción de la guarda y custodia compartida. Comentario a la STS de España, núm. 124/2019, de 26 de febrero. Esther Alba Ferré (España)..... 512
- 21/ La privación de la patria potestad al progenitor no custodio como consecuencia de la desatención económica y personal hacia su hijo menor. Comentario a la STS de España, núm. 291/2019, de 23 de mayo. Javier Martínez Calvo (España)..... 526

- 22/ Los acuerdos entre cónyuges como mecanismo para atribuir la condición de ganancialidad a bienes privativos: los planes de pensiones. Comentario a la STS núm. 327/2019, de 6 de junio. Fabiola Meco Tébar (España)..... 542

C) DERECHO ADMINISTRATIVO

- 23/ Nulidad de la cuantificación de las costas en el procedimiento económico-administrativo. comentario de la STS de España núm. 760/2019, de 3 de junio. Fernando Hernández Guijarro (España) 550

RECENSIONES

- 24/ Gómez Asensio, C.: Los acuerdos de reestructuración en la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, Aranzadi, Cizur Menor, 2019. Pedro Chaparro Matamoros (España) 566

FUNDACIÓN IURIS TANTUM
DR. ORLANDO PARADA VACA
Presidente

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

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

SECRETARÍA
DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

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

DRA. VIRGINIA PARDO IRANZO
Catedrática 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. SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA
Profesor Titular de Derecho Comparado, Universidad Parthenope de Nápoles, Italia

DR. VICENZO BARBA
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de la Sapienza, Italia

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

DR. CESARE MASSIMO BIANCA
Catedrático Emérito de Derecho Privado, LUMSA, Roma, Italia

DRA. MIRZIA ROSA BIANCA
Catedrática de Derecho Privado, Universidad de la Sapienza, Italia

DR. ÁNGEL A. BLASCO PELLICER
Catedrático de Derecho del Trabajo, Magistrado Sala 4ª del Tribunal Supremo, España

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

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

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Catedrático de Derecho Privado, LUMSA, Palermo, Italia

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

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

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

DRA. MARIA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN
Catedrática de Derecho Civil, Universidad Central, Venezuela

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DRA. MARIEL MOLINA DE JUAN
Catedrática de Derecho de Familia, Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

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

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

DR. GIOVANNI PERLINGIERI
Catedrático de Derecho Privado, Universidad Luigi Vanvitelli, Italia

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

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

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

DR. FERMÍN MORALES PRATS
Catedrático de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona, España

DR. NELSON ROSENVALD
Fiscal, Presidente del Instituto Brasileño de Estudios de Responsabilidad Civil, Brasil

DRA. ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI
Catedrática de Derecho Privado, Universidad del Sannio, Italia

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

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 Ayudante Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de 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 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 Politécnica 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
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, 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
Catedrático de Derecho Privado, LUMSA, Palermo, Italia

Derecho del Trabajo

DR. EDUARDO TALÉNS VISCONTI
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la SS, Universidad de Valencia, España.

CONSEJO DE REDACCIÓN

DR. ADRIÁN ARRÉBOLA BLANCO
Investigador postdoctoral, Universidad Complutense de Madrid, España

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

DR. LUIS DE LAS HERAS VIVES
Vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano, España

DIEGO ELOY GARCÍA GARCÍA
Abogado, España

DR. FRANCESCO LA FATA
Investigador postdoctoral, Universidad de Florencia, Italia

ANDRÉS MARÍN SALMERÓN
Investigador predoctoral, Universidad de Murcia, España

DR. JAVIER MARTÍNEZ CALVO
Doctor en Derecho, Universidad de Zaragoza, España

GONZALO MUÑOZ RODRIGO
Abogado, España.

DR. RICARDO PAZOS CASTRO
Investigador postdoctoral, Universidad de Santiago de Compostela, España

DR. VALERIO ROTONDO
Investigador postdoctoral, Universidad del Molise, Italia



DOCTRINA



LA DELGADA LÍNEA ROJA ENTRE LA MEDICINA CURATIVA O ASISTENCIAL Y LA MEDICINA VOLUNTARIA O SATISFACTIVA. HACIA UNA UNIFICACIÓN DE RÉGIMEN JURÍDICO*

THE THIN RED LINE BETWEEN HEALING OR ASSISTANCE MEDICINE AND VOLUNTARY OR SATISFACTIVE MEDICINE. TOWARDS A LEGAL REGIME UNIFICATION

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 14-53

* Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, AEl y FEDER Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones.



Marta ORDÁS
ALONSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de septiembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: El trabajo trata de poner de relieve la dificultad que entraña trasladar a la práctica la diferenciación entre medicina curativa y medicina satisfactiva a la vez que se plantea la conveniencia de caminar hacia una unidad de régimen jurídico aplicable a ambas tipologías médicas.

PALABRAS CLAVE: Medicina curativa; medicina satisfactiva; deber de información.

ABSTRACT: *The work tries to highlight the difficulty involved in transferring to practice the differentiation between curative medicine and satisfying medicine while considering the convenience of moving towards a unit of legal regime applicable to both medical types.*

KEY WORDS: *Curative medicine; satisfying medicine; information.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL PORQUÉ DE LA DIFERENCIACIÓN.- III. MEDICINA CURATIVA VERSUS MEDICINA ASISTENCIAL. SU DIFÍCIL TRASLACIÓN A LA PRÁCTICA.-

I. INTRODUCCIÓN.

En el ámbito de la medicina, es clásica la distinción entre medicina curativa, necesaria o asistencial y medicina voluntaria o satisfactiva. La primera actúa ante una determinada patología. La segunda es aquella en la que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, puesto que se actúa sobre un cuerpo sano, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético o para transformar una actividad biológica -la actividad sexual-, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos¹, siendo en estos casos plenamente voluntaria la asistencia sanitaria y absolutamente libre la relación entre el facultativo y quien solicita su intervención, en tanto no resulta impuesta por un deterioro de la salud que la convierta en necesaria².

El presente trabajo tiene por objeto llamar la atención sobre los problemas que la conceptualización de medicina curativa, por un lado, y medicina asistencial,

1 En estos términos, STS (Sala de lo Civil) núm. 349/1994, de 25 de abril; STS (Sala de lo Civil) núm. 574/1997, de 27 de junio; STS (Sala de lo Civil) núm. 1124/1997, de 2 de diciembre; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 3 octubre 2000; STS (Sala de lo Civil) núm. 447/2001, de 11 de mayo; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 467/2007, de 26 de abril; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 759/2007, de 29 de junio; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 2 octubre; SAP A Coruña (Sección 5ª) núm. 27/2014, de 4 de febrero.

2 SAP Asturias (Sección 4ª) núm. 550/1996, de 12 de noviembre.

• Marta Ordás Alonso

Marta Ordás Alonso es Prof. Titular (Acreditada Catedrática) de Derecho Civil de la Universidad de León. En el momento presente es Directora del Departamento de Derecho Privado, así como Presidenta de la Junta Electoral de Dicha Universidad. Ha publicado ocho monografías de autoría única en las más prestigiosas editoriales del mundo jurídico: La deuda de intereses en las pólizas de crédito bancario (Comares 1998), El interés de demora (Aranzadi 2004), La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2008), Aliud pro alio, saneamiento por vicios ocultos y compraventa de productos de consumo (Aranzadi 2009), Los contratos de crédito al consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (Aranzadi 2013), El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos (Bosch, 2014), La cuantificación de las prestaciones periódicas en las crisis de pareja (Bosch, 2017), La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes (Bosch, 2018). A ello se une un importante número de capítulos de libro y artículos de temática variada publicados en revistas de la máxima difusión y de indiscutible prestigio en Derecho Civil. Para concluir, ha sido galardonada con el V Premio de la Revista Cuadernos de derecho y Comercio. Correo electrónico: marta.ordas.alonso@unileon.es.

por el otro, en los términos expuestos en el párrafo precedente plantea en la práctica y ello a través de la ejemplificación de algunos supuestos que mayoritariamente o unánimemente, de modo erróneo a mi entender, son calificados como medicina voluntaria o satisfactiva.

Con carácter previo resulta oportuno detenerme en el porqué de la clasificación. ¿Hay alguna diferencia de régimen jurídico entre ambas clases de medicina que justifique que los tribunales, antes de resolver el supuesto de hecho sometido a su consideración, dejen claro que se trata de un caso de medicina satisfactiva?

Para concluir esta breve introducción, no puedo sino afirmar que, en ambos casos, tanto si se trata de una persona que se somete a una liposucción como a una apendicectomía estamos ante una relación entre un médico o un equipo médico y un paciente. Discrepo de aquella corriente doctrinal³ y jurisprudencial⁴ que, cuando de medicina satisfactiva se trata, prescinde de utilizar este último término, refiriéndose a una parte de la relación como interesado o como cliente.

II. EL PORQUÉ DE LA DIFERENCIACIÓN.

A lo largo de los párrafos que siguen me propongo poner de relieve brevísimamente aquellas diferencias de régimen jurídico, si las hubiera, entre uno y otro tipo de asistencia médica. Vaya por delante que, en mi opinión, en ninguno de los dos casos, medicina curativa y medicina satisfactiva, existe una responsabilidad médica de tipo objetivo. Dicho de otro modo, “no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente”⁵.

Hasta mediados de la década de los 2000 mayoritariamente se afirmaba que la medicina curativa o asistencial constituía una obligación de medios, mientras que la

3 Al cliente aluden GÁZQUEZ SERRANO, L.: “¿La medicina satisfactiva como contrato de obra?”, en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Aranzadi, 2014, p. 750; PÉREZ GARCÍA, M. J.: “Significado y alcance del deber de información y del consentimiento informado en el ámbito de la medicina satisfactiva. Breves reflexiones a propósito de la STS de 21 de octubre de 2005”, EDC 2006/1001344, p. 2

4 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 467/2007 de 26 abril, SAP Málaga (Sección 6ª) núm. 144/2003, de 13 de mayo; SAP Málaga (Sección 6ª) núm. 644/2003, de 25 de noviembre; SAP Madrid (Sección 25ª) núm. 263/2013, de 7 de junio. De cliente-paciente habla la SJPÍ núm. 7 Córdoba núm. 7/2000, de 17 de enero.

5 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 2 octubre 2007; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 19 septiembre 2012; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 6 mayo 2015; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) núm. 169/2018, de 6 febrero; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) núm. 418/2018, de 15 de marzo.

medicina voluntaria o satisfactiva no podía sino encuadrarse entre las obligaciones de resultado. Opinión que comenzó a quebrar pero que, aun hoy, mantiene un sector de la doctrina y no pocos pronunciamientos judiciales. De manera sintética cabe afirmar que la obligación de medios tiene por objeto el desarrollo de una actividad diligente por parte del deudor; mientras que en la obligación de resultado el deudor se compromete a alcanzar este, integrándose dicho deber en el objeto mismo de la obligación contratada⁶.

Al análisis de la naturaleza de la obligación que vincula al médico y al paciente se dedican las siguientes líneas. No sin antes llamar la atención sobre el hecho de que la caracterización de una obligación como de medios o de resultado afecta a las obligaciones de hacer; luego tiene como claro presupuesto la existencia de una obligación previa y esto únicamente acontece en el plano contractual. Por ello, y pese a lo que la lectura de diferentes pronunciamientos judiciales parece indicar⁷, como indica ASUA, no es propio hablar de esta diferenciación en el plano extracontractual⁸. Ello no implica que los parámetros para medir la diligencia de los profesionales sanitarios en el ámbito contractual y extracontractual hayan de ser distintos, sino que lo que en el plano contractual es incumplimiento de la obligación preexistente en el extracontractual es simplemente negligencia⁹.

- 6 En estos términos DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios): consideraciones críticas", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 36, 2015, BIB 2015/406, p. 3. Ello no impide al Tribunal Supremo afirmar en Sentencia (Sala de lo Civil) núm. 334/1997, de 22 de abril, relativa a una operación para la eliminación de varices, que "el resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento".
- 7 Sirva de ejemplo la STS (Sala de lo Civil) núm. 334/1997, de 22 de abril, al afirmar que "tanto si procede de contrato (contrato que, en principio, es de prestación de servicios, ya que sólo excepcionalmente es de obra, como puede ser en cirugía estética, odontología o vasectomía) como si deriva de una relación extracontractual, es una obligación de actividad (o de medios), no de resultado". En idénticos términos, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1065/2007, de 4 de octubre. La misma tendencia se observa en la jurisprudencia menor, así la SAP Cádiz (Sección 2ª) núm. 234/2010, de 13 de julio, estima que "la obligación del médico, ya proceda de contrato (prestación de servicios o de obra, como ocurre en supuestos como cirugía estética, odontología, vasectomía...), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad o de medios, siendo en los de prestaciones de obra de resultado". Vid. también la SAP Málaga (Sección 6ª) núm. 644/2003 de 25 noviembre.
- 8 La misma opinión mantienen GÁZQUEZ SERRANO, L.: "¿La medicina satisfactiva?, cit., p. 730; DE ÁNGEL YAQUÉZ, R.: "El "resultado" en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?", LA LEY 13364/2009, p. 2.
- 9 ASUA GONZÁLEZ, C. I.: "Responsabilidad civil médica", en *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2014, BIB 2014/143, pp. 21-22. Así, indica, si alguien contrató con un cirujano, la obligación será de medios, pero si el cirujano es dependiente de una clínica que es con la que se establece la relación obligatoria, la invocación de una obligación de medios solo podrá hacerse con propiedad respecto de aquélla.

Es lugar común afirmar que la medicina constituye una obligación de medios en la medida en que es una ciencia inexacta en la que se encuentra presente un componente aleatorio que escapa al control del profesional de la salud de manera que, aunque lograr la efectiva curación del paciente pueda ser su finalidad, lo será en la mayor parte de los casos, no siempre que se actúa conforme a la *lex artis* se alcanza este objetivo. Son infinitos los pronunciamientos judiciales que insisten en esta idea. Sirva como ejemplo la STS (Sala de lo Civil) núm. 349/1994, 25 de abril, a cuyo tenor “a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, esta Sala, en doctrina constante, lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica, son insuficientes para la curación de determinadas enfermedades y, finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual, lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros, todo ello impide reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado –el de la curación del paciente– que, en muchos casos, ni puede, ni podrá nunca conseguirse, entendiéndose que, por tratarse de un arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios”¹⁰.

Insistiendo en esta idea, “la responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud,

10 En el mismo sentido, STS (Sala de lo Civil) núm. 83/1997, de 11 de febrero; STS (Sala de lo Civil) núm. 447/2001, de 11 de mayo; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 544/2007, de 23 de mayo; SAP Valencia (Sección 6ª) núm. 325/2006, de 30 de mayo; SAP Madrid (Sección 12ª) núm. 599/2011, de 29 de julio; SAP Ciudad Real (Sección 1ª) núm. 37/2015, de 9 de febrero; SAP Segovia (Sección 1ª) núm. 174/2018, de 17 de julio. La misma idea se encuentra presente en la STS Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) núm. 564/2010, de 18 de mayo, en la medida en que hay que tener en cuenta dos circunstancias que deben valorarse para establecer la corrección de la atribución del daño. “Primero, el carácter imperfecto de la naturaleza humana, más evidente aun cuando se actúa con una finalidad curativa (y no meramente satisfactiva) que presupone la existencia de dolencias en el paciente cuyo curso puede depender de infinidad de factores no necesariamente relacionados con la prestación del servicio. Segundo, el carácter limitado de la ciencia médica, de la que no puede pretenderse que a toda costa ataje cualquier situación patológica de manera satisfactoria. Ello es lo que justifica que se haya incorporado a la LRJAPyPAC la previsión del art. 141-I *in fine* conforme al cual no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos”.

y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual"¹¹.

Tratando de aproximarse al contenido de dicha obligación de medios, la STS (Sala de lo Civil) núm. 349/1994, de 25 de abril, enumera una serie de deberes imputables al médico. En concreto los siguientes: A) utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo; B) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan

11 A título de ejemplo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 534/2009, de 30 de junio; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 778/2009, de 20 de noviembre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 127/2010, de 3 de marzo; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 18/2015, de 3 de febrero; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 330/2015, de 17 de junio; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 250/2016, de 13 de abril; SAP Valencia (Sección 8ª) núm. 170/2015, de 8 de junio; SAP Barcelona (Sección 14ª) núm. 106/2017, de 16 de febrero; SAP León (Sección 2ª) núm. 213/2017, de 31 de julio; SAP Madrid (Sección 20ª) núm. 84/2018, de 9 de marzo; SAP Alicante (Sección 8ª) núm. 124/2018, de 22 de marzo; SAP Barcelona (Sección 19ª) núm. 233/2018, de 18 de mayo; SAP Segovia (Sección 1ª) núm. 174/2018, de 17 de julio; SAP Tarragona (Sección 3ª) núm. 285/2018, de 24 de julio; SAP Barcelona (Sección 16ª) núm. 395/2018, de 20 de septiembre.

resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado; C) continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar, y D) en los supuestos -no infrecuentes- de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia¹².

Calificada la medicina como una obligación de medios, el hecho de no lograr la curación del paciente no genera responsabilidad por sí mismo, sino que habrá que acudir al parámetro de la *lex artis* para determinar si la actuación médica fue o no correcta en la medida en que si actuó con la diligencia debida habrá cumplimiento de la prestación, aun cuando no se haya alcanzado el resultado esperado¹³. En este sentido, a tenor de lo establecido en el art. 3.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, "los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades"; pero en ningún caso alude, ni podría sensatamente aludir, a garantizar la salud¹⁴.

Afirmada en párrafos precedentes la naturaleza de arrendamiento de servicios de la relación que vincula médico y paciente, comprometiéndose el primero a desplegar una obligación de medios, las discrepancias surgen a la hora de extender tal calificación a la medicina voluntaria o satisfactiva. En este sentido, un importante sector doctrinal estima que en tales casos actualmente se considera que la obligación de dicho personal sanitario no es sólo de medios y conocimientos sino también de resultado, de forma que frente a la primigenia concepción de la

12 Vid. STS (Sala de lo Civil) núm. 83/1997, de 11 de febrero; STS (Sala de lo Civil) núm. 447/2001, de 11 de mayo; SAP Cádiz (Sección 4ª) núm. 2/2006, de 12 de enero; SAP Madrid (Sección 12ª) núm. 599/2011, de 29 de julio; SAP Ciudad Real (Sección 1ª) núm. 37/2015, de 9 de febrero; SAP Asturias (Sección 6ª) núm. 308/2018, de 16 de julio; y SAP Segovia (Sección 1ª) núm. 174/2018, de 17 de julio.

13 Opinión parcialmente diferente mantiene MARÍN VELARDE (en "La falta de información del médico como causa originadora de daño moral", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011, BIB 2011/1269, p. 2-3) pues, desde su punto de vista, el deber de asistencia y cuidado del enfermo constituye una obligación de medios al no poder asegurar el facultativo la curación del paciente, en atención a que estas actividades médicas encierran una incertidumbre, un riesgo derivado de múltiples factores. Sin embargo, el elemento aleatorio no está presente en los deberes de información y certificación a los que el médico también está obligado, por lo que la obligación de medios que asume el médico implica también deberes de resultado: el de información y el de certificación, al tiempo que, a su vez, deben destacarse deberes instrumentales de resultado dentro del objeto básico de la prestación del médico: el deber de asistencia y cuidado del enfermo. En igual sentido, califican el deber de suministrar información como una obligación de resultado concebido como el efectivo conocimiento por el paciente de pronósticos, riesgos, etc. en definitiva del objeto de la información AGÓN LOPEZ, J.G.: *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, La Ley, Madrid, 2018, p. 229; VILLANUEVA LUPIÓN, C.: "La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado. Su operatividad en la configuración de la prestación de servicios", LA LEY 13869/2011, p. 34.

14 Idea en la que insiste DOMÍNGUEZ LUIS, J. A.: "Responsabilidad patrimonial sanitaria por (no) colocación de implante anticonceptivo: medicina satisfactiva, daño anormal y mala praxis", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2016, BIB 2016/3069, p. 5.

relación médico-paciente como un exclusivo arrendamiento de servicios, cuando de medicina satisfactiva se trata se superpone la concepción de dicha relación como de un arrendamiento de obra¹⁵.

Tesis que ha sido igualmente defendida por la Jurisprudencia. En este sentido se pronunciaba la vetusta STS (Sala de lo Civil) 21 marzo 1950 en la que se afirma que el convenio suscrito por las partes era relativo a una operación de cirugía estética con el propósito de rectificar defectos corporales de forma, “con lo que tiene más aspecto de contrato de obra que de arrendamiento de servicios y no dio el fin de embellecimiento que se perseguía, pero esto no es imputable a los médicos, pues la sentencia recurrida tiene reconocido respecto a lo que pueda ser fundamento de la responsabilidad que se trata de hacer efectiva, y como cuestión de hecho que no se ha logrado desvirtuar, según se sienta en el considerando tercero de esta sentencia, que la operación fue correctamente ejecutada, y si no produjo el resultado apetecido, fue por una infección que no puede atribuirse a descuido de los demandados, y de esto deduce acertadamente, ya como cuestión jurídica, que no había responsabilidad para los demandados por faltar base para apreciar culpa contractual ni extracontractual, y si en efecto el contrato quedó incumplido fue por un suceso no imputable a los demandados, de lo que resulta evidente que la sentencia no infringe en forma alguna los artículos que se citan en este motivo, y encaja el caso de autos en el artículo 1105 del Código Civil aunque no le mencione, pues no puede admitirse la teoría del recurrente de que si surge una fealdad mayor que la intentada corregir brota en el acto la responsabilidad ya que ésta no nace de la causa remota de la operación, sino de la próxima y eficiente que en este supuesto no es imputable a los médicos”. Analizando dicha Sentencia, indica DE VERDA Y BEAMONTE, se deducen dos ideas: en primer lugar, la calificación de la obligación del cirujano plástico como una obligación de resultado; y, en segundo lugar, la neta distinción entre *juicio de cumplimiento* y *juicio de responsabilidad*: se afirma el incumplimiento de la obligación, al no haberse alcanzado el resultado

15 Así, por ejemplo, afirma DOMÍNGUEZ LUIS (en “Responsabilidad patrimonial”, cit., p. 24) “según se trate de un caso de medicina curativa o satisfactiva cambia el nivel de exigencia que se le requiere al profesional sanitario en relación con la obtención del resultado pretendido: en el primer caso lo que se intenta es la curación o mejora en la salud del paciente, por lo que la actuación sanitaria ha de estar encaminada a poner a disposición de éste todos los medios disponibles (*locatio operarum*) del sistema de acuerdo con la *lex artis* y el estado de la ciencia. En cambio, cuando se opta por acudir a la medicina satisfactiva lo que se pretende por el cliente es obtener un determinado resultado, estético o funcional, por lo que en este caso la prestación del profesional sanitario tiene un plus de responsabilidad en cuanto comporta satisfacer la pretensión de aquél (*locatio operis*)”. Afirman que la obligación del médico es, en principio, una obligación de medios subsumible en un arrendamiento de servicios pero que en los casos de medicina voluntaria o satisfactiva la obligación se configura como de resultado calificándose de contrato de obra BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: “El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva”, LA LEY 13354/2009, p. 7 y 13; PINTO ANDRADE, C.: “La responsabilidad civil médica sanitaria derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 2009, BIB 2009/925, p. 5; RIVES SEVA, J. M.: “Consideraciones generales acerca de la responsabilidad civil médica y sanitaria. Cuestiones de Derecho sustantivo y procesal en la materia”, LA LEY 846/2004, p. 2; ROMERO COLOMA, A. M.: “En torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria. A propósito de la STS de 3 de octubre de 2000”, LA LEY 1507/2001, p. 11; SANCHO GARGALLO, I.: “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, *InDret*, abril, 2004, p. 11.

esperado. Sin embargo, el mero incumplimiento no genera responsabilidad, sino va acompañado de la culpa del deudor; lo que no aconteció en el caso sometido a la consideración del Tribunal¹⁶.

Doctrina que el Tribunal Supremo ha mantenido en Sentencias posteriores¹⁷ y a la que no ha sido ajena la jurisprudencia menor¹⁸. Así, la STS (Sala de lo Civil) núm. 587/1999, de 28 de junio¹⁹, afirma que “la relación jurídica de demandante y demandado deriva de contrato de paciente y médico, consistente en un tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis; contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra, que, como define el artículo 1544 en relación con el 1583 del Código Civil es aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto. Si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay casos en que se trata de obligación de resultado en que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía y odontología”. La misma tesis es defendida en STS (Sala de lo Civil) núm. 1193/2001, de 11 diciembre, pues “en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa como en el presente caso, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte –el paciente– se obliga a pagar unos honorarios a la otra –médico– por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso”.

Por extenso, indica la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 3 octubre 2000, se ha de “hacer referencia a la distinción existente, en materia sanitaria, entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva consistente, a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación

16 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La responsabilidad”, cit., p. 10.

17 Afirman que la medicina satisfactiva es una medicina de resultados, configuradora de un contrato de obra, a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, por ejemplo, la STS (Sala de lo Civil) núm. 334/1997, de 22 de abril; STS (Sala de lo Civil) núm. 1124/1997, de 2 de diciembre; STS (Sala de lo Civil) núm. 78/2001, de 6 de febrero; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 560/2004, de 22 de junio; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 29 marzo 2006; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 9 octubre 2012; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 2 octubre 2007; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1065/2007, de 4 de octubre; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 9 octubre 2012.

18 Entre otras muchas, SAP Málaga (Sección 6ª) núm. 644/2003, de 25 de noviembre; SAP Madrid (Sección 12ª) núm. 519/2008, de 8 de julio; SAP Valencia (Sección 8ª) núm. 319/2012, de 18 de junio; SAP Madrid (Sección 25ª) núm. 263/2013, de 7 de junio; SAP Ciudad Real (Sección 1ª) núm. 37/2015, de 9 de febrero.

19 En igual sentido, SAP Ciudad Real (Sección 1ª) núm. 37/2015, de 9 de febrero.

del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención. Esta distinción, aplicada al campo de la cirugía, ha permitido diferenciar entre una «cirugía asistencial» que identificaría la prestación del profesional con lo que, en el ámbito del Derecho privado, se asocia con la *locatio operarum* y una «cirugía satisfactiva» (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía, como la presente) que la identificaría, en el mismo terreno de las relaciones entre particulares, con la *locatio operis*, esto es, con el reconocimiento del plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso. El resultado, en la cirugía satisfactiva, opera como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, de tal suerte que su consecución es el principal criterio normativo de la intervención. Por el contrario, cuando se actúa ante un proceso patológico, que por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que abordar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud convierte en necesaria la asistencia y eleva a razón primera de la misma los medios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. El criterio normativo aplicable se centra entonces en la diligencia y adecuación en la instrumentación de aquéllos, teniendo en consideración las circunstancias”²⁰.

Menos tajantes se muestran aquellas resoluciones judiciales que no identifican la relación que une médico y paciente en los supuestos de medicina satisfactiva con un contrato de obra, pero sí se aproxima al mismo. En este sentido, indica la STS (Sala de lo Civil) núm. 349/1994, de 25 de abril, que, si bien el contrato que lija a médico y paciente cuando éste acude al primero para la curación de una enfermedad o cuadro patológico “cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, [...], sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se *aproxima ya de manera notoria* al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza

20 En los mismos términos, relativa a una vasectomía la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 29 marzo 2006 y en relación con una ligadura de trompas, seguida de un posterior embarazo, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 2 octubre 2007.

aún, las de informar al cliente -que no paciente-, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención". Doctrina reiterada en diferentes sentencias que se muestran partidarias de esta "aproximación" al contrato de obra²¹ o que, cuando de medicina satisfactiva se trata, aluden a la existencia de una figura contractual intermedia²² entre el arrendamiento de servicios y el contrato de obra²³.

La calificación de la obligación que vincula médico y paciente, cuando de medicina satisfactiva se trata, como contrato de obra o próxima al contrato de obra que ha sido utilizada para llevar al campo de la responsabilidad médica por defectuoso cumplimiento de la prestación el binomio obligación de medios / obligación de resultado no puede ser compartida. En este sentido, como indica DE ÁNGEL YAGÜEZ, el único campo en el que podría aplicarse con rigor la calificación como contrato de obra, con su ingrediente de resultado, si de responsabilidad médica hablamos es aquel relativo a las especialidades en las que el facultativo compromete la entrega de una cosa corporal, la entrega de un resultado físico. Más en concreto, radiólogos o analistas que se comprometen a entregar al paciente una placa de rayos X, una resonancia magnética, el resultado de un análisis, etc. Incluso en estas especialidades, si hubiera un cumplimiento defectuoso por no haber sido realizadas conforme a la *lex artis*, el enjuiciamiento de la obligación del médico nada tiene que ver con una obligación de resultado. Excluidos los supuestos mencionados, cuyo objeto es un dar, no cabe hablar de obligación de resultado, ni tan siquiera en los casos de medicina satisfactiva²⁴.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no ha sido ajena a la dificultad de extrapolar la clasificación obligaciones de medios/obligaciones de resultado al ámbito de la responsabilidad médica, afirmando en Sentencia (Sala de lo Civil,

21 STS (Sala de lo Civil) núm. 574/1997, de 27 de junio; STS (Sala de lo Civil) núm. 447/2001, de 11 de mayo; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 467/2007, de 26 de abril; SAP Zaragoza (Sección 2ª) núm. 680/2002, de 2 de diciembre; SAP Málaga (Sección 6ª) núm. 144/2003, de 13 de mayo; SAP Málaga (Sección 6ª) núm. 644/2003, de 25 de noviembre; SAP Valencia (Sección 6ª) núm. 325/2006, de 30 de mayo; SAP Madrid (Sección 25ª) núm. 263/2013, de 7 de junio; y SAP A Coruña (Sección 5ª) núm. 27/2014, de 4 de febrero.

22 En este sentido, indica la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 758/2005, de 21 de octubre, en la denominada medicina voluntaria o satisfactiva "se entiende que hay una aproximación al régimen jurídico del arrendamiento de obra o que se trata de una figura intermedia entre éste y el arrendamiento de servicios". Igual afirmación se contiene en la SAP Asturias (Sección 6ª) núm. 271/2007, de 2 de julio, pues "en relación a la llamada medicina voluntaria, la jurisprudencia viene reiterando que el contrato representa una figura intermedia entre el arrendamiento de servicios y el contrato de obra". En igual sentido, SAP Asturias (Sección 6ª) núm. 308/2018, de 16 de julio.

23 Cuestionan la legitimidad de esta categoría atípica de contrato intermedio entre el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de obra las STS (Sala de lo Civil) núm. 83/1997, de 11 de febrero; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 3 octubre 2000; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 29 marzo 2006.

24 DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "El "resultado" en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?, LA LEY 13364/2009, pp. 12 y ss.

Sección 1ª) núm. 943/2008, de 23 de octubre, que “las doctrinas sobre medicina curativa-medicina satisfactiva, y sobre obligación de medios-obligación de resultado, no se resuelven en respuestas absolutas, dado que según los casos y las circunstancias concurrentes caben ciertos matices y moderar las consecuencias”²⁵. En este sentido, la segunda mitad de la década de los 2000 constituye un punto de inflexión de modo y manera que, a partir de entonces, es afirmación común por parte del Tribunal Supremo que “los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida”²⁶. Dicho de otro modo, la relación que une al médico y al paciente en la medicina satisfactiva es una obligación de medios, salvo que el resultado se pacte o garantice.

Es importante destacar que el aseguramiento del resultado por el médico a la paciente no puede deducirse del simple hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética²⁷. Así como, aun cuando el resultado se asegure o garantice, no puede ser sólo la particular visión del paciente sobre el resultado desde la perspectiva de su gusto estético el que provoque la inmediata responsabilidad, porque ello conduciría a un terreno de inseguridad en el que se prescindiría indebidamente de toda idea de culpa, lo que no deja de ser ajena a nuestro sistema de responsabilidad²⁸.

Las anteriores consideraciones conducen a preguntarnos cuándo puede afirmarse que se ha pactado o garantizado el resultado, lo que no presenta problemas cuando efectivamente medie un pacto expreso de las partes en tal sentido, convenio que no siempre acontece en la práctica. Ahora bien, no

25 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 534/2009, de 30 junio; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 778/2009; de 20 de noviembre.

26 Entre otras, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 544/2007, de 23 de mayo; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1194/2007, de 22 de noviembre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 218/2008, de 12 de marzo; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 534/2009, de 30 de junio; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 778/2009, de 20 de noviembre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 517/2013, de 19 de julio; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 230/2014, de 7 de mayo; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 18/2015, de 3 de febrero; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 330/2015, de 17 de junio; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 250/2016, de 13 de abril; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 89/2017, de 15 de febrero; SAP Granada (Sección 5ª) núm. 459/2014, de 19 de diciembre; SAP Alicante (Sección 8ª) núm. 124/2018, de 22 de marzo; SAP Tarragona (Sección 3ª) núm. 285/2018, de 24 de julio; SAP Tarragona (Sección 1ª) núm. 432/2018, de 9 de octubre; SAP Barcelona (Sección 17ª) núm. 814/2018, de 15 de noviembre. La misma opinión mantienen, en la doctrina, DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “El resultado garantizado o pactado en los tratamientos de medicina estética”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2011, BIB 2010/2949, p. 2, 3; DE LORENZO, O.: “Naturaleza jurídica de la relación médico-paciente”, LA LEY 5700/2015, p. 9.

27 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1194/2007 de 22 noviembre. En la doctrina, DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “El resultado garantizado”, cit., p. 2.

28 En estos términos se pronuncia la indica la SAP Madrid (Sección 11ª) núm. 40/2010, de 26 de enero, relativa a una rinoplastia, en un supuesto en el que la técnica y la correcta aplicación de la *lex artis* no se discute y en el que el único criterio de imputación de la responsabilidad resulta ser la insatisfacción de la actora con el resultado, sin que se observe en modo alguno que se esté ante un resultado ajeno al objeto de la intervención, grosero en su expresión, o alejado de la normalidad, por lo que se está en el caso a juicio de la Sala de estimar el recurso y desestimar consiguientemente la demanda interpuesta.

existiendo un pacto expreso en cuya virtud se garantice el resultado, como afirma DÍAZ MARTÍNEZ, cuando en el consentimiento informado el prestador del servicio intenta salvaguardar su posición jurídica con cláusulas que no sólo no garantizan el resultado sino que genéricamente insisten en que nada se ha comprometido en ese sentido, es probable que su negligencia se fundamente, precisamente, en la falta de información adecuada sobre los riesgos y posibilidades de fracaso de la actuación estética²⁹.

En ausencia de pacto, la jurisprudencia viene estimando que se ha garantizado el resultado en aquellos supuestos en que existe un modelo apriorístico, hacia la conquista del cual haya operado como idea representativa para que el cliente acuda al médico y le encargue, justamente, que ese es el modelo de resultado que quiere obtener. Pensemos en una rectificación del tabique nasal o una reducción o aumento de mamas. Casos en los que, se afirma, “salvo caso fortuito, en cualquier desvío objetivable de ese modelo elegido, cabrá hablar de un acto ilícito originador de responsabilidad del profesional; el subjetivismo del interesado le movió a acudir al médico demandando tal intervención e incluso diseño apetecible, de forma que se pudo configurar una *lex privata contractus* para el médico”³⁰.

También en los supuestos en que la publicidad desplegada haga creer al paciente que el resultado se encuentra garantizado. En este sentido, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 993/2006, de 4 de octubre³¹, relativa a un tratamiento de implantación capilar, estima concurre una difusión por parte del centro de una campaña publicitaria «capaz de inducir a error al consumidor o usuario artículo 8 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios en la que el escaso rigor lleva fácilmente a la conclusión de que el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible, aludiendo a la existencia de especialistas en cabello cuando ciertamente los médicos que asistían en el centro no tenían la consideración de

29 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “El resultado garantizado”, cit., p. 4. En este sentido, considera la SAP Madrid (Sección 19ª) núm. 23/2007, de 19 de enero, afirmar que “comprendo que el fin de la operación es mejorar mi apariencia existiendo la posibilidad de que alguna imperfección persista y que el resultado pueda no ser el esperado por mí” no comporta el que la operación de auto trasplante pueda ser controlada por quienes redactan el contrato, que lo es de ejecución de obra, como luego veremos, más que de arrendamiento de servicio, por tanto la *lex artis ad hoc*, queda superada por el resultado pactado y que se haya obtenido con la repetida operación. Da la impresión de que la propia parte demandada no tiene excesiva confianza en su técnica cuando en el consentimiento informado se viene a especificar que comprende el paciente y reconoce que “no se me ha dado en absoluto tal garantía”, de la perfección absoluta pues “la medicina no es una ciencia exacta”.

30 En estos términos, SAP Madrid (Sección 11ª) núm. 572/2012; de 15 de noviembre; SAP Madrid (Sección 25ª) núm. 263/2013, de 7 de junio; SAP Madrid (Sección 25ª) núm. 263/2013, de 7 de junio.

31 En el caso concreto, Don Carlos suscribió contrato con el Centro Español de Dermatología Capilar, SA para la implantación capilar artificial a resultados del cual y del tratamiento posterior, le quedaron secuelas consistentes en “lesiones dermatológicas crónicas (poiquilodermia) que abarcan un gran área de 16 x 12 cm. en regiones frontal posterior y parietales, con alteraciones anatómicas difusas atróficas, neofibraciones vasculares (telangiectasias) y zonas hipocrómicas, en suma, piel adelgazada e hiperreactiva, de naturaleza crónica, que precisa protección continua, y, desde el punto de vista psicológico, aspecto deprimido, hostil y desconfiado, con ideas obsesivas y delirio moderado de contenido extraño, razón por la que reclamó los gastos de intervención y el daño moral sufrido a resultados de la intervención”.

tales». Y ello supone “no solo un evidente desajuste entre la intervención llevada a cabo y lo que le fue ofertado al cliente mediante la publicidad del centro, sino que viene a garantizar el resultado comprometido, con lo que se evita cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivarse de la intervención médica sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no obtenido (que de otra forma no cabría deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética –STS 21 octubre 2005–), y no los medios que se ponen a disposición del paciente, sería suficiente para responsabilizar al facultativo, al margen de los elementos de la causalidad y culpabilidad”.

A igual conclusión llega la SAP Valencia (Sección 11ª) núm. 325/2014, de 29 de septiembre, enjuiciando un supuesto de cirugía estética para elevación mamaria con implante de prótesis, que en función de su resultado insatisfactorio estima que el resultado se ha garantizado puesto que no sólo en la página web que oferta los servicios del médico demandado así se indica literalmente, lo que cabe entender que pudo influir de forma significativa en la voluntad de la demandante para su contratación, sino además, también en los correos web que se intercambian, donde se le indica por el médico demandado que “hará todo lo que pueda para que quede totalmente satisfecha con el resultado final”, con lo que implica de garantía de su obtención.

Ahora bien, no cualquier mención a un eventual resultado incluida en el mensaje publicitario implica que el mismo se garantice. En este sentido, señala la SAP Tarragona (Sección 3ª) núm. 285/2018, de 24 de julio, no puede pretenderse que la expresión publicitaria “consigue la nariz de tus sueños” implique una asunción de resultado, máxime cuando en el propio consentimiento informado expresamente se dice que ha sido informada de los riesgos generales que pudieran derivarse de la intervención de rinoplastia, así como de los riesgos personalizados, así como que “aunque se esperan buenos resultados, no hay garantía sobre los resultados que pueden obtenerse”, consentimiento que aparece firmado, sin que haya motivo alguno para dudar de que dicha información no fue la correcta o que no fuera entendida por la paciente, cuando la redacción empleada es total y absolutamente clara.

Tampoco cualquier expresión del médico valorando el tratamiento a realizar o expresando su confianza en el mismo implica garantía de obtención del resultado. En esta línea, la SAP Alicante (Sección 8ª) núm. 124/2018, de 22 de marzo, estima que en el caso sometido a su consideración no consta que en absoluto que se asegurara el resultado del tratamiento. En primer lugar, porque la prueba del DVD contiene una conversación que no forma parte de la consulta inicial, ni a la vista

del resultado de las pruebas diagnósticas ni, por tanto, en el entorno temporal de la decisión del tratamiento a aplicar. Y, en segundo lugar, porque lo que hay en la grabación es una explicación de lo extraordinario que le resulta al médico que el tratamiento no diera el resultado esperado, lo que no implica en absoluto afirmación de resultado sino valoración del dato estadístico de resultados del tratamiento, lo que no transmuta la obligación del médico en un resultado pues, como afirma el médico, con base a su experiencia y ética profesional es consciente de que la medicina no es una ciencia exacta y que, por ello, nunca garantizaría el resultado. La propuesta de un tratamiento, la expresión de confianza en el resultado, incluso de manera vehemente, en absoluto implica la afirmación del resultado.

A modo de conclusión, excepción hecha de los supuestos en que el resultado se pacte o garantice, la actual línea jurisprudencial defendida por la Sala Primera del Tribunal Supremo, con buen criterio, llama a superar la tradicional distinción obligaciones de medios y de resultado aplicada al campo de la medicina curativa y satisfactiva, respectivamente. La pregunta que inmediatamente surge no es otra que, si ello implica la refundición en un único sistema de ambos tipos de medicina o si, por el contrario, se mantiene alguna diferencia de régimen jurídico que justifique seguir estableciendo tal distinción.

La respuesta se encuentra en el deber de información que pesa sobre el profesional sanitario. Información a la que aludía el art. 10.5 de la Ley 14/1986, general de sanidad al establecer que toda persona tiene derecho respecto a las administraciones sanitarias a que se le dé en términos comprensibles, a ella y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. Precepto derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Ley que en el art. 4.1 establece el derecho de los pacientes a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Derecho que desarrolla a lo largo de su articulado, especialmente en los arts. 4, 5 y 6. Por su parte, el art. 2.6 de dicho texto normativo establece el deber de todo profesional que interviene en la actividad asistencial no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente. El mismo precepto, art. 2, en sus apartados 2 y 3, establece que el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. Pero no solo eso, sino que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento

informado de los pacientes o usuarios. Consentimiento que debe obtenerse después de que el paciente reciba la debida información, de ahí su denominación.

Esta vinculación de la información tanto con la facultad decisoria como con el consentimiento informado, entendiendo por tal la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud, reviste importancia capital. No en vano el Tribunal Constitucional en Sentencia 37/2001, de 28 de marzo, relativa a intervención médica realizada sin que el sujeto afectado haya recibido información previa sobre la misma y sin que haya prestado el consentimiento subsiguiente a esa información, acude tanto a los tratados y acuerdos en la materia ratificados por España³², por el valor interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que les reconoce el art. 10.2 CE, como a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³³, que también ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales, de acuerdo con el mismo art. 10.2 CE con la finalidad determinar las garantías que, desde la perspectiva del art. 15 CE, se imponen a toda intervención médica que afecte a la integridad corporal del paciente. Con esta base, considera el Tribunal Constitucional que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad

32 En concreto, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, cuyo art. 3 reconoce el derecho de toda persona a la integridad física y psíquica, obligando a respetar, en el marco de la medicina y la biología «el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley» y al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, que se refiere en su Capítulo II al «[c]onsentimiento» estableciendo en el art. 5 la regla general, según la cual, sólo podrá realizarse una intervención en el ámbito de la sanidad «después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento», a cuyo efecto, «deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias».

33 Admite el Tribunal Constitucional que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos no existe una norma específica referida a la protección de la integridad física y moral, "pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la ha englobado en la noción de «vida privada» cuyo respeto se consagra en el art. 8.1 CEDH (SSTEDH de 16 de diciembre de 1997, caso Raninen c. Finlandia, § 63; y de 24 de febrero de 1998, caso Botta c. Italia, § 32), como también ha incluido en el mismo la participación de los individuos en la elección de los actos médicos de los que sean objeto así como las relativas a su consentimiento (SSTEDH de 24 de septiembre de 1992, caso Herczegfalvy c. Austria, § 86; y de 29 de abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido, § 63). En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo ha destacado la importancia del consentimiento de los pacientes, considerando que la imposición de un tratamiento médico sin ese consentimiento, si el paciente es adulto y sano mentalmente, supone un ataque a la integridad física del interesado que puede poner en cuestión los derechos protegidos por el art. 8.1 CEDH (STEDH de 29 de abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido, § 63), poniendo de relieve, también, la importancia para las personas expuestas a un riesgo sobre su salud de tener acceso a la información que les permita evaluar dicho riesgo (SSTEDH de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros c. Italia, § 60; y de 2 de junio de 2009, caso Codarcea c. Rumanía, § 104). En la última Sentencia citada, el TEDH ha señalado que, al amparo de su obligación de adoptar las normas adecuadas para garantizar el respeto a la integridad física de los pacientes, los Estados parte deben imponer las normas precisas para que los médicos se pregunten sobre las consecuencias previsibles de la intervención médica proyectada sobre la integridad física de sus pacientes e informen a éstos convenientemente sobre aquéllas, de modo que la persona pueda consentir el acto con conocimiento de causa, de suerte que si se consuma un riesgo previsible sin que el paciente haya sido informado por el médico, el Estado concernido podría llegar a ser directamente responsable al abrigo del art. 8 CEDH (§ 105)".

física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. [...] Ahora bien, para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación. La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental. [...] En este sentido, es terminante la Ley 41/2002 (a la que las resoluciones judiciales sólo contienen alguna mención puramente marginal) al exigir en su art. 8 (que es trasunto del art. 5 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina) el previo consentimiento del afectado, libre y voluntario, para toda actuación en el ámbito de su salud, «una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso». Y el art. 4 recoge en los términos más amplios el derecho de los pacientes a conocer «toda la información disponible» sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud, «salvando los supuestos exceptuados por la Ley». El precepto pone de relieve que las excepciones no son indeterminadas ni de consideración extensiva, permitiéndose la limitación del derecho únicamente en casos de carencia de capacidad del paciente para entender la información o por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica («cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave»), supuestos en los que es preciso comunicarlo a las personas vinculadas al paciente (art. 5.3 y 4)³⁴.

34 Son numerosas las resoluciones judiciales que expresamente aluden al derecho del paciente a conocer los riesgos que asume, así como las alternativas que tiene para la intervención o tratamiento como una faceta integrante de la dignidad de la persona y en diferentes derechos fundamentales tales como el derecho fundamental a la vida, en su vertiente de autodisposición del propio cuerpo, o la integridad física y moral.

Siendo la finalidad de la información tanto proporcionar a quien es titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses como servir de base para la prestación de un consentimiento libre y voluntario³⁵, ésta ha de ser objetiva, veraz, completa y asequible³⁶. Más en concreto, el art. 4.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece que la información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. La prestación de la información suficiente ha de permitir al paciente formar libremente una decisión sobre las distintas alternativas, en definitiva, consentir la finalmente elegida en atención a los riesgos que cada una de ellas comporta.

Las anteriores consideraciones nos llevan a determinar cuál es el contenido que ha de revestir dicha información. En este sentido, el art. 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, establece que la información "comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias". Contenido que se amplía al previsto en el art. 10 de la ley para todos los supuestos en los que resulte necesario el consentimiento escrito del paciente, esto es, los establecidos en el art. 8.2 (las intervenciones quirúrgicas y los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente). Concretando dichos preceptos, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo acostumbra a exigir que se informe al paciente, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado³⁷.

Sirvan como ejemplo la STS (Sala de lo Civil) núm. 447/2001, de 11 de mayo; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 9 octubre 2012; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 330/2015, de 17 de junio.

35 Diferente es la denominada información terapéutica o de seguridad, que comprende las medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada y que también debe abarcar la de preparación para la intervención.

36 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 544/2007, de 23 mayo; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1194/2007, de 22 de noviembre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 943/2008, de 23 octubre; SAP Barcelona (Sección 16ª) núm. 395/2018, de 20 de septiembre.

37 STS (Sala de lo Civil) núm. 447/2001, de 11 mayo; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 478/2009, de 30 de junio.

Siendo importante destacar que la imposibilidad de optar por un tratamiento alternativo no enerva la obligación de informar y de obtener el consentimiento informado previo a la intervención, pues la actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le informa si no él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses. Lo contrario sería tanto como admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan consentimiento informado³⁸.

Configurado sintéticamente, y solo en lo que a los efectos de este trabajo interesa, el deber de informar la paciente en los términos expuestos, resulta afirmación común estimar que la información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva; revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria. Se habla así de que la exigencia de un mayor rigor en el cumplimiento del deber de información, de que el deber de información se acrecienta, se acentúa, la información es más acusada, reviste especial intensidad, adquiere perfiles propios, etc. cuando de medicina satisfactiva se trata³⁹. El fundamento⁴⁰ de esta exigencia de extremar el deber de información es doble.

Por un lado, si el deber de información médica se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, en ejercicio de su derecho a la libertad personal de decisión o derecho de autodeterminación sobre la salud y persona, que es la finalidad perseguida por la norma (art. 10.5 y 6 LGS, y en la actualidad, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente), con más razón es exigible ese derecho cuando el paciente tiene un

38 STS (Sala de lo Civil, Sección Única) núm. 828/2003, de 8 septiembre; SAP Zaragoza (Sección 2ª) núm. 680/2002, de 2 de diciembre; SAP Islas Baleares (Sección 4ª) núm. 138/2012, de 10 de abril.

39 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 3 octubre 2000; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 30 marzo 2004; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 9 mayo 2005; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 758/2005, de 21 de octubre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 993/2006, de 4 de octubre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 544/2007, de 23 de mayo; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 759/2007, de 29 de junio; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1065/2007, de 4 de octubre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1215/2007, de 28 de noviembre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1194/2007, de 22 de noviembre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 943/2008, de 23 de octubre; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 9 octubre 2012; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 18/2015, de 3 de febrero; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 330/2015, de 17 de junio; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 250/2016, de 13 de abril; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 89/2017, de 15 de febrero.

40 En opinión de VILLANUEVA LUPIÓN (en "La distinción", cit., p. 35), "la explicación del énfasis doctrinal y jurisprudencial en la información acerca de las posibilidades de fracaso, podría hallarse en que, típicamente, el paciente-cliente está expuesto más de lo razonable al error de minimizar los riesgos inherentes a este tipo de intervenciones, que asumen como un «arreglito» o un «retoquito» de nada. Situación además que se acentúa por la publicidad y el modo en que estos servicios se ofrecen al mercado, fomentado por el hecho de que la belleza, no ya sólo la salud, se ha convertido en un bien de consumo al alcance de cualquier economía, incluso convenientemente financiada, con la invitación a remediar cualquier problema o achaque estético para asemejarse al modelo de reclamo publicitario".

mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención cuando ésta no es necesaria o apremiante⁴¹. Sirvan como ejemplo los hechos sometidos a la consideración de la AP Barcelona (Sección 16ª) y fallados en SAP Barcelona núm. 395/2018, de 20 de septiembre, en la que queda acreditada la relación de causalidad entre la colocación de los implantes dentales y la posterior prótesis fija con la neuropatía crónica del nervio trigémino derecho sufrida por la demandante. Supuesto que, dice el informe del perito, se trata de una complicación predecible, inevitable y que no requiere para su aparición de una actuación médica incorrecta, pero no es menos cierto que para la exoneración de la responsabilidad se exige que se haga constar en el consentimiento informado que suscribió la paciente para autorizar la intervención y en el mismo no aparece mención alguna de esta posible complicación. La gravedad de esta omisión, a juicio de la Sala, es manifiesta desde el momento en que la actora disponía de otras soluciones terapéuticas a sus problemas dentales (prótesis dentales con sujeción no implantológica o la intermedia combinando ambos tratamientos) y en dicha medida la referida omisión supone la pérdida de la oportunidad de optar, con la suficiente información y tranquilidad, por una u otra alternativa.

Por otro, el criterio más riguroso respecto de la medicina asistencial se justifica también por la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa⁴². En la fecha de conclusión de este trabajo, aquí radica una diferencia capital entre uno y otro tipo de medicina en la medida en que, afirma el Tribunal Supremo, en la medicina curativa no es necesario informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre

41 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 758/2005, de 21 de octubre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 544/2007, de 23 de mayo; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 759/2007, de 29 de junio; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 330/2015, de 17 de junio; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 250/2016, de 13 de abril; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 89/2017, de 15 de febrero.

42 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 758/2005, de 21 de octubre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 993/2006, de 4 de octubre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 544/2007, de 23 de mayo; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 759/2007, de 29 de junio; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 943/2008, de 23 de octubre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 544/2007, de 23 de mayo; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1194/2007, de 22 de noviembre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 943/2008, de 23 de octubre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 18/2015, de 3 de febrero; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 250/2016, de 13 de abril; SAP Madrid (Sección 21ª) núm. 96/2011, de 16 de febrero; SAP A Coruña (Sección 5ª) núm. 27/2014, de 4 de febrero; SAP Granada (Sección 5ª) núm. 459/2014, de 19 de diciembre. Así, como afirma GARCÍA SÁNCHEZ (en "La mejora de la autonomía del paciente en la práctica de la medicina estética", *Ius et Scientia*, vol.2, núm. 2, 2016, p. 230-231), la mayoría de pacientes que llegan a una clínica estética es más fácil que digan que sí a un procedimiento estético que decir no. Por este motivo, el médico debería evitar sobrevalorar sus preferencias hacia unas alternativas, en particular sobre las que se excede en pormenores en detrimento de otras alternativas que apenas comenta o que ni siquiera las ofrece, actitud que condiciona inevitablemente al paciente. Más en concreto, al igual que las opciones quirúrgicas médicamente indicadas, las no quirúrgicas y el no tratamiento tienen que entrar también en la categoría de opciones médicas una cirugía bariátrica o liposucción en una persona con un poco de sobrepeso o una mamoplastia de aumento en el caso una mujer delgada, en ambos casos podrían ser perfectamente sustituidas por una adecuada dieta alimenticia que ayudara a adelgazar en un caso y a aumentar de peso en el otro.

que tengan carácter excepcional y no revistan una gravedad extraordinaria⁴³. En cambio, cuando de medicina satisfactiva se trata se ha de informar de los riesgos atípicos⁴⁴. Conviene llamar la atención sobre la dificultad que entraña calificar los riesgos ¿cuándo un riesgo es típico o, por el contrario, atípico? La mayor parte de la doctrina estima que la diferencia no radica en una mera cuantificación estadística⁴⁵. En este sentido, indica CADENAS OSUNA, la tipicidad de un riesgo por su inherencia a la actuación médica propuesta puede proceder de dos vías: puede tratarse de un riesgo inherente a la actuación médica considerada en abstracto (el tipo de intervención, la técnica a emplear, etc.) o bien la tipicidad puede derivar de su inherencia al acto médico cuando éste se practica en pacientes en los que concurren determinadas circunstancias personales (ej. problema cardiaco). Por el contrario, por riesgos atípicos hay que entender aquellos que no son inherentes a la actuación médica, son, en definitiva, imprevisibles. En definitiva, la diferencia entre una u otra tipología de riesgos se encuentra en su inherencia o no a la actuación médica propuesta, no en su gravedad ni en su frecuencia estadística⁴⁶. Opinión que se desprende de algunas sentencias del Alto Tribunal, así, por ejemplo, en STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 758/2005 de 21 octubre señala que “se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica. Por lo tanto debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, y ello tanto más si el evento previsible –no debe confundirse previsible con frecuente- no es la no obtención del resultado sino una complicación severa, o agravación del estado estético como ocurre con el queloide. La información de riesgos previsibles es independiente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención”.

43 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 421/2007, de 17 de abril; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1065/2007, de 4 de octubre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1215/2007, de 28 de noviembre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 943/2008, de 23 de octubre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 743/2008, de 29 de julio; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 12 septiembre 2012; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 199/2013, de 11 de abril; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 698/2016, de 24 de noviembre; SAP Madrid (Sección 21ª) núm. 96/2011, de 16 de febrero; SAP Madrid (Sección 25ª) núm. 263/2013, de 7 de junio; SAP A Coruña (Sección 5ª) núm. 27/2014, de 4 de febrero; SAP Barcelona (Sección 16ª) núm. 395/2018, de 20 de septiembre.

44 En la doctrina, afirman que mientras en la medicina curativa o asistencial no hay obligación de informar de los riesgos atípicos, no acontece así en la medicina voluntaria o asistencial en la que la información debe ser pormenorizada y abarcar cualquier tipología de riesgos, entre otros, ADÁN DONENECH, F.: “Responsabilidad sanitaria y consentimiento informado”, LA LEY 11309/2018, p. 6; PÉREZ GARCÍA, M. J.: “Significado y alcance”, cit., p. 2

45 AGÓN LÓPEZ, J.G.: *Consentimiento informado*, cit., p. 223; CADENAS OSUNA, D.: “El estándar de información sanitaria sobre riesgos de los tratamientos e intervenciones médicas en España y el *common law*: una visión panorámica”, *InDret*, octubre, 2016, p. 7-10; GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad civil médica*, 5ª Ed., Civitas, 2016, p. 734-735; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: “El consentimiento informado en el acto médico”, LA LEY 1887/2007, p. 4; SANCHO GARGALLO, I.: “Tratamiento legal”, cit., p. 10. En contra, define los riesgos típicos como “aquellos que son frecuentes o probables” BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: “El deber de información”, cit., p. 11.

46 CADENAS OSUNA, D.: “El estándar”, cit., p. 7-10.

Por el contrario, no es esta la conclusión que cabe extraer de aquellos pronunciamientos judiciales ya reseñados según los cuales en la medicina curativa “no es necesario informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional y no revistan una gravedad extraordinaria”, o en aquellas sentencias en las que se afirma quedan fuera de la obligación de informar al paciente en los supuestos de medicina curativa “los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos, que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia”⁴⁷, de cuya literalidad sí parece deducirse una vinculación de la tipicidad o atipicidad del riesgo con su mayor o menor previsibilidad y frecuencia, dando por hecho que si un riesgo se presenta frecuentemente es previsible. Ello no me impide afirmar que si bien los riesgos asociados frecuentemente a la realización de un acto médico suelen considerarse inherentes al mismo y, por ello, típicos, un riesgo estadísticamente improbable o con un bajo índice de probabilidad no tiene por qué ser atípico, pudiendo ser inherente al acto médico propuesto aunque se materialice en escasas ocasiones⁴⁸. En este sentido, por ejemplo, constituye un riesgo típico la recanalización de los conductos deferentes tras una operación de vasectomía, aunque la probabilidad de que esto acontezca no supere el 1% de los casos. En definitiva, indica SÁNCHEZ GÓMEZ, los riesgos de los que hay que informar serán más o menos frecuentes o más o menos graves pero siempre previsibles pues si fueran imprevisibles no se pueden determinar con anticipación, lo que nos sitúa fuera del ámbito de la responsabilidad y podría ser calificado de caso fortuito ex art. 1105 CC. Por ello, frente a la distinción riesgos típicos/atípicos es mejor utilizar los términos de tipicidad e imprevisibilidad⁴⁹.

Dejando la disquisición riesgos típicos / riesgos atípicos a un lado, además del contenido obligatorio de toda información en los términos expuestos en líneas precedentes, cuando de medicina satisfactoria se trata, la intervención o tratamiento debe ir precedido de una información comprensible que incluya la veraz advertencia de la posibilidad de que la satisfacción estética o funcional buscada no está plenamente garantizada, dicho de otro modo, puede que no

47 STS (Sala de lo Civil) núm. 1207/1998, de 28 de diciembre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 421/2007, de 17 de abril; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1065/2007, de 4 de octubre; SAP Almería (Sección 3ª) núm. 16/2015, de 26 de enero; SAP Pontevedra (Sección 6ª) núm. 608/2016, de 17 de noviembre; SAP Madrid (Sección 12ª) núm. 70/2018, de 22 de febrero. La misma tesis mantiene en la doctrina DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 216.

48 En estos términos, CADENAS OSUNA, D.: “El estándar”, cit., p. 9.

49 SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2014, BIB 2014/3958, p. 7.

desemboque en el resultado apetecido⁵⁰. En detalle, indica la SAP Valencia (Sección 6ª) núm. 325/2006, de 30 de mayo, la extensión del derecho a la información en los supuestos de la llamada medicina voluntaria comprende “las distintas alternativas del tratamiento, las complicaciones que de él pueden derivarse, con independencia de la frecuencia afirma la sentencia de 12 de enero de 2001, siempre que sean inherentes a la intervención, incluso la necesidad de someterse a intervenciones u operaciones correctoras o complementarias y la posibilidad evaluable de que el resultado pretendido no se logre o precise de actuaciones o tratamientos posteriores por el afectado”⁵¹.

No solo eso, sino que también debe advertir al paciente cuando la opción por él elegida no sea idónea. Un ejemplo de lo expuesto se observa en la SAP Madrid (Sección 19ª) núm. 99/2011, de 17 de febrero, relativa una operación de aumento de mamas en la que el facultativo se atuvo a las indicaciones de la paciente en cuanto al tamaño a conseguir. Sin embargo, como indica la Sala, el documento que se incorpora a la demanda como base de la información, no puede sino calificarse de incompleto pues no consta se le contraindicara acerca del volumen de las mamas que iba a implantar, pues la referencia que consta en la historia clínica es posterior al consentimiento y no se acredita que fuera informada acerca de las consecuencias negativas de optar por la elección que ella prefería. “En un campo tan delicado, no se trata de seguir las indicaciones del “cliente” que en estos casos es más que ello, paciente, que no puede asumir determinados riesgos sin la clara y terminante indicación de los efectos contrarios que podrían suponerle. [...] El resultado de la prueba, evidencia la existencia de asimetría, entre las mamas y con el cuerpo de la paciente en razón a su edad y complexión, de modo que resulta grotesca la imagen como la sola muestra de las fotografías pone de relieve y lo corrobora la prueba pericial”.

Es más, la información debe ser personalizada. Su ausencia es lo que lleva a la SAP Las Palmas (Sección 5ª) núm. 549/2005, de 31 de octubre, a estimar la existencia de responsabilidad médica en una mamoplastia de reducción pues, descartada la posibilidad de que el resultado insatisfactorio haya sido fruto de una mala praxis médica a la hora de ejecutar la intervención, ni consecuencia de un descuido en el control y atención postoperatoria, la cuestión se centró en la actuación previa y en especial en la información facilitada a la actora por el profesional que ejecuta la intervención. En este sentido, el documento de consentimiento informado, recibido por escrito con antelación suficiente y

50 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 544/2007, de 23 de mayo; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 544/2007, de 23 de mayo; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1194/2007, de 22 de noviembre; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 943/2008, de 23 de octubre; SAP Málaga (Sección 6ª) núm. 144/2003, de 13 de mayo.

51 Lo que, aplicado al caso concreto la lleva a concluir que, antes de procederse a la eliminación quirúrgica de la miopía, es menester que el “cliente” conozca los riesgos del tratamiento de forma completa y exhaustiva, aunque sean de difícil e infrecuente aparición, a fin de que pueda formar adecuadamente su consentimiento.

firmado por la paciente, era sumamente minucioso en el apartado relativo a los riesgos que la intervención comportaba, en especial a las complicaciones que se pueden presentar en la intervención y en el postoperatorio y así se destacan como las más frecuentes aquellas relativa a los cambios en la sensibilidad de la piel y del pezón y respecto a las cicatrices cutáneas y retraso en la cicatrización, advirtiéndose de la posibilidad cambios y de pérdida permanente de la sensibilidad y de la posibilidad de cicatrices inestéticas, para lo cual se utilizan términos claros y por ende comprensibles para legos en la materia. Sin embargo, la Audiencia, no considera tal información "completa del todo, pues se echa en falta un apartado separado en el que se detallen las concretas circunstancias personales de la intervenida y como podrían afectar las mismas, en su caso, a la manifestación de esas concretas complicaciones, es decir, la información facilitada no es todo lo detallista y minuciosa que debía haber sido, más aún, en el apartado relativo a las cicatrices cutáneas que pudieran quedar, lo cual es muy importante para la cliente en este tipo de intervenciones, pues, como se indica en el propio informe del especialista que aporta, no la actora sino el demandado, la calidad final de las mismas está íntimamente conectada con múltiples y variados factores, entre los cuales se incluye algunos que vienen determinados por las propias y particulares circunstancias de cada persona, como lo son el tipo de piel, color, edad, estado general, etc. Con base a ello este Tribunal entiende que se *infringió en cierta medida* el deber de información médico, pues el consentimiento obtenido para la operación no fue fruto de una completa y personalizada información, por lo que la cliente actora no pudo en definitiva ejercitar con cabal conocimiento, (consciente, libre y completo) su actuación decisoria. Es cierto, que el deber de información no reviste carácter absoluto, pero el mismo debe extenderse, sobre todo en los casos de cirugía satisfactoria no sólo a describir de manera genérica las complicaciones previsibles y frecuentes, sino también a determinar la conexión de estas con las concretas circunstancias personales de la cliente, careciendo la información facilitada de esta última consideración".

Para concluir, la información y subsiguiente consentimiento informado se debe corresponder con el tratamiento o intervención a realizar. Por ello, la SAP Madrid (Sección 13ª) núm. 51/2015, de 9 de febrero, declara la responsabilidad del facultativo que llevó a cabo un procedimiento quirúrgico de elevación de mamas en la medida en que se ha infringido el deber de facilitar una información suficiente, clara y verbal previa a la obtención del consentimiento de la paciente, que lo emitió para un acto quirúrgico distinto al realizado –concretamente, una mamoplastia de aumento- y se ha omitido la realización de un preoperatorio adecuado a la operación programada, que debía incluir una indagación sobre la posibilidad de que la paciente pudiera estar embarazada y, en definitiva, no se ha observado un proceder médico diligente y acorde con la *lex artis ad hoc* en la

realización de la intervención quirúrgica practicada, cuya naturaleza no permitía prever un resultado como el producido.

Es lo cierto es que si, cuando de medicina satisfactiva se trata, hay que informar de todos los riesgos conocidos según el estado de la ciencia en el momento de llevar a cabo el acto médico, ello tiene difícil encaje con la exigencia jurisprudencial de que la información suministrada no sea excesiva pues ello “puede convertir la atención clínica en desmesurada –puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente– y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica –no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión–, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario”⁵². En este sentido, la información no puede ser ilimitada o excesiva, so pena de producir el efecto contrario, atemorizante o inhibitor y que ha de ofrecerse en términos comprensibles, claros y adaptados al usuario de la asistencia⁵³.

La importancia de la información es tal que, en orden a determinar la existencia o no de la responsabilidad del profesional médico, no basta con que se haya desarrollado la intervención o el tratamiento conforme a la *lex artis* sino que su actuación debe ser también analizada en lo relativo a si cumplió o no el deber de informar a su paciente. En palabras del Tribunal Supremo, “el cumplimiento de esta obligación de información por parte del médico al paciente debe considerarse con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en sí se desarrolle con sujeción a la *lex artis*”⁵⁴. Es más, el cumplimiento de la *lex artis* debe extenderse hasta alcanzar la exigencia legal del deber de informar al paciente⁵⁵. Desde esta perspectiva, adquiere relevancia preguntarse qué acontece en aquellos supuestos en los que la actuación del médico ha sido irreprochable, radicando su negligencia única y exclusivamente en haber incumplido el deber de información o de recabar el consentimiento informado, bien porque no han existido en absoluto bien por resultar estos insuficientes. Los problemas tienen que ver con el daño que se indemniza y con la relación de causalidad. Como señala MUNAR BERNAT hay que decidir si la simple infracción de la obligación de informar puede generar el

52 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 3 octubre 2000; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 9 mayo 2005; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 19 septiembre 2012.

53 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 9 octubre 2012.

54 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 544/2007, de 23 de mayo.

55 RUBIO TORRANO, E.: “Pérdida de oportunidad, falta de consentimiento informado y responsabilidad de la administración sanitaria”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 17, 2009, BIB 2009/1922, p. 3.

nacimiento de la responsabilidad civil o si, por el contrario, es imprescindible la existencia de un daño derivado de la actuación médica en la que no se cumplió o se cumplió mal el deber de informar. En definitiva, se trata de responder a los dos interrogantes siguientes: 1º. ¿Se puede admitir la reclamación procedente de un paciente no informado adecuadamente pero conforme con la asistencia recibida? 2º. Si el defecto de información va acompañado de la materialización de un daño ¿se pueden reclamar cantidades diferentes por el perjuicio ocasionado a la salud y por la ausencia de información?⁵⁶.

Interrogantes que exceden los límites de este trabajo y a los que ha tratado de dar oportuna respuesta la doctrina⁵⁷ pero cuya importancia me propongo ilustrar con el que quizá sea uno de los supuestos que mayor número de reclamaciones plantea en la práctica y este no es otro que una vasectomía seguida de un posterior embarazo, hechos sobre el que abundan las resoluciones judiciales en las que no me voy a detener, me limitaré, por tanto, a plantear su problemática. Pues bien, realizada la vasectomía y obtenido el resultado de esterilización, entendiendo por tal aquel estado en el que, previas las comprobaciones oportunas en el período postoperatorio mediante los análisis espermiográficos necesarios, se dictamina la infertilidad del varón de acuerdo con las reglas de la ciencia médica, esto es, observando los plazos necesarios o mediante la producción de las eyaculaciones aconsejables sin cópula reproductiva, acontece que, por causa un comportamiento extraordinario y no previsible de la fisiología de la persona, tiene lugar de modo espontáneo una recanalización tardía posible de los conductos deferentes, aunque altamente improbable, que permite de nuevo el paso de espermatozoides y desemboca en la recuperación plena de la fertilidad. Realizada la intervención conforme a la *lex artis*, la cuestión se circunscribe a determinar si el médico incumplió o no el deber de informar a su cliente de esta posibilidad. En definitiva, como con gran elocuencia expresa la SJPI núm. 7 de Córdoba núm. 7/2000, de 17 de enero, hay “que determinar si el demandado alegremente aseguró a su cliente un resultado de total esterilidad, o, si por el contrario, puso a este de manifiesto, de una forma o de otra, la posibilidad más o menos remota de

56 MUNAR BERNAT, P.A.: “El daño y su indemnización en supuestos de infracción del deber de informar”, en LLEDÓ YAGÜE, F./MORILLAS CUEVA, L. (dir.): *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 109.

57 Sistematiza ASUA GONZÁLEZ (en “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, pp. 149 y ss.) los diferentes enfoques del Tribunal Supremo en los siguientes: no se indemniza porque se entiende que el daño final habría acaecido igualmente; se indemniza el daño final sin más explicación; se indemniza el daño final por considerarse que la infracción del deber de información traslada el riesgo al profesional de la medicina; se indemniza el daño final considerando la probabilidad de que el paciente no se hubiera sometido al tratamiento o intervención pero sin calibrar la mayor o menor probabilidad a efectos de cuantificación; se indemniza por pérdida de oportunidad de evitar el daño final; se indemniza la lesión de un derecho a la libre determinación. Vid. también las consideraciones de AGÓN LÓPEZ, J.G.: *Consentimiento informado*, cit., pp. 275 y ss.; GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad civil médica*, cit., pp. 503 y ss. y 875 y ss.; MARÍN VELARDE, A.: “La falta de información”, cit., pp. 3 y ss.; RAMOS GONZÁLEZ, S.: “Daño moral por falta de consentimiento informado”, en GÓMEZ POMAR, F. / MARÍN GARCÍA, I.: *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 447 y ss.; SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “La información”, cit., pp. 10 y ss.

que no se obtuviese el resultado apetecido, haciéndole ver en definitiva que las actuaciones médicas conducen a resultados racionalmente probables pero no a operaciones matemáticamente perfectas”.

Como conclusión, si el incumplimiento de la obligación de informar o siendo esta información incompleta genera responsabilidad del médico y si el contenido esta información no es el mismo en función que se trate de un supuesto incardinable en la medicina curativa o asistencial o, por el contrario, en la medicina voluntaria o satisfactiva hay que tener muy claro y ser muy rigurosos a la hora de conceptualizar uno y otro tipo de medicina, lo que no es en absoluto fácil en la práctica. A llamar la atención sobre tal dificultad se dedica el siguiente epígrafe.

III. MEDICINA CURATIVA VERSUS MEDICINA ASISTENCIAL. SU DIFÍCIL TRASLACIÓN A LA PRÁCTICA.

Tal y como ponía de manifiesto en líneas precedentes, tanto para aquel sector doctrinal y jurisprudencial que aun hoy defiende que la medicina curativa es una medicina de medios, caracterizando la obligación asumida por el facultativo en la medicina satisfactiva como de resultado, como para aquellos que sitúan el diferente régimen jurídico entre uno y otro tipo de medicina en la intensificación del deber de información si de medicina satisfactiva se trata, es obvia la relevancia que adquiere incardinar un concreto tratamiento o intervención en el ámbito de la medicina asistencial o curativa o, por el contrario, voluntaria o satisfactiva. Sin embargo, a la hora de trasladar tal clasificación a la práctica, las cosas no están tan claras como a primera vista pudiera parecer. En este sentido, constituye afirmación común considerar medicina voluntaria o satisfactiva los tratamientos oftalmológicos u odontológico así como aquellos que tratan de intervenir sobre la función reproductora (colocación de dispositivos encaminados a evitar la concepción de la mujer; ligadura de trompas, vasectomía, técnicas de reproducción asistida)⁵⁸. Afirmación que no es posible realizar en los términos categóricos a los que nos tiene acostumbrada la doctrina y, singularmente, la jurisprudencia tal y como pretendo poner de manifiesto a lo largo de las páginas que siguen.

Comenzando por las intervenciones oftalmológicas, y definida la medicina curativa como aquella que actúa sobre una patología, una operación de cataratas no encaja en tal calificación⁵⁹. Mayores dudas puede plantear la miopía en la medida

58 CASTILLEJO MANZANARES, R.: “La carga de la prueba en el proceso civil por responsabilidad médica”, LA LEY 264472006, p. 6; DE LORENZO, O.: “Naturaleza jurídica”, cit., p. 9; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “El resultado garantizado”, cit., p. 1; DOMÍNGUEZ LUIS, J. A.: “Responsabilidad patrimonial”, cit., p. 24.

59 . En el caso sometido a consideración de la AP de Asturias (Sección 6ª) y resuelto en Sentencia núm. 271/2007 de 2 julio al paciente se le detectó un problema de cataratas, con hipertensión ocular asociada, que comportaba grave riesgo de pérdida de visión en ese ojo, cuanto más que podría ser irreversible en razón de la patología previa concurrente. Supuesto que, a juicio de la Sentencia de instancia, debía enmarcarse en la medicina voluntaria o satisfactiva. La Audiencia, con buen criterio, discrepa de dicha calificación en la medida en que “es sabido que la opacidad del cristalino es una enfermedad progresiva,

en que el problema puede ser paliado mediante el uso de las oportunas lentes. Ahora bien, o se afirma que la miopía no es una patología del ojo o no encaja en la definición de medicina voluntaria como aquella que actúa sobre un cuerpo sano. Pues bien, la miopía es definida por la Real Academia de la Lengua como un “defecto de la visión consistente en que los rayos luminosos procedentes de objetos situados a cierta distancia del ojo forman foco en un punto anterior a la retina”, lo que me lleva a defender el carácter curativo de la intervención destinada a su corrección. Esta es la opinión defendida por el Tribunal Supremo en STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 44/2004, de 10 de febrero, al afirmar que “no cabe considerar la operación de corrección de miopía como meramente satisfactiva, dada su evidente incidencia curativa, y menos todavía cuando tiene la entidad de la de autos”. Al aludir a la entidad parece referirse al número de dioptrías que presentaba la actora -siete con cinco dioptrías en el ojo izquierdo y ocho en el derecho-, pero ¿es posible trazar una línea divisoria que tenga como consecuencia calificar la intervención encaminada a la corrección de la miopía como medicina satisfactiva o curativa en función del número de dioptrías? De ser la respuesta afirmativa ¿qué número de dioptrías sería determinante? No hay que olvidar que ello implicará que al paciente se le deba informar de uno u otro tipo de riesgos tal y como he explicitado en páginas precedentes. Así, la SAP Castellón (Sección 3ª) núm. 461/2008, de 15 de octubre, calificó una corrección de miopía por láser como una cirugía refractiva para corregir los defectos de graduación óptica del ojo para satisfacer necesidades de origen no patológico y, en consecuencia, su carácter es de cirugía voluntaria o no curativa⁶⁰. Estima probado la Audiencia que por la entidad demandada se ha incumplido el deber de información que le impone la *lex artis ad hoc* con anterioridad a la práctica del acto médico, omitiendo informar al actor de la existencia del riesgo de pérdida de agudeza visual como consecuencia del descentramiento de la zona de ablación, riesgo previsible y el más grave de la intervención a que se sometía el actor, concluyendo que al mismo se le ha privado de ejercitar con pleno conocimiento, esto es, libre y completo, su libertad de decidir si se sometía o no al acto médico, valorando que en este caso la

que puede evolucionar más o menos lentamente, pero que a la postre acaba provocando la ceguera por lo que la intervención médica siempre es curativa, cuanto más cuando cursa con hipertensión ocular asociada que a la postre es una patología tanto o más grave pues en este caso la ceguera puede ser irreversible; con menor motivo puede aceptarse aquella conclusión en el caso revisado porque la evolución del paciente había sido particularmente rápida y por tanto el pronóstico a muy corto plazo era el de la completa pérdida de visión por ese ojo. [...] En resumen: a.) el acto quirúrgico se plantea en relación a una patología grave y perfectamente conocida, al igual que los condicionantes individuales del paciente; b.) de evolucionar libremente, dicha patología culminaría a corto plazo con la pérdida de visión del ojo derecho; c.) la sustitución del cristalino por una lente intraocular es la única solución conocida a este respecto; d.) la complicación ocurrida es uno de los riesgos previsible y es susceptible de corrección; por todo ello reiteraremos que la actuación enjuiciada se inscribe inequívocamente en la medicina curativa o asistencial y por tanto la obligación del médico es simplemente de medios, no de resultado; a partir de ahí abordaremos si se proporcionó al enfermo la información necesaria para tomar la decisión correspondiente, pues, descartada cualquier irregularidad tanto en el diagnóstico, como en tratamiento quirúrgico y postoperatorio, la sentencia se acoge a las deficiencias que aprecia a este respecto para imputar a los demandados la obligación de indemnizar al paciente por la diplopia o poliplopia residual”.

60 La misma calificación de la miopía, como medicina satisfactiva, se observa en la SAP Valencia (Sección 6ª) núm. 325/2006, de 30 de mayo.

libertad de opción del paciente es muy superior a la de los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa⁶¹. Ahora bien, si, como creo, se trata en verdad de una medicina de carácter curativo ¿no habría que informar del riesgo de pérdida de agudeza visual? En mi opinión, no cabe duda que sí, la propia sentencia afirma que era previsible, luego típico.

Tampoco todo tratamiento odontológico puede ser considerado medicina voluntaria. Específicamente así lo estima la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 19 septiembre 2012, en la medida en que la extracción de los cordales superiores para prevenir la enfermedad periodontal no integra un acto de medicina voluntaria o satisfactiva, cuya finalidad es lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, sino de medicina curativa, en cuanto se encamina, precisamente, a evitar la enfermedad periodontal. Igual calificación merecerá, en mi opinión, una ortodoncia dirigida a corregir una maloclusión dental en la medida en que, si no se corrige, puede ocasionar al paciente, entre otras consecuencias, problemas periodontales, inflamación de las encías, pérdida de hueso, dificultad para la masticación, alteración de la fonética, etc.

Sumamente clarificadora de la tesis que mantengo resulta la SAP Granada (Sección 5ª) núm. 459/2014, de 19 de diciembre, a cuyo tenor “no puede aceptarse el criterio generalizador que asimila la función del odontólogo, en todo caso al arrendamiento de obra; pues el campo de la estomatología trata una amplísima gama de enfermedades y disfunciones que exceden de los meros defectos estéticos, cuyo tratamiento en numerosas ocasiones repercute sobre la salud general del paciente, dado que, como hecho notorio y de general conocimiento, una adecuada deglución, cuando menos, puede evitar afecciones de nutrición y del aparato digestivo. Así, como considera la sentencia de la A. Provincial de Zaragoza de 18 de mayo de 2008, en el campo de la odontología, y específicamente para la endodoncia “...lo decisivo no es la clase de intervención en sí, pues la endodoncia puede hallarse integrada en un tratamiento meramente estético, como la reconstrucción de piezas dentales o colocación de fundas, cual ocurre en las sentencias citadas que se inclinan por la primera opción, o puede ir dirigida a atajar un proceso morbosos o patológico, con miras a mejorar la salud dental de la actora, como destaca la SAP Madrid 28 junio 2002”⁶².

61 Como medicina satisfactiva es tratado por la SAP Valencia (Sección 6ª) núm. 325/2006, de 30 de mayo.

62 En el caso concreto, la dolencia que presentaba la actora era el edentulismo, con deterioro general de ambas arcadas, que cursaba con un problema de bruxismo, consistente en la compulsiva fricción o fuerza, muy superior a la masticación, ejercida entre ambas mandíbulas, con el consiguiente desgaste acelerado de piezas; el cual había dado como resultado que las piezas dentarias presentaban profundas facetas de desgastes, que exponían incluso la dentina, lo que había hecho disminuir la dimensión vertical de la paciente. Es decir, se trata del padecimiento de un proceso de deterioro serio, cuyo tratamiento exige técnicas combinadas tanto por lo que se refiere a la disposición tanto de implantes como de prótesis por lo estima la Sala no se puede asimilar el tipo de tratamiento recibido a una mera actuación médica satisfactiva.

Sin embargo, la SAP Madrid (Sección 12ª) núm. 599/2011, de 29 de julio, califica de medicina voluntaria la extracción de los cuatro terceros molares o muelas del juicio, que se encontraban en mala posición, así como la exodancia de unos restos raticulares que tenía en la boca, limpieza de encías y rehabilitación de la oclusión, “estado bucal que no constituía una patología grave para su salud, al margen de lo aconsejable que resulta una correcta profilaxis”. A quien así habla es evidente que nunca le han molestado las muelas del juicio.

¿Quid de la denominada medicina reproductora? Una ligadura de trompas para evitar los perjuicios oculares que la mujer había sufrido como consecuencia de anteriores embarazos es tratado como medicina satisfactiva por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 9 mayo 2005, sin embargo, su función, sino curativa, al menos preventiva es evidente. La STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 759/2007, de 29 de junio, por su parte, sin llegar a calificar como medicina curativa la ligadura de trompas sí afirma que además de ser considerado un método de planificación familiar permanente, evita riesgos graves para la salud de la embarazada, como en este caso, después de tres embarazos, el segundo y el tercero culminados con parto mediante cesárea. Y si bien es cierto que medicina curativa, necesaria o asistencial, y medicina voluntaria o satisfactiva “han conducido a soluciones jurídicas distintas, vinculadas en determinados casos a una discutida obligación de medios y resultados, la diferencia entre ambas modalidades no aparece en ocasiones muy clara en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no sólo físico, o de aquellas intervenciones preventivas en las que se actúa a partir de las indicaciones médicas dirigidas a evitar riesgos para la salud o integridad del paciente, que las consiente”⁶³.

Ello me lleva a afirmar el carácter curativo de la medicina preventiva. De indudable carácter preventivo es la administración de vacunas, de las que afirma la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 12 septiembre 2012, en el caso concreto de la vacuna contra la varicela, no integran un acto de medicina satisfactiva sino curativa en la que la que el consentimiento informado no alcanza a aquellos riesgos que no tienen un carácter típico, por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional, como es aquí el caso, en que de la prueba practicada resulta que la cerebelitis postvacunal es rarísima. ¿Qué diferencia existe entre este supuesto y una vasectomía realizada con la finalidad de evitar un ulterior nacimiento de un niño no deseado que pudiera tener como tiene el actor la enfermedad de Huntington que, sin embargo, es calificada de medicina satisfactiva por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 29 marzo 2006? ¿Puede calificarse como medicina satisfactiva la extirpación de ambos senos para prevenir un cáncer

63 En el mismo sentido, vid. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 534/2009, de 30 de junio.

de mama cuando los antecedentes familiares de padecimiento de tal enfermedad se acumulan?

Pero es más, si nos atenemos a la definición del término "salud" tal y como este es conceptualizado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"⁶⁴, las fronteras entre medicina curativa y medicina satisfactiva se desdibujan aún más en la medida en que, en numerosas ocasiones aunque no siempre, el aspecto físico de una persona le afecta psicológicamente. Pero no solo el deseo de lograr una mejora estética participa de esta característica sino también, incluso en mayor medida, aquellas intervenciones en el ámbito de la medicina reproductiva encaminadas a tener descendencia.

En este último punto de vista, en un supuesto de sometimiento a un tratamiento de fertilidad mediante el método de inseminación artificial, insiste el Tribunal Supremo en SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 218/2008, de 12 de marzo, y núm. 778/2009, de 20 de noviembre, a cuyo tenor "es cierto que, en principio y sin perjuicio de las características de cada caso, la persona que se somete a una determinada intervención o manipulación médica, sea de la naturaleza que sea, lo hace impulsada por un estado patológico que pretende corregir en cuyo tratamiento puede verse afectada la salud, pero sin que el resultado sea una consecuencia necesaria del mismo. La realidad social y médica de la ginecología y de la medicina, en general, imponen soluciones distintas de tal forma que con independencia de que pueda existir una clara actividad médica tendente a subsanar unas patologías concretas, de evidente carácter curativo -azoospermia y déficit de maduración ovular-, ambas generadoras de incapacidad de reproducción, la distinción entre obligación de medios y de resultados (*«discutida obligación de medios y resultados»*, dice la STS 29 de junio 2007), no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico, en la que se incluye el desarrollo de capacidades como la de tener un hijo, previniendo y solucionando problemas de salud reproductiva. La Organización Mundial de la Salud definió la esterilidad involuntaria como una enfermedad crónica, que configura el derecho fundamental de hombres y mujeres de estar informados y tener acceso a métodos de regulación de la fertilidad con arreglo a los medios disponibles actualmente en Medicina Reproductiva, que permitan a la mujer llevar a término su embarazo y dar a luz de

64 Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946.

forma segura¹⁶⁵. Qué decir cuando el empleo de técnicas de reproducción asistida tiene por objeto un diagnóstico genético preimplantacional.

Incluso si ponemos la atención en las que podríamos, a *priori*, denominar operaciones puramente de cirugía estética, estas no siempre persiguen o no solo persiguen una mejora estética del paciente. Este es el caso de la elevación, aumento o disminución de mamas que, en principio, nos lleva a firmar su carácter voluntario encuadrable en la medicina satisfactiva pero no necesariamente tales intervenciones responden, o no solo responden, al deseo de obtener una mejora estética. En este sentido, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 560/2004, de 22 de junio, trata como un supuesto de medicina satisfactiva una intervención quirúrgica de reducción de mamas principalmente orientada a remediar los dolores de espalda derivados de su hipertrofia mamaria, así como una osteoporosis en fase inicial, intervención de la que se derivó una necrosis masiva del único pecho intervenido con la consecuencia final de pérdida total de la zona areola-pezones. Como he indicado insistentemente, hoy en día para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, la diferencia de régimen jurídico entre uno y otro tipo de medicina radica en la mayor o menor intensidad del deber de información. En el caso concreto, se estimó que el médico había incumplido este deber al no informar a la paciente de un 0,44% de posibilidades de necrosis como riesgo típico de la intervención “porque si la intervención quirúrgica no era estrictamente necesaria, el deber del cirujano de informar a la paciente de todas las complicaciones posibles, lejos de perder importancia, cobraba una especial intensidad”¹⁶⁶. Pero es un riesgo típico, luego tendría el facultativo obligación de informar del mismo en todo caso, con independencia de la finalidad correctora o satisfactiva de la intervención.

Una rinoplastia de desviación de tabique nasal y de orificio nasal de tamaño reducido que producían a la actora dificultades respiratorias es calificada como medicina satisfactiva por la SAP Málaga (Sección 6ª) núm. 644/2003, de 25 de

65 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 943/2008, de 23 de octubre, aun admitiendo que la aplicación de la técnica de la fecundación “in vitro” forme parte de la medicina voluntaria o satisfactiva, el evento dañoso, consistente en el fallecimiento de la Sra. Catalina, no se produjo por una causa o circunstancia relacionada con la misma, sino en el desarrollo del embarazo, al que es razonable dar el tratamiento correspondiente a la medicina necesario o curativa, tal y como se hace por el juzgador “a quo”.

66 Afirma el Tribunal “no es aceptable sin más que la finalidad primordialmente correctora de la reducción mamaria, disminuir el peso de la zona del pecho para aliviar los dolores de espalda de la paciente y frenar la osteoporosis que ésta padecía en fase inicial, disminuyera, hasta casi eliminar su significación jurídica, la importancia que para la actora-recurrente tenía el resultado final de la intervención en el aspecto estético o plástico. A cualquiera se le alcanza que a una mujer de treinta y seis años de edad, casada, no le puede ser indiferente cómo queden sus pechos tras una intervención conveniente para aliviar sus dolores de espalda pero en modo alguno necesaria para salvar su vida o evitar un mal mayor en la propia zona intervenida. Es más, si de todos es sabido que las intervenciones quirúrgicas más destructivas, en los casos de tumores malignos, provocan por lo general secuelas psicológicas en las pacientes pese a que el fin es salvar su vida, difícil será cuestionar que para la actora-recurrente el aspecto final de sus pechos tras la intervención hubiera de tener una importancia casi equivalente, cuando no prácticamente equiparable, al alivio de sus dolores de espalda. En otras palabras, nada permite afirmar que si la actora-recurrente hubiera conocido el riesgo de necrosis a resultas de la intervención, con destrucción de areola y pezón, se hubiera sometido a ella siguiendo el consejo del demandado-recurrente”.

noviembre. En la medida en que “su finalidad era en definitiva un mejoramiento físico a la que se sometió la demandante voluntariamente previo concierto con el médico y que si bien con la misma se procuraba eliminar las dificultades respiratorias también se procuraba una perfección estética lo que queda demostrado por el hecho de acudir la demandante a un cirujano plástico y como así se reconoce en el propio escrito de contestación a la demanda al puntualizarse que en la rinoplastia concurren dos aspectos: la corrección estética de la nariz que afecta a su totalidad especialmente externa, y, por otra, la corrección funcional”. Intervención, por tanto, en la que confluían ambos aspectos, curativo y satisfactivo, de la medicina y que fue calificado como medicina voluntaria por la Audiencia.

En definitiva, por un lado, algunos tratamientos formarán parte de la medicina curativa o satisfactiva, entendiendo por tal aquella cuya causa no radica en una imperiosa necesidad para la salud, sino que se encuentra en un exclusivo deseo de mejora estética o en la voluntaria supresión de una función fisiológica, en función de las circunstancias concurrentes en el caso concreto (ej. una ortodoncia dirigida a una mejora estética de una alineación de los dientes mínimamente desviados y así lograr una bonita sonrisa o bien encaminada a corregir una maloclusión dental); por otro, no todos los supuestos pueden encuadrarse en la bipartición curativa/satisfactiva (ej. técnicas de reproducción asistida). Circunstancia que constituye un poderoso argumento a favor de la unidad de régimen jurídico entre ambos tipos de medicina.

Definida por el Tribunal Supremo la medicina voluntaria como aquellos casos en los que el interesado acude al médico “no para la curación de una dolencia patológica” sino para la mejora de un aspecto físico o estético o para la transformación de un actividad biológica⁶⁷, llama la atención la STS (Sala de lo Civil) núm. 1193/2001, de 11 de diciembre, relativa a una cirugía maxilofacial, en un supuesto de protusión del maxilar superior, al afirmar que “en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa como en el presente caso, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra”⁶⁸. O la SAP Madrid (Sección 12ª) núm. 519/2008, de 8 de julio, al calificar de “arrendamiento de obra al contrato que liga al paciente con el médico en el ámbito de la denominada medicina voluntaria, -sea o no con fines curativos-”.

A modo de conclusión, la practica ofrece innumerables supuestos que son difícilmente encuadrables en la calificación medicina curativa / medicina satisfactiva

67 STS /Sala de lo Civil) núm. 349/1994, de 25 de abril; SAP Madrid (Sección 12ª) núm. 599/2011, de 29 de julio. En parecidos términos, se afirma que la medicina voluntaria es aquella en la que “el interesado acude al médico, no para ser tratado de una patología previa, sino con otros propósitos” [SAP Madrid (Sección 12ª) núm. 599/2011, de 29 de julio; SAP Ciudad Real (Sección 1ª) núm. 37/2015, de 9 de febrero].

68 Vid. igualmente SAP Madrid (Sección 12ª) núm. 599/2011, de 29 de julio; SAP Ciudad Real (Sección 1ª) núm. 37/2015, de 9 de febrero.

o que, pese a ser usualmente incardinados en la segunda, no lo pueden ser siempre y en todo caso (oftalmólogos, odontólogos, etc.). Me permito insistir por una última vez en que la cuestión está lejos de ser baladí pues determina el contenido de la obligación de información que pesa sobre el médico y, en consecuencia, la responsabilidad o no de este⁶⁹. En páginas precedentes he llamado la atención sobre algún ejemplo significativo. Si en numerosos supuestos existe una gran dificultad para calificar un concreto supuesto de hecho como medicina curativa o, por el contrario, satisfactiva; si el deber de información médica se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, en ejercicio de su derecho a la libertad personal de decisión o derecho de autodeterminación; si, en opinión del Tribunal Constitucional, el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad; si no existe acuerdo doctrinal ni jurisprudencial en la conceptualización de los diferentes tipos de riesgo; si no toda medicina curativa es urgente, ni en la mayoría de los supuestos toda intervención o tratamiento calificable como medicina curativa es el único posible⁷⁰, cabría plantearse un incremento de la información suministrada

69 Si bien la colocación de implantes dentales es usualmente calificado como un supuesto de medicina satisfactiva, no comparte esta opinión la SAP A Coruña (Sección 5ª) núm. 27/2014, de 4 de febrero, lo que le lleva a eximir de responsabilidad al médico por incompleta información, responsabilidad que se le habría exigido de haber sido calificados los hechos como medicina satisfactiva como, por otra parte, viene siendo habitual en la jurisprudencia. En concreto, afirma la Audiencia, "siendo la cuestión nuclear debatida la existencia de nexo causal entre dicha intervención y el contagio de hepatitis B Puesto que el tratamiento aplicado a la actora no constituye un supuesto de medicina voluntaria que exige extremar el deber de información, de forma que abarque todos los riesgos posibles y conocidos por la praxis y la ciencia médica en el momento de la intervención, a fin de obtener un consentimiento totalmente ilustrado del cliente que le permita valorar si acepta o desiste de la operación, a través de una información completa que comprenda el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, evitando que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención prescindible o de una necesidad relativa, sino que pertenece al ámbito de la medicina asistencial, debemos concluir que en este caso no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos atípicos, por imprevisibles o infrecuentes, que no suelen producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que sean excepcionales o no revistan una gravedad extraordinaria, incluyendo el artículo 10.I de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, como información básica los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones SSTS 28 diciembre 1998, 21 octubre 2005, 4 octubre 2006, 22 noviembre 2007 y 23 octubre 2008). Por ello, con independencia de que no se ha probado que el daño producido a la actora, consistente en el contagio del virus de la hepatitis B, sea causalmente imputable a la actuación de los demandados sobre los que recae el deber de informar, y como bien señala el dictamen pericial, el contagio de esta enfermedad no forma parte de los riesgos o consecuencias sobre los que debe ser informado el paciente a los efectos de prestar su consentimiento para ser sometido a un tratamiento de implantes dentales".

70 Como indica el Tribunal Supremo el consentimiento informado también debe permitir al paciente "permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto", también cuando de medicina curativa se trata [STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 199/2013, de 11 de abril]. Discrepo, por tanto, de la afirmación contenida en la SAP Madrid (Sección 19ª) núm. 99/2011, de 17 de febrero, a cuyo tenor en la medicina curativa "la actuación médica se presenta como único medio de tratamiento, o al menos casi imprescindible".

al paciente en estos casos. En definitiva, sería posible defender una unificación de régimen jurídico entre ambos tipos de medicina recayendo sobre el facultativo el deber de informar de los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia, o directamente relacionados con el tipo de intervención, en este último caso con independencia de su poca o casi nula frecuencia. Riesgos de los que habría que informar tanto en su consideración abstracta como en atención a las características del singular paciente objeto del mismo, tanto cuando se requiera consentimiento escrito como cuando este no es imprescindible, con el único límite del estado de la ciencia en el momento de proceder a realizar el tratamiento o intervención. Los riesgos imprevisibles no se pueden determinar con antelación, luego difícilmente se puede imponer el deber de informar sobre los mismos cuyo incumplimiento genere responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

ADÁN DOMÉNECH, F.: “Responsabilidad sanitaria y consentimiento informado”, LA LEY 11309/2018.

AGÓN LÓPEZ, J. G.: *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, La Ley, Madrid, 2018.

ASUA GONZÁLEZ, C. I.: “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013.

ASUA GONZÁLEZ, C. I.: “Responsabilidad civil médica”, en *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2014, BIB 2014/143.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: “El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva”, LA LEY 13354/2009.

CADENAS OSUNA, D.: “El estándar de información sanitaria sobre riesgos de los tratamientos e intervenciones médicas en España y el *common law*: una visión panorámica”, *InDret*, octubre, 2016.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: “La carga de la prueba en el proceso civil por responsabilidad médica”, LA LEY 264472006.

DE LORENZO, O.: “Naturaleza jurídica de la relación médico-paciente”, LA LEY 5700/2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios): consideraciones críticas”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 36, 2015, BIB 2015/406.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “El resultado garantizado o pactado en los tratamientos de medicina estética”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2011, BIB 2010/2949.

DOMÍNGUEZ LUIS, J. A.: “Responsabilidad patrimonial sanitaria por (no) colocación de implante anticonceptivo: medicina satisfactiva, daño anormal t mala praxis”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2016, BIB 2016/3069.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.

GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad civil médica*, 5ª ed., Civitas, 2016.

GARCÍA SÁNCHEZ, E.: "La mejora de la autonomía del paciente en la práctica de la medicina estética", *Ius et Scientia*, vol. 2, núm. 2, 2016.

GÁZQUEZ SERRANO, L.: "¿La medicina satisfactiva como contrato de obra?", en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Aranzadi, 2014.

MARÍN VELARDE, A.: "La falta de información del médico como causa originadora de daño moral", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011, BIB 2011/1269.

MUNAR BERNAT, P. A.: "El daño y su indemnización en supuestos de infracción del deber de informar", en LLEDÓ YAGÜE, F./MORILLAS CUEVA, L. (dir.): *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Dykinson, Madrid, 2012.

PÉREZ GARCÍA, M. J.: "Significado y alcance del deber de información y del consentimiento informado en el ámbito de la medicina satisfactiva. Breves reflexiones a propósito de la STS de 21 de octubre de 2005", EDC 2006/1001344.

PINTO ANDRADE, C.: "La responsabilidad civil médico sanitaria derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 2009, BIB 2009/925.

RAMOS GONZÁLEZ, S.: "Daño moral por falta de consentimiento informado", en GÓMEZ POMAR, F./MARÍN GARCÍA, I.: *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Barcelona, 2017.

RIVES SEVA, J. M.: "Consideraciones generales acerca de la responsabilidad civil médica y sanitaria. Cuestiones de Derecho sustantivo y procesal en la materia", LA LEY 846/2004.

ROMERO COLOMA, A. M.: "En torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria. A propósito de la STS de 3 de octubre de 2000", LA LEY 1507/2001.

RUBIO TORRANO, E.: "Pérdida de oportunidad, falta de consentimiento informado y responsabilidad de la administración sanitaria", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 17, 2009, BIB 2009/1922.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: "El consentimiento informado en el acto médico", LA LEY 1887/2007.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2014, BIB 2014/3958.

SANCHO GARGALLO, I.: “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, *InDret*, abril, 2004.

VILLANUEVA LUPIÓN, C.: “La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado. Su operatividad en la configuración de la prestación de servicios”, LA LEY 13869/2011.

SOBRE EL COMODATO O PRÉSTAMO DE USO

**REGARDING THE COMMODATUM AGREEMENT OR
GRATUITOUS LOAN FOR USE**

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 54-97



María Candelaria
DOMÍNGUEZ
GUILLÉN

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de septiembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: El artículo refiere el contrato de comodato o préstamo gratuito de uso en el ordenamiento jurídico venezolano. Al efecto, se consideran los principales aspectos del tema, tales como: noción, antecedentes, naturaleza, caracteres, elementos, efectos y extinción. Se parte de la escueta regulación del Código Civil, la doctrina y alguna referencia judicial, a la vez que se reseña someramente la figura en la legislación española. Se trata de un contrato real de una cosa infungible que suele presentar incidencia entre conocidos y amigos.

PALABRAS CLAVE: Comodato; préstamo de uso; contrato real; gratuidad; cosa infungible; restitución; comodante; comodatario.

ABSTRACT: *The article refers to the contract of commodatum or gratuitous loan for use in the Venezuelan legal system. To this purpose, the article considers the main aspects of the subject, such as: concept, background, nature, characteristics, elements, effects and extinction. It starts from the limited regulation in the Civil Code, the doctrine and some case law reference, and at same time, it reviews briefly the concept in Spain legislation. It is a real contract of a non-fungible thing, which usually occurs among acquaintances and friends.*

KEY WORDS: *Commodatum; loan for use; real contract; gratuitous; non-fungible thing; restitution; gratuitous lender; gratuitous borrower.*

SUMARIO.- I. NOCIÓN.- II. ANTECEDENTES.- III. NATURALEZA.- IV. CARACTERES.- V. ELEMENTOS.- VI. EFECTOS.- I. Derechos y obligaciones del comodatario.- 2. Derechos y obligaciones del comodante.- VII. RIESGOS.- VIII. EXTINCIÓN.

I. NOCIÓN.

El comodato en el ordenamiento venezolano¹ presenta una modesta regulación en el Código Civil (CC, arts. 1724 a 1734). Dispone el artículo 1724 del CC: “El comodato o préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra gratuitamente una cosa para que se sirva de ella, por tiempo o para uso determinados, con cargo de restituir la misma cosa”².

El comodato constituye un contrato de préstamo de uso, gratuito, real y unilateral por el cual una persona titular cede (comodante) a otra (comodatario) el uso de una cosa determinada o infungible con la obligación de devolverla como la recibió³. Es el contrato por el cual una de las partes entrega gratuitamente a la

- 1 Véase: BORJAS, L.: “El comodato”, *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, núm. 132, Caracas, enero-diciembre 1967, pp. 58-75; BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil en el Derecho Venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, T. II, pp. 15-33; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos. Contrato de obra* “La sociedad” “El mandato” “Enfitéusis” “La transacción” “El comodato” “El mutuo” “El depósito” “La renta vitalicia”, Universidad de los Andes, Mérida, 1998, vol. III, pp. 277-300; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y Garantías (Derecho Civil IV)*, Universidad Católica Andrés Bello, 7ª ed., Caracas, 1989, pp. 489-495; GELMAN B., R.: *Contratos y Garantías*, Fundación para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología en la región zuliana, 3ª ed., Maracaibo, 1993, pp. 167-175; BORJAS, L.: “El préstamo de uso como referencia al comodato bancario”, *Revista de la Facultad de Derecho N° 15*, UCAB, Caracas, 1972-73, pp. 148-185. Agradezco a la profesora de Contratos y Garantías de la Universidad Central de Venezuela, Edsa SÁNCHEZ la lectura crítica del presente artículo.
- 2 Véase: Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 8-7-15, Exp. 6247, “conforme a lo previsto en el señalado artículo 1.724 del Código Civil, el comodato o préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra gratuitamente una cosa, para que se sirva de ella, por tiempo o para uso determinado, con cargo de restituir la misma cosa, no obstante, por cuanto el legislador no estableció un procedimiento especial para su tramitación ni en el código adjetivo ni en ninguna otra ley, todas las acciones judiciales que deriven de un contrato de comodato, deberán sustanciarse por los trámites del procedimiento ordinario de conformidad con el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil”; Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 19-11-13, Exp. 12.447, el comodato es un contrato gratuito mediante el cual una persona entrega a otra un bien para que se sirva del mismo con la obligación de restituirlo (ambas en: <https://vlexvenezuela.com>).
- 3 Véase: MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., pp. 280 y 281; DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *El contrato de comodato*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 841; BORJAS, L.: “El préstamo”, cit., p. 148, debe devolverse la misma cosa; LUIZ RODRIGUEZ, O.J.: “Estudo Dogmático do Contrato de Comodato no Código Civil Alemão”, *Revista jurídica da FA7: periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro* (Ejemplar dedicado a: Temas de Direito Privado: uma homenagem ao Professor Agerson Tabosa), vol. 7, núm. 1, ene-dic, 2010, pp. 217-

• **María Candelaria Domínguez Guillén**

Profesora Titular de Derecho Civil I: Personas, y Derecho Civil III: Obligaciones. Universidad Central de Venezuela. mariacandela1970@gmail.com.

otra una cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva⁴. Gratuitad y restitución en el préstamo de uso de una cosa infungible es la esencia de la figura contractual que reseñaremos.

Se trata de un préstamo con la intención de que una parte se sirva de la una cosa “específica” para luego restituirla. Si se tratará de una cosa “genérica” que debe restituirse estaríamos ante un mutuo⁵. El art. 1740 del Código Civil español⁶ prevé claramente tal diferencia: “por el contrato de préstamo una de las partes entrega a la otra, alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo”. Se aprecia así que el contrato de préstamo tiene dos modalidades muy distintas, aunque ambas responden a la misma función de proporcionar un beneficio al que lo recibe que es el prestatario⁷. Por un lado, el comodato o préstamo de uso, por oposición al mutuo o préstamo de consumo: el primero recae sobre cosas no fungibles y el último sobre cosas

222; GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios y reales*, Editorial de Belgrano, Argentina, 1997, pp. 343-391; MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de Derecho Civil, Los principales contratos (continuación)*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974, trad. L. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Parte Tercera, vol. IV, pp. 434-440; FRUSTAGLI, S. A. y A. P. ARIAS: “La regulación del contrato de comodato en el Código Civil y Comercial”, *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015* (abril), 21/04/2015, 416; PÉREZ GALLARDO, L. B.: *Código Civil de la República de Cuba. Ley N° 59/1987 de 16 de Julio (Anotado y Concordado)*, Ciencias Sociales, La Habana, 2011, p. 277; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Diccionario de Derecho Civil*, Panapo, Caracas, 2009, p. 35.

- 4 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros: *Curso de Derecho Civil (II) Derecho de Obligaciones*, Colex, 3ª ed., Madrid, 2011, vol. II, p. 728; LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*, Tecnos, 15ª ed., Madrid, 2009, p. 327; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*, Dykinson, 5ª ed., Madrid, 2006, Revisión por: J. DELGADO ECHEVERRÍA y M. A. PARRA LUCÁN, p. 337; GELMAN B., R.: *Contratos*, cit., p. 167.
- 5 GELMAN B., R.: *Contratos*, cit., p. 167.
- 6 Véase en la doctrina española entre otros: MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato en nuestros días”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1953, pp. 839-856; VIVAS TESÓN, I.: “La esencial gratuidad del contrato de comodato y la responsabilidad del comodatario en la jurisprudencia”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 8, 2002, pp. 561-574; DELGADO SÁEZ, J.: *Estudio sobre la figura del comodato y del precario (aplicación de la cesión gratuita de vivienda familiar)*, Universidad de Salamanca/Universidad Pública de Navarra, Máster de Derecho Privado Patrimonial, Trabajo de fin de Máster, junio 2015, Tutora: E. TORRELLES TORREA; BASOZABAL ARRUE, X.: “Del Comodato”, *Comentarios al Código Civil*, dir. A. DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1885-1895; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *El contrato*, cit., in totum; DIEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 9ª ed., 3ª reimp., Madrid, 2003, pp. 399-404; ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Edisofer S.L., 14ª ed., Madrid, 2011, pp. 799-807; LETE DEL RIO, J. M.: *Derecho de Obligaciones, Contratos en particular*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1995, vol. III, pp. 163-168; SÁNCHEZ CID, I.: *Lecciones de Derecho Civil (Parte General, Obligaciones y Contratos)*, Ratio Legis, Salamanca, 2012, pp. 351-354; MEDINA DE LEMUS, M.: *Derecho Civil II (reestructurado conforme al plan de Bologna)*, Dillex, Madrid, 2010, pp. 317-320; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. y A. PEDREIRA ANDRADE: *Introducción al Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 4ª ed., España, 1996, pp. 637-639; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. y otros: *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2001, pp. 457-460; CUEVILLAS MATOZZI, I y otros: *Instituciones de Derecho Civil patrimonial*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2009, pp. 253-255; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. y otros: *Curso de*, cit., pp. 728-730; LASARTE, C.: *Curso de*, cit., pp. 347 y 348; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Nociones de*, cit., p. 337.
- 7 O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. y A. PEDREIRA ANDRADE: *Introducción al*, cit., p. 637; LETE DEL RIO, J. M.: *Derecho de*, cit., p. 163.

fungibles⁸. Algunos aluden al mutuo como “préstamo en sentido estricto”⁹ o “simple préstamo”¹⁰. La figura del préstamo de uso responde al contrato de comodato. De allí que el préstamo asume dos figuras jurídicas distintas: el comodato (CC, arts. 1724 a 1734) y el mutuo (CC, arts. 1735 a 1748)¹¹, cuyo tratamiento separado debita su diferencia¹². Además el comodato se distingue de otras figuras como el arrendamiento porque éste es oneroso¹³; de la compraventa en que se adquiere la propiedad y del depósito en que el depositario no puede usar la cosa recibida¹⁴. Así como del denominado “comodato bancario” asociado a la consignación al ente bancario de títulos al portador a fin que éste lo utilice en operaciones de carácter financiero, de ocuparse gratuitamente del cobro y restituirlo al final del contrato¹⁵.

El comodato supone el préstamo de cosas concretas, como un automóvil o una herramienta¹⁶. Situación típica que acontece cuando se presta a un vecino o conocido una herramienta, una cama plegable o unas sillas para celebrar un cumpleaños¹⁷ u otro evento; así como un libro, un paraguas, un coche¹⁸. Se ve como un contrato común entre amigos, parientes o vecinos¹⁹. La vida diaria está repleta de supuestos de préstamos del uso de una determinada cosa completamente gratis o sin precio, verbigracia, de un paraguas a un amigo, de un Código Civil a un compañero, de una herramienta o unas sillas al vecino, de una maquinaria agrícola para la recogida de una cosecha, de un coche para hacer un viaje, de nuestra casa en la playa a un familiar para que pase en ella un período vacacional, de una plaza de garaje, de un sótano para almacén de mercancías, de una embarcación de

- 8 LASARTE, C.: *Curso de*, cit., p. 347; SÁNCHEZ CID, I.: *Lecciones de*, cit., p. 351, el comodato es un préstamo de uso mientras que el mutuo es un préstamo de consumo, de cosas no fungibles y fungibles, respectivamente (las cosas fungibles pueden ser sustituidas por otras mientras que las infungibles son insustituibles); GELMAN B., R.: *Contratos*, cit., pp. 167 y 168; MEDINA DE LEMUS, M.: *Derecho*, cit., p. 317; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Nociones de*, cit., p. 337.
- 9 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros: *Curso de*, cit., p. 730.
- 10 ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, cit., p. 799; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. y A. PEDREIRA ANDRADE: *Introducción al*, cit., p. 637.
- 11 BORJAS, L.: “El comodato”, cit., p. 59, el comodato o préstamo de uso, es el préstamo de una cosa mueble o inmueble, generalmente inconsumible e infungible, que debe restituirse en toda su individualidad. El préstamo de consumo por el contrario es el préstamo de cosas fungibles como el dinero, debiendo restituirse cosas del mismo género y la misma cualidad.
- 12 VIVAS TESÓN, I.: “La esencial”, cit., p. 364, el legislador español inmediatamente después de unir las, las desune, dedicándoles un Capítulo distinto a cada una de ellas, advirtiendo, así, que las profundas disimilitudes existentes entre el comodato y el mutuo ponen claramente de manifiesto que cualquier esfuerzo sintético carece de utilidad.
- 13 Véase: FOSSI, J.: “El contrato de arrendamiento y su naturaleza civil y mercantil”, *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, núm. 105, Caracas, enero-julio 1958, pp. 63-74.
- 14 BORJAS, L.: “El préstamo”, cit., p. 164; MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., p. 435, el depositario no tiene derecho a servirse de la cosa, mientras que el uso de la cosa por el comodatario es la finalidad del comodato.
- 15 BORJAS, L.: “El préstamo”, cit., p. 180.
- 16 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Nociones de*, cit., p. 337; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. y A. PEDREIRA ANDRADE: *Introducción al*, cit., p. 637.
- 17 LASARTE, C.: *Curso de*, cit., p. 347.
- 18 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. y A. PEDREIRA ANDRADE: *Introducción al*, cit., p. 637.
- 19 LUIZ RODRIGUEZ, O. J.: “Estudio Dogmático”, cit., p. 219.

recreo, de carritos a los pasajeros para el transporte de equipajes, de un caballo para una carrera, de una colección de obras de arte para una exposición, etc. Estos y otros muchos ejemplos ponen claramente de manifiesto que se acude a la cesión del uso de un bien con más frecuencia de la que pueda imaginarse²⁰.

Se afirma que el comodato carece de trascendencia económica²¹ y se encuentra en desuso en tiempos modernos en que los móviles altruistas inspirados en la amistad o compañerismo no operan²². Pero ello no siempre es cierto. Pues un vehículo o un inmueble son bienes de considerable valor actualmente en Venezuela, donde no es poco común el préstamo gratuito. Por otra parte, no era raro algún supuesto en que se pretendía disfrazar inútilmente un contrato de arrendamiento bajo la forma de comodato²³, toda vez que la normativa arrendaticia es calificada de orden público por la propia ley especial venezolana²⁴.

Hoy en día, algunas personas que dejan temporalmente su vivienda para evitar que quede deshabitada prefieren que alguien la ocupe gratuitamente, lo cual encuadra en el comodato (sin perjuicio según sea el caso de otro tipo contractual inclusive innominado). Pues veremos que la gratuidad no se opone a la obtención de un beneficio distinto al pecuniario para el comodante²⁵. Refiere MARTÍN-RETORTILLO que suele ser un contrato de contenido económico pobre, que renace si se quiere en una situación económica transitoria de pobreza o de déficit

20 VIVAS TESÓN, I.: "La esencial", cit., p. 563.

21 LACRUZ BERDEJO, J. L: *Nociones de*, cit., p. 337.

22 MARTÍN RETORTILLO, C.: "El comodato", cit., p. 839.

23 Véase: Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 14-8-09, Exp. AH18-R-2008-000002, considera quien aquí decide -actuando en Alzada- que la parte demandada no demostró la existencia de una relación contractual derivada de un comodato que la vinculara con la parte accionante, pues -tal como indicáramos en párrafos anteriores- su nexo contractual era de naturaleza LOCATIVA tal como efectivamente lo demostró la parte actora, haciendo prosperar en consecuencia sus pretensiones; Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent 9-11-15, Exp. núm. AP71-R-2014-001018, el contrato de comodato es gratuito; es decir, no existe una contraprestación por parte del comodatario por el uso de la cosa prestada, como si lo existe en el contrato de arrendamiento, cuya naturaleza es onerosa. Así se establece. Ahora bien, habiéndose otorgado un contrato de comodato al demandado, mal podría la actora haber recibido cantidad de dinero alguna por concepto de canon locativo durante la duración del mismo, que va desde el 1º de diciembre de 2000 al 1º de junio de 2001; razón por la cual, considera quien aquí sentencia, que la juzgadora de primer grado no yerra, al establecer que de autos emanaba una presunción iuris tantum, de que las partes en realidad celebraron fue un contrato de arrendamiento, bajo la apariencia de un contrato de comodato; con lo cual, se tiene que la relación locativa que une a las partes, tuvo su inicio a partir del 1º de diciembre de 2000, y no como lo alegó la demandada. Así formalmente se establece (ambas en: <https://vlexvenezuela.com>).

24 Véase: MADRID MARTÍNEZ, C.: "La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo", *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini*, Serie Eventos 29, Coord. C. MADRID M., Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012, p. 127, (también en www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/LA%20LIBERTAD%20CONTRACTUAL.pdf); LEÓN JIMÉNEZ, J.: "La temporalidad del contrato de arrendamiento y de la relación arrendaticia", *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, Colección Libros Homenaje N° 5, F. PARRA ARANGUREN editor, TSJ, Caracas, 2002, vol. I, p. 646, dicha legislación se caracteriza por ser de orden público, eminentemente proteccionista, producto de la crisis habitacional.

25 Véase infra IV.

económico²⁶; cuando el comercio se desarrolla normalmente, ante la abundancia de cosas, se explica la decadencia del comodato y la escasa preocupación jurídica que la figura ha despertado en nuestra época²⁷. Pero acota atinadamente VIVAS DE TESÓN que “la presencia de las exigencias sociales que se esconden tras el viejo comodato es, sin duda alguna, tremendamente actual, porque, tanto ayer como hoy”²⁸ siempre puede necesitarse algo del vecino. Se insiste con razón que se trata de un contrato que recobra actualidad ante la penuria económica²⁹, pues al igual que el contrato de permuta, suele repuntar en tiempos de pobreza o escasez, siendo por ello común en Venezuela³⁰. También se indica que la figura en la actualidad, es harto frecuente pues el préstamo de uso acontece en relaciones de negocios preexistentes entre las partes³¹.

De allí que atinadamente se afirme que “la incidencia práctica del comodato, en nuestros días, no es escasa, porque ni el comodato ha de tener siempre por objeto bienes de poco valor ni los sujetos se limitan a un círculo tan restringido y cerrado de personas, razón por la cual relegarlo al olvido resulta, a nuestro juicio, absolutamente injustificado”³². El contrato de comodato pese a ser un contrato gratuito, presenta hoy en día importantes y variadas aplicaciones prácticas. Lo que lleva a la grata conclusión de que nuestra sociedad no está totalmente imbuida en un espíritu netamente materialista³³. Así pues, la trascendencia del comodato, no debe ser desestimada pues no ha de asociarse la “gratuidad” con irrelevancia.

II. ANTECEDENTES³⁴.

Desde el origen de la humanidad existió el contrato de préstamo, observándose incluso referencia al mutuo en el Código de Hammurabi³⁵. El comodato o préstamo de uso ha existido fácticamente en la historia de la humanidad, mucho antes que su regulación legal positiva. Era muy difundido en la antigüedad, dada la función socioeconómica del préstamo en la sociedad primitiva, vista la necesidad de los medios de producción y la solidaridad. Se le dio más importancia al mutuo que al

26 MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, cit., p. 840.

27 Ibid., p. 839, puede mediar entre las partes un vínculo más afectivo que jurídico.

28 VIVAS TESÓN, I.: “La esencial”, cit., p. 561, como ya expresara GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español, t. V, Tratado de las Obligaciones. Madrid, 2a ed., 1871, p. 199), hasta el hombre más abundoso ha de necesitar alguna vez tomar prestadas las cosas de su vecino.

29 MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, cit., p. 840, en ese estado de pobreza colectiva renace el contrato de comodato con su sencilla estructura convencional.

30 Véase nuestro trabajo: “La permuta: un arcaico contrato de incidencia cotidiana”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, IDIBE, junio 2019, p. 226, se cita a ROGEL VIDE y LETE DEL RIO.

31 Véase: FRUSTAGLI, S. A. y A. P. ARIAS: “La regulación”, cit.

32 VIVAS TESÓN, I.: “La esencial”, cit., p. 562.

33 GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., p. 343.

34 Véase: MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, cit., pp. 841-843.

35 Véase: GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., pp. 199 y 200.

comodato. Pero su regulación como otras tantas figuras jurídicas debe rastrearse en el Derecho Romano³⁶, el cual elaboró su concepto perfectamente³⁷.

En el Derecho Romano el contrato era considerado un contrato real³⁸, bilateral imperfecto, gratuito y de buena fe, por el cual el comodante entregaba al comodatario una cosa no consumible para que éste la usara por cierto tiempo y la restituyera. No fue un contrato reconocido por el viejo *Ius Civile* pues se consideró que derivaba de relaciones entre parientes y amigos que no merecían ser protegidas. Al final de la etapa republicana se concedió acciones a la parte afectada. Inicialmente adoptó la expresión “*utendum dare*” (dar para usar) y posteriormente “*commodatum*”³⁹. Ello se desglosa en “*commodo datum*” (dado en condiciones favorables y cómodas). Visto que se trataba de un contrato derivado de la confianza y la amistad, la condena por el incumplimiento de sus obligaciones podía derivar en infamia. La etapa de la Codificación mantuvo su distinción del mutuo⁴⁰. Así pues, la estructura del comodato pasó casi inalterada a la codificación del siglo XIX. No obstante perdió su carácter real en los códigos de Perú, México y Suiza⁴¹ y recientemente Argentina⁴².

El préstamo de uso (*commodatum-utendum datum*) se correspondía con la posibilidad de ceder el “*uti*” como atributo de la propiedad. Tal como indicaba Pomponio convertía al comodatario en un simple detentador. Lo que implica que el comodante conserva la propiedad que sigue poseyendo a través del detentador. Referido a cosas no consumibles. La responsabilidad por no preservar la cosa se materializaba mediante la “*culpa levis in abstracto*”. Lo caracterizaba la gratuidad porque como indican las Institutas de lo contrario derivaría en un arrendamiento⁴³. El comodatario no podía servirse de la cosa fuera de los límites fijados en el contrato pues en tal caso correspondía al comodante la “*actio commodati*” dirigida a la reparación del perjuicio, o en caso de retención del bien, la “*furtum rei* o de *furtum usus*”. Mientras que el comodatario tenía a su favor por el reclamo de gastos extraordinario y vicios o defectos de la cosa la “*actio commodati contraria*”⁴⁴.

36 *Ibid.*, pp. 343 y 344.

37 MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, cit., p. 841.

38 LUIZ RODRIGUEZ, O.J.: “Estudio Dogmático”, cit., p. 219; WEGMANN STOCKEBRAND, A.: “Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo”, *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, N° 40, Valparaíso, agosto 2018.

39 BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 15; BORJAS, L.: “El préstamo”, cit., p. 148, tanto en las fuentes escritas republicanas como en las fuentes escritas preclásicas y el inicio del Principado, el instituto no parece haber tenido autonomía negocial propia.

40 BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 16.

41 GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., p. 347.

42 Véase infra IV.

43 ÁLVAREZ, T. A.: *Las Institutas de Justiniano. II. Obligaciones*, Universidad Católica Andrés Bello/Universidad Monteávila, Caracas, 2012, p. 58.

44 *Ibid.*, p. 59.

Muchas son las semejanzas actuales con el Derecho Romano: la figura se diferenciaba del mutuo o préstamo de uso: “no puede darse en comodato lo que se consume por el uso, a no ser que acaso que alguno lo reciba para pompa u ostentación”, y todo ello sin que medie precio porque estaríamos ante un arrendamiento y el comodato es gratuito. La delimitación de la figura con relación al derecho real de uso no quedaba clara, pero se adscribía a los contratos personales o crédito, por oposición al uso que es un derecho real⁴⁵. La capacidad debía ser considerada al tiempo de la celebración del contrato. El objeto del contrato era transmitido en su simple detentación, no en posesión ni en propiedad, aunque el comodante no tenía que ser propietario de la cosa. El comodatario respondía por culpa, pero quedaba exento en caso de deterioro normal de cosa y ante más de un comodatario la responsabilidad recaía sobre ambos. Las acciones surgidas del comodato eran de naturaleza personal aunque fueran establecidas para perseguir a la cosa⁴⁶.

En la vida cotidiana de los quirites, la amistad imponía algunos servicios gratuitos como el préstamo de algún objeto o esclavo. Esa misma situación de amistad y buena fe, implícita en toda relación obligaban a la devolución de los bienes⁴⁷.

“Apenas se invoca la palabra comodato, nos trasladamos de inmediato a una sociedad primitiva, basada en una economía típicamente agrícola-pastoril —más tarde, artesanal— fundada, por su propia naturaleza, dada la escasa incidencia del comercio, en la necesidad de la autosuficiencia de los medios de producción y en la solidaridad entre los diversos individuos que la componen”⁴⁸. La figura del comodato no ha desaparecido con el devenir del tiempo: siempre existirá el préstamo gratuito como manifestación de la solidaridad humana en el ámbito del Derecho Civil.

III. NATURALEZA.

El comodato es un contrato real de préstamo gratuito de uso de una cosa infungible. De lo que deriva su diferencia con otras figuras afines, tales como el arrendamiento que es un contrato consensual, oneroso. Se diferencia del mutuo porque este no necesariamente es gratuito y se trata de cosas fungibles. Se diferencia del depósito porque el depositario no tiene el poder de usar la cosa sino

45 BERNAD MAINAR, R.: *La interpretación jurídica en el Derecho Romano y en el Derecho Actual*, Vadell, Caracas/Venezuela/Valencia, 2004, p. 138.

46 *Ibid.*, pp. 139 y 140.

47 ÁLVAREZ, T. A.: *Las Institutas*, cit., p. 60, además son las bases del diseño de las acciones dirigidas a la restitución de la solicitud de propietarios.

48 VIVAS TESÓN, I.: “La esencial”, cit., p. 561, agrega: “Y ello porque, hoy por hoy, la idea de préstamo nos lleva a pensar, casi inevitablemente, en el de una determinada cantidad de dinero, sin reparar en que, asimismo, ha de considerarse préstamo al que permite el uso gratuito de un bien, el cual recibe, como es sabido, el nombre de comodato”.

de cuidarla, aunque eventualmente puede ser gratuito. Y se diferencia del derecho “real” de usufructo, uso y habitación porque el comodato precisa la entrega de la cosa por ser un contrato “real” pero a su vez no se constituye ningún derecho real sobre la cosa dada en préstamo⁴⁹ que suponga un señorío de la voluntad. También se ha diferenciado el comodato de la concesión privada y de la donación⁵⁰.

Veremos en efecto que en el ordenamiento venezolano y español se trata de un contrato real porque precisa la entrega de la cosa “dada” en préstamo, pero en modo alguno constituye un derecho “real” como el uso que conforma un derecho real limitado de goce sobre una cosa, atribuyendo a su titular un señorío sobre la misma⁵¹.

IV. CARACTERES⁵².

El comodato constituye un “contrato”⁵³, esto es, un negocio jurídico bilateral⁵⁴ de contenido patrimonial⁵⁵. Del que derivan obligaciones contractuales⁵⁶ y por

49 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y*, cit., pp. 490 y 491; BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 18, se distingue del arrendamiento por el precio; GELMAN B., R.: *Contratos*, cit., pp. 170 y 171.

50 Véase: GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., pp. 355-361.

51 Véase sobre los derechos reales: PÉREZ FERNÁNDEZ, C. y M.C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: “El Derecho de Bienes en Venezuela”, *Jurisprudencia Argentina*, N° 8, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017-I, pp. 15-23.

52 Véase: VIVAS TESÓN, I.: “La esencial”, cit., pp. 565-574; DELGADO SÁEZ, J.: *Estudio sobre*, cit., pp. 11-16; BORJAS, L.: “El comodato”, cit., pp. 59-63; BORJAS, L.: “El préstamo”, cit., pp. 159-163; CUEVILLAS MATOZZI, I y otros: *Instituciones de*, cit., pp. 253 y 254, real, esencialmente gratuito y unilateral (aunque para algunos bilateral imperfecto); Juzgado Décimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del área Metropolitana de Caracas, Sent. 21-5-09, AP31-V.2008-000181, el comodato es un contrato real, unilateral, gratuito y no produce efectos reales (<https://vlexvenezuela.com>); Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño y del Adolescente, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, Sent. 14-3-12, Exp. 2.444, http://historico.tsj.gov.ve/tsj_regiones/decisiones/2012/marzo/1323-14-2444-.html 1° El comodato es un contrato real 2° El comodato es un contrato unilateral 3° El comodato es un contrato gratuito por su esencia (pudiendo ser una liberalidad o un contrato en beneficencia). 4° El comodato puede ser un contrato ‘intuitu personae’; aunque en principio no lo es. De allí que las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de los contratantes, a no ser que el préstamo se haya hecho sólo en consideración de la persona del comodatario (lo que tendría que probar el comodante), pues entonces los herederos del comodatario no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa dada en préstamo (C.C. art. 1.725) 5° El comodato no produce efectos reales: no transfiere ni constituye derechos reales sobre la cosa dada en préstamo. En consecuencia, aunque sólo el propietario o el titular de un derecho real o de crédito respecto de la cosa, pueden darla en comodato, la falta de legitimación del comodante no invalida el contrato. El comodato de la cosa ajena es pues, válido, aunque inoponible al verus dominus’; TSJ/SCC, Sent. N° 611 de 27-08-12.

53 Véase: CC, art. 1133: “El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, UCV, FCJP, IDP, Caracas, 1982, pp. 15-39; ECHEVESTI, C. A.: “Ubicación del contrato en la teoría general del Derecho: contrato y acto jurídico. El Contrato como fuente de obligaciones”, *Contratos Teoría General*, Rubén S. STIGLITZ (Director), Depalma, Buenos Aires, 1993, T. II, p. 4, el contrato amén de satisfacer necesidades es herramienta eficaz para el desenvolvimiento social y económico, y el logro de la necesaria cooperación comunitaria.

54 Véase: ECHEVESTI, C. A.: “Ubicación del”, cit., p. 6, la bilateralidad viene dada por el acto requiere al menos dos personas o centros de interés.

55 Véase: MELICH ORSINI, J.: *Doctrina general del contrato*, Serie Estudios 61, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Centro de Investigaciones Jurídicas, 5ª ed., 1ª reimp., Caracas, 2012, pp. 8 y ss.; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*, Colección Estudios N° 2, CENLAE, Caracas, 2019, pp. 204-215; *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2017, pp. 468 y ss.

56 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.; *Curso de*, cit., p. 141.

tal responsabilidad civil contractual (no extracontractual o por hecho ilícito⁵⁷), sin perjuicio del cúmulo de responsabilidad⁵⁸. El contrato forma parte de la vida cotidiana del individuo⁵⁹, porque a cada instante y sin caer en cuenta de ello, celebramos uno⁶⁰, siendo el comodato un obvio ejemplo, pues cada uno de nosotros hemos prestado o nos han prestado algo. Dicho contrato presenta ciertos caracteres particulares que veremos de seguidas.

a) “Real”: Como acontecía en el Derecho Romano, el contrato de préstamo de uso de una cosa es un contrato real⁶¹, pues además del consentimiento precisa la entrega efectiva de la cosa prestada para su perfeccionamiento, esto es, la dación hace nacer el contrato⁶². Los contratos reales son una excepción a la regla general del carácter consensual de los contratos, aunque en los contratos

57 Véase: Juzgado Vigésimo Octavo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 30-4-15, Exp. AP31-V-2014-000135, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/ABRIL/3070-30-AP31-V-2014-000135-HTML> “Ahora bien, esta situación planteada por la misma actora al inicio de la presente causa, debe ser resuelta por quien hoy conoce de este asunto, y ello específicamente debe entenderse como una situación en primer lugar de consentimiento mutuo tanto de la actora como del demandado, para habitar el inmueble a título gratuito, lo que se conoce en nuestra legislación como la figura del Comodato, es decir, préstamo de uso...necesariamente debe declarar, como en efecto declara, SIN LUGAR la demanda intentada ya que la vía correcta es la que se encuentra enmarcada y regulada en materia de contratos verbales de comodato a tiempo indeterminado y no como equivocadamente lo intento la parte actora, basándose en ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑOS CAUSADOS POR HECHO ILICITO...”; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C: *Curso de, cit.*, p. 679; MADURO LUYANDO, E.: *Curso de, cit.*, p. 701, Así por ejemplo, no le resulta aplicable la responsabilidad extracontractual compleja especial del artículo art. 1193, 2do párrafo del CC “Quien detenta, por cualquier título, todo o parte de un inmueble, o bienes muebles, en los cuales se inicia un incendio, no es responsable, respecto a terceros, de los daños causados, a menos que se demuestre que el incendio se debió a su falta o al hecho de personas por cuyas faltas es responsable”. Pues la disposición aplica frente a “terceros” y no cuando medie un contrato como sería el caso del comodato.

58 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C: *Curso de, cit.*, pp. 286-290.

59 ROCHFELD, J.: *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, Paris, 2016, p. 413.

60 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C: *Instituciones fundamentales, cit.*, p. 184, en cada paso de la dinámica diaria, aunque de contenido o monto menor, a cada instante celebramos un contrato, fuente por antonomasia el Derecho de Obligaciones.

61 ELIA, M.: “Clasificación de los contratos”, *Contratos Civiles y Comerciales, Parte General*, G. DE REINA TARTIERE (Director), Heliasta, Argentina, 2010, p. 54; VIVAS TESÓN, I.: “La esencial”, *cit.*, pp. 573 y 574, El comodato es tradicionalmente caracterizado como contrato real «quoad constitutionem», esto es, el contrato que no se perfecciona por el mero consentimiento, sino que exige la entrega de la cosa o «datio rei». De este modo, el principio «solut consensus obligat» en virtud del cual los particulares pueden obligarse con el sólo consentimiento, en nuestro sistema, sufre, «ex lege», excepciones, y una de ellas —y no es la única— es el contrato de comodato, que no llega a existir en el mundo del Derecho hasta que el comodante no entrega la cosa al comodatario; BORJAS, L.: “El comodato”, *cit.*, pp. 59-61; BORJAS, L.: “El préstamo”, *cit.*, p. 151; GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios, cit.*, pp. 97 y ss. y 353; TRANCHINI, M. H.: “Clasificaciones de”, *cit.*, p. 53, el contrato real de comodato requiere la entrega de la cosa, no ya para cumplir con el contrato, sino para su propia formación; MÉLICH ORSINI, J.: *Doctrina general, cit.*, p. 41, no basta el simple consentimiento sino que se requiere la remisión de la cosa objeto del contrato, como acontece en el comodato; MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de, cit.*, p. 435; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. y A. PEDREIRA ANDRADE: *Introducción al, cit.*, p. 637, es decir, nace el contrato a la vida jurídica cuando el prestamista la entrega al prestatario, no antes, momento en que éste contrae la obligación de devolver la misma cosa en el comodato u otro tanto de la misma especie y calidad en el mutuo; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C: *Curso, cit.*, pp. 478 y 479.

62 GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios, cit.*, p. 97; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 22-1-13, Exp. 12-8025, el contrato de comodato se perfecciona al momento de que una de las partes contratantes da en préstamo de uso una cosa a la otra parte, con la particularidad de que el mismo es gratuito, lo cual sólo se evidencia con la ausencia de contraprestación económica a favor del comodante. (<https://vlexvenezuela.com>)

reales el consentimiento puede manifestarse de cualquier modo⁶³. La exigencia se justifica en que si no existe entrega no hay obligación de parte del prestatario. La obligación de restituir no puede nacer por el mero consentimiento sino por la recepción de la cosa⁶⁴. El comodato precisa la entrega de la cosa⁶⁵, así como en la “dación en pago” se precisa el cumplimiento efectivo de la prestación.

No obstante se pregunta la doctrina si es factible que las partes puedan quedar vinculadas por el simple convenio o siempre sería necesario el desplazamiento de la cosa⁶⁶. Se afirma que el mero acuerdo de voluntades no acompañado de la entrega de la cosa, podrá dar lugar a un precontrato o promesa de contrato, plenamente eficaz y vinculante, pero no será un contrato de préstamo. Ello no obstante que parte de la doctrina española defiende la naturaleza consensual de los contratos reales de comodato y mutuo, aunque la jurisprudencia admite su naturaleza real⁶⁷.

Para algunos, las partes pueden pactar que el comodato sea consensual y que se perfeccione o nazca a la vida jurídica en el momento del consentimiento de las partes⁶⁸. Aclara ALBALADEJO que no es que por acuerdo (que sería contrato consensual) entre las partes, quede una obligada a entregar a la otra, sino que la entrega forma parte del contrato porque éste es real⁶⁹. Admitir la impotencia del solo acuerdo, sin entrega simultánea, para ser constitutivo de contrato, es

63 Los contratos reales son excepcionales y se reducen al comodato, depósito, prenda, mutuo y anticresis; SERRANO ALONSO, E. y E. SERRANO GÓMEZ: *Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*, vol. I, T II, Teoría General del Contrato, Edisofer S.L., Madrid, 2008, p. 184; GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., p. 98.

64 DIEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN: *Sistema de*, cit., p. 400; ALESSANDRI RODRIGUEZ, A.: *De los contratos*, Editorial Jurídica de Chile, s/f, p. 34, tal es el caso del comodato. En los contratos reales, además del consentimiento es esencial la entrega de la cosa. Puede decirse que esa entrega importa la manifestación misma del consentimiento, este solo existe cuando ella se realiza. Antes no hay contrato, aunque las partes estén de acuerdo en sus elementos esenciales. Podrá haber una promesa de contrato real si concurren los requisitos. Pero el contrato real solo se perfeccionará cuando la cosa se entregue. La naturaleza de las cosas así lo exige porque siendo la obligación esencial del deudor restituir el objeto materia del contrato, tal obligación no puede existir ni cumplirse sin que previamente haya recibido dicho objeto.

65 Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, Sent. 1-11-16, Exp. APII-V-2015-000880, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2016/NOVIEMBRE/2117-1-APII-V-2015-000880-.HTML> no se evidencia del estudio del expediente que la parte actora haya probado la entrega de la cosa objeto del comodato, no resultando probado el perfeccionamiento del contrato de comodato supuestamente pactado entre las partes.

66 BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 17, nota 19, cita a López en el sentido que la naturaleza real llevaría a que la no entrega de la cosa derive en un incumplimiento de la promesa de comodato que puede ocasionar daños y perjuicios; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 490. La ley define los contratos de préstamo como contratos reales unilaterales por haber hecho una dicotomía de la operación económica, ya antes de la entrega que obliga a restituir y que perfecciona el contrato de préstamo tal como lo concibe el legislador, suele haber existido un contrato (consensual) por el cual el prestamista se obliga a entregar la cosa en préstamo (promesa de préstamo).

67 LETE DEL RIO, J. M.: *Derecho de*, cit., p. 164, cita sentencia de 4-5-43, 12-2-46, 11-5-64 y 8-7-74, entre otras; ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, cit., p. 799, agrega 28-3-83, 15-6-84, 28-2-86, 10-5-94, 7-10-94, 12-7-96, 16-3-99, 22-5-01, 27-6-01, 11-7-02. No obstante que la sentencia de 22-12-97 señala que el préstamo puede ser consensual o real. Cita en sentido contrario a Jordano (la categoría de los contratos reales, 1958), De Castro (el negocio jurídico) y Roca Juan.

68 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. y A. PEDREIRA ANDRADE: *Introducción al*, cit., pp. 637 y 638.

69 ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, cit., p. 799.

rechazar que puedan existir contratos consensuales de préstamo. Y entonces, rechazados éstos, solo quedaría la salida de estimar que el acuerdo de entregar después algo en préstamo es un precontrato consensual de préstamo⁷⁰, aunque el autor hace la salvedad de que el acuerdo escrito daría lugar a un derecho de crédito⁷¹. De allí que se afirme que la promesa de contrato real podría otorgar una acción de daños y perjuicios pero nunca una acción de cumplimiento⁷²; la promesa de comodato no otorga acción a su beneficiario para perseguir su cumplimiento⁷³, sino acción por daños y perjuicios⁷⁴.

No obstante, se admite una suerte de contradicción en considerar la entrega como requisito esencial en los contratos reales y a su vez concederle validez a la promesa que viola el mismo⁷⁵. De allí que BORJAS en Venezuela considera inadmisibles la posibilidad de una promesa de comodato, porque reconociendo a las partes el poder de obligarse a convenir un comodato futuro, se desnaturaliza el significado verdadero del elemento real que caracteriza y distingue a los contratos reales, a cuya categoría el comodato pertenece⁷⁶.

DIEZ-PICAZO y GULLÓN ven difícil la existencia de una vinculación jurídica previa a la entrega especialmente en caso de amistad, señalando que la fase anterior a la entrega está huérfana de regulación⁷⁷. ALBALADEJO, señala que no es razonable estimar que el Derecho rechaza tal acuerdo. Ello es innegable. Pero otra cosa es que por tratarse de una materia impregnada por la conciencia social, un acuerdo suela tomarse como obligatorio solo en el plano de la amistad, de la cortesía o la caballerosidad, pero no en el plano estrictamente jurídico. Por lo que no sería irracional que la ley estime que concurren determinados requisitos para considerar tal acuerdo como obligatorio⁷⁸.

70 Ibid., p. 800. Véase en el mismo sentido: MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., p. 435, el contrato de comodato es real, pero es posible hacer que preceda al contrato de préstamo un contrato consensual: una promesa de préstamo.

71 Véase: ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, cit., p. 803, indica que el artículo 1740 CC español no establece la salvedad de que la entrega no es necesaria si el contrato se celebra por escrito. Pero semejante salvedad se deduce de relacionar ese artículo 1740 con el 632. Aunque se trate de un comodato de inmueble, basta escrito privado, ya que el derecho no real al uso de un inmueble es un derecho de crédito y por tanto derecho mueble, aunque recaiga sobre inmuebles.

72 GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., p. 102.

73 Ibid., p. 361, cita sentencia CN Civil, Sala Segunda, 29-11-40, J.A., 75-36.

74 TRANCHINI, M. H.: "Clasificaciones de", cit., p. 55.

75 Ibid., p. 56.

76 BORJAS, L.: "El comodato", cit., pp. 60 y 61.

77 DIEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN: *Sistema de*, cit., p. 401, indican los autores que se hace necesario ante todo precisar cuándo se ha manifestado un consentimiento con intención de vincularse jurídicamente y cuando es con intención de cumplir un deber de amistad o cortesía, porque estos son contratos gratuitos. Si yo prometo a mi amigo Juan prestarle el coche para hacer un viaje, no me considero obligado jurídicamente como se considera el Banco frente al cliente de un crédito.

78 ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, cit., p. 801, con lo que en opinión del autor el contrato de préstamo lo estima la ley como un contrato jurídico y no como un acuerdo meramente social.

Pero al margen del carácter real del comodato, las relaciones amistosas o de cortesía pueden generar vínculos con efectos jurídicos⁷⁹. Vale recordar que la amistad no es una relación jurídica, pero ciertamente puede dar lugar a esta última, por lo que la prudencia aconseja no ofrecer lo que no se cumplirá, porque no es descabellado pensar que se configuren los requisitos de la responsabilidad civil al margen de su dificultad probatoria. Así, por ejemplo, no es descartable que alguien no proceda a comprar alguna cosa porque le ofrecimos prestársela y que de nuestra posterior negativa se le derive un perjuicio patrimonial. Por lo que no luce prudente ofrecer lo que no se cumplirá al margen de la discusión teórica de la naturaleza del contrato en estudio.

Para BORJAS debe diferenciarse el comodato de las llamadas prestaciones o relaciones de cortesía como compartir un binóculo o darle alojamiento a un amigo. En estos casos, la cosa no pasa a uso exclusivo de quien la aprovecha y en consecuencia la concesión de la misma es siempre posible de resolución *ad nutum*⁸⁰.

La legislación argentina reciente incluye entre sus innovaciones más trascendentes la supresión del carácter real, asignándosele carácter consensual, al contrato de comodato⁸¹. Ello sin que, al margen de la discusión teórica, no deje de ser extraño un préstamo sin la entrega de lo que se presta. En ocasiones, la naturaleza del contrato parece imponerse sobre la calificación del Legislador pues ello es independiente de la posible responsabilidad civil derivada de ofrecer lo que no se prestará.

b) Gratuito: El comodato es esencialmente “gratuito”⁸² por su esencia⁸³ (art. 1724 del CC venezolano; art. 1741 CC español⁸⁴), porque una sola parte (el

79 Véase: FRUSTAGLI, S. A. y A. P. ARIAS: “La regulación”, cit., La doctrina civilista tradicionalmente asoció esta figura a las relaciones de cortesía, motivadas por la amistad, la buena voluntad y solidaridad humana, pero no por ello carente de obligatoriedad jurídica.

80 Véase: BORJAS, L.: “El comodato”, cit., p. 61.

81 FRUSTAGLI, S. A. y A. P. ARIAS: “La regulación”, cit., destaca su carácter consensual, conforme surge del art. 1533 que dispone expresamente que “hay comodato cuando una parte se obliga a entregar”. Se suprime así el carácter real que, por herencia de la tradición romanista, había caracterizado a este negocio en el Código de Vélez; de manera tal que la entrega de la cosa por parte del comodatario viene ahora a conformar parte del plan prestacional del contrato, constituyendo una de las obligaciones emergentes del mismo. En consecuencia, quedan superadas las controversias en torno los efectos de la promesa de comodato.

82 Véase: VIVAS TESÓN, I.: “La esencial”, cit., pp. 569-571; MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, cit., p. 843, la gratuidad es nota esencial del comodato; BORJAS, L.: “El comodato”, cit., pp. 62 y 63; BORJAS, L.: “El préstamo”, cit., pp. 162 y 163, elemento indispensable que lo distingue del arrendamiento.

83 ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, cit., p. 803; LASARTE, C.: *Curso de*, cit., pp. 347 y 348; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 491, pudiendo ser una liberalidad o un contrato de beneficencia; BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 17; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., pp. 283 y 284; GELMAN B., R.: *Contratos*, cit., p. 169; MEDINA DE LEMUS, M.: *Derecho*, cit., p.318; LETE DEL RIO, J. M.: *Derecho de*, cit., p. 163; DIEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN: *Sistema de*, cit., p. 401; GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., p. 353; TRANCHINI, M. H.: “Clasificaciones de”, cit., p.49.

84 “...si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato”. Véase: BASOZABAL ARRUE, X.: “Del Comodato”, cit., pp. 1885 y 1886.

comodatario recibe una ventaja) a diferencia del contrato oneroso en que ambas se benefician (CC venezolano, art. 1135). Por lo que si interviene precio estaríamos ante un arrendamiento⁸⁵. El pago del canon arrendaticio es vital y necesario en el arrendamiento⁸⁶. Si existe otra contraprestación que no pueda ser calificada de precio se trataría de un contrato atípico⁸⁷.

La gratuidad es una nota esencial del comodato, la cual radica en el sacrificio unilateral que hace el comodante, quien se desprende de su cosa para hacerle un servicio al comodatario, sin buscar ningún beneficio a cambio de su sacrificio⁸⁸. De allí que sea un contrato que suele darse entre amigos, parientes o vecinos, siendo raros los litigios. La complacencia tiene lugar mientras no se llegue al extremo de la pérdida del objeto⁸⁹.

Será comodato si concedido el derecho al uso, la utilidad que se sigue para el comodante es consecuencia de aquel uso. Pero en otros casos, aunque haya uso no existirá comodato. Tal es el supuesto de que exista un deber de usar como medio de prestar un servicio al comodante; servicio que implica la posesión y uso de la cosa (no como derecho). Por ejemplo, ante el caso de prestar un caballo para se le dome. O si en beneficio del comodatario se concede el derecho al uso, pero a cambio de un deber de usar, que hay de entenderse como contraprestación. Por ejemplo, se presta el caballo a cambio de que se nos entrene⁹⁰.

La Sala de Casación Civil del Máximo Tribunal señala que si existe una ganancia para el comodatario ello no desvirtúa la gratuidad del contrato en tanto no exista para el comodante⁹¹. Ello al margen del cumplimiento de los deberes del comodatario en el caso concreto.

85 Véase: MARTÍN RETORTILLO, C.: "El comodato", cit., p. 841; MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., p. 434, la gratuidad del comodato impide confundirlo con el arrendamiento; BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 18, si existe precio estamos en presencia de un arrendamiento urbano con toda la normativa especial aplicable en la materia, al margen de como se le califique; BORJAS, L.: "El comodato", cit., p. 62, si una persona nos presta un libro gratuitamente lo da en comodato, si pretende que se pague aunque sea un bolívar lo da en arrendamiento; BORJAS, L.: "El préstamo", cit., p. 163; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. y A. PEDREIRA ANDRADE: *Introducción*, cit., p. 638; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Diccionario*, cit., p. 35; Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent 9-11-15, Exp. núm. AP71-R-2014-001018, (<https://vlexvenezuela.com>), el contrato de comodato es gratuito; es decir, no existe una contraprestación por parte del comodatario por el uso de la cosa prestada, como si lo existe en el contrato de arrendamiento, cuya naturaleza es onerosa. Véase, sin embargo: SÁNCHEZ CID, I.: *Lecciones de*, cit., p. 353, es un contrato gratuito, si bien mediante pacto puede ser retribuido.

86 Véase: GUERRERO QUINTERO, G.: "Algunos aspectos controvertidos del cumplimiento en la relación arrendaticia", *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Colección Libros Homenaje N° 14, F. PARRA ARANGUREN editor, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, vol. I, p. 665, el pago del canon arrendaticio constituye uno de los dos deberes principales del arrendatario.

87 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros: *Curso de*, cit., p. 728, su objeto es una cosa no fungible.

88 MÉLICH ORSINI, J.: *Doctrina general*, cit., p. 36.

89 LUIZ RODRIGUEZ, O.J.: "Estudio Dogmático", cit., p. 219.

90 ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, cit., p. 803; BORJAS, L.: "El comodato", cit., p. 62, cita a Franco Carresi.

91 TSJ/SCC, Sent. N° 611 de 27-08-12, puede suceder que el uso de un bien dado en comodato, vaya acompañado con la facultad expresa al comodante como en el sub iudice, de dar en

Tal distinción permitiría dudar si el caso común de “prestar” una casa para que alguien viva en ella y la “cuide”, cabe en la figura bajo análisis o más bien configura un contrato atípico. Generalmente pueden apreciarse obligaciones que cumple el habitante que se perfilan en interés de la otra parte, que permiten cuestionar la naturaleza enteramente gratuita del contrato. Sin embargo, acota la doctrina que el comodato no excluye por ser gratuito, la posibilidad de que sea realizado en interés de ambas partes, situación aceptada por la legislación comparada. Y en tal sentido, el uso de una cosa no deja de ser gratuito por el solo hecho de que el comodante persiga y aun obtenga con ello alguna ventaja, siempre por supuesto que esta no se concrete en un beneficio pecuniario a costa del comodante⁹². Por lo que no siempre que se obtenga un beneficio (directo o indirecto) para el comodante se desnaturalizaría la figura en estudio⁹³. Reseñan atinadamente los MAZEAUD que la gratuidad del comodato no es óbice para estipular que el comodatario pagará una suma correspondiente en caso de desgaste sufrido por la cosa, pues gratuito no supone beneficencia. Por ello no deja de ser gratuito⁹⁴.

arrendamiento los inmuebles otorgados en comodato, pero prevaleciendo, la ausencia de beneficios o contraprestación económica a favor del comodante, lo cual, se manifiesta de manera expresa en la convención cuando se establece en la cláusula segunda del contrato "...la presente cesión de uso se realiza de forma gratuita con la finalidad de que la comodataria pueda servirse de los inmuebles dados en comodato para su propio uso o también para arrendarlos según su decisión y conveniencia...". "Nada impide que se utilice el contrato de comodato en beneficio del comodatario, si la contraprestación que éste convenio garantiza, será el uso y el manejo del bien dentro de las condiciones especiales que se le otorgaron por convención entre las partes". Siendo, además, que las utilidades que se percibirían serían a su favor y no beneficiarían al comodante, por lo que, no encuentra la Sala, argumento alguno que le permita señalar que con ocasión de la celebración de un típico contrato de comodato, mediante el cual se le permite a la comodataria generar una renta contractual a su favor, se desvirtúa la naturaleza gratuita del contrato de comodato al celebrar éste contrato de arrendamiento con terceras personas.

- 92 GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., pp. 353 y 354, cita a Colombia, Chile y Ecuador. Sentencia SC. Mendoza, Sala I, Agosto 7 de 1968, Mancini Antonio c/Fornés Fernández José; DELGADO SÁEZ, J.: *Estudio sobre*, cit., p. 12, siendo la gratuidad compatible con la obtención de alguna ventaja; MARTÍN RETORTILLO, C.: "El comodato", cit., p. 843, no se desvirtúa la gratuidad porque existe alguna ventaja para ambos contratantes (como prestar un caballo y devolverlo domado según cita De Ruggiero); VIVAS TESÓN, I.: "La esencial", cit., p. 570, Siendo el comodato un negocio a título gratuito, se plantea si es posible la imposición de un «modus» al comodatario, siempre que tal carga no asuma el carácter de contraprestación. Acerca de la admisión de un comodato modal la doctrina es pacífica cuando el «modus» consiste en una obligación de carácter no típicamente económico correspondiente a un interés moral del comodante —v. gr. concesión en uso de un apartamento a un estudiante con la obligación de aprobar los exámenes—, no, en cambio, cuando se trata de una obligación de carácter típicamente económico, hipótesis en la que surgen importantes dudas de deslinde entre el comodato y el arrendamiento, siendo, en última instancia, necesario atender y valorar prudentemente las circunstancias del caso concreto para determinar cuándo la carga logra desnaturalizar la esencial gratuidad del contrato convirtiéndose en contraprestación (acerca de la cuestión, vid. en la doctrina española: PÉREZ DE ONTIVEROS: *El contrato de comodato*, cit., pp. 77-84 y el estudio monográfico de RABANETE MARTÍNEZ, I.: *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*. Valencia, 1999).
- 93 BORJAS, L.: "El comodato", cit., p. 63, debe hacerse un estudio de las circunstancias del hecho, para determinar si el beneficio aunque directo del comodante, es el fin primordial que él ha perseguido con el contrato; FRUSTAGLI, S. A. y A. P. ARIAS: "La regulación", cit., Así, pese a mantener la nota de gratuidad, la figura ha expandido sus fronteras más allá de la clásica finalidad de beneficencia y no se desnaturaliza cuando el comodante tiene un interés en su celebración, por fuera de fines meramente altruistas... la gratuidad no se pierde por la circunstancia que el comodante intente obtener, o de hecho obtenga, alguna ventaja con el préstamo de la cosa, en la medida que esa ventaja no consista en un beneficio apreciable en dinero a expensas de quien lo recibe.
- 94 MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., p. 435.

c) “Unilateral”: el comodato constituye un contrato “unilateral” porque en principio solo surgen obligaciones para una de las partes (comodatario)⁹⁵, esto es, quien recibe la cosa⁹⁶. Los contratos reales suelen ser unilaterales porque no concluyen sino por la entrega de la cosa⁹⁷. Dispone el art. 1134 CC venezolano: “El contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga; y bilateral, cuando se obligan recíprocamente”.

El comodato se presenta como un contrato unilateral. Lo cual no es óbice para que como efecto de su ejecución pueda resultar obligado excepcionalmente el comodante⁹⁸, porque puedan surgir para éste a posteriori obligaciones y se acepte –pues es cuestionada tal categoría– que se convierta en un contrato sinalagmático imperfecto⁹⁹. El comodatario está obligado a usar la cosa debidamente y restituirla al comodante, en tanto éste en ocasiones podrá asumir algunas obligaciones según las circunstancias¹⁰⁰. Esto es, el comodante puede quedar obligado a ciertas prestaciones a favor del comodatario, lo cual, no constituye, en modo alguno, contrapartida de la asumida por el comodatario en virtud del contrato. El Código español, con escaso rigor técnico, alude «De las obligaciones del comodante», dándole un sabor de reciprocidad del que a decir de VIVAS TESÓN-del todo carece¹⁰¹. Para LETE DEL RÍO no cabe en tal caso calificarlo de bilateral o sinalagmático imperfecto, porque dichas obligaciones tienen un origen distinto,

95 LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de*, cit., p. 165; TRANCHINI, M. H.: “Clasificaciones de los contratos”, *Contratos Teoría General*, R. S. STIGLITZ (Director), Depalma, Buenos Aires, 1993, T. II, p. 44; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C: *Curso*, cit., p. 474.

96 LASARTE, C.: *Curso de*, cit., p. 327; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 491; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., pp. 282 y 283; GELMAN B., R.: *Contratos*, cit., p. 169; BORJAS, L.: “El comodato”, cit., pp. 61 y 62, indica el autor que del contrato de comodato nace un solo derecho principal cual es el derecho de servirse de la cosa dada en comodato y correlativamente una sola obligación principal, aquella del comodante de dejar la cosa al comodatario y de no impedirle servirse de ella en el modo y por el tiempo establecido en el contrato.

97 GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., p. 105, aunque ello no es pacífico en la doctrina.

98 MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 284; GELMAN B., R.: *Contratos*, cit., p. 169.

99 ELIA, M.: “Clasificación”, cit., p. 54, nacen unilaterales, pero por una razón ajena a las partes, pueden transformarse en bilaterales; LÓPEZ SANTA MARÍA, J.: *Los Contratos. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., Chile, 1998, T. II, p. 561, en nuestra opinión los contratos sinalagmáticos imperfectos son unilaterales, pues la obligación que surge luego del nacimiento del contrato es “legal” y no contractual; MÉLICH ORSINI, J.: *Doctrina general*, cit., p. 34, no engendran inicialmente obligación sino para una parte, pero pueden generarse obligaciones ulteriores, como en el caso del comodato. Constituyen una categoría intermedia, para Mazeaud podrían dar a la excepción de incumplimiento. Aunque la mayoría de la doctrina francesa no comparte esa tesis y consideran que no les resulta aplicable las reglas de los contratos bilaterales; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C: *Curso de*, cit., p. 475, lo mismo vale decir del comodato (CC, art. 1733) y del mandato (CC, art. 1699). Indicaba E. LAGRANGE (quien fuera nuestro profesor de Obligaciones en la UCV) que la mayoría de los autores está conforme en que a los llamados contratos sinalagmáticos imperfectos no les es aplicable la disciplina de los contratos bilaterales. Toda vez que se queda obligado por un hecho posterior al contrato original, esto es, a un hecho accidental o eventual. Otros tienen una opinión distinta pues alegan que surgen obligaciones recíprocas que no descartan por ejemplo la excepción de incumplimiento, que sería posible oponerla en forma de derecho de retención, cuando la obligación sobrevinida no sea cumplida por la parte a quien ha venido a incumbirle como deudora; BORJAS, L.: “El préstamo”, cit., p. 151, en el Derecho Romano se discutió si era unilateral o sinalagmático, llegándose a la conclusión que es bilateral imperfecto.

100 BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 17.

101 VIVAS TESÓN, I.: “La esencial”, cit., p. 569.

por ser consecuencia de un hecho posterior; que nada tiene que ver con la causa que dio origen a la relación jurídica¹⁰².

En todo caso, para algunos, la citada categoría de contratos bilaterales imperfectos no es admisible y ello aplicaría al comodato¹⁰³. La doctrina ubica al comodato en los casos discutidos, siendo exclusiva de los contratos bilaterales la cesión del contrato, la excepción de incumplimiento y la resolución¹⁰⁴. No ha faltado quien califique el comodato como “bilateral”¹⁰⁵ aunque choque la idea del comodante como obligado inicial, porque desde tal perspectiva toda relación obligatoria sería recíproca pues algún deber conforme a la buena fe ha de inspirar siempre al acreedor como facilitar el pago u otorgar el correspondiente recibo del mismo.

d) “Principal”: constituye el comodato un contrato “principal” porque existe por sí mismo sin depender de otro¹⁰⁶, esto es, se basta por sí sin seguir la suerte de otro. Distinción importante porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal¹⁰⁷, a diferencia de la prenda, hipoteca o fianza que son contratos accesorios¹⁰⁸.

102 LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de*, cit., p. 165; MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, cit., p. 851, cita en el mismo sentido a PLANIOL y RIPERT, así como BENITO GUTIÉRREZ para quien los deberes del comodante no alteran el carácter unilateral del préstamo de uso; TRANCHINI, M. H.: “Clasificaciones de”, cit., p. 45, excluimos la categoría de los contratos bilaterales imperfectos admitida por alguna doctrina como un “tertium genus”, colocándose el ejemplo del comodato cuando el comodatario realiza gastos para la conservación de la cosa.

103 GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., p. 352, pues la calificación deriva de la génesis del contrato.

104 Véase: PALACIOS HERRERA, O.: *Apuntes de Obligaciones*, Versión taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela, Ediciones Nuevo Mundo, Caracas, mayo 2000, Taquígrafo R. MALDONADO G. pp. 263 y 264, así por excepción la acción de resolución no aplica a algunos contratos bilaterales. Se plantea discusión con el comodato, la prenda y la propia cesión de crédito; OCHOA GÓMEZ, O. E.: *Teoría General de las Obligaciones. Derecho Civil III*, UCAB, Caracas, 2009, T. II, p. 483, alude al carácter sinalagmático del contrato, esto es, bilateral, por el cual las partes se obligan recíprocamente. Aunque es discutible porque se presentan excepciones como el comodato. La resolución precisa el carácter sinalagmático o bilateral del contrato, por el cual las partes se obligan recíprocamente. Indicaba LAGRANGE en sus clases de Obligaciones, que, si el contrato unilateral solo obliga a una parte, si ésta incumple la otra parte puede exigir la ejecución del contrato y si ésta es imposible podrá pedir la reparación de daños y perjuicios, pero no la resolución.

105 Véase: FRUSTAGLI, S. A. y A. P. ARIAS: “La regulación”, cit., Pese a prestigiosas opiniones contrarias, y sin perjuicio de admitir que la cuestión exige una reflexión más profunda —que escapa a las alcances de este trabajo—, no parece que pueda afirmarse que las obligaciones mencionadas no guardan reciprocidad, pues la intención de una parte de transferir gratuitamente el uso de la cosa se corresponde con la obligación de la otra de usarla según el destino pactado y de restituirla; y en tanto estas obligaciones constituyen una fundamento de otra, pareciera que media correspectividad entre ellas; por lo tanto el contrato calificaría como bilateral.

106 BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 17; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 284.

107 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C: *Curso de*, cit., p. 480.

108 MÉLICH ORSINI, J.: *Doctrina general*, cit., p. 48.

e) No se presenta como un contrato *intuitu personae*¹⁰⁹, salvo que se pacte lo contrario¹¹⁰. De lo que se deduce que podría ser un contrato *intuitu personae* aunque en principio no lo es¹¹¹. La muerte no extingue el contrato, el cual se transmite en principio a los herederos. Dispone el artículo 1725 CC venezolano: “Las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contrayentes, a no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación a sólo la persona del comodatario, pues entonces los herederos de éste no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa dada en préstamo”¹¹². En sentido semejante se aprecia el artículo 1742 del CC español, con base al cual se indica que según las circunstancias podrían darse supuestos en que el contrato sea personalísimo, no siendo susceptible de ser continuado por los herederos¹¹³. Se aclara que el que no se presente *intuitu personae* no autoriza a prestar a su vez la cosa a un extraño¹¹⁴. Por su parte, el Código argentino asume recientemente su carácter *intuitu personae*¹¹⁵, más a tono con la naturaleza gratuita. La doctrina indica que los contratos gratuitos suelen ser “*intuitu personae*”¹¹⁶. Aunque cualquiera que sea la postura que se asuma podrá tener cabida la opción contraria por aplicación de la autonomía de la voluntad.

-
- 109 Véase: BORJAS, L.: “El comodato”, cit., p. 63, no siempre el comodato es un contrato *intuitu personae*, aunque éste es el caso más frecuente; BORJAS, L.: “El préstamo”, cit., p. 163; DOMÍNGUEZ GUILLEN, M.C: *Curso de*, cit., p. 487.
- 110 Así como acontece con el arrendamiento: TSJ/SCC, Sent. núm. 000254 de 25-4-16, los contratos de arrendamiento, no se consideran celebrados en forma personal *intuitu personae* salvo pacto expreso en contrario.
- 111 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 491; GELMAN B., R.: *Contratos*, cit., p. 169; BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 17; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., pp. 284 y 285.
- 112 Véase sin embargo en sentido contrario: TSJ/SCC, Sent. N° 000038 de 27-2-15, debe señalarse que aun cuando el finado J.A.O.R. fue la persona que celebró el contrato verbal de comodato, a su fallecimiento, desde el punto de vista de la sucesión procesal, no le asiste derecho alguno a los herederos de gozar del contrato, ya que por regla general el contrato de comodato no se transmite por causa de muerte a los herederos del comodatario, razones por las cuales considera la Sala que el ad quem no infringió, como alega la recurrente, los artículos 144 y 313 ordinales 1° y 2° del Código de Procedimiento Civil; LUIZ RODRIGUEZ, O.J.: *Estudio Dogmático*, cit., p. 221, La muerte del comodatario no implica necesariamente la extinción del contrato pero los herederos están obligados a entregar la cosa y honrar las obligaciones. Salvo que se pacte su naturaleza “*intuitu personae*”.
- 113 “Las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contrayentes, a no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación a la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de éste no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa prestada”; MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, cit., p. 845, la norma es reproducción casi literal del artículo 1879 del CC francés. La casuística ofrece ejemplos en el carácter personalísimo tiene especial relieve, por ejemplo, si la cosa es un perro fino de casa o una escopeta para caza y el comodatario es un experto cazador no hay duda que se hizo en atención a la persona de éste y mal pudieran continuarlo sus herederos; BASOZABAL ARRUE, X.: “Del Comodato”, cit., p. 1887; MEDINA DE LEMUS, M.: *Derecho*, cit., p. 318.
- 114 MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, cit., p. 845, Dicho uso debe entenderse limitado al comodatario y no es extensivo a un extraño.
- 115 Véase: FRUSTAGLI, S. A. y A. P. ARIAS: “La regulación”, cit., En principio, puede decirse que en el régimen dispuesto por el Código Civil y Comercial es *intuitu personae* y como tal, intransferible. Ello así porque se estatuye como regla que el comodato se extingue “por la muerte del comodatario, salvo que se estipule lo contrario o que el comodato no haya sido acordado exclusivamente en consideración a su persona” (art. 1541 inc. d). Esta solución, invierte la regla imperante en el Código de Vélez, cuyo art. 2283 contempla la transmisibilidad a los herederos.
- 116 MÉLICH ORSINI, J.: *Doctrina general*, cit., p. 37; DOMÍNGUEZ GUILLEN, M.C: *Curso de*, cit., pp. 475 y 476, señalaba el prof. LAGRANGE que el contrato gratuito suele ser *intuitu personae*. Pero veremos que la propia ley señala este último carácter habría que pactarlo expresamente.

f) Es un contrato “temporal”¹¹⁷ porque su duración no es indefinida¹¹⁸ pues el uso se otorga por cierto tiempo¹¹⁹. El comodato ha de ser necesariamente pasajero, pues no siendo un negocio transmisivo de la propiedad, la entrega de cosa cierta con carácter gratuito y por largo tiempo o tiempo indefinido — partiéndose de que el legislador no ha fijado ningún límite de tiempo ni de objeto al comodato— podría llegar a plantear algunos problemas de delimitación entre el comodato y la donación¹²⁰.

Su duración será entonces la que hayan pactado las partes, o resulte del uso que se destina a la cosa¹²¹, según se deriva del artículo 1731 CC venezolano. El plazo podrá ser expreso, implícito o presunto¹²². En efecto, el caso del “préstamo” es el típico ejemplo que coloca la doctrina sobre el término tácito: “El término es tácito cuando las partes nada han manifestado hacer de él porque lo han dado por sobreentendido. Ejemplo: cuando un vecino le pide en préstamos la cortadora de grama al otro vecino y no establecen término para la devolución, ambos entienden que la misma ha sido prestada por el tiempo normal que tarda el vecino en cortar la grama”¹²³.

g) No es necesario que el comodante sea dueño de la cosa; basta que sea titular de un derecho de uso que le permita ceder el uso al comodatario, por ejemplo, usufructuario¹²⁴. Esto es, es menester que el comodante tenga sobre la cosa un derecho que le autorice para ceder la facultad de uso¹²⁵. Pero sí precisa el

117 VIVAS TESÓN, I.: “La esencial”, cit., p. 571, La cesión del uso que el comodato implica tiene una duración limitada. El uso se otorga, como señala el artículo 1740 CC español, “por cierto tiempo”.

118 MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 284.

119 LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de*, cit., p. 165; DIEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN: *Sistema de*, cit., p. 401.

120 VIVAS TESÓN, I.: “La esencial”, cit., p. 573.

121 Véase arts. 1749 y 1759 del CC español; BASOZABAL ARRUE, X.: “Del Comodato”, cit., pp. 1891-1894; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros: *Curso de*, cit., p. 729; VIVAS TESÓN, I.: “La esencial”, cit., p. 566. El uso de la cosa prestada debe ser el pactado y, en defecto de pacto, el determinado por la costumbre o, en general, por la naturaleza de la cosa, en virtud de lo dispuesto por los artículos 1744 y 1750 CC, siendo un derecho —no real— del comodatario, por lo que si éste se obliga a usar la cosa, esto es, cuando el uso constituye un deber y no un derecho, el comodato se desnaturaliza; SÁNCHEZ CID, I.: *Lecciones de*, cit., p. 353. Su duración es temporal aunque puede estar determinado por pacto, en su defecto en razón del uso y en su defecto por la voluntad del comodante; MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, cit., p. 852, para algunos como BENITO GUTIÉRREZ la facultad de rescate del comodante en caso de urgencia es procedente porque se presume que no quiso cederla si la necesitare. Presunción que para GARCÍA GOYENA no admite prueba en contrario y que para Gutiérrez no tiene tanta fuerza, porque es una consecuencia, pero no incontestable de la índole gratuita del comodato.

122 BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 18.

123 RODRÍGUEZ FERRARA, M.: *Obligaciones*, Libroscá, 3ª ed., Caracas, 2007, p. 246; PALACIOS HERRERA, O.: *Apuntes*, cit., pp. 333 y 334, ejemplos de disposiciones legales en materia de término tácito, a saber, CC arts. 1.731 en materia de comodato, 1.742 en contrato de mutuo.

124 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros: *Curso de*, cit., p. 728; BORJAS, L.: “El comodato”, cit., p. 65, en cuanto a la legitimación para conceder un bien en comodato corresponde a todo aquel que tenga sobre la cosa un derecho real o personal de goce que lo autorice a transferir la detentación de la cosa; BORJAS, L.: “El préstamo”, cit., p. 151, en el Derecho Romano se podía dar una cosa en comodato, aunque no se tuviera a título de propietario.

125 DIEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN: *Sistema de*, cit., p. 402, el titular de un derecho personalísimo e intrasmisible como el uso o la habitación no puede ceder la cosa en comodato (CC esp. art. 525); ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, cit., p. 804.

comodante de un derecho sobre la cosa y que no esté prohibido cederlo como acontece en los supuestos del artículo 630 CC¹²⁶ relativo al uso y la habitación.

h) El comodato no produce efectos reales, ni transfiere, ni constituye derechos reales sobre la cosa dada en préstamo. En consecuencia, aunque solo el propietario o el titular de un derecho real o de crédito respecto de la cosa, pueden darla en comodato, la falta de legitimación del comodante no invalida el contrato. El comodato de la cosa ajena es pues válido aunque inoponible al *verus dominus*¹²⁷. Por lo que es un contrato traslativo del uso, no de su propiedad¹²⁸. Constituye un título de mera tenencia y únicamente genera en principio obligaciones¹²⁹.

i) Es de naturaleza eminentemente “civil”, pues ni el Código de Comercio ni otras leyes especiales, se ocupan en Venezuela de la figura¹³⁰. En España se cita que pudiera ser mercantil si está regulado en el Código de Comercio (art. 311) teniendo tal carácter cuando uno de los contratantes es comerciante y la cosa prestada se destina a actos de comercio¹³¹. Son contratos mercantiles aquellos regulados por el Derecho Mercantil¹³². El comodato puede tener vigencia comercial, dentro del ámbito del Derecho Mercantil, siendo gratuito pero tendrá un ánimo de lucro mediato¹³³. Se alude incluso a “comodato bancario” o “irregular”, aunque no presenta el carácter de gratuito ni devolución de la misma cosa¹³⁴.

j) Se presenta en principio como de “tracto sucesivo”¹³⁵ y a su vez de ejecución continuada, porque las prestaciones de él derivadas perduran en un período

126 Dicha norma dispone “Los derechos de uso y de habitación no se pueden ceder ni arrendar”; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 286.

127 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 491; BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., pp. 17 y 18; GELMAN B., R.: *Contratos*, cit., p. 169; GASTALDI, J. M. y CENTANARIO, E.: *Contratos aleatorios*, cit., pp. 369 y 370; MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., p. 435, un usufructuario y un arrendatario puede prestar; Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito De La Circunscripción Judicial Del Estado Zulia, Sent. 19-11-13, Exp. 12.447, (<https://vlexvenezuela.com>). Debe destacarse en este orden que de acuerdo a la naturaleza del contrato de comodato, no exige la norma que el comodante ostente la cualidad de propietario del bien objeto del contrato, por ende, los alegatos de la parte demandada, según los cuales el inmueble objeto del presente proceso fue vendido por la demandante a una compañía ajena a la presente causa, y posteriormente a otro ciudadano, son improcedentes en derecho a los fines de determinar su cualidad activa en el presente proceso, y en todo caso ambas partes convinieron en la existencia del contrato.

128 LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de*, cit., p. 165; VIVAS TESÓN, I.: “La esencial”, cit., p. 565, el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada, términos éstos, ha de decirse, poco afortunados, si se tiene en cuenta que el comodante legitimado para dar en comodato puede o no ser propietario de la cosa que presta, bastando con ostentar un derecho, real o de crédito, que, no siendo personalísimo por pacto o por naturaleza —v. gr. los derechos de uso y habitación, por ser éstos derechos personalísimos e intransferibles.

129 MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., pp. 285 y 286.

130 *Ibid.*, p. 284.

131 SÁNCHEZ CID, I.: *Lecciones de*, cit., p. 352.

132 SERRANO ALONSO, E. y E. SERRANO GÓMEZ: *Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*, vol. I, T II, Teoría General del Contrato, Edisofer S.L., Madrid, 2008, p. 182.

133 GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., p. 389.

134 *Ibid.*, p. 391.

135 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C: *Curso de*, cit., pp. 480 y 481, El contrato de tracto o cumplimiento instantáneo es aquel que comporta una sola ejecución; se ubica la venta, permuta o el préstamo; en el segundo que supone

continuo o ininterrumpido de tiempo¹³⁶. Difícilmente el préstamo suele agotarse en un solo instante.

k) Constituye un contrato “típico”¹³⁷ o nominado¹³⁸ a tenor del artículo 1140¹³⁹ del CC venezolano porque cuenta con una regulación en el CC¹⁴⁰ de diez artículos¹⁴¹ en el Código sustantivo.

l) Finalmente, constituye un contrato no formal¹⁴² pues carece de forma especial, por lo que aplica el principio de libertad de formas. De tal suerte que el contrato podrá ser verbal¹⁴³ o escrito, por documento público o privado¹⁴⁴. No obstante, cabe recordar su carácter real.

V. ELEMENTOS¹⁴⁵.

Los elementos del contrato de comodato vienen dados por aquellos que se estudian en la teoría general del contrato, a saber, *consentimiento, capacidad, objeto y causa lícita*¹⁴⁶. La expresión “elementos” la refiere la doctrina como los aspectos

la duración de la ejecución de la prestación, existe una prolongación del cumplimiento en el tiempo; se ubica por ejemplo el comodato o el arrendamiento o la renta vitalicia. El instantáneo no supone que el contrato necesariamente reciba ejecución de manera inmediata pues puede estar diferida, sino que el contrato es ejecutado en un solo acto. Los de trato sucesivo pueden ser de ejecución continuada (arrendamiento, comodato) o de ejecución periódica (suministro o renta vitalicia).

136 ELIA, M.: “Clasificación”, cit., p. 54; SERRANO ALONSO, E. y E. SERRANO GÓMEZ: *Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*, Vol. I, T II, Teoría General del Contrato, Edisofer S.L., Madrid, 2008, p. 186; MÉLICH ORSINI, J.: *Doctrina general*, cit., p. 49, su distribución en el tiempo no es algo accidental, sino que es el medio para satisfacer una necesidad; FRUSTAGLI, S. A. y A. P. ARIAS: “La regulación”, cit., este contrato pueda ser calificado como de ejecución continuada o de trato sucesivo. Lo cierto es que la satisfacción del interés del comodatario requiere una cierta permanencia y proyección temporal, más o menos prolongada, y eso determina que las obligaciones asumidas por las partes se caractericen por ser de duración, ya sea que el plazo se encuentre indeterminado o resulte determinado de manera expresa o tácita.

137 GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., pp. 355 y 370.

138 MÉLICH ORSINI, J.: *Doctrina general*, cit., p. 46.

139 “Todos los contratos, tengan o no denominación especial, están sometidos a las reglas generales establecidas en este Título, sin perjuicio de las que se establezcan especialmente en los Títulos respectivos para algunos de ellos en particular, en el Código de Comercio sobre las transacciones mercantiles y en las demás leyes especiales”.

140 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C: *Curso*, cit., pp. 481-483.

141 VIVAS TESÓN, I.: “La esencial”, cit., p. 565.

142 *Ibid.*, p. 573, este contrato sigue el régimen general de libertad de forma; GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., p. 354; BORJAS, L.: “El comodato”, cit., p. 69; BORJAS, L.: “El préstamo”, cit., p. 170, en cuanto a la forma, el contrato no está sujeto a formalidad.

143 Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 00258 del 18-5-09.

144 MEDINA DE LEMUS, M.: *Derecho*, cit., p. 318, cita el artículo 1298 del CC español; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. y A. PEDREIRA ANDRADE: *Introducción al*, cit., p. 638.

145 BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., pp. 20-22; LETE DEL RIO, J. M.: *Derecho de*, cit., pp. 165 y 166; GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., pp. 361-368; DELGADO SÁEZ, J.: *Estudio sobre*, cit., pp. 17-23; CUEVILLAS MATOZZI, I y otros: *Instituciones de*, cit., p. 254, elementos personales (comodante y comodatario) y elementos reales (la cosa, mueble o inmueble no consumible o consumible siempre que el uso que se le de no la consuma). Añade “elementos formales: ninguno”.

146 Véase: GELMAN B., R.: *Contratos*, cit., p. 170, a estos agrega la entrega de la cosa; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C: *Curso de...*, cit., pp. 468 y ss.; MADURO LUYANDO, E.: *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*, Universidad Católica Andrés Bello, 7ª ed., Caracas, 1989, pp. 399 y ss.; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. y A. PEDREIRA ANDRADE: *Introducción al*, cit., pp. 531-534; PALACIOS HERERA, O.: *Apuntes...*, cit., pp. 129 y ss.; SANTOS BRIZ: J.: *Los contratos*

que han de concurrir para la formación del contrato de comodato en particular¹⁴⁷, distinguiendo los elementos personales, reales y formales. Lo personal se integra por las partes comodante y comodatario: el primero es el que cede el uso de la cosa, precisa capacidad general para contratar y tener un derecho sobre la cosa prestada (propiedad o usufructo). El segundo es el que recibe la cosa y también precisa capacidad general para contratar¹⁴⁸. El elemento real supone cualquier bien mueble o inmueble. En cuanto a los formales rige la libertad de formas¹⁴⁹, aunque se precisa la entrega de la cosa¹⁵⁰.

La capacidad supone la aptitud de realizar actos jurídicos por voluntad propia (capacidad de obrar o de ejercicio)¹⁵¹. No pueden celebrar el contrato de comodato quienes no tengan capacidad para contratar¹⁵²: comodante y comodatario precisan capacidad de obrar¹⁵³. Si el comodante era incapaz podrá demandar la nulidad y restitución y la parte capaz no podrá demandar la nulidad del contrato¹⁵⁴. Se discute si el comodato constituye un acto de disposición o de

civiles. *Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992, p. 240, la licitud rige para todos los elementos del contrato.

- 147 Véase: MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., pp. 281 y 282, entrega de una cosa, que se permita el uso gratuito, la obligación de devolver la cosa y sea para satisfacer una necesidad determinada; BORJAS, L.: “El comodato”, cit., pp. 67-69; BORJAS, L.: “El préstamo”, cit., pp. 167-170, alude a propósito de los elementos constitutivos del comodato al acuerdo sobre lo que se da y recibe en comodato que supone que el uso debe estar determinado y en su defecto queda a la naturaleza de las cosas y las costumbres del lugar (CC, arts. 1724 y 1726), debe especificarse el tiempo de restitución (CC, art. 1731), la entrega de la cosa a título gratuito y temporalmente con el fin de darle el uso indicado en el contrato (causa); LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de*, cit., pp. 165 y 166, alude a requisitos de capacidad, objeto (cosa mueble fungible) y forma.
- 148 O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. y A. PEDREIRA ANDRADE: *Introducción al*, cit., p. 638, los sujetos o partes son el comodante (o prestamista) y comodatario (o prestatario); SÁNCHEZ CID, I.: *Lecciones de*, cit., p. 353.
- 149 BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., pp. 20-22, agrega elementos consensuales pues se precisa el consentimiento y la entrega de la cosa; el elemento causal que cumple una función económica social y la causa debe ser lícita.
- 150 SÁNCHEZ CID, I.: *Lecciones de*, cit., p. 353; LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de*, cit., p. 166, rige libertad de forma pues el requisito es la entrega de la cosa.
- 151 Véanse nuestros trabajos: *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil*, Colección Nuevos Autores N° 1, TSJ, 3ª ed., Caracas, 2010, pp. 19 y ss.; *Instituciones fundamentales*, cit., pp.
- 152 GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., p. 367.
- 153 Véase: MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 286.
- 154 GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., p. 368.

simple administración¹⁵⁵, tendiendo a calificarse de disposición¹⁵⁶, especialmente en función del valor de la cosa. Por su parte, los MAZEAUD indican que por no llevar consigo enajenación el comodato, la capacidad requerida en el prestador y el prestatario es la administrar¹⁵⁷. La realidad práctica asociada a la privación del uso que pone en riesgo la cosa, apunta hacia una disposición¹⁵⁸.

El consentimiento es necesario¹⁵⁹ y ha de estar libre de vicios¹⁶⁰. Pero por ser real, para que el contrato exista, se requiere el consentimiento con un plus: la entrega de la cosa¹⁶¹, la cual puede realizarse por cualquier de los modos de hacer la tradición¹⁶².

El “objeto” ha de ser lícito, determinado o determinable. Puede darse en comodato cualquier cosa mueble (un libro) o inmueble (apartamento) que este en el comercio¹⁶³. El objeto del contrato es una cosa no fungible¹⁶⁴. Si la restitución es en especie no estamos ante el comodato o préstamo de uso, sino ante el mutuo o

155 Véase: DELGADO SÁEZ, J.: *Estudio sobre*, cit., p. 16, cita a PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *El contrato*, cit., p. 108. Tradicionalmente el comodato ha sido considerado como un negocio jurídico de escasa transcendencia en el patrimonio del concedente, dado el carácter temporal del negocio y el hecho de que su celebración no implica que el objeto comodado salga del patrimonio del comodante, por lo que podría considerarse como un acto de ordinaria administración; aunque, en ocasiones, teniendo en cuenta las características del préstamo, su objeto y su duración, la repercusión patrimonial del acto podría alcanzar una extensión considerable; sin perjuicio de que la cesión podría comprometer el objeto como consecuencia de su pérdida o deterioro. Por otro lado, también, nos encontraríamos ante un negocio jurídico dispositivo, ya que mediante su formalización se produce un desplazamiento de las facultades de las que goza el comodante; BORJAS, L.: “El comodato”, cit., p. 64, algunos sostienen que el comodato es un acto que excede de la administración ordinaria. Otros sostienen que depende de la naturaleza del bien de que se trate. Una tercera opinión que es nuestro sentir consideran que dar o recibir un bien en comodato es siempre un acto ordinario de administración; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, Sent. 1-11-16, Exp. APII-V-2015-000880, citada supra. En principio el comodato es un acto de simple administración para ambas partes, salvo casos excepcionales. Sin embargo, parte de la doctrina se muestra más inclinada a calificar al comodato como acto de disposición para el comodante.

156 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 492.

157 MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., p. 435.

158 Véase: FRUSTAGLI, S. A. y A. P. ARIAS: “La regulación”, cit., El Código argentino prohíbe el comodato entre cierta categoría de personas así como en materia de compraventa, a título de incapacidad especial de goce el art. 1535 del Código Civil y Comercial, bajo el acápite de “prohibiciones”, dispone que “no pueden celebrar contrato de comodato: a) los tutores, curadores y apoyos, respecto de los bienes de las personas incapaces o con capacidad restringida, bajo su representación; b) los administradores de bienes ajenos, públicos o privados, respecto de los confiados a su gestión, excepto que tengan facultades expresas para ello”.

159 MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., p. 435.

160 Véase: AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 492, a propósito de consentimiento, insiste que no se perfecciona el contrato solo consensu sino que precisa la entrega de la cosa dada en préstamo.

161 GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., p. 361.

162 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 492.

163 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. y A. PEDREIRA ANDRADE: *Introducción al*, cit., p. 638; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 492, como el contrato no es traslativo pueden darse cosas inalienables o sobre las cuales el comodante tenga un derecho inalienable; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., pp. 285 y 287; LUIZ RODRIGUEZ, O. J.: *Estudo Dogmático*, cit., p. 218, que puede recaer sobre cosas muebles e inmuebles, corpóreas e incorpóreas.

164 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros: *Curso de*, cit., p. 728, aunque el CC español parecer pensar en cosas muebles, pueden ser inmuebles; BORJAS, L.: “El préstamo”, cit., p. 152, el objeto del contrato solo puede ser una cosa infungible e inconsumible.

préstamo de consumo¹⁶⁵. El objeto o cosa en el comodato debe ser no consumible pues debe devolverse la misma cosa, aunque se admite que pueda ser consumible siempre que no se consuma durante el préstamo (por ejemplo, una comida para su sola exhibición)¹⁶⁶. Indica una decisión judicial “para la existencia del contrato de comodato es menester que exista “la cosa” objeto de la contratación, pues sin tal no es dable la existencia de tal institución”¹⁶⁷. Ni los derechos ni las personas pueden ser objeto de comodato, a lo sumo se daría una cesión gratuita de derechos. Tampoco sería comodato el préstamo de un jugador a una institución deportiva¹⁶⁸. En cuanto a la “causa” rige lo referido en la teoría general de contrato, sobre la causa lícita¹⁶⁹. Aplican al contrato de comodato – a falta de norma especial- las disposiciones relativas a la Teoría General de las Obligaciones.

Como es natural en todo contrato, la conducta de las partes (comodante y comodatario) debe estar inspirados por la buena fe¹⁷⁰. En la ejecución y extinción de las obligaciones que genera el contrato de comodato debe regir la probidad

165 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y, cit.*, pp. 489 y 490.

166 Véase: VIVAS TESÓN, I.: “La esencial”, cit., p. 364. Pero es en la cualidad del objeto donde el artículo 1740 CC coloca la diferencia entre préstamo mutuo y préstamo comodato, en concreto, en la fungibilidad o no del objeto prestado, respectivamente, y es aquí cuando el legislador comete el error, como por otra parte también lo hace en los artículos 337 y 1545 CC, de confundir las ideas de fungibilidad y consumibilidad, pues parece que objeto del préstamo comodato lo son las cosas no consumibles, esto es, aquellas cuyo uso tenga carácter no consuntivo, es decir, sea un uso que no pueda dar lugar a la extinción o consumición de la cosa. Sin embargo, de la posibilidad de que, con carácter excepcional, como admite unánimemente la doctrina, la cosa prestada en comodato pueda ser consumible pero entregada para ser restituida «in natura», el comodato «ad pompam vel ostentationem», en el cual se muestran objetos susceptibles de consumirse con el uso —v. gr. alimentos para que figuren en una representación teatral, monedas que sirvan de arras en la boda o de botellas o sellos de correos para su exposición o exhibición al público—, se deduce que lo decisivo está en el hecho de entregar el objeto como cosa específica e individual, como con mejor técnica prescribe la ley 539 FNN, cuyo uso no sea consuntivo. En definitiva, la calificación del contrato de préstamo en comodato o en mutuo dependerá de la voluntad de las partes y no de la naturaleza del bien prestado; FRUSTAGLI, S. A. y A. P. ARIAS: “La regulación”, cit., el comodato puede tener como objeto mediato cosas muebles fungibles, no consumibles o consumibles, si es voluntad de las partes prestarlas como no fungibles, es decir que el comodatario debe devolver la misma cosa prestada. Esto suele ocurrir cuando se prestan cosas fungibles o consumibles con la finalidad de ser exhibidas; pero también se presenta en el comodato conexo a contratos comerciales, cuyo objeto suele recaer sobre cosas fungibles, aunque no consumibles, como sucede en caso de préstamo de envases o contenedores; BORJAS, L.: “El comodato”, cit., p. 66, puede ser una cosa mueble o inmueble, puede ser una cosa fungible como unas monedas o una cosa consumible como una botella de vino; BORJAS, L.: “El préstamo”, cit., p. 167.

167 Sala del Tribunal en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 30-I-07, FP02-R-2006-000225(6866), <https://vlexvenezuela.com>.

168 GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios*, cit., p. 363.

169 Véase: AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y, cit.*, p. 492, en cuanto a la causa basta recordar la discusión de la causa en los contratos unilaterales estudiadas en Derecho Civil III Obligaciones; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso*, cit., pp. 522-532.

170 Véase: MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, cit., p. 840, no obstante, la esencial característica de la buena fe como tipificadora de este negocio jurídicos, se producen inevitables incumplimientos; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “Buena fe y relación obligatoria”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 11, 2018, pp. 17-80; GONZÁLEZ CARVAJAL, J. I.: “Notas dispersas sobre la buena fe en el Derecho venezolano, casos «paradigmáticos» y nuevas dimensiones”, *Derecho y sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, 12, UMA, Caracas, noviembre 2016, pp. 167-206; Sala del Tribunal en lo Civil, M., del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 30-I-07, Exp. FP02-R-2006-000225(6866), este uso se rige por los principios de la buena fe, es por ello que el comodatario puesto en la alternativa de perder una cosa prestada o la suya, deberá preferir que se pierda esta última.

y el deber de cooperación. Finalmente, las normas correspondientes han de ser interpretadas a tono con la Constitución¹⁷¹.

VI. EFECTOS¹⁷².

I. Derechos y obligaciones del comodatario.

- Obligaciones del comodatario: Dispone el artículo 1726 CC venezolano: “El comodatario debe cuidar la cosa dada en préstamo como un buen padre de familia, y no debe servirse de ella sino para el uso determinado por la convención, o, a falta de ésta, por la naturaleza de la cosa y la costumbre del lugar, so pena de daños y perjuicios”¹⁷³.

El comodato no le confiere al prestatario sino la tenencia de la cosa prestada¹⁷⁴. La principal obligación del comodatario viene dada por aquella de cuidar la cosa dada en préstamo con el deber que impone el patrón de un buen padre de familia¹⁷⁵. En realidad la obligación de cuidar la cosa es una secuela lógica de la obligación de restituirla¹⁷⁶. No debe darle un uso distinto al pactado¹⁷⁷ o a falta

171 Véase nuestros trabajos: “Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil Venezolano”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10, IDIBE, feb. 2019, pp. 52-91; *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*, EJV/CIDEP, Caracas, 2018.

172 BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., pp. 22-26; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., pp. 289-299; BORJAS, L.: “El comodato”, cit., pp. 69-72, el efecto esencial es el derecho del comodatario de servirse de la cosa dada en comodato por el termino convenido, entre las obligaciones eventuales del comodante está la de reembolsar los gastos extraordinarios y necesarios derivados de la cosa; BORJAS, L.: “El préstamo”, cit., pp. 170-176; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. y A. PEDREIRA ANDRADE: *Introducción al*, cit., p. 638; SÁNCHEZ CID, I.: *Lecciones de*, cit., pp. 353 y 354; LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de*, cit., pp. 166-168; DIEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN: *Sistema de*, cit., pp. 402-404; ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, cit., pp. 805-807; CUEVILLAS MATOZZI, I y otros: *Instituciones de*, cit., pp. 254 y 255; GASTALDI, J. M. y CENTANARIO, E.: *Contratos*, cit., pp. 373-389; DELGADO SÁEZ, J.: *Estudio sobre*, cit., pp. 24-34; DOMÍNGUEZ GUILLEN, M. C.: *Diccionario*, cit., p. 35, El comodatario tiene las obligaciones de: cuidar la cosa y restituirla (CC, arts. 1731 y 1732); El comodante debe reembolsar al comodatario de los gastos extraordinarios y urgentes que no pudieron ser notificados o prevenidos al comodante (CC, art 1733) y debe prevenir al comodatario de los vicios de la cosa so pena de daños y perjuicios (CC art 1734); Sala del Tribunal en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 30-1-07, FP02-R-2006-000225(6866).

173 Véase: MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., p. 437, el comodatario debe velar por la conservación de la cosa.

174 MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., p. 436.

175 Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 19-11-13, Exp. 12.447, <https://vlexvenezuela.com>, siendo la obligación más importante del comodatario, la de cuidar el bien como un buen padre de familia y más aún la de entregarlo, a la expiración del término.

176 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 493; GELMAN B., R.: *Contratos*, cit., p. 171, se excluye la diligencia puesta en sus propios asuntos.

177 Véase: Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 16-4-15, Exp. 3617, <https://vlexvenezuela.com>, de la valoración de las pruebas consignadas por la parte accionante se evidencia que existe un contrato de comodato, autenticado en fecha 10 de junio de 2005, y la cualidad que tiene la ciudadana G.C.D.N., para intentar la presente acción de resolución de contrato, asimismo queda demostrado de la inspección judicial realizada, que el destino del inmueble fue cambiado por la parte demandada, el cual era para ser utilizado como local comercial, dándole destino de vivienda..

de pacto al derivado de la naturaleza de la cosa¹⁷⁸. Para determinar el uso habrá que estar, en primer lugar, a lo que las partes hayan convenido. Pueden haber respetado el uso propio y normal del objeto, según su naturaleza, o establecido otro; pueden haber limitado el número de usos, o las circunstancias en las que haya de llevarse a cabo, etc.¹⁷⁹ Por referencia expresa de la norma se admite que la cesión o préstamo de uso se hace para un “uso determinado”. Para algunos el comodatario adquiere el uso de la cosa en toda su amplitud, queda limitado en cuanto al modo y momento de utilización de la misma. Ello sin perjuicio de limitaciones específicas de uso que impongan las partes, como por ejemplo, te presto el carro para que vayas a la fiesta con tus amigos, con la condición de que no lleves a Juan y que a las doce estés de vuelta¹⁸⁰.

El artículo 1729 CC prevé: “El comodatario que ha hecho algún gasto para usar de la cosa dada en préstamo, no puede pedir el reembolso”. De tal suerte, que no son reembolsables los gastos derivados del uso normal de la cosa. Por lo que el comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa. Y es natural que así sea pues quien se aprovecha del uso de la cosa es lógico que corra a su cargo con los gastos necesarios para conservarla¹⁸¹, debiendo asumir los gastos ordinarios de la misma¹⁸². En el mismo sentido se aprecia el artículo 1743 del Código Civil español¹⁸³.

Dispone el artículo 1728 CC: “Si la cosa se deteriora únicamente por efecto del uso para el cual se dio en préstamo y sin culpa del comodatario, éste no responde del deterioro”. Ello deriva en que el deterioro normal derivado de la simple utilización de la cosa no es reembolsable por parte del comodatario. Pero “su responsabilidad puede ser mayor en los supuestos expresamente determinados por la ley”¹⁸⁴. En sentido semejante se aprecia el artículo 1746 del CC español¹⁸⁵.

178 MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., p. 436, el uso abusivo como acontecía en Roma (*furtun usus*) debe ser reparado; MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, cit., p. 845, la determinación del uso viene impuesta por la naturaleza de la cosa. Si se cede el auto o caballo para que se efectúe un viaje no es lícito cargarlo de mercancía para un mayor recorrido.

179 BASOZABAL ARRUE, X.: “Del Comodato”, cit., p. 1886.

180 Véase: MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, cit., pp. 844 y 845.

181 MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, cit., pp. 845 y 846.

182 Véase: FRUSTAGLI, S. A. y A. P. ARIAS: “La regulación”, cit., Se consideran gastos ordinarios, a cargo del comodatario, aquellos que demanda el uso mismo de la cosa, como así también su mantenimiento en lo referente a reparaciones normales (art. 1536, inc. b). Es lógico que ellos sean puestos en cabeza del comodatario porque son erogaciones realizadas en su propio interés, para posibilitar el uso de la cosa. A título ejemplificativo se consideran de naturaleza ordinaria los servicios de gas, electricidad, agua, teléfono y tasas que gravan el uso; pintura, reparaciones y reemplazos hechos en la cosa —en vidrios, grifos, llaves de luz, baldosas, cerraduras, neumáticos—, gastos de combustible, etc. Se ha dicho que, al tratarse de un contrato gratuito no resultaría justo que tales gastos se impongan a quien hace una liberalidad.

183 BASOZABAL ARRUE, X.: “Del Comodato”, cit., pp. 1887 y 1888.

184 Esto es, en los indicados en el artículo 1727; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 291.

185 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros: *Curso de*, cit., p.729, no responde, sin embargo, del deterioro provocado por el uso de la cosa, salvo que haya mediado culpa de sus parte (CC, esp. art. 1746); MARTÍN RETORTILLO,

El Código Civil venezolano no se pronuncia sobre la posibilidad del comodatario de percibir los frutos a diferencia del texto español, que afirma que el comodatario adquiere el uso de la cosa prestada sin poder recibir los frutos (CC esp., art. 1741), aunque para algunos excepcionalmente estaría implícito¹⁸⁶. DE LEMUS señala que en realidad lo que está queriendo decir la norma, es que el comodatario no adquiere la propiedad de los frutos, pero no hay obstáculo en que pueda usarlos, incluso aunque se deterioren como la cosa misma objeto del contrato. Pero desde luego, tendrá que devolver ambos: la cosa y sus frutos¹⁸⁷. Puede sin embargo pactarse (CC, art. 1255) que también haga suyos estos o sólo que adquiera el uso de ellos¹⁸⁸. La doctrina venezolana indica que si bien el comodatario no puede hacer suyos los frutos en función de la finalidad que las partes han previsto, bien podría pactarse que el comodatario los haga suyos por aplicación de la autonomía de la voluntad¹⁸⁹, la cual encuentra mayor aplicación en materia de Derecho Civil Patrimonial¹⁹⁰. Es natural que el comodatario no adquiera en principio los frutos de la cosa, porque de lo contrario el contrato se convertiría en un usufructo temporal¹⁹¹.

- El comodatario también debe restituir la cosa dada en préstamo¹⁹², la cual como tiene por objeto un cuerpo cierto, no puede constreñirse al comodante a recibir una cosa distinta aunque sea de igual o superior valor de conformidad con el artículo 1290 CC¹⁹³. Recordemos que de ésta última norma se deriva la posibilidad de “dación en pago”, esto es de cumplir mediante una prestación o cosa distinta a la pactada, si ambas partes lo acuerdan¹⁹⁴.

C.: “El comodato”, cit., p. 850, de los deterioros de la cosa por el mero uso sin su culpa no responde el comodatario; MEDINA DE LEMUS, M.: *Derecho*, cit., p. 318; BASOZABAL ARRUE, X.: “Del Comodato”, cit., pp. 1890 y 1891.

186 El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; LASARTE, C.: *Curso de*, cit., p. 348; DELGADO SÁEZ, J.: *Estudio sobre*, cit., p. 15, El uso al que hace referencia el art. 1741 CC excluye el aprovechamiento de los frutos de la cosa, que habrán de ser entregados al comodante en el momento de la devolución de la cosa prestada, salvo pacto en contrario, si bien, en ocasiones y no existiendo pacto expreso, el uso normal de la cosa puede implicar la percepción de sus frutos o de algunos de ellos por parte del comodatario; BASOZABAL ARRUE, X.: “Del Comodato”, cit., pp. 1885 y 1886, El comodato no legitima para adquirir los frutos de la cosa prestada, que son del propietario (art. 354 ce), o de la persona a la que éste hubiera cedido el “ius iruendi”. ALBALADEJO advierte de que hay ocasiones en las que el uso normal de una cosa implica la percepción de sus frutos o de algunos de ellos (la leche de una vaca, si así resulta de la duración del contrato, pero no sus crías).

187 MEDINA DE LEMUS, M.: *Derecho*, cit., p. 318.

188 ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, cit., p. 804.

189 MARIN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 290.

190 Véase: DE FREITAS DE GOUVEIA, E.: “La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2013, pp. 37-181.

191 MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, cit., p. 844.

192 Véase: MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., pp. 437 y 438, se trata de una obligación de resultado, de la cual no se descarga el prestatario sino por la prueba de una causa ajena.

193 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos* y cit., p. 493; GELMAN B., R.: *Contratos*, cit., p. 171; MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., p. 437, la obligación de devolución es diferente a la conservación.

194 Véanse nuestros trabajos: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “la dación en pago o prestación en lugar de cumplimiento”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 4, 2014, pp. 15-55; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “Curso de”, cit., pp. 387-411.

- El comodatario debe restituir la cosa en el mismo estado en que se encontraba cuando la recibió. Dispone el artículo 1728 CC: "Si la cosa se deteriora únicamente por efecto del uso para el cual se dio en préstamo y sin culpa del comodatario, éste no responde del deterioro".

Veremos a propósito de los riesgos¹⁹⁵, que se genera culpa del comodatario por el simple hecho de encontrarse en mora de restituir. Si el deterioro proviene de un uso distinto al pactado a la cosa, aunque sea normal, media culpa y por tal debe responder de los daños. Por lo que el comodatario será responsable si el deterioro no es consecuencia del uso permitido. En cuanto al sitio de la restitución debe hacerse en el lugar donde se encontraba la cosa en el momento de la celebración del contrato si no se ha pactado otra cosa (CC, art. 1295)¹⁹⁶. La principal obligación del comodatario es destinar la cosa al uso convenido y restituirla en el tiempo pactado. Si quebranta tal obligación jurídica, además de la descortesía que ello implica, acontece una infracción del contrato, viene obligado a responder de la pérdida de la cosa con todas sus consecuencias¹⁹⁷.

- En cuanto al momento de la restitución, debe considerarse el artículo 1731 CC: "El comodatario está obligado a restituir la cosa prestada a la expiración del término convenido. Si no ha sido convenido ningún término, debe restituir la cosa al haberse servido de ella conforme a la convención. El comodante puede igualmente exigir la restitución de la cosa cuando haya transcurrido un lapso conveniente dentro del cual pueda presumirse que el comodatario ha hecho uso de la cosa. Cuando la duración del comodato no haya sido fijada y no pueda serlo según su objeto, el comodante puede exigir en cualquier momento la restitución de la cosa". Así como el artículo 1732 CC: "Si antes del término convenido o antes de que haya cesado la necesidad del comodatario, sobreviniere al comodante una necesidad urgente e imprevista de servirse de la cosa, podrá obligar al comodatario a restituirla". Tal facultad excepcional se fundamenta en el carácter "gratuito" del comodato¹⁹⁸. Es un caso en el cual aunque no media ninguna de las causales de caducidad del término señalado en el artículo 1215 CC, sin embargo el plazo se reputa extinguido y para ello el Legislador ha tomado en cuenta el carácter gratuito que tiene el contrato de comodato¹⁹⁹. La devolución de la cosa debe hacerse con los frutos de la misma²⁰⁰, salvo que se haya pactado lo contrario.

195 Véase *Infra VII*.

196 MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 295; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 493; GELMAN B., R.: *Contratos*, cit., pp. 171 y 172.

197 MARTÍN RETORTILLO, C.: "El comodato", cit., p. 847.

198 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 494; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., pp. 295 y 296, es lógico que, si el comodante cedió el uso por no necesitar la cosa, debe restituirse en caso contrario; GELMAN B., R.: *Contratos*, cit., pp. 172-174.

199 PALACIOS HERRERA, O.: *Apuntes*, cit., p. 333.

200 MARTÍN RETORTILLO, C.: "El comodato", cit., p. 847.

- En cuanto a la solidaridad, dispone el artículo 1730 CC: “Si son dos o más los comodatarios, es solidaria su responsabilidad para con el comodante”. La norma aplica tanto si la responsabilidad deriva de incumplimiento o retardo culpable, como si proviene de la carga de los riesgos²⁰¹. Siendo muestra que la solidaridad pasiva deriva de la ley (CC, art. 1223)²⁰². El artículo 1748 del CC español prevé en sentido similar: “Si la cosa se ha prestado conjuntamente a varios comodatarios, responden solidariamente”²⁰³.

- Algunos no obstante su carácter unilateral señalan como derechos del comodatario el exigir del comodante las obligaciones que deriven del contrato de ser el caso²⁰⁴.

Vale observar que no es procedente alegar la compensación legal cuando se le requiera al comodatario la restitución de la cosa porque tal medio de extinción de las obligaciones no procede en materia de comodato y depósito (CC, art. 1335). Ello por tratarse de un cuerpo cierto y por la naturaleza gratuita del comodato²⁰⁵.

201 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos* y, cit., p. 495; GELMAN B., R.: *Contratos*, cit., p. 174, se trata de una solidaridad propiamente dicha, así no solamente cada comodatario puede ser demandado por el todo, sino que también cada uno de ellos es mandatario de los otros para recibir la demanda del acreedor, y la dirigida contra uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos.

202 BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 24, norma que pretende reforzar la posición jurídica del acreedor, dado el carácter gratuito del comodato.

203 Véase: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros: *Curso de*, cit., p. 730; BASOZABAL ARRUE, X.: “Del Comodato”, cit., p. 1891.

204 MARIN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 291.

205 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C: *Curso*, cit., p. 414; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C: “Algunas normas dispositivas del Código Civil venezolano en materia de obligaciones”, *Jurisprudencia Argentina*, Abeledo Perrot, N° 13, Buenos Aires, 2016-II, pp. 35 y 36, incluyendo nota 135; DELGADO SÁEZ, J.: *Estudio sobre*, cit., pp. 42 y 43; VIVAS TESÓN, I.: “La esencial”, cit., p. 572, “en opinión de CASTÁN: Derecho Civil Español, Común y Foral, cit., p. 445, ni tampoco alegar compensación de su obligación de restitución de la cosa con deudas originadas por su situación de comodatario, como prohíbe expresamente el artículo 1200 CC (acerca de la difícil interpretación del precepto, vid. ampliamente, ALBALADEJO GARCÍA, M.: «La prohibición o improcedencia de compensación en los casos de depósito y comodato», *Estudios de Derecho civil*, 1955, p. 101; MORENO-TORRES HERRERA, Ma L.: *La prohibición de compensar las deudas derivadas de depósito y comodato*. Barcelona, 1994 y NAVAS NAVARRO, S.: *Compensación, depósito y comodato*. Madrid, 1997”.

El comodatario podría encuadrar en la responsabilidad de quien ejerce la guarda y custodia de conformidad con los artículos 1192²⁰⁶ y 1193²⁰⁷ CC, relativos a las responsabilidades especiales o complejas por animal o cosa, respectivamente.

2. Derechos y obligaciones del comodante.

- El comodante conserva la propiedad de la cosa²⁰⁸, o más precisamente la titularidad del derecho²⁰⁹, y en principio a nada se obliga por el simple hecho de la celebración del contrato, pues a diferencia del arrendador no está obligado a garantizar el uso o goce de la cosa. No obstante, hechos sobrevenidos a la celebración del contrato pueden derivar en algunas obligaciones²¹⁰. De allí que constituya un contrato unilateral “ab initio”, que para algunos podrían devenir en la discutida categoría sinalagmático imperfecto²¹¹.

Indica BERNAD MAINAR que el comodante cuenta con la acción reivindicatoria para recuperar su propiedad o restitución de la cosa²¹², aunque la jurisprudencia indica que lo procedente será ejercer la acción correspondiente derivada del contrato²¹³. Pero si se trata de un contrato de comodato de inmueble de vivienda

206 TSJ/SCC, Sent. núm. 614 del 15-7-04, www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Julio/RC-00614-150704-03200.html
Se presume que el propietario de una cosa tiene también la guarda de la misma, pues es quien tiene el poder de dirección y control de la cosa; sin embargo, se presenta la duda cuando este no la detenta materialmente, pues, precisamente la guarda se refiere al control y dirección sobre la cosa, y es ahí donde surgen dos circunstancias que tienen que ver con el hecho de que el propietario traslade la guarda a otra persona ya sea con su asentimiento o sin él. En el primer caso, se hace efectivo el traslado a través de un contrato de arrendamiento, comodato u otro similar, en los cuales habría que precisar si además del traslado de la posesión, hubo también la transmisión del control y dirección; en la segunda situación, el propietario pierde la detentación, control y dirección de la cosa, pero sin su asentimiento, verbigracia: el robo o hurto, entre otros. En virtud de lo antes expuesto, la Sala puede precisar que el traslado efectivo de la guarda se verifica cuando se transfiere no sólo la posesión material de la cosa, sino también cuando se le da a otra persona el poder de control y dirección de la misma” (Destacado nuestro); DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso de, cit., pp. 668-672.*

207 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso de, cit., pp. 672-676.*

208 Véase: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros: *Curso de, cit., p. 730*; GELMAN B., R.: *Contratos, cit., p. 167*, el comodante permanece dueño de la cosa.

209 MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, *cit., p. 844*, no se precisa propiedad, sino que el comodante tenga el uso y goce de la cosa.

210 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y, cit., p. 495*; GELMAN B., R.: *Contratos, cit., p. 175.*

211 Véase supra IV.

212 BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil, cit., p. 24.*

213 Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 000254 de 25-4-16, “...cuando el propietario le haya entregado a un tercero la detentación de una cosa suya en virtud de un contrato (comodato, arrendamiento, depósito, mandato, etc.), no tendrá que ejercitar la acción reivindicatoria (acción real), contra el detentador que se negare a devolverle esa cosa; sino solamente la acción nacida del contrato (acción personal). Así, no se verá obligado a probar su derecho de propiedad; sino tan solo el contrato en virtud del cual se comprometió el otro contratante a restituírle la cosa...” (cita a Mazeaud); TSJ/SCC, Sent. N° 00502 de 1-11-11, razonamiento inicial del Juez de Alzada es impecable. No puede prosperar la acción reivindicatoria, si el demandado se encuentra ocupando el inmueble mediante un contrato que de algún modo lo respalda. En efecto, señaló la recurrida lo siguiente: “...El propietario no puede reivindicar la cosa contra el arrendatario, el comodatario, el depositario, el acreedor prendario; pues para ello, la relación obligacional vigente entre el propietario y el poseedor de la cosa permite el primero ejercitar las acciones contractuales que correspondan según el caso (arrendamiento, depósito, comodato, etc.); Juzgado Décimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del área Metropolitana de Caracas, Sent. 21-5-09, Exp. AP31-V-2008-000181, <https://vlexvenezuela.com/vid/pedro-francisco-aranguren-alfredo-ramos-301382298>. El comodante no tenía otra vía que la de solicitar la restitución de la cosa dada en comodato, como efectivamente aconteció en la causa, y cuya

al margen del negocio que justifica la posesión o detentación se pretende en Venezuela imponer un procedimiento previo en sede administrativa a los fines del desalojo²¹⁴.

- Reembolso de gastos²¹⁵: Dispone el artículo 1733 CC: "Si durante el préstamo se ha visto el comodatario obligado a hacer para la conservación de la cosa algún gasto extraordinario, necesario, y tan urgente que no haya podido prevenir de él al comodante, éste debe pagarlo"²¹⁶. Indica BERNAD MAINAR que se está ante una situación excepcional en un contrato donde el beneficiario resulta el comodatario, al cual solo asistirá este derecho en el supuesto que indica la norma. Por lo que si hubiere mediado aviso oportuno, el comodante habrá debido prestar conformidad en el gasto efectuado, ya expresa o tácitamente pues de lo contrario, de haberse negado a autorizar el gasto, no mediaría el derecho de reembolso para el comodatario²¹⁷. El sentido de la norma transcrita es que ante gastos urgentes que no pudieron ser notificados, se tiene derecho a reembolso²¹⁸, no ante otro tipo de gastos²¹⁹. Si la medida de conservación es urgente y necesaria

entrega por parte del comodatario no se evidencia de autos haberse efectuado, por lo que al haberse demostrado el incumplimiento por parte del comodatario, así como la relación contractual por parte del demandante, resulta forzoso para quien decide, declarar Con Lugar la pretensión.

- 214 Véase: Tribunal Cuarto de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Acción Reinvidicatoria, Sentencia Interlocutoria del 08-04-2014, <http://jca.tsj.gov.ve/DECISIONES/2014/ABRIL/3047-8-Ap31-V-2014>: "En el caso de autos no se desprende de las actas procesales que la parte actora haya agotado el procedimiento administrativo a que se refiere la Ley especial, por tanto la presente acción resulta inadmisibile por ser contraria a una disposición de ley. Así se decide"; TSJ/SPA, Sent. N° 00357 del 05-04-2016, "En el caso bajo estudio, se infiere con claridad meridiana del petitem, que lo verdaderamente pretendido a través de la presente solicitud, es que el Tribunal dé inicio a un procedimiento contencioso de acción reinvidicatoria sin constar en autos que previo a ello se haya agotado la vía administrativa tal como está previsto en la Ley Contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Vivienda, cuya tramitación y conocimiento, por disposición expresa de la citada Ley corresponde exclusivamente a la Superintendencia Nacional de Arrendamientos de Vivienda (SUNAVI)..."; TSJ/Sala Plena, Sent. N° 82 de 27-10-16, se observa que se debe agotar el procedimiento administrativo de desalojo, que es la jurisdicción civil la competente para conocer de las actividades prescritas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, y que en dicha decisión se le otorgó a los Juzgados de Municipio Ordinario y Ejecutores de Medidas el conocimiento de tales controversias.
- 215 MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., p. 438, debe reembolsar el importe de los gastos extraordinarios, por oposición a los gastos de mantenimiento derivados del simple uso de la cosa.
- 216 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 495; GELMAN B., R.: *Contratos*, cit., p. 175; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 299.
- 217 BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 25;
- 218 MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 299.
- 219 Véase: Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño y del Adolescente, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 14-3-12, Exp. 2.444, http://historico.tsj.gov.ve/tsj_regiones/decisiones/2012/marzo/1323-14-2444-.html "La sentencia apelada resolvió que el pago de las mejoras levantadas sobre los predios propiedad de la comandante Plaza de Toros San Cristóbal C.A., cuya ejecución fue necesaria y urgente para que el comodatario pudiera usar, gozar y disfrutar del inmueble, éste último estaba en conocimiento de su ejecución y quedaron excluidas por voluntad de las partes contratantes. En la parte inicial del presente fallo esta juzgadora al resolver el vicio de falso supuesto denunciado por el apelante abordó el tema de las mejoras construidas por la codemandada reconviniente. En efecto, se señaló que al no haberse estipulado por las partes contratantes disposición alguna que regulara la situación jurídica de las mejoras construidas sobre el inmueble dado en comodato, operaba la presunción legal contenida en el artículo 549 del Código Civil según la cual "la propiedad del suelo lleva consigo la de la superficie y de todo cuanto se encuentre encima o debajo de ella, salvo lo dispuesto en leyes especiales". De conformidad a lo establecido en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho, situación

y el comodatario no tuvo oportunidad de notificarlo al comodante, la misma diligencia de un buen padre de familia puesta al servicio de conservación de la cosa, lo autoriza para realizar el gasto y obtener el posterior reembolso. Ese es el sentido de la norma transcrita²²⁰.

La doctrina española cuando comenta la norma equivalente²²¹ señala que en caso de urgente necesidad parece razonable entender que es el comodatario el que debe realizar los gastos necesarios, con derecho a obtener del comodante su reembolso, pero sin derecho de retención²²², el cual descarta expresamente el artículo 1747 del Código Civil español²²³, a diferencia del peruano que la permite expresamente²²⁴. Bastante favorecido ya el comodatario por el uso de la cosa, por lo que no admite el Código español por elemental justicia que pueda retenerla so pretexto de lo que el comodante pueda adeudar²²⁵. El CC venezolano no refiere la retención dentro de las normas relativas al comodato²²⁶, pero BERNAD MAINAR señala que el comodatario no cuenta con derecho de retención a los efectos del citado reembolso, porque el contrato existe en su exclusivo interés, a diferencia del depósito²²⁷. Vimos supra IV que quienes dan cabida a la cuestionada categoría del contrato bilateral imperfecto en que podría devenir el comodato (que es por esencia “unilateral”), asoman la opción de la retención como manifestación

ésta que no ocurrió en el caso de marras, ya que la codemandada reconviniente no aportó elemento probatorio alguno que creara certeza jurídica de que las mejoras construidas sobre el inmueble dado en comodato fueran de su propiedad, amén de que en el instrumento jurídico (contrato de comodato) ampliamente analizado en el presente fallo nada se dijo al respecto.

220 MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 299.

221 Véase artículo 1751 del CC español: BASOZABAL ARRUE, X.: “Del Comodato”, cit., p. 1894; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros: *Curso de*, cit., p. 730. El artículo 1751 del CC español dispone a propósito de las obligaciones accesorias del comodante: “abonar los gastos extraordinarios causados durante el contrato para la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento, salvo cuando fueren tan urgentes que no pueda esperarse el resultado del aviso sin peligro”; MEDINA DE LEMUS, M.: *Derecho*, cit., p. 318; MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, cit., pp. 853 y 854.

222 Véase MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., p. 439, el comodatario no tiene derecho de retención.

223 Véase BASOZABAL ARRUE, X.: “Del Comodato”, cit., pp. 1890 y 1891; VIVAS TESÓN, I.: “La esencial”, cit., p. 572, “La razón de privar al comodatario del derecho de retención está, en opinión de CASTÁN: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, cit., p. 445, en la circunstancia de ser el comodato un contrato celebrado en utilidad exclusiva del comodatario. En el mismo sentido el Código argentino, cubano y salvadoreño: FRUSTAGLI, S. A. y A. P. ARIAS: “La regulación”, cit., El último párrafo del art. 1538 niega al comodatario el derecho de retención, de modo que esta herramienta compulsiva no funciona para compeler al comodante a pagar los gastos extraordinarios de conservación.; PÉREZ GALLARDO, L. B.: *Código Civil*, cit., p. 279, art. 388; *El contrato de comodato en el Salvador*, 2015, <https://elsalvadorlegis.wordpress.com/2015/03/30/el-contrato-de-comodato-en-el-salvador/>.

224 Véase CASTILLO FREYRE, M.: *Supuesto de suspensión de devolución del bien, a título de retención, por falta de pago de gastos extraordinarios*, https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/supuesto_de_suspension_de_devolucion_del_bien_a_titulo_de_retencion_por_falta_de_pago_de_gastos_extraordinarios.pdf, artículo 1748 del Código Civil, “El comodatario tiene derecho a retener el bien, sólo cuando no le hayan sido pagados los gastos extraordinarios a que se refiere el artículo 1735, inciso 4.”

225 MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, cit., p. 850.

226 Situación semejante a Ecuador, cuyo CC no establece una prohibición de retención para el comodatario, pero no lo reconoce a su favor; OJEDA RODRÍGUEZ, N.: “El contrato de comodato o préstamo de uso Título XXVIII “Del contrato de comodato o préstamo de uso” Artículos 2077 a 2098”, *Los contratos en el Código Civil de Ecuador*, G. GALIANO MARITAN y T. DELGADO VERGARA (Coord.), Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Ubijus/Reus, México D.F./Madrid, 2018, p. 227.

227 BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 26.

de la excepción de incumplimiento²²⁸. Pero es discutible que los requisitos de la excepción de incumplimiento tengan lugar en el supuesto del comodato²²⁹. Amén que se distingue entre excepción de incumplimiento y derecho de retención²³⁰, siendo éste último de carácter excepcional²³¹, y por tal para algunos precisa de texto legal expreso²³². Lo que apunta a su improcedencia en el contrato bajo análisis.

Recordemos el artículo 1729 CC: “El comodatario que ha hecho algún gasto para usar de la cosa dada en préstamo, no puede pedir el reembolso”. Por lo que los gastos normales de la cosa y derivados de su uso, como es lógico, son a cargo del comodatario. Lo cual es razonable porque tienen lugar en su beneficio²³³.

228 Véase referencia a situación en: LAGRANGE citado por: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso de*, cit., p. 475 (véase supra IV); Juzgado Dieciocho de Municipio del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 2-8-10, Exp: AP31-V-2010-002986 <http://sucre.tsj.gov.ve/DECISIONES/2010/AGOSTO/2166-2-AP31-V-2010-002986-.HTML>.....La doctrina distingue diversas condiciones para la procedencia de la acción resolutoria... Cuando dichos contratos se transforman en sinalmáticos perfectos por surgir obligaciones para la otra parte (mandante que se obliga a indemnizar al mandatario de los gastos efectuados por este en el cumplimiento del mandato, comodante que debe indemnizar al comodatario de los daños causados por la cosa, etc.), tampoco se aplica la acción resolutoria, sino, en sus casos el derecho de retención...”. Se justifica esta corriente de opinión en el hecho de que, en principio, en el contrato de comodato, solo se generan obligaciones para el comodatario, las que están determinadas en los artículos 1.726, 1.727, 1.728, 1.729 y 1.731 del Código Civil. Se dice que, en principio, en razón de que, durante la vigencia del contrato, pueden surgir obligaciones a cargo del comodante, las cuales están previstas en los artículos 1.733 y 1.734 eiusdem. En este caso, que podemos considerar excepcional, parte de la doctrina admite la acción resolutoria para terminar el contrato de comodato. Sin embargo, como se indicó anteriormente, la corriente mayoritaria es contraria, con fundamento en el hecho de que los contratos sinalmáticos imperfectos no producen obligaciones recíprocas y simultáneas. Lo expuesto demuestra que no existe una situación claramente definida (del mismo tribunal y en el mismo sentido Sent. 28-4-09, Exp. AP31-V-2009-000943); PALACIOS HERRERA, O.: *Apuntes de*, cit., p. 264, la acción resolutoria no aplica a los contratos sinalmáticos imperfectos y unilaterales (comodato) en que a todo evento operaría la retención; TERNERA BARRIOS, F. y F. MANTILLA ESPINOSA: “Posesión y retención: ¿hechos, derechos o quimeras?”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 15, diciembre 2010, pp. 115-141, la *exceptio non adimpleti contractus* hace parte de la teoría general del contrato. En este orden de ideas, salvo norma expresa especial, le es aplicable a todas las convenciones. En otras palabras, la lista presentada por el legislador tendría un carácter meramente enunciativo. Se ofrecería, pues, la retención a toda suerte de detentadores físicos ... como arrendamiento, leasing, mandato, comodato...

229 Tales como la bilateralidad, gravedad y la simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso de*, cit., pp. 591-597; URDANETA FONTIVEROS, E.: *Régimen jurídico de la exceptio non adimpleti contractus*, Aciempol, Serie Estudios 103, Caracas, 2013 pp. 35-40.

230 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso de*, cit., p. 594, nota 975; SALAS A.: *Obligaciones, Contratos y otros Ensayos*, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 237, el derecho de retención es una garantía de pago mientras que la excepción es el equivalente de la deuda lo que se asegura; LEIVA FERNÁNDEZ, L.: *Derecho de retención*, Astrea, Buenos Aires, 1991, p.110, se sostiene que el derecho de retención comparte el fundamento con la excepción de incumplimiento contractual, pero se omite referirlo a un principio más alto y general.

231 Véase: MOISSET DE ESPANÉS, L.: *Derecho de retención (legislación argentina y códigos modernos)*, <http://www.acadarc.org.ar/doctrina/articulos/artderechoderetencion.pdf>. El derecho de retención, junto con la “*exceptio non adimpleti contractus*”, y la compensación, son formas de defensa privada que el derecho civil reconoce desde antiguo, pero mientras las dos últimas figuras que hemos mencionado han sido plasmadas en fórmulas genéricas, que aparecen en todas las codificaciones, la facultad de retener no tuvo la misma suerte en el Código civil francés, ni en la generalidad de las codificaciones del siglo XIX que en él se inspiraron, que sólo contienen normas aisladas que conceden esta facultad de manera excepcional al referirse a distintas instituciones;

232 JIMÉNEZ BOLAÑOS, J.: “¿Es el derecho de retención un derecho real? Análisis de nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 110, mayo-agosto 2006, p. 99. En Costa Rica el ejercicio o existencia del derecho de retención nace de la ley, es decir no depende de la voluntad de las partes, por lo que están previstos expresamente los casos en que se otorga o no su uso, por ejemplo, en el arrendamiento.

233 MARIN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 294.

- Responsabilidad por vicio de la cosa. Prevé el artículo 1734 CC: “El comodante que, conociendo los vicios de la cosa dada en préstamo, no previno de ellos al comodatario, responderá a éste de los daños que por aquella causa hubiese sufrido”²³⁴. En sentido semejante se aprecia el artículo 1752 del CC español²³⁵ y el argentino²³⁶. En tal caso, el comodante responderá de los daños. Con base a la buena fe, la norma se centra en el conocimiento del comodante. El carácter gratuito del comodato permite sostener que quien usa una cosa de otro gratis asume los riesgos ignorados por el comodante. Si el comodatario sabía del vicio, asume los riesgos derivados de la cosas²³⁷. La obligación del comodante suele limitarse a permitir el uso de la cosa, sin alcanzar a la garantía de uso. Su responsabilidad se restringe a los actos dolosos o culposos²³⁸.

VII. RIESGOS.

La voz “riesgo” evoca en materia contractual el acaecimiento de un caso fortuito y fuerza mayor. Tema que no solo tiene importancia teórica dados los embates de la naturaleza o de otro orden²³⁹ y que generalmente aplica respecto de los contratos bilaterales, cuando por caso fortuito el cumplimiento es imposible²⁴⁰. Pero igualmente la ley regula que acontece con el riesgo en los contratos unilaterales²⁴¹. La causa extraña no imputable que es el género como causa de extinción de la obligación está consagrada en el artículo 1344²⁴² del CC

234 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y, cit.*, p. 495; GELMAN B., R.: *Contratos, cit.*, p. 175; BORJAS, L.: “El comodato”, cit., p. 71, esta obligación surge al momento de la entrega de la cosa y presupone que el comodante esté realmente en conocimiento del vicio que tiene la cosa; MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de, cit.*, p. 439, la carga de la prueba le incumbe al comodatario.

235 Véase: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros: *Curso de, cit.*, p. 730, “el comodante que, conociendo los vicios de la cosa prestada, no los hubiere hecho saber al comodatario, responderá a éste de los daños que por aquella causa hubiese sufrido”; MEDINA DE LEMUS, M.: *Derecho, cit.*, p. 319; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *El contrato, cit.*, p. 191; MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato”, cit., p. 853, es natural que así sea porque se ha faltado a la buena fe, alma de este contrato; BASOZABAL ARRUE, X.: “Del Comodato”, cit., pp. 1894 y 1895.

236 FRUSTAGLI, S. A. y A. P. ARIAS: “La regulación”, cit., art. 1540, inc. c), regula un supuesto de responsabilidad que se funda en un actuar contrario a la buena fe negocial, en tanto se infringe el deber de informar,

237 BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil, cit.*, p. 25.

238 LUIZ RODRIGUEZ, O.J.: “Estudio Dogmático”, cit., p. 219.

239 LÓPEZ SANTA MARÍA, J.: *Los Contratos, cit.*, pp. 558 y 559.

240 *Ibid.*, p. 561.

241 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C: *Curso de, cit.*, pp. 606-610. Véase también: NEME VILLAREAL, M.L.: “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida”, *Revista de Derecho Privado* N° 15, 2008, pp. 59-108.

242 “Cuando una cosa determinada, que constituía el objeto de la obligación, perece, o queda fuera del comercio, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extingue, si la cosa ha perecido o se ha puesto fuera del comercio o perdido, sin culpa del deudor y antes de que haya incurrido en mora. Aun cuando el deudor haya incurrido en mora, si no ha tomado a su cargo el peligro de los casos fortuitos, se extingue la obligación, si la cosa hubiera perecido igualmente en poder del acreedor, caso de que se le hubiese entregado. El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega. De cualquier manera, que haya perecido o se haya perdido una cosa indebidamente sustraída, su pérdida no dispensa a aquél que la ha sustraído de restituir su valor”. Se trata de una norma dispositiva, toda vez que los riesgos pueden ser regulados por la autonomía de la voluntad. Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C: “Algunas normas”, cit., p. 38.

a través de la especie de la pérdida de la cosa debida²⁴³. Ello supone la regulación normal del riesgo en el contrato unilateral salvo previsión de las partes o de la ley.

Los riesgos en el contrato de comodato se rigen por el Derecho común (res perit domino). Esto es, están a cargo del comodante toda vez que se trata de un contrato unilateral no traslativo de la propiedad u otro derecho real²⁴⁴. En la legislación española igualmente los riesgos de la cosa dada en comodato, en principio, los soporta el comodante (CC, esp. Art. 1744²⁴⁵), pues sigue siendo dueño de la cosa²⁴⁶, diferencia de la argentina en que los soporta el comodatario²⁴⁷.

Sin embargo, dada la particular naturaleza del comodato, la ley hace responder al comodatario de la pérdida de la cosa en algunos supuestos en que su conducta no es cónsona con el deber de custodia. Dispone al efecto el artículo 1727 CC venezolano: “El comodatario responde del caso fortuito: 1º.- Cuando ha usado de la cosa indebidamente²⁴⁸, o ha demorado²⁴⁹ su restitución²⁵⁰, a menos que aparezca o se pruebe que el deterioro o pérdida por el caso fortuito habrían sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora²⁵¹ 2º.- Cuando la cosa prestada perece por caso fortuito y el comodatario hubiere podido evitar la pérdida usando una

243 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso*, cit., pp. 165-185; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “La causa extraña no imputable”, *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015, T. IV, pp. 2785-2812.

244 Véase: MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., p. 437, los riesgos son para el prestador que sigue siendo propietario.

245 BASOZABAL ARRUE, X.: “Del Comodato”, cit., pp. 1888 y 1889, el precepto no permite distinguir si el incumplimiento es o no doloso, o si el daño está causalmente ligado al hecho de haberse usado la cosa de una manera que no era la pactada. Probado el distinto uso, la responsabilidad se agrava de forma objetiva. El riesgo se imputa por «hecho propio» del deudor, sin necesidad de añadir ulterior imputación subjetiva (dolo/culpa). Por su parte, el retraso en la devolución de la cosa constituye un supuesto de mora automática que no necesita intimación. En este caso es el régimen de la mora el que explica la agravación de la responsabilidad. La doctrina coincide en que, tanto en un caso como en el otro, la medida agravatoria debe mitigarse «con el art.1896, pár. 2.º, por lo que cuando el comodatario pruebe que la pérdida o deterioro hubiese afectado a la cosa, aunque estuviese en poder del comodante, quedará libre de responsabilidad».

246 LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de*, cit., p. 164; VIVAS TESÓN, I.: “La esencial”, cit., p. 567.

247 Véase: FRUSTAGLI, S. A. y A. P. ARIAS: “La regulación”, cit., El inc. d) del art. 1536 regula la distribución del riesgo de pérdida o deterioro de la cosa, poniendo esos riesgos a cargo del comodatario, incluso cuando la pérdida o deterioro se debiere al caso fortuito o fuerza mayor.

248 El comodatario responde de la pérdida o deterioro de la cosa, por un uso contrario al contrato al contrato; BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 28; LUIZ RODRIGUEZ, O.J.: “Estudo Dogmático”, cit., p. 220.

249 La expresión “demorado” supone la mora o tardanza culposa en el cumplimiento de la obligación de devolución. La demora configura una de las variantes del incumplimiento contractual cuyo resarcimiento podrá ser requerido por el comodante. Por supuesto cabe recordar que no todo retraso del comodatario será mora. Si el retraso se debe a una causa extraña no imputable, el mismo no será culpable. Pero vale recordar que la figura de la mora del acreedor (comodante) también pudiera acontecer si este en violación del deber de buena fe y colaboración, no facilita el cumplimiento del comodatario mediante la entrega de la cosa. El tiempo siempre será un factor ponderable en las relaciones jurídicas.

250 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 494, es una aplicación del Derecho común en la materia por lo que no regula propiamente los riesgos, ya que se refiere a dos casos en la medida que medie culpa; BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 28; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., pp. 291 y 292.

251 Tal situación no difiere de la regulación general prevista en el citado artículo 1344 CC venezolano.

cosa propia en vez de aquella²⁵². 3°.- Cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya²⁵³. 4°.- Cuando expresamente se ha hecho responsable de casos fortuitos²⁵⁴. 5° - Cuando la cosa se hubiese estimado al tiempo del préstamo, aunque la pérdida acaezca por caso fortuito, ésta será de cuenta del comodatario, si no hubiese pacto en contrario²⁵⁵". En el CC español se aprecia normativa equivalente²⁵⁶.

Vale indicar que tales supuestos de los ordinales 2, 3 y 5 el artículo 1727 del CC, se citan como casos legales de culpa agravada, pues presentan un patrón distinto al buen padre de familia²⁵⁷. La responsabilidad del comodatario no es la ordinaria de un "bonus pater familia" sino que es mucho más grave²⁵⁸.

252 BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 28, evidentemente en la medida que la pérdida de la cosa habría sido evitable de haber utilizado una propia en lugar de la ajena, se trasladan los riesgos al comodatario, pues el uso de la cosa no ha sido necesario sino caprichoso; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., pp. 292 y 293.

253 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y, cit.*, p. 494, algunos consideran que este caso y en el previo, la ley aplica el Derecho Común porque estiman que el comodatario está obligado a evitar el perecimiento de la cosa recibida en préstamo, incluso a costa del sacrificio de la suya propia; BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 28, por haber recibido la cosa ajena en condiciones ventajosas, mayor celo debió tenerse en salvarla antes que al suya propia; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 293.

254 También aquí se sigue al citado artículo 1344 CC que configura una norma dispositiva que expresamente da cabida a la autonomía de la voluntad; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y, cit.*, pp. 494 y 495, en realidad la norma no es una peculiaridad del comodato, ya que en todos los contratos es válido el pacto de asunción de riesgos; BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 28, la autonomía de la voluntad permite incrementar la responsabilidad contractual siendo un claro ejemplo de ello; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 293.

255 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y, cit.*, p. 495, la ley presume que salvo pacto en contrario, la estimación del valor de la cosa al tiempo del préstamo implica la asunción de riesgos por parte del comodatario; BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., pp. 28 y 29, la ley parte de la presunción que cuando la cosa dada en comodato fue valorada o estimada al tiempo del préstamo es porque el comodante está contemplando la posibilidad que se puede perder o deteriorar y con ese gesto estaría imputando la responsabilidad a todo evento al comodatario, salvo que medie pacto en contrario. En efecto, la estimación o tasación es una asunción de garantía que, sin embargo, no faculta al comodatario para aludir la devolución de cosa a cambio de valor; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 293.

256 Véase: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros: *Curso de, cit.*, pp. 729 y 730. En cuanto a los riesgos en el comodato, la pérdida fortuita de la cosa es de cuenta del comodante, salvo 1. Que el comodatario la hubiera destinado a un uso distinto a aquel para que se le prestó; 2. Que la haya conservado en su poder más tiempo del concedido) (CC esp., art. 1744) 3. Que la cosa se haya entregado con tasación, salvo que le haya eximido mediante pacto de dicha responsabilidad (CC esp., art. 1745). En todos estos casos el comodatario responde frente al comodante por la pérdida de la cosa, aunque sea por caso fortuito; MEDINA DE LEMUS, M.: *Derecho*, cit., p. 319; ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, cit., p. 807; BASOZABAL ARRUE, X.: "Del Comodato", cit., pp. 1888-1890, cita artículos 1744 y 1745.

257 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso*, cit., p. 235, seguimos ideas de LAGRANGE.

258 BORJAS, L.: "El préstamo", cit., p. 152, la cual está limitada únicamente por la causa extraña no imputable.

VIII. EXTINCIÓN²⁵⁹.

En cuanto a las circunstancias que propician la extinción del comodato, se agrupan las siguientes: - Cumplimiento del plazo (CC, art. 1731); - Muerte del comodatario si se ha pactado “intuitu personae”²⁶⁰; - Pérdida de la cosa no imputable al comodatario (CC, art. 1727)²⁶¹; - El uso indebido de la cosa - La satisfacción de la necesidad - Resolución a instancia del comodante, (CC, art. 1731, último párrafo)²⁶².

Se agregan aquellos modos de extinción predicables de todo contrato²⁶³, incluyendo la voluntad de ambas partes cuando no se fijó límite de duración²⁶⁴, toda vez que las relaciones contractuales son por definición vínculos finitos²⁶⁵. Con mayor razón el comodato: es justo que culmine un préstamo que el comodante dio sin beneficio alguno. Las obligaciones no son perpetuas; su tiempo está limitado en el tiempo²⁶⁶, a diferencia de los derechos reales que suelen tener vocación de perpetuidad²⁶⁷. Se indica que las acciones derivadas del comodato incluidas la de restitución prescriben en el término de diez años (CC, art. 1977)²⁶⁸.

- 259 MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 300; BORJAS, L.: “El comodato”, cit., pp. 72-74, amén de las de todo contrato, causas normales (expiración del término o uso de la cosa conforme a lo convenido) y causas excepcionales (la pérdida de la cosa, declaración del comodante de poner fin al comodato cuando no se fijado término, etc.); BORJAS, L.: “El préstamo”, cit., pp. 176-178; MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., pp. 439 y 440, el comodato se extingue por los modos del derecho común; DELGADO SÁEZ, J.: *Estudio sobre*, cit., pp. 34-43; CUEVILLAS MATOZZI, I y otros: *Instituciones de*, cit., p. 255; MEDINA DE LEMUS, M.: *Derecho*, cit., pp. 319 y 320, alude a pérdida de la cosa, petición de restitución del comodante, muerte si se pactó en consideración de la persona del comodatario; SÁNCHEZ CID, I.: *Lecciones de*, cit., p. 354, cuando termina el uso para el que se prestó, urgente necesidad, perecimiento de la cosa y fallecimiento si tiene carácter personalísimo; LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de*, cit., p. 168; DíEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN: *Sistema de*, cit., p. 404.
- 260 Véase supra IV; CUEVILLAS MATOZZI, I y otros: *Instituciones de*, cit., p. 255; DELGADO SÁEZ, J.: *Estudio sobre*, cit., pp. 38 y 39, artículo 1742 del CC español, debe asimilarse la declaración judicial de fallecimiento (en Venezuela “declaración de ausencia”); MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., p. 439.
- 261 Véase supra VII; BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil*, cit., pp. 26-29.
- 262 Véase supra VI; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 300, La manifestación de voluntad del comodante cuando precisa satisfacer una necesidad propia, urgente e imprevisible. La manifestación de voluntad del comodante por no haberse determinado plazo ni ser posible su determinación teniendo en cuenta la finalidad propuesta por las partes.
- 263 Véase: MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos*, cit., p. 300; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. y A. PEDREIRA ANDRADE: *Introducción al*, cit., pp. 637 y 638, la extinción se produce aparte de las causas generales de extinción de los contratos, por el transcurso del plazo pactado y si no se pactó, cuando concluye el uso para el que se prestó la cosa y, en todo caso, si el comodante tiene urgente necesidad de ella, puede reclamar su restitución. En el supuesto de que no se pactó el plazo ni el uso de la cosa, el comodante puede reclamarla a su voluntad; CONTE-GRAND, J.: “La extinción de la relación contractual”, *Contratos Civiles y Comerciales, Parte General*, G. DE REINA TARTIERE (Director), Heliasta, Argentina, 2010, pp. 363-388.
- 264 MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de*, cit., p. 439, porque los contratos de duración indeterminada pueden acabar por voluntad unilateral.
- 265 CONTE-GRAND, J.: “La extinción”, cit., p. 367.
- 266 Véase nuestro trabajo: “Temporalidad y extinción de la relación obligatoria”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 8 Edición Homenaje a Jurista Españoles en Venezuela, 2017, pp. 315-353.
- 267 Véase nuestro trabajo: “Entre los derechos reales y los derechos de crédito”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 9, 2017, pp. 51-81.
- 268 BORJAS, L.: “El comodato”, cit., p. 75, pero una vez prescrita la acción de restitución el comodante podría ejercer la acción reivindicatoria, siempre que la cosa no haya sido usucapida por el detentador; BORJAS, L.: “El préstamo”, cit., p. 179.

BIBLIOGRAFÍA

ABELENDA, C. A.: *Derecho Civil. Parte General*, T. I, ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L, Buenos Aires, 1980.

ABELIUK MANASEVICH, R.: *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed., Colombia, 2001, TII.

AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Contratos y Garantías (Derecho Civil IV)*, Universidad Católica Andrés Bello, 7ª ed., Caracas, 1989.

ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Edisofer S.L, 14ª ed., Madrid, 2011.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.: *De los contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, s/f.

ÁLVAREZ, T. A.: *Las Institutas de Justiniano. II. Obligaciones*, Universidad Católica Andrés Bello/Universidad Monteávila, Caracas, 2012.

BASOZABAL ARRUE, X.: "Del Comodato", *Comentarios al Código Civil*, dir. A. DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010.

BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil en el Derecho Venezolano*, T. II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012.

BERNAD MAINAR, R.: *La interpretación jurídica en el Derecho Romano y en el Derecho Actual*, Vadell, Caracas/Venezuela/Valencia, 2004.

BORJAS, L.: "El comodato", *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, núm. 132, Caracas, enero-diciembre 1967.

BORJAS, L.: "El préstamo de uso como referencia al comodato bancario", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 15, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1972-73.

CASTILLO FREYRE, M.: *Supuesto de suspensión de devolución del bien, a título de retención, por falta de pago de gastos extraordinarios*, https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/supuesto_de_suspension_de_devolucion_del_bien_a_titulo_de_retencion_por_falta_de_pago_de_gastos_extraordinarios.pdf

Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, Caracas, 1982.

CONTE-GRAND, J.: "La extinción de la relación contractual", *Contratos Civiles y Comerciales, Parte General*, G. DE REINA TARTIERE (Director), Heliasta, Argentina, 2010.

CUEVILLAS MATIZZI, I y otros: *Instituciones de Derecho Civil patrimonial*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2009.

DE FREITAS DE GOUVEIA, E.: "La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2013, www.rvlj.com.ve.

DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *El contrato de comodato*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

DELGADO SÁEZ, J.: *Estudio sobre la figura del comodato y del precario (aplicación de la cesión gratuita de vivienda familiar)*, Universidad de Salamanca/Universidad Pública de Navarra, Máster de Derecho Privado Patrimonial, Trabajo de fin de Máster, junio 2015, Tutora: E. TORRELLES TORREA.

DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 9ª ed., 3ª reimpresión, Madrid, 2003.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Diccionario de Derecho Civil*, Panapo, Caracas, 2009.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Nuevos Autores, núm. 1, 3ª ed., Caracas, 2010.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "la dación en pago o prestación en lugar de cumplimiento", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, Caracas, 2014.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "La causa extraña no imputable" *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Algunas normas dispositivas del Código Civil venezolano en materia de obligaciones", *Jurisprudencia Argentina*, núm. 13, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016-II.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Temporalidad y extinción de la relación obligatoria", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 8 Edición Homenaje a Jurista Españoles en Venezuela, 2017.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Entre los derechos reales y los derechos de crédito", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 9, 2017, www.rvlj.com.ve

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2017, www.rvlj.com.ve.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*, Editorial Jurídica Venezolana/Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2018.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Buena fe y relación obligatoria", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 11, 2018, www.rvlj.com.ve.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil Venezolano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10, IDIBE, feb. 2019.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*, Colección Estudios N° 2, Centro Latinoamericano de Estudios e Instituciones Jurídicas (CENLAE), Caracas, 2019.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "La permuta: un arcaico contrato de incidencia cotidiana", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, IDIBE, junio 2019.

EHEVESTI, C. A.: "Ubicación del contrato en la teoría general del Derecho: contrato y acto jurídico. El Contrato como fuente de obligaciones", *Contratos Teoría General*, R. S. STIGLITZ (Director), T.II, Depalma, Buenos Aires, 1993.

ELIA, M.: "Clasificación de los contratos", *Contratos Civiles y Comerciales, Parte General*, G. DE REINA TARTIERE (Director), Heliasta, Argentina, 2010.

FOSSI, J.: "El contrato de arrendamiento y su naturaleza civil y mercantil", *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, núm. 105, Caracas, enero-julio 1958.

FRUSTAGLI, S. A. y A. P. ARIAS: "La regulación del contrato de comodato en el Código Civil y Comercial", *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular*, 2015 (abril), 21/04/2015, 416, http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Frustagli_Laregulacion_delcontratodecomodato.pdf

GASTALDI, J. M. y E. CENTANARIO: *Contratos aleatorios y reales*, Editorial de Belgrano, Argentina, 1997.

GELMAN B., R.: *Contratos y Garantías*, Fundación para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología en la región zuliana, 3ª ed., Maracaibo, 1993.

GONZÁLEZ CARVAJAL, J. I: "Notas dispersas sobre la buena fe en el Derecho venezolano, casos «paradigmáticos» y nuevas dimensiones", *Derecho y sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, 12, UMA, Caracas, Noviembre 2016.

GUERRERO QUINTERO, G.: "Algunos aspectos controvertidos del cumplimiento en la relación arrendaticia", *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Colección Libros Homenaje N° 14, F. PARRA ARANGUREN editor, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, vol. I.

JIMÉNEZ BOLAÑOS, J.: "¿Es el derecho de retención un derecho real? Análisis de nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia", *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 110, mayo-agosto 2006.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*, Dykinson, 5ª ed., Madrid, 2006, Revisión por: J. DELGADO ECHEVERRÍA y M. A. PARRA LUCÁN.

LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*, Tecnos, 15ª ed., Madrid, 2009.

LEIVA FERNÁNDEZ, L.: *Derecho de retención*, Astrea, Buenos Aires, 1991.

LEÓN JIMÉNEZ, J.: "La temporalidad del contrato de arrendamiento y de la relación arrendaticia", *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, Colección Libros Homenaje N° 5, F. PARRA ARANGUREN editor, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, vol. I.

LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de Obligaciones, Contratos en particular*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1995, vol. III.

LÓPEZ SANTA MARÍA, J.: *Los Contratos. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, T. II, 2ª ed., Chile, 1998.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. y otros: *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2001.

LUIZ RODRIGUEZ, O. J.: "Estudo Dogmático do Contrato de Comodato no Código Civil Alemão", *Revista jurídica da FA7: periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro* (Ejemplar dedicado a: Temas de Direito Privado: uma homenagem ao Professor Agerson Tabosa), vol. 7, núm. 1, ene-dic, 2010.

MADRID MARTÍNEZ, C.: “La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo”, *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini*, Serie Eventos 29, Coord. C, MADRID M., Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012 (también en www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/LA%20LIBERTAD%20CONTRACTUAL.pdf).

MADURO LUYANDO, E.: *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*, Universidad Católica Andrés Bello, 7ª ed., Caracas, 1989.

MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos. Contrato de obra °La sociedad °El mandato °Enfitéusis °La transacción °El comodato °El mutuo °El depósito °La renta vitalicia*, Universidad de los Andes, Mérida, 1998, vol. III.

MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato en nuestros días”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1953.

MAZEAUD, H. y otros: *Lecciones de Derecho Civil, Los principales contratos (continuación)*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974, trad. L. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Parte Tercera, vol. IV.

MEDINA DE LEMUS, M.: *Derecho Civil II (reestructurado conforme al plan de Bologna)*, Dilex, Madrid, 2010.

MÉLICH ORSINI, J.: *Doctrina general del contrato*, Serie Estudios 61, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Centro de Investigaciones Jurídicas, 5ª ed., 1ª reimp., Caracas, 2012.

MOISSET DE ESPANÉS, L.; *Derecho de retención (legislación argentina y códigos modernos)*, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artderechoderetencion.pdf>.

NEME VILLAREAL, M. L.: “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 15, 2008.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. y A. PEDREIRA ANDRADE: *Introducción al Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 4ª ed., España, 1996.

OCHOA GÓMEZ, O. E.: *Teoría General de las Obligaciones. Derecho Civil III*, T. II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009.

OJEDA RODRÍGUEZ, N.: “El contrato de comodato o préstamo de uso Título XXVIII “Del contrato de comodato o préstamo de uso” Artículos 2077 a 2098”, *Los contratos en el Código Civil de Ecuador*, G, GALIANO MARITAN y T. DELGADO

VERGARA (Coord.), Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Ubijus/Reus, México D.F./Madrid, 2018, <https://books.google.co.ve/books>.

PALACIOS HERRERA, O.: *Apuntes de Obligaciones*, Versión taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela, Ediciones Nuevo Mundo, Caracas, mayo 2000, Taquígrafo R. MALDONADO G.

PÉREZ FERNÁNDEZ, C. y M.C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: "El Derecho de Bienes en Venezuela", *Jurisprudencia Argentina*, núm. 8, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017-1.

PÉREZ GALLARDO, L. B.: *Código Civil de la República de Cuba. Ley N° 59/1987 de 16 de Julio (Anotado y Concordado)*, Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

ROCHFELD, J.: *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, Paris, 2016.

RODRÍGUEZ FERRARA, M.: *Obligaciones*, Librosca, 3ª ed., Caracas, 2007.

SALAS A.: *Obligaciones, Contratos y otros Ensayos*, Depalma, Buenos Aires, 1982.

SÁNCHEZ CID, I.: *Lecciones de Derecho Civil (Parte General, Obligaciones y Contratos)*, Ratio Legis, Salamanca, 2012.

SANTOS BRIZ: J.: *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992.

TERNERA BARRIOS, F. y F. MANTILLA ESPINOSA: "Posesión y retención: ¿hechos, derechos o quimeras?", *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 15, diciembre 2010, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722010000200004.

TRANCHINI, M. H.: "Clasificaciones de los contratos", *Contratos Teoría General*, R. S. STIGLITZ (dir.), T. II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.

URDANETA FONTIVEROS, E.: *Régimen jurídico de la exceptio non adimpleti contractus*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 103, Caracas, 2013.

VIVAS TESÓN, I.: "La esencial gratuidad del contrato de comodato y la responsabilidad del comodatario en la jurisprudencia", *Revista de Derecho Privado*, núm. 8, 2002

WEGMANN STOCKEBRAND, A: "Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo", *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, núm. 40, Valparaíso, agosto 2018, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552018000100097.

PRINCIPALES ASPECTOS DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS
DAÑOS DERIVADOS DE LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN EN
ESPAÑA: RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y VALORACIÓN DEL
DAÑO PERSONAL DERIVADO DE LA MISMA

*MAIN FEATURES OF THE NEW RULES ON DAMAGES DERIVED
FROM ROAD TRAFFIC ACCIDENTS IN SPAIN: CIVIL LIABILITY RULES AND
ASSESSMENT OF PERSONAL DAMAGES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 98-117



Fernando
PEÑA LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de septiembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: El artículo describe las características principales y las líneas maestras de la última reforma de gran calado del régimen de responsabilidad civil por accidentes de circulación en España. Con ocasión de esta reforma se modificó el régimen de responsabilidad civil sustantiva aplicable a estos accidentes, pero sobre todo se introdujo un nuevo sistema de valoración de los daños personales producidos por los mismos.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil, accidente de tráfico, daño personal, valoración del daño.

ABSTRACT: *This paper describes the main features and the general outlines of the last important reform of the Spanish legislation on liability derived from road traffic accidents. This reform modified the tort law rules applicable to car accidents, but its most remarkable consequence is the introduction of a new legal method for assessing personal damages produced by this kind of accidents.*

KEY WORDS: *Tort law, road traffic accident, personal damage, damage assessment.*

SUMARIO.- I. LA REGULACIÓN DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN.- II. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 35/2015, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE REFORMA DEL SISTEMA PARA LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN.- III. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN.- IV. NOVEDADES EN EL PROCEDIMIENTO PARA EXIGIR RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN AL ASEGURADOR: LA RECLAMACIÓN PREVIA.- V. PRINCIPALES NOVEDADES DEL SISTEMA DE VALORACIÓN DE DAÑOS PERSONALES APROBADO POR LA LEY 35/2015.

I. LA REGULACIÓN DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN.

Los accidentes de circulación producen cada año en todo el mundo más de 1,25 millones de víctimas mortales. En España, pese a la considerable reducción de la mortalidad que se ha operado a lo largo de la última década, en la que se ha pasado de cifras de más de cinco mil fallecidos a mediados de los 2000 a mil trescientos veintiuno en 2017 (según las últimas cifras oficiales publicadas por la DGT)¹, el accidente de tráfico sigue siendo la principal causa de muerte de los jóvenes de entre 19 y 25 años. Por otra parte, para comprender la trascendencia económica del fenómeno basta con saber que en España en 2017 cada día se produjeron de media 1581 accidentes de tráfico con daños personales, que generaron pagos a cargo de las entidades aseguradoras por valor de 1.100.000 € -también por día- (de acuerdo con la Memoria Social del Seguro 2017²). Teniendo en cuenta estas cifras, no es de extrañar que la propia noción de accidente se asocie inmediatamente en el imaginario colectivo con el accidente de tráfico. De hecho, cualquiera que escriba la palabra «accidente» en un buscador de internet se encontrará con que las primeras decenas de resultados de su búsqueda son páginas de noticias relacionadas con accidentes de circulación.

Siendo el accidente de tráfico un problema social de tal magnitud cuantitativa y cualitativa, las normas jurídicas y las tesis jurisprudenciales que tratan de dar respuesta a dicho problema adquieren igualmente una importancia decisiva. El accidente por

1 Tablas estadísticas publicadas por la Dirección General de Tráfico (<http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/estadisticas-e-indicadores/accidentes-30dias/tablas-estadisticas/2017/>).

2 Puede consultarse en: <http://www.unespa.es/que-hacemos/publicaciones/memoria-social/>

• Fernando Peña López

Profesor Titular de Derecho civil en la Universidade da Coruña, donde desempeña, además, el cargo de Director de la Cátedra Fundación INADE-UDC de Gestión del Riesgos y Seguros. Como investigador, ha dedicado su carrera principalmente al Derecho de la responsabilidad civil y el seguro, y al Derecho de consumo. Su última monografía en Derecho de daños es «La responsabilidad por daños a la competencia» (Tirant lo Blanch, 2018). En el campo del Derecho de consumo, es actualmente IP del proyecto: «Mercado financiero sostenible y consumidores: mecanismos jurídico-privados de control en el escenario postcrisis» financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Plan Nacional de I+D+i). Correo electrónico: fernando.pena@udc.es.

antonomasia tiene por naturaleza que ocupar un lugar preeminente en el derecho que se ocupa, en general, de los accidentes: el derecho de daños. La trascendencia que el problema de los daños derivados de un accidente de circulación iba a tener para nuestro sistema de derecho de daños ya se dejó ver en el hecho de que la primera sentencia con la que nuestro Tribunal Supremo comienza a construir su archiconocida «doctrina del riesgo», con la que objetiva progresivamente la responsabilidad por culpa del art. 1.902 CC, versaba precisamente sobre un accidente de circulación. Se trata de la STS de 10 de julio de 1943 [RJ 1943/856] en la que por vez primera se invierte la carga de la prueba de la culpa para facilitarle la tarea a la víctima demandante³. Podría decirse, por lo tanto, que incluso antes de la aprobación de una ley especial *ad hoc*, la responsabilidad objetiva entraba en nuestro derecho de daños de la mano de los accidentes de circulación.

Pero, sin duda, el hito fundamental en el proceso de introducción de la responsabilidad objetiva derivada de la realización de actividades peligrosas en el ordenamiento español es la aprobación de la Ley 122/1962 de 24 de diciembre, sobre *Uso y Circulación de Vehículos de Motor*. Esta ley, cuya herencia todavía se deja sentir de forma notable en el texto vigente, introdujo por primera vez un régimen de responsabilidad objetiva para el ámbito de los accidentes de circulación (si bien, en este momento y hasta 1995, sólo dentro de los límites del seguro obligatorio de automóviles), combinado con un seguro obligatorio y la creación de un Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de Circulación (hoy Consorcio de Compensación de Seguros). En la Ley de 1962 aparecen también, por primera vez en un texto legal, dos normas que se han convertido en pieza fundamental de nuestro derecho de daños, la acción directa de la víctima contra el asegurador y la solidaridad en los casos de pluralidad de responsables. Con toda razón, REGLERO resaltaba hace unos años el “enorme efecto expansivo sobre el tratamiento de la responsabilidad civil en su conjunto”⁴ que tuvo el texto legal de 1962. Un efecto expansivo que todavía se mantiene hoy en día, como lo prueba la aplicación generalizada del baremo de valoración de daños corporales que se reforma en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre⁵.

Los defectos y problemas más trascendentes que provocó la Ley de 1962 fueron corregidos, manteniendo todas las decisiones político-jurídicas de primer orden a las que se ha hecho referencia, en el Decreto 632/1968, de 21 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley 122/1962 de 24 de diciembre. Las normas

3 Sobre la evolución de la jurisprudencia sobre responsabilidad civil a lo largo del siglo XX puede verse mi libro PEÑA LÓPEZ, F.: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, ed. Comares, Granada, 2002, pp. 526 y ss.

4 REGLERO CAMPOS, F.: *Accidentes de circulación. Responsabilidad civil y seguro*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 228.

5 Sobre este particular, puede verse v.gr. SEIJAS QUINTANA, J. A.: “Posición actual del Tribunal Supremo en los pleitos por daños” en AA.VV.: *Daño, responsabilidad y seguro* (dir. por M. Herrador Guardia), ed. F. Lefebvre, Madrid, 2016, p. 26.

del Título I de este Texto Refundido todavía constituyen hoy la espina dorsal del régimen de responsabilidad civil por accidentes de circulación, y las que componían el Título II, sobre el juicio ejecutivo del automóvil, estuvieron vigentes hasta 2004. El éxito y el arraigo del régimen jurídico contenido en el Texto Refundido lo prueba el hecho de que la primera modificación trascendente que sufren sus normas se produce como consecuencia de la entrada de España en la entonces Comunidad Económica Europea⁶.

La trascendencia del fenómeno de los accidentes de circulación en todo el continente había provocado que la Europa comunitaria ya hubiese aprobado, antes de la entrada de España y Portugal el 1 de enero de 1986, dos Directivas sobre el seguro de responsabilidad civil en la circulación de vehículos de motor (las Directivas 72/66/CEE y la 84/5/CEE (Primera y Segunda Directivas de Automóviles), relativas al aseguramiento de la responsabilidad civil derivada de la circulación y al control de la obligación de asegurar esa responsabilidad. La presencia de estas Directivas obligó al legislador a modificar el Título I del Texto Refundido de 1968 para ampliar la cobertura del seguro obligatorio a los daños materiales causados a terceros, aumentar el ámbito territorial del seguro obligatorio de automóviles (SOA) al territorio de todos los Estados de la Europa comunitaria y para modificar las funciones del Consorcio de Compensación de Seguros, adaptándolas a la normativa europea. La modificación se operó por medio de la aprobación del Real Decreto Legislativo 1301/1986, de 28 de junio; complementado por el Real Decreto 2641/1986, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el *Reglamento del Seguro Obligatorio de Automóviles*.

La siguiente gran reforma del sistema de responsabilidad civil y seguro referente a los accidentes de tráfico se produjo en 1995, con la aprobación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de *Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*. Para lo que ahora nos interesa, este texto legal, en su DA 8ª, cambia el nombre de la Ley de 1962 por el de Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM), que se ha mantenido hasta la actualidad, e introduce en su articulado, por una parte, las reformas necesarias para adaptar el derecho español al contenido de la Directiva 90/232/CEE (Tercera Directiva de Automóviles) -en relación con la cobertura del SOA y a la comunicación de la identidad de la entidad aseguradora a la víctima- y, por otra parte, un Anexo con el título: «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación». En este Anexo se configura un sistema legal de valoración de daños personales, que es vinculante para el ámbito definido en la ley y que permite, mediante la utilización de una serie de tablas, calcular las indemnizaciones procedentes en todos los casos de accidentes de tráfico en los que se produzcan este tipo de perjuicios. El que pronto

6 Cfr. BADILLO ARIAS, J.A.: *La responsabilidad civil automovilística. El hecho de la circulación*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 83-85.

se llamará «baremo de tráfico» se convierte enseguida en protagonista de intensas y a veces agrias disputas que conducen a que el Tribunal Constitucional tenga incluso que intervenir para decidir sobre su conformidad con nuestro texto fundamental⁷. Sea como fuere, lo cierto es que el baremo, veinte años más tarde, constituye una pieza fundamental de nuestro sistema de derecho de daños, al ser aplicado “con carácter orientativo” por nuestros órganos jurisdiccionales para valorar cualquier daño personal que se cause en cualquier sector de actividad. Un sistema que, pese a su éxito, adolecía de importantes deficiencias a las que se ha pretendido hacer frente con la nueva versión de 2015 de cuyas características principales pretendo dar cuenta en este trabajo.

La última gran reforma en materia de responsabilidad civil derivada de accidentes de tráfico, antes de la que se contiene en el presente libro, fue la ordenada mediante el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004 –con el que se pone orden a varias reformas puntuales anteriores-. Nuevamente el origen de las reformas puntuales, armonizadas por el RDL se encuentra, en parte, en la necesidad de transponer a nuestro ordenamiento jurídico la llamada «Cuarta Directiva de automóviles», sobre víctimas procedentes de un país distinto al del accidente. Asimismo, se introdujeron nuevas reglas acerca del incumplimiento de la obligación de aseguramiento, de la indemnización en caso de accidentes con vehículo no asegurado procedente de otro Estado miembro de la UE y se reformó el Baremo para adaptarlo a la doctrina del TC.

II. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 35/2015, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE REFORMA DEL SISTEMA PARA LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

El 23 de septiembre de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Después de varios años de trabajo y debates veía así la luz el conocido como «nuevo baremo», que venía a sustituir al original baremo de daños personales de 1995, junto con algunas otras modificaciones de la LRCSCVM de 1995 de cierta transcendencia tanto sustantiva como procedimental.

El origen remoto de esta reforma se encuentra en la creación de un grupo de trabajo amplio en 2010, por iniciativa de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP), donde estaban representados todos los sectores implicados

7 Cfr. sobre esta sentencia y los límites constitucionales de los baremos indemnizatorios en España, PEÑA LÓPEZ, F.: “Límites constitucionales y sistemáticos de los baremos para la valoración de los daños a los bienes de la personalidad en los regímenes de responsabilidad civil (a partir de la doctrina del TC y del TS sobre el baremo de la LRCSCVM)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011, pp. 55-96.

en el problema social de los accidentes de tráfico. Como consecuencia de las propuestas presentadas por estos grupos de interés (Administración, asociaciones de consumidores, entidades aseguradoras, UNESPA, SEAIDA, Consorcio de Compensación de Seguros, Fiscalía de Seguridad Vial, asociaciones de víctimas de accidentes de tráfico y asociación de abogados especialistas en responsabilidad civil y seguro) se decidió crear un grupo de expertos más reducido para que, sobre la base de su conocimiento y del material aportado, realizaran un informe sobre la modificación del baremo.

La «Comisión de Expertos» fue creada por OM de 12 de julio de 2011 y, tras no concluir su tarea en el período previsto inicialmente, sus funciones fueron prorrogadas, mediante otra OM de 30 de agosto de 2012, con una nueva composición y bajo el nombre, otra vez, de «Grupo de Trabajo». Esta segunda orden incluía, además, la indicación de que el informe debía valorar el impacto económico de las propuestas.

Durante los años en los que se desarrolló el trabajo del grupo, intervinieron además en la elaboración de la propuesta otros interesados, como los miembros del denominado «Grupo Plenario», que agrupaba a representantes de cerca de treinta sectores implicados; la patronal del mundo del seguro UNESPA y las asociaciones de víctimas. Igualmente tuvieron un protagonismo importante en el desarrollo de la tarea el grupo de trabajo actuarial que elaboró las bases actuariales del nuevo baremo y el grupo de médicos que creó la nueva ordenación de las secuelas. Finalmente, también merece ser mencionada la labor del Grupo de Trabajo del “Libro Verde” con el que se pretendían explicar singular y pormenorizadamente los motivos de las futuras modificaciones.

Tras concluir sus tareas el 22 de mayo de 2015, el Grupo de Trabajo entrega su informe a la DGSFP, que a su vez lo remite al Gobierno para su tramitación como Proyecto de Ley. Tras una tramitación parlamentaria en la que se introducen algunas modificaciones en los arts. 1, 7 y 13 de la LRCSCVM, la ley se publica en el BOE el 23 de septiembre de 2015⁸.

La reforma del baremo, en líneas generales, vino motivada por la mala opinión generalizada que se había formado en relación con el sistema de valoración de 1995. Con independencia de que el baremo original supusiera en su día una mejora sustancial con respecto a la situación anterior; en la que los daños se valoraban sin el menor criterio y de forma distinta en cada juzgado, es evidente que el sistema de 1995 adolecía de graves defectos. El primero de ellos era de carácter técnico. Se trataba de un sistema relativamente sencillo y fácil de aplicar; pero que mezclaba y confundía conceptos indemnizatorios que nada tenían que ver y olvidaba partidas

8 Sobre el proceso de elaboración y el trabajo de la comisión de expertos, vid. BADILLO ARIAS, J. A.: *La responsabilidad civil automovilística*, cit., pp. 221-225.

fundamentales del daño o las calculaba de acuerdo con criterios que, si daban un resultado próximo a la realidad, era por pura casualidad. Pero el segundo y más importante defecto era que el baremo no indemnizaba bien los perjuicios padecidos por las víctimas, ni los daños extrapatrimoniales (dejaba sin indemnizar, v.gr. a víctimas que indudablemente habían padecido perjuicios), ni mucho menos aún los patrimoniales (siendo, en este caso, el absurdo cálculo del lucro cesante futuro y la práctica ausencia del daño emergente futuro, quizá sus más grandes defectos). La distancia, a veces terrible, entre el daño padecido y la indemnización que correspondía según baremo se extendió, además, por obra de la aplicación «orientativa» del mismo a cualquier otro ámbito, a la práctica totalidad de los accidentes de los que se derivaban daños personales⁹.

El nuevo baremo tenía como objetivo terminar con estos defectos, creando un sistema de valoración técnicamente depurado, que garantice un “justo resarcimiento de los perjuicios sufridos por las víctimas y sus familias como consecuencia de un siniestro de tráfico” (Preámbulo de la Ley 35/2015). En este sentido, hay que reconocer que el nuevo baremo es técnicamente mucho mejor que el anterior. Tras acoger el denominado «principio de vertebración del daño», de conformidad con el cual la valoración debe hacerse separando debidamente los distintos componentes (patrimoniales y extrapatrimoniales) del daño sufrido¹⁰, el baremo ofrece reglas para valorar separadamente cada tipo y subtipo de daño de conformidad con su naturaleza, sin mezclas ni confusiones absurdas. Además, añade nuevos componentes del daño resarcible que no se contemplaban en el sistema anterior o que sólo se tenían en cuenta de modo parcial (como los daños emergentes futuros). Igualmente, es imposible no compartir la afirmación de que indemniza más y mejor que el de 1995. No sólo ha subido el importe general de las indemnizaciones que se calculan por medio del mismo, sino que en el sistema se incluyen las tablas con los cálculos actuariales que justifican las valoraciones económicas que permiten determinar las indemnizaciones.

De cualquier manera, no debe perderse de vista que el baremo es y siempre ha sido, más allá de declaraciones “publicitarias” del preámbulo y articulado de la

9 Probablemente el crítico más representativo del baremo de 1995 dentro de la doctrina española fuese MEDINA CRESPO. Autor especializado en valoración del daño corporal y miembro de la comisión que redactó el baremo de 2015, publicó durante la vigencia del baremo de 1995 numerosas obras criticando ácidamente al sistema legal. Pueden verse *in toto*, entre otras, MEDINA CRESPO, M.: *Daños corporales y carta magna*, ed. Dykinson, Madrid, 2003; “Propuesta de modificación global del sistema legal: pars destruyendo pars construyendo”, en AA.VV.: *Libro de ponencias del V Congreso de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2004 accesible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/portal/congresos-de-la-asociacion>; o “Mecanismos para la correcta ponderación del lucro cesante dentro del sistema valorativo”, *Revista Española de Seguros*, 2006, núm. 128.

10 El principio de vertebración del daño es también formulado por MEDINA CRESPO en sus obras criticando el baremo de 1995, y consigue arraigar en la doctrina española en el periodo anterior a la promulgación del baremo de 2015, vid. v.gr. MARTÍN CASALS, M.: “La modernización del Derecho de la responsabilidad civil extracontractual”, en AA.VV.: *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil (XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil)*, ed. Edit.UM, Murcia, 2011, p. 97.

ley (art. 33.1), un mecanismo que establece topes indemnizatorios en el marco de un régimen de responsabilidad objetiva¹¹. Estas limitaciones se fundan en la idea de que un régimen de responsabilidad sin culpa, sobre todo cuando se combina con un seguro obligatorio, es un mecanismo de administración social del daño, en el que los perjuicios son resarcidos por una colectividad que genera un riesgo (los conductores), con fundamento en el propio hecho de realizar la actividad peligrosa. Tiene sentido, en este contexto, que se decida no encarecer en exceso la actividad afectada por el régimen de responsabilidad -peligrosa pero socialmente útil- por medio de límites resarcitorios de distinto tipo establecidos en la ley (así lo entendió también el TC en el FJ 15° de su famosa STC 181/2000, de 29 de junio [RTC 2000/181]). Claro está, este argumento no es susceptible de ser esgrimido en aquéllos otros sectores de actividad regidos por regímenes de responsabilidad por culpa, a los que nuestros tribunales también han aplicado “orientativamente” el baremo a lo largo de los últimos años.

La entrada en vigor de la nueva versión de la LRCSCVM se produjo, de conformidad con la DF 5ª de la Ley 35/2015, el 1 de enero de 2016. Habiendo transcurrido poco más de dos años y medio desde entonces, todavía resulta difícil hacer una valoración nítida de las consecuencias que está teniendo en nuestro derecho. De cualquier modo, de su lectura mínimamente detenida, de los numerosos cursos, seminarios y foros que se han venido celebrando a lo largo de este tiempo, y de las primeras decisiones judiciales sobre el mismo se deduce sin lugar dudas, que se trata de una norma que tendrá un largo recorrido jurisprudencial antes de que podamos asegurar, con una cierta seguridad, cuál es el significado que se va a conceder a muchas de sus expresiones y conceptos, o cómo se van a resolver muchos casos con arreglo a sus normas¹². A lo largo de los párrafos siguientes, me referiré a todos los puntos en los que cambió en enero de 2016 la LRCSCVM y al hilo de esta relación iré apuntando alguno de los problemas a los que puede dar lugar la aplicación de las nuevas normas a lo largo de los próximos años. Mi intención es simplemente la de facilitar a quien quiera acercarse al baremo de 2015 la tarea de localizar las principales novedades con respecto a la regulación anterior; y la de provocar una reflexión inicial acerca de su posible trascendencia.

11 Sobre la naturaleza del nuevo baremo puede verse, MEDINA CRESPO, M.: “Reflexiones sobre un baremo que no es el que tenía que haber sido: bene-ficios, male-ficios y reformas necesarias para la restauración de la reparación completa”, en AA.VV.: *Libro de ponencias del XVIII Congreso de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2018, accesible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/portal/congresos-de-la-asociacion>, pp. 219 y ss.

12 Otro aspecto a tener en cuenta en relación con la interpretación del baremo es el papel de la denominada Comisión de Seguimiento del Baremo (creada por la DA 1ª de la Ley 35/2015), constituida por representantes de todos los grupos de interés (aseguradores, Estado y abogados de víctimas). Esta comisión ha comenzado a publicar por partes una Guía de Buenas Prácticas, en las que se ofrecen lo que la Comisión de expertos entiende que son criterios de conducta ajustados a los criterios y al espíritu que guiaron en su momento al legislador que aprobó la reforma del sistema de valoración. Pueden consultarse en el sitio web de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (www.dgsfp.mineco.es/es).

III. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN.

En el ámbito del derecho sustantivo, la Ley 35/2015 modifica varios párrafos del art. 1º con el objeto de proteger a víctimas especialmente vulnerables de los accidentes de tráfico. De todos modos, como veremos a continuación, los cambios introducidos más trascendentes suponen una nueva regulación general de la causa de exoneración de responsabilidad «culpa de la víctima».

a) En la nueva versión de la LRCSCVM desaparece la referencia a la mera “conducta de la víctima” como circunstancia que puede incidir, al margen de la negligencia, en la exoneración de responsabilidad. A partir del 1 de enero de 2016 resulta evidente que la exoneración o reducción de responsabilidad por este motivo exige la prueba de la culpa o negligencia de la víctima, sin que pueda servir una simple interferencia causal objetiva de su conducta en el accidente.

b) Se prohíbe la reducción o exoneración de responsabilidad por culpa de la víctima, cuando el daño consista en secuelas y/o lesiones temporales, siempre que las víctimas no sean conductoras de vehículos a motor y tengan la condición de menores de catorce años o sufran un menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que les prive de capacidad de culpa civil (1.2.II LRCSCVM). En estos casos, tampoco se permite la acción de repetición contra quienes deban responder por estos sujetos especialmente vulnerables. El único supuesto en el que se permite reducir o excluir la reparación del daño con este tipo de víctimas es “cuando [ellas o sus guardadores] hayan contribuido dolosamente a la causación del daño”. Aparte de los problemas probatorios que plantean estas reglas en cuanto a la acreditación de la capacidad de culpa civil (que no depende de ninguna declaración judicial o administrativa y se suele situar en una edad mental de alrededor de ocho años), el gran interrogante que plantea el precepto se refiere a lo que sucede con el conductor o viajeros, que van en el automóvil que interviene en el siniestro, y que sufren daños como consecuencia de la conducta objetivamente negligente de la víctima. ¿Pueden estos exigir indemnización al menor o incapaz, o a sus guardadores, sobre la base del art. 1.903 CC, por razón del accidente? Parece que no debería haber obstáculo para ello, habida cuenta que el precepto se refiere sólo a la causa de exoneración «culpa de la víctima».

c) Se limita la reducción de responsabilidad por «conurrencia de culpa de la víctima» al 75% del daño causado, sin perjuicio de que se pueda apreciar la culpa exclusiva de la misma y exonerar por completo de responsabilidad al demandado (1.2.I LRCSCVM). Así pues, en todos aquellos casos en los que exista una culpa mínimamente relevante del conductor, la ley ha querido garantizar a las víctimas “capaces de culpa civil” cuya negligencia sea la principal causa del siniestro, al menos un 25% de la indemnización que corresponda según baremo.

IV. NOVEDADES EN EL PROCEDIMIENTO PARA EXIGIR RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN AL ASEGURADOR: LA RECLAMACIÓN PREVIA

Un segundo bloque de novedades introducidas por la Ley 35/2015 está relacionado con cuestiones de carácter procedimental (cuya regulación se encuentra en el art. 7 LRCSCVM). En concreto, la reforma introduce un nuevo procedimiento extrajudicial obligatorio para reclamar de la entidad aseguradora el pago de la indemnización. El objetivo de la ley no es otro que fomentar una forma rápida, sencilla y económica de conseguir que las víctimas y perjudicados sean indemnizados por las entidades aseguradoras, al tiempo que se hace frente a la situación provocada por la reforma del CP operada por la Ley Orgánica 1/2015, que suprimió las faltas de nuestro derecho penal¹³.

a) El nuevo procedimiento extrajudicial que se instaura consiste en la remisión de una reclamación previa al asegurador que posibilita la emisión, por parte de éste, de la oferta motivada que le exige la ley. Las nuevas normas regulan tanto el contenido que debe tener la reclamación previa (art. 7.1.III), que debe incluir cuanta información médica o pericial tenga la víctima en su mano que permita la valoración del daño; como el plazo -3 meses- que tiene el asegurador para dar una "respuesta motivada" en caso de que rechace el siniestro (art. 7.4 LRCSCVM), o bien para hacer una "oferta motivada de indemnización" (art. 7.3 LRCSCVM) en caso de que lo acepte. A falta de una o de la otra comenzarán a computarse intereses de demora en contra del asegurador.

La ley configura la reclamación previa como un requisito de procedibilidad que es necesario cumplimentar para interponer una demanda judicial¹⁴. En este sentido, el último párrafo del art. 7 de la LRCSCVM ordena no admitir a trámite las demandas en las que no se acompañen los documentos justificativos de que se ha realizado la reclamación previa, junto con la respuesta u oferta motivada que se hubiese emitido, en su caso, por el asegurador.

Uno de los ejes fundamentales a través de los que se vertebra la fase extrajudicial derivada de la presentación de la reclamación previa es el llamado "informe médico definitivo" al que se refiere el art. 37 de la LRCSCVM y que el art. 7.3 exige que entregue junto con la oferta motivada. Este informe médico definitivo está diseñado legalmente como un informe *ad hoc*, realizado por los servicios médicos designados

13 Sobre esta cuestión vid. el apartado siguiente de este trabajo.

14 Vid. sobre este requisito, MARÍN LÓPEZ, J. J.: "Dos años de aplicación del nuevo baremo sobre daños personales: cuestiones de interés y de conflicto", en AA.VV.: *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales* (dir. por M. HERRADOR GUARDIA), ed. Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 539 y ss.; y GARCÍA HERNÁNDEZ, M^a. M.: "La respuesta de la Guía de Buenas Prácticas a la controversia suscitada en la fase pre-procesal", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2018, núm. 68, pp. 39 y ss.

por cuenta del eventual responsable, que debe permitir valorar las secuelas, las lesiones temporales y todas sus consecuencias personales. Expresamente se dispone en el art. 37.3 *in fine* que “carece de validez la oferta motivada que no adjunte dicho informe, salvo que este se haya entregado con anterioridad”.

Pero lo más trascendente de la reforma es, a mi modo de ver, el procedimiento que se establece en el art. 7.5 LRCSCVM para resolver el conflicto que plantea el desacuerdo de la víctima con la valoración contenida en la oferta motivada del asegurador. En este caso, la ley permite a las partes, de común acuerdo y a costa del asegurador, solicitar informes periciales complementarios al Instituto de Medicina Legal (IML) correspondiente. El mismo derecho de solicitar un informe complementario tiene el lesionado por sí sólo, aún sin el acuerdo del asegurador. Este informe solicitado sólo por el lesionado, de conformidad con la interpretación reglamentaria, también será de cargo del asegurador (art. 15 RD 1148/2015). El procedimiento y el contenido de estos informes complementarios se encuentra en el Real Decreto 1148/2015, de 18 de diciembre, por el que se regula la realización de pericias a solicitud de particulares por los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en las reclamaciones extrajudiciales por hechos relativos a la circulación de vehículos a motor. El informe pericial complementario del IML obliga al asegurador a hacer una nueva oferta motivada en el plazo de un mes desde la entrega del mismo¹⁵.

En la actualidad, todavía colea en nuestros órganos jurisdiccionales el debate acerca de si este procedimiento de reclamación previa es o no aplicable, a partir de 1 de enero de 2016, a accidentes producidos con anterioridad a dicha fecha. Las posiciones oscilan entre quienes (como la Junta de Jueces de Bilbao por acuerdo de 22 de febrero de 2016) han entendido que la naturaleza procedimental de las normas que nos ocupan avala la aplicación de las mismas desde su entrada en vigor; al margen de cuando se haya producido el accidente; y quienes entienden que aplicar las normas del art. 7.º a accidentes ocurridos en 2015 constituye una aplicación retroactiva de la ley (como el Auto de 20 de mayo de 2016 de la AP de Girona) y, por ende, improcedente. En todo caso, ante la falta del correspondiente desarrollo normativo, así como de los medios necesarios en los IML para emitir los informes complementarios, aun cuando se decide aplicar la norma y exigir la reclamación previa, normalmente es suficiente, para que se admita la demanda, con haber dirigido a la aseguradora cualquier tipo de reclamación extrajudicial exigiendo el pago de una indemnización por el accidente¹⁶.

15 Sobre los informes periciales en este procedimiento extrajudicial, vid. APARICIO REDONDO, M^a C.: “Dudas que plantea la aportación de informes periciales en los procedimientos de tráfico. Relación con la fase extrajudicial”, en AA.VV.: *Libro de ponencias del XVIII Congreso de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2018, accesible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/portal/congresos-de-la-asociacion>, pp. 283 y ss.

16 Vid. sobre el particular, MARÍN LÓPEZ, J. J.: “Dos años de aplicación del nuevo baremo”, cit., pp. 558.

b) Al tiempo que instauró el nuevo procedimiento de reclamación previa, el legislador de 2015 redujo drásticamente, por medio de la reforma del art. 13 de la LRCSCVM, el número de supuestos en los que procede dictar el conocido «auto de cuantía máxima», cuando se sigan actuaciones penales como consecuencia de un accidente de circulación. A partir de la supresión de las faltas del Código Penal, la intención del legislador de 2015 era obviamente la de eliminar del orden penal la existencia de procesos sin la más mínima relevancia criminal, dirigidos única y exclusivamente a conseguir una resolución judicial (el auto de cuantía máxima) que resultaba extraordinariamente útil para las víctimas.

Así las cosas, inmediatamente tras la reforma, en los casos en los que el accidente hubiese producido sólo secuelas o lesiones temporales, únicamente procedía dictar el auto de cuantía máxima cuando recaía sentencia absolutoria (nunca si la finalización del proceso se producía antes de la sentencia). Las dudas que planteó esta nueva regulación se refieren, por un lado, al valor de las actuaciones que se puedan realizar en sede penal antes del archivo (en las que pueden estar implicados informes forenses y valoraciones judiciales de la conducta de las partes), y por otro lado a si procede o no dictar un auto de cuantía máxima en aquellos accidentes en los que concurren víctimas con secuelas y fallecidos (dado que, en los supuestos de accidentes con resultado de muerte, continúa vigente el régimen anterior)¹⁷.

En cualquier caso, la reacción social frente a esta reforma de la Ley de 2015 ha provocado que recientemente se haya aprobado la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, que amplía de nuevo el número de conductas relacionadas con el tráfico rodado que se consideran delito (la reforma entrará en vigor el 3 de marzo de 2019). Mediante esta norma una parte muy importante de los supuestos que en 2015 habían quedado fuera del área de influencia del derecho penal han vuelto otra vez a situarse dentro del ámbito del derecho criminal.

V. PRINCIPALES NOVEDADES DEL SISTEMA DE VALORACIÓN DE DAÑOS PERSONALES APROBADO POR LA LEY 35/2015.

La primera novedad que se aprecia en el baremo de 2015 es que está conformado por un conjunto de artículos integrados en el cuerpo principal de la LRCSCVM. Ya no se trata, como en 1995, de un simple anexo que funciona como una especie de apéndice al margen del cuerpo principal de la ley, sino de un Título completo (el IV) de la LRCSCVM, dividido en Capítulos y Secciones, que ocupa cerca de 4/5 partes del texto completo. A esas normas articuladas, las completan las tablas contenidas en el Anexo en las que se concretan en cuantías indemnizatorias concretas las distintas situaciones definidas en las normas. Debe precisarse, como advierte con razón MEDINA CRESPO, que el sistema de valoración legal es un

17 Cfr. MARÍN LÓPEZ, J.J.: “Dos años de aplicación del nuevo baremo”, cit., pp. 552.

sistema en el que las tablas están subordinadas a las normas del título IV de la Ley y no al revés; de tal forma que si una tabla se apartase de lo ordenado por las reglas de dicho título, esa tabla debería ser inaplicable y sustituida por un criterio ajustado a las normas¹⁸.

En un trabajo de las dimensiones del presente, no es posible efectuar una descripción analítica de las innumerables preguntas, problemas y posibilidades que plantea el nuevo baremo. En los párrafos que siguen me limitaré, por consiguiente, a ofrecer una breve guía de novedades que espero ayude a orientarse al lector que, por ver primera, trata de sumergirse en la nueva regulación.

a) Daños objeto de indemnización (art. 34): el baremo, como hacía el anterior, continúa dividiendo los daños personales en tres tipos distintos: daños por muerte, las secuelas y las lesiones temporales. Cada una de estos daños se descompone a su vez en tres partidas distintas: perjuicios personales básicos, perjuicios personales particulares y perjuicios patrimoniales.

A mayores de estas especies o aspectos del daño personal que acabo de relacionar, una de las novedades del nuevo baremo, en materia de determinación del daño objeto de indemnización, es la creación de la nueva categoría del «daño excepcional» (art. 33.5, 77 y 112). Se trata de un daño de naturaleza moral, que debe ser “relevante y ocasionado por circunstancias singulares”, y no haber sido contemplado conforme a las reglas y límites del sistema. Con esta categoría se pretende dar cabida, en aras a un mejor cumplimiento del principio de reparación integral a daños no previstos en el baremo ni contemplados por las categorías generales incluidas en el mismo, pero que sean lo suficientemente relevantes para merecer un resarcimiento específico. Este daño excepcional desempeña el papel de puerta de entrada al baremo de daños no previstos en el mismo, como norma de cierre que impide que, a consecuencia de una aplicación rígida del sistema tabular, queden sin reparación perjuicios relevantes padecidos por la víctima.

b) Sujetos perjudicados (arts. 36 y 62): en relación con esta cuestión, debe distinguirse entre los accidentes con resultado de muerte y los demás.

En el caso de que la víctima siga viva, en principio la única perjudicada es ella misma. Sin embargo, una de las novedades del nuevo baremo es el art. 36.3 que, excepcionalmente permite a los familiares de grandes lesionados obtener una indemnización por los gastos de tratamiento psicológico que necesiten para superar las alteraciones psíquicas que les produzca el accidente (art. 36.3)¹⁹.

18 Cfr. MEDINA CRESPO, M.: “Reflexiones sobre un baremo”, cit., p 184.

19 Vid. sobre esta cuestión, MARTÍN BLANES, A.: “Daño psicológico en los accidentes de tráfico”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2018, núm. 68, pp. 68-69.

En caso de accidente mortal, los perjudicados son el cónyuge viudo –o la pareja de hecho–, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y los allegados. Las principales novedades del baremo de 2015 en este sentido son dos: en primer lugar, la relación de perjudicados ya no se efectúa por grupos que se excluyen mutuamente, sino que todos los perjudicados obtienen una indemnización con independencia de con quien concurren (que varía, eso sí, en su cuantía). Además, el baremo de 2015 se ocupa de actualizar los criterios indemnizatorios del baremo a las nuevas realidades familiares de la España de la segunda década del siglo XXI²⁰. En tercer lugar, el nuevo baremo introduce nuevas figuras de perjudicados, entre las que destacan los denominados «allegados» (art. 67). Estos allegados se definen como personas que hayan convivido con la víctima, al menos, durante los últimos cinco años y fueran especialmente cercanos a ella en parentesco o afectividad. Es fácil prever que esta nueva figura del allegado planteará en el futuro inmediato un buen número de problemas en relación con el significado que debe atribuirse a esa especial cercanía afectiva que exige el precepto. Por otra parte, se incluyen entre los perjudicados a las personas que, de hecho y de forma continuada, ejercen respecto de la víctima las funciones que por incumplimiento o inexistencia no ejerce la persona perteneciente a una categoría concreta de perjudicados (art. 62.3).

c) El sistema concibe la indemnización como una deuda de valor; que debe ser determinada con el baremo vigente en el momento del accidente, pero con la actualización correspondiente al año en el que se haga el pago. Sin embargo, para evitar enriquecimientos sin causa, el baremo establece que no procederá esta actualización en caso de que se devenguen intereses de demora (art. 40). Se permite, además, al juez sustituir, a instancia de parte o, incluso de oficio (si se trata de menores o incapacitados y entiende que es lo más favorable para sus intereses) la indemnización total o parcial por una renta vitalicia (art. 41 y 42).

- Principales novedades en materia de daños morales:

d) Dentro de la regulación de los distintos componentes del daño moral que efectúa el nuevo baremo, destaca como novedad –al menos en su denominación– la del perjuicio personal particular por «pérdida de calidad de vida» (arts. 107-110 y 137-140). Se trata de una partida que debe considerarse a efectos indemnizatorios tanto en las secuelas como en las lesiones temporales. En el baremo de 1995, este perjuicio estaba incluido en estas secuelas como un factor de corrección del perjuicio básico, denominado: lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima. Se trata de un perjuicio de carácter moral que se produce porque la persona accidentada ya no es capaz de efectuar todas, parte o algunas de las actividades que podía desarrollar antes del accidente.

20 Cfr. DE PAÚL VELASCO, J. M.: "Indemnización por muerte en accidente de circulación y nuevos tipos de familia: familias monoparentales y familias reconstituidas ante el baremo de tráfico", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 66, 2018, pp. 10 y ss.

A diferencia de lo que sucedía en el anterior baremo, ahora se hace constar expresamente que se trata de cualquier actividad del sujeto, tenga o no carácter profesional o laboral.

Para definir este componente del daño personal extrapatrimonial, la ley utiliza una serie de conceptos jurídicos indeterminados (la autonomía personal, el desarrollo personal) que, pese a ser definidos en la ley (arts. 50 y 53), a buen seguro provocarán dudas y problemas de determinación tanto en los médicos que elaboren los informes correspondientes, como en los jueces que tengan que interpretar y decidir sobre los distintos casos²¹.

e) Otro perjuicio que se contempla por primera vez en el baremo de 2015 es el llamado «perjuicio personal particular por operaciones quirúrgicas». Este componente del daño es también de carácter moral y consiste en la especial aflicción del lesionado que se deriva del hecho de tener que ser sometido a operaciones quirúrgicas. La cuantía indemnizatoria depende de las características de la operación, de la complejidad de la técnica quirúrgica empleada y del tipo de anestesia que se utilice (art. 140).

- Principales novedades en el ámbito de los daños patrimoniales

f) Pero, sin duda, la gran novedad del baremo del 2015 es el tratamiento del lucro cesante patrimonial derivado del accidente (arts. 80 y ss., 126 y ss.). Este componente del daño económico estaba muy deficientemente tratado en el baremo de 1995 (en donde era simplemente un factor de corrección de un perjuicio patrimonial básico de carácter esencialmente moral). En el nuevo baremo, el lucro cesante futuro derivado del accidente se indemniza a todas las personas, al margen de si tenían ingresos o no en el momento del siniestro (se incluyen reglas para determinar el perjuicio de las personas que se dedicaban a las tareas del hogar, de los parados de larga duración y de los que todavía no han accedido al mercado de trabajo). Para el cálculo del lucro cesante se ha empleado el –ya conocido en el derecho comparado– sistema del multiplicando (esencialmente la valoración de los ingresos atribuibles la víctima) y el multiplicador (coeficiente que se obtiene para cada perjudicado y que resulta de combinar diversos factores, como el riesgo de fallecimiento del perjudicado, la duración del perjuicio, la tasa de interés de descuento o la deducción de las pensiones públicas). El sistema se encuentra apoyado en cálculos actuariales accesibles al público.

21 Vid. una crónica de las primeras resoluciones jurisprudenciales sobre la pérdida de calidad de vida en APARICIO REDONDO, M. C.: "A vueltas con la pérdida de calidad de vida. Primeras resoluciones judiciales al respecto", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 65, 2018, pp. 9 y ss. En torno a la concreción de los conceptos que se incluyen en las definiciones del baremo sobre la pérdida de calidad de vida, vid. MARTÍN BLANES, A.: "Daño psicológico en los accidentes de tráfico", cit., pp. 69 y ss.

Los criterios y las tablas en las que se regula el lucro cesante futuro constituyen una importante aportación del baremo (una más) al derecho de daños en su conjunto. La información contenida en el nuevo sistema de 2015 seguramente producirá un cambio trascendente en el tradicional criterio jurisprudencial, extraordinariamente restrictivo, en cuanto a la indemnización del lucro cesante (los consabidos “sueños de ganancia” de nuestra jurisprudencia).

g) El baremo también contempla y regula por primera vez de modo riguroso el daño emergente futuro derivado de secuelas especialmente graves (subsección 3ª de la sección 2ª del capítulo II de la LRCSCVM). En este apartado, el baremo diferencia entre dos bloques de daños distintos: a) los gastos de asistencia futura, prótesis y ortesis, y rehabilitación domiciliaria y ambulatoria, y b) los daños por pérdida de autonomía personal. Se trata, en ambos casos, de gastos que en el futuro se producirán para lesionados graves o muy graves a partir de que se han consolidado sus secuelas.

Los gastos de asistencia futura no se abonan al lesionado, sino a los servicios públicos de salud y se refieren a las prestaciones sanitarias que vaya a necesitar el lesionado a lo largo de su vida como consecuencia de sus secuelas. Las prótesis, ortesis y gastos de rehabilitación domiciliaria y ambulatoria, sin embargo, se abonan al lesionado. En cuanto a los gastos por pérdida de autonomía personal, éstos se definen como todos aquellos gastos futuros que una persona que padece una pérdida grave o muy grave de calidad de vida (art. 138) tendrá que efectuar para poder realizar las actividades esenciales de la vida ordinaria: ayuda de terceras personas, obras de adecuación de la vivienda o del vehículo, etc. Estos gastos y el modo en que debe procederse a su indemnización se definen con bastante precisión en los arts. 117 a 125.

Las que se acaban de exponer de modo muy sucinto son, a modo de titulares, las novedades más importantes que trae consigo el nuevo baremo. No deben verse más que como una mínima presentación de lo que se le viene encima al operador jurídico. El nuevo sistema de valoración, sin duda, resarce más y mejor que el anterior; pero también supone para el intérprete un reto mucho mayor. Cualquier lector avezado se habrá percatado, con la simple lectura de los párrafos anteriores, de la cantidad de nuevos conceptos y figuras que el baremo trae consigo, muchas de ellas cargadas de una dosis relevante de indefinición –inevitable en gran parte de los casos-. Teniendo en cuenta lo sucedido con la interpretación del baremo de 1995, la tarea que tienen los operadores jurídicos que tendrán que aplicar el nuevo sistema de valoración es compleja y se prolongará en el tiempo.

Pero no será menor la labor que tienen por delante los profesionales de la medicina, a los que la ley concede, como no podía ser de otro modo, un papel esencial en la aplicación del baremo. Ellos también tendrán que enfrentarse a la

necesidad de elaborar “informes definitivos” o “informes concluyentes” cuyo contenido aparece simplemente apuntado en la ley, pero que no poseen un sentido nítido en la práctica médica actual. A modo de ejemplo, podríamos mencionar la relevancia que se le concede a la emisión de un «informe médico concluyente que acredite su existencia» en relación con la procedencia de la indemnización del llamado esguince cervical (traumatismos menores de la columna cervical, art. 135)²². Este informe se eleva al rango de pieza clave en la finalidad de reducir del importe global de las indemnizaciones por este concepto, que se había convertido en la principal demanda de las compañías aseguradoras durante la vigencia del baremo anterior.

En definitiva, el debate que va a generar el baremo se prolongará todavía mucho tiempo. Se trata, por lo demás, de un debate de una trascendencia muy notable. El baremo de 1995 se convirtió en el mecanismo ordinario de valoración de daños personales derivados de cualquier accidente, y lo mismo sucederá con toda seguridad con el de 2015. Los jueces ya han empezado incluso a aplicar normas del baremo, con carácter «meramente interpretativo», a accidentes ocurridos antes de su entrada en vigor (véase v.gr. la SAP de Navarra de 29 de octubre de 2015), y no ha habido congreso, seminario o simposio este año pasado en el que un representante del poder judicial no asegurase que el baremo de 2015 se iba a emplear en cualquier ámbito o sector de actividad. Se tratará seguramente de una aplicación compatible con la posibilidad de indemnizar daños no contemplados por el sistema de la LRCSCVM (como hemos visto recientemente en el famoso caso “Costa Concordia” resuelto por la STS de 8 de abril de 2016), pero de lo que no cabe duda es de que estamos ante el sistema llamado a determinar lo que, como mínimo –y casi siempre como máximo– reciben las víctimas que en España sufren daños personales como consecuencia de cualquier tipo de accidente²³.

22 Vid. sobre el art. 135 y su interpretación en las primeras resoluciones judiciales que aplican el baremo, DE LAS HERAS SIMÓN, M.: “El artículo 135 de la LRCSCVM introducido por la Ley 35/2015”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 67, 2018, pp. 30 y ss.

23 Vid. acerca de la posibilidad de superar los límites del baremo cuando se aplica orientativamente, MARÍN LÓPEZ, J. J.: “Dos años de aplicación”, cit., p. 577; FERNÁNDEZ IGLESIAS, C.: “La superación de los límites del sistema de valoración de daños en el ámbito de circulación cuando se utiliza con carácter orientativo en otros ámbitos”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 65, 2018, pp. 66 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO REDONDO, M^a. C.: "Dudas que plantea la aportación de informes periciales en los procedimientos de tráfico. Relación con la fase extrajudicial", en AA.VV.: *Libro de ponencias del XVIII Congreso de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2018.

APARICIO REDONDO, M^a. C.: "A vueltas con la pérdida de calidad de vida. Primeras resoluciones judiciales al respecto", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2018.

BADILLO ARIAS, J.A.: *La responsabilidad civil automovilística. El hecho de la circulación*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

FERNÁNDEZ IGLESIAS, C.: "La superación de los límites del sistema de valoración de daños en el ámbito de circulación cuando se utiliza con carácter orientativo en otros ámbitos", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 65, 2018.

GARCÍA HERNÁNDEZ, M^a. M.: "La respuesta de la Guía de Buenas Prácticas a la controversia suscitada en la fase pre-procesal", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 68, 2018.

DE LAS HERAS SIMÓN, M.: "El artículo 135 de la LRCSCVM introducido por la Ley 35/2015", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 67, 2018.

MARÍN LÓPEZ, J. J.: "Dos años de aplicación del nuevo baremo sobre daños personales: cuestiones de interés y de conflicto", en AA.VV.: *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales* (dir. por M. HERRADOR GUARDIA), ed. Lefebvre, Madrid, 2018.

MARTÍN BLANES, A.: "Daño psicológico en los accidentes de tráfico", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 68, 2018.

MARTÍN CASALS, M.: "La modernización del Derecho de la responsabilidad civil extracontractual", en AA.VV.: *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil (XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil)*, ed. Edit.UM, Murcia, 2011.

MEDINA CRESPO, M.: *Daños corporales y carta magna*, ed. Dykinson, Madrid, 2003.

MEDINA CRESPO, M.: "Propuesta de modificación global del sistema legal: pars destruyendo pars construenda", en AA.VV.: *Libro de ponencias del V Congreso de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2004.

MEDINA CRESPO, M.: "Mecanismos para la correcta ponderación del lucro cesante dentro del sistema valorativo", *Revista Española de Seguros*, núm. 128, 2006.

MEDINA CRESPO, M.: "Reflexiones sobre un baremo que no es el que tenía que haber sido: bene-ficios, male-ficios y reformas necesarias para la restauración de la reparación completa", en AA.VV.: *Libro de ponencias del XVIII Congreso de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2018.

DE PAÚL VELASCO, J.M.: "Indemnización por muerte en accidente de circulación y nuevos tipos de familia: familias monoparentales y familias reconstituidas ante el baremo de tráfico", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2018.

PEÑA LÓPEZ, F.: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, ed. Comares, Granada, 2002.

PEÑA LÓPEZ, F.: "Límites constitucionales y sistemáticos de los baremos para la valoración de los daños a los bienes de la personalidad en los regímenes de responsabilidad civil (a partir de la doctrina del TC y del TS sobre el baremo de la LRCSCVM)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011.

REGLERO CAMPOS, F.: *Accidentes de circulación. Responsabilidad civil y seguro*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

SEIJAS QUINTANA, J. A.: "Posición actual del Tribunal Supremo en los pleitos por daños" en AA.VV.: *Daño, responsabilidad y seguro* (dir. por HERRADOR GUARDIA, M.), ed. F. Lefebvre, Madrid, 2016.

PERSPECTIVAS ACTUALES DE LA CAUSA DEL CONTRATO
EN EL DERECHO COMPARADO

*CURRENT PROSPECTS OF THE CAUSE OF THE CONTRACT IN
COMPARATIVE LAW*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 118-171



Pedro Luis
LANDESTOY
MÉNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de octubre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: El presente artículo aborda el sensible tema de la causa desde el Derecho comparado. A través de un análisis de las posturas doctrinales, jurisprudenciales y normativas se trata de enfrentar las dos posturas predominantes en la actualidad jurídica: por un lado, un anticausalismo latente que excluye a la causa como requisito del contrato y por otro un repunte del elemento con un claro matiz subjetivo. ¿Pervivirá la causa del contrato? ¿Será suficiente regular sus funciones sin mencionarla? Esas son las interrogantes que nos lanza hoy uno de los más debatidos tópicos del Derecho civil.

PALABRAS CLAVE: Causa del contrato; consideration; Derecho contractual europeo; principios latinoamericanos de derecho de los contratos.

ABSTRACT: *This article addresses the sensitive issue of the cause from comparative law. Through an analysis of doctrinal, jurisprudential and normative positions, it is a matter of confronting the two predominant positions in legal news: on the one hand a latent anti-causality that excludes the cause as a requirement of the contract and on the other a rebound of the element with a clear subjective nuance. Will the cause of the contract survive? Will it be enough to regulate its functions without mentioning it? These are the questions that are being raised today by one of the most debated topics of civil law.*

KEY WORDS: *Contract cause; consideration; European contract law; Latin American principles of contract law.*

SUMARIO.- I. LA CAUSA DEL CONTRATO EN LA NORMATIVA SUPRANACIONAL.- II. ¿AU REVOIR A LA CAUSA?.- III. CAUSA IN ASTRATTO E CAUSA IN CONCRETO.- IV. LA CONSIDERATION.V. ¿SUBSISTIRÁ LA CAUSA EN EL DERECHO ESPAÑOL?.- VI. ¿QUÉ PASA EN LATINOAMÉRICA?.- VII. A MODO DE CONCLUSIONES ¿ES PRESCINDIBLE LA CAUSA REGULANDO AUTÓNOMAMENTE SUS FUNCIONES?.

Por más que se quiera silenciar, la polémica doctrinal sobre la causa del contrato no cesa. Incluso estos intentos por excluirla de la regulación normativa lo único que han provocado es avivar la llama del debate y así, tanto los que la defienden como los que la vituperan, no dejan de escribir al respecto.

En el Derecho comparado podemos avistar dos tendencias claras: la primera es a la descodificación de la causa, tanto en los instrumentos de *soft law* redactados para regir las relaciones contractuales internacionales como en algunos ordenamientos nacionales, mientras que la segunda es un resurgir de la utilización de la causa del contrato por parte de la jurisprudencia, eso sí, cada vez más cercana a una concepción subjetiva de la institución. Así, en las páginas que siguen trataremos de analizar estas tendencias para responder la pregunta determinante: ¿se puede prescindir de la causa final del contrato?

I. LA CAUSA DEL CONTRATO EN LA NORMATIVA SUPRANACIONAL.

La creación de normas de *soft law* y principios que rijan el Derecho contractual armónicamente en la contratación internacional, más allá de lo regulado por los Estados, ha sido una constante en los últimos decenios. Esta situación es particularmente significativa en Europa donde la unidad de las naciones en un sólido bloque supranacional demanda de leyes que unifiquen los criterios para la elaboración y la resolución de conflictos en sede contractual.

El primer intento significativo de uniformar el Derecho europeo de contratos se debe a la iniciativa de Ole LANDO, quien en 1980 dirigió una comisión con el objetivo de redactar unos principios generales que sirvieran de base para un

• Pedro Luis Landestoy Méndez

Licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana en el año 2012, Máster en Derecho Civil por la misma Universidad en el año 2018, fue habilitado como notario en el 2013 ejerciendo la función notarial en La Habana desde 2014. En 2015 fue becario del Consejo General del Notariado español. Actualmente es vicepresidente del capítulo de La Habana de la Sociedad Científica del Notariado Cubano e imparte clases como profesor adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Correo electrónico: pllandestoy@gmail.com.

derecho común de contratos dentro de los diferentes estados de la Comunidad Europea, así nacieron los Principios del Derecho Europeo de Contratos conocidos con el nombre de su autor como Principios Lando o con sus siglas en inglés PECL. Estos principios han continuado enriqueciéndose hasta formar hoy el llamado “proyecto académico” de Marco Común de Referencia (DCFR).

Otro proyecto es el Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, fruto final de una reunión celebrada en 1990 en la Universidad de esa ciudad italiana de varios juristas procedentes de países distintos para estudiar la posibilidad de unificar el Derecho de los contratos en Europa y acordaron formar un grupo de trabajo permanente que, con el nombre de Academia de Iusprivatistas Europeos, quedó formalmente constituido en 1992. Tras resolver algunos aspectos preliminares, la Academia se ocupó de complejas cuestiones metodológicas en las tres sesiones siguientes, y a partir de 1995 acometió directamente la tarea de elaborar el futuro texto normativo, cuya redacción definitiva estuvo a cargo de Giuseppe GANDOLFI, en su condición de coordinador de los trabajos, y por eso esta propuesta suele denominarse también “Anteproyecto Gandolfi”.

De carácter más internacional los Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC) han sido considerados desde su aparición en 1994 (aunque ya cuenta con dos versiones más una en 2004 y otra en 2010) como un paso significativo hacia la globalización del Derecho contractual, en cuanto que representan una codificación privada o restatement de la parte internacional de los contratos y constituyen, sin duda, un esfuerzo importante para armonizar y uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales.

Hay, no obstante, algo de común en todos, que sin duda constituyen guías para toda reforma del Derecho de contratos que se quiera realizar en cualquier ordenamiento¹, y es la ausencia de la mención de la causa del contrato, lo que hace presumir que se trata de un triunfo del anticausalismo en los intentos de codificación internacional y supranacional del Derecho de contratos. ¿Será cierto que los textos abandonan a idea de causa del contrato?

De los instrumentos referenciados es importante señalar que solo el Anteproyecto Gandolfi define los elementos o requisitos del contrato, tema que ni los PECL ni el DCFR ni los PICC se encargan de escalear. Este silencio por parte de estas normas es atribuido por gran parte de la doctrina a la influencia anglosajona

¹ Para la influencia de estas normas en la reforma del BGB, vid. ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: “La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 2002-03, marzo 2002, pp. 185-206; LAMARCA I MARQUÉS, A.: “Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones”, *InDret* 01/2002, p. 10; ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, (traducido por E. ARROYO I AMAYUELAS), Bosch, Barcelona, 2008, pp. 37 y ss.

en su redacción que, al parecer, ha pesado más que la doctrina latino-romanista. Al respecto, y en relación con los PICC, señala ALVARADO HERRERA: “Contrariamente a lo que suele establecerse en numerosos ordenamientos jurídicos nacionales, los Principios no enumeran taxativamente los elementos o requisitos que el contrato ha de reunir para ser válido, lo que no significa que aquéllos no deban existir. La ausencia, que puede extrañar a los juristas de tradición romanista, podría deberse a que los Principios siguen en muchas ocasiones los esquemas típicos del sistema del common law”².

Si ninguno de los grupos de principios analizados establece los elementos esenciales del contrato entonces, ¿sobre qué descansa la casi unánime afirmación de que estos desechan a la causa como requisito del contrato? La respuesta parece estar en un artículo que los textos dedican a la formación del negocio contractual. En efecto tanto el art. 2:101 de PECL, el art. II.-4:101 del DCFR, como el art. 3.1.2 de PICC³ contienen una frase que apunta a que el contrato se perfecciona con el solo consentimiento sin necesidad de ninguna otra condición o requisito adicional. Esta última frase ha sido interpretada en los comentarios de los textos como que se refiere a la no exigencia de contraprestación (consideration) ni de causa para la validez de los contratos.⁴ Sin embargo, vemos que en su formulación no son por se artículos anticausalistas, así lo entienden también MARTÍNEZ PÉREZ en relación con los PECL cuando afirma: “lo cierto es que de la redacción del precepto no se desprende, sin más, que la causa no sea elemento esencial del contrato, por lo que pudiera ser conveniente que se hiciera una referencia expresa a la innecesariedad de la causa”⁵ y ALVARADO HERRERA en cuanto a los PICC al referir casi en idénticos términos: “La redacción del precepto no resulta afortunada, ya que de éste no se desprende sin más, que la causa no sea elemento esencial del contrato. La mención en el Comentario no es suficiente, por lo que sería deseable que en el texto del artículo se hiciera una referencia expresa a la innecesariedad de la causa”⁶. Resulta, no obstante, sumamente interesante lo que señala PARRA LUCÁN en relación con este tópico: “Lo que sucede es que la lógica de estos

2 ALVARADO HERRERA, L.: “Capítulo 3-Validez”, en *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coordinado por D. MORÁN BOVIO), Thomson Aranzadi, segunda edición, Navarra, 2003, p.172.

3 Siempre que se citan artículos de los Principios Unidroit se toman de la versión del 2010.

4 Vid. LANDO, O. y H. BEALE: *Principios de derecho contractual europeo (los trabajos parlamentarios de la Comisión de Derecho contractual europeo)*, edición a cargo de, edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J. M. Embid Irujo y F. Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pp. 186 y ss; *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010*, La Ley, primera edición, Madrid, 2012, pp. 112 y ss.

5 MARTÍN PÉREZ, J. A.: “La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (Razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)”, en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Tomo II*, (coordinado por E. LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2006, p. 289.

6 ALVARADO HERRERA, L.: “Capítulo 3” cit., p.176. En contra BOSCH CAPDEVILA (“Capítulo 4-Formación (del contrato y de otros actos jurídicos)” en *Derecho Europeo de Contratos Libros II y IV del Marco Común de Referencia, Tomo I*, (coordinado por A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA y M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ), Atelier, Barcelona, 2012, p. 326) quien en relación al DCFR señala que: “El Art. II.-4:101, más que por los requisitos a que alude, merece destacarse, desde nuestra perspectiva, por los requisitos que omite: la causa y la forma”.

textos armonizadores responde a la de los contratos dirigidos al intercambio de mercancías en un contexto supranacional. En este ámbito es menos problemática la falta de exigencia de forma, pero a pesar de las críticas a la doctrina de la *consideration*, no parece probable que los tribunales lleguen a prescindir de su aplicación. Por lo que refiere a la causa, explican los comentarios al DCFR que sus funciones se han trasladado a otros lugares”⁷.

Ahora bien, ¿será a la causa a lo que refieren los instrumentos cuando señalan que el contrato se perfecciona con el consentimiento sin otro requisito? Una primera respuesta sería que sí pues, sin dudas, los referidos comentarios sirven de interpretación auténtica al ser escritos por los mismos redactores de la norma expresando en ellos lo que quisieron decir⁸. Mas, si nos atenemos al precepto y a su ubicación contextual, sus efectos parecerían ir por otro lado. Esa expresión “sin ninguna otra condición o requisito adicional” apunta a un consensualismo absoluto, o sea a la libertad de forma. Esto no sólo se desprende de los mismos comentarios⁹ o de la doctrina¹⁰, sino, y principalmente, de los artículos relacionados a los referidos preceptos. En el caso de los PECL la referencia está justo detrás del artículo *in comento*, pues su apartado dos señala: “El contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma. Se puede probar su existencia por todos los medios posibles, incluida la prueba testifical”, por su parte el art. 1.2 de los PICC de manera muy parecida señala: “Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos”.

Es esta la que creo debe ser la interpretación correcta de los artículos invocados y no la de ausencia de causa, porque ¿puede un precepto eliminar a la causa de los elementos esenciales del contrato? Los elementos esenciales, como su nombre lo indica, son aquellos sin los que algo no puede existir, son los que

7 PARRA LUCÁN, M. Á.: “La formación del contrato como proceso”, en *Negociación y perfección de los contratos*, bajo su dirección, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 83-84.

8 SABORIDO SÁNCHEZ (“Una visión crítica de la supresión de la causa en el nuevo derecho europeo de contratos. Su influencia en el ordenamiento jurídico español”, en *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, (dirigido por E. BOSCH CAPDEVILA), Bosch, primera edición, Barcelona, 2012, p. 540) apunta además a la influencia anglosajona también en este anticausalismo hermenéutico: “La supresión de la normativa específica de la ilicitud causal que se propugna por parte de las recientes normativas europeas parece provenir de la influencia notable del *Common Law*, más que de una necesidad real de prescindir de un elemento que en la actualidad sigue requiriéndose para proporcionar soluciones a determinados conflictos jurídicos”.

9 Luego de ahondar en la supresión de la *consideration* y de la causa los comentarios de los Principios Unidroit (*op. et loc. cit.*) señalan que el precepto va dirigido también a eliminar los contratos reales y solemnes a fin de que todos los contratos sean consensuales.

10 ALVARADO HERRERA (“Capítulo 3” *cit.*, p.176): “El precepto hace referencia, entre otras cuestiones, a la perfección del contrato, materia también contemplada en el Artículo 1.2 de los Principios, en el que se desvincula la perfección del contrato del cumplimiento de cualquier requisito de forma. De acuerdo con las tendencias generalizadas actualmente en materia de contratos, los Principios optan por la regla de la consensualidad, es decir, por establecer que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento”.

lo configuran fenomenológicamente, los que le identifican. Estos elementos son consubstanciales al fenómeno jurídico expresado independientemente de que una norma los recoja o no. Pensemos, si una norma señalara que la compraventa no requiere precio en dinero o signo equivalente, ¿podríamos sostener que el precio no es un elemento esencial del contrato de compraventa? De la misma manera un negocio jurídico, como lo es el contrato, necesita manifestación de voluntad, objeto sobre el que recaiga dicha manifestación, forma en que esa manifestación se produzca y causa que la configure de una manera u otra. ¿Cómo puede sostenerse que el sólo consentimiento constituye contrato? ¿es que acaso el consentimiento no recae sobre una realidad material concreta ajena a las partes (objeto)? ¿es que no se consiente sobre una configuración negocial determinada (causa)?

Al constituir un claro absurdo que el solo consentimiento constituye contrato, se ha sostenido que el acuerdo de las partes debe, por lo tanto, relacionarse con un conjunto de cláusulas. Con lo cual, después de omitir herramientas de análisis conceptual como el objeto o la causa e incluso el contenido, los redactores de los Principios los reemplazaron por las cláusulas del contrato y su exactitud. Lo que, en opinión de GHESTIN, “il n'est pas certain qu'il s'agisse d'un progrès”¹¹.

Es cierto que las cláusulas de un contrato por su aceptación universal práctica y concreta pueden aparecer, a primera vista, como el mínimo común denominador del análisis de un contrato para reemplazar cualquier otro elemento. Todo contrato escrito puede desglosarse efectivamente en un cierto número de cláusulas, es un tipo de evidencia material. Puede agregarse que la práctica del comercio internacional y sus contratos con las múltiples cláusulas especializadas y subdivididas, de acuerdo con la práctica angloamericana que tiende a generalizarse, refuerza aún más esta concepción pragmática del contrato. Sin embargo, se observa que esta realidad en sí misma no elimina la referencia a la noción de objeto ni de causa, puesto que el clausulado se redactará en atención a un determinado objeto y sobre todo a la configuración causal del contrato. Como atinadamente señala ALPA: “La necessità di una causa è avvertita in tutti gli ordinamenti in cui, pur concludendosi il contratto con il semplice consenso delle parti, si presuppone o si richiede che vi sia una causa sufficiente, ragionevole e giusta che sorregga quel consenso”¹².

Por su parte el Anteproyecto Gandolfi sí define los elementos esenciales del contrato, adoptando una metodología más latina. Así, en su art. 3 el Anteproyecto establece: “3. Los elementos esenciales del contrato son: a) El acuerdo de las partes. b) El contenido”, apuntando inmediatamente en su art. 4: “No es necesaria

11 GHESTIN, J.: *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2006, p. 41. Crítica parecida sostiene ALCARO (“Introduzione: dogmi, problemi e profili ricostruttivi”, en *Causa del contratto*, Giuffrè editore, Milano, 2016, p. 18).

12 ALPA, G.: *Le stagioni del contratto*, Societa editrice il Mulino, Bologna, 2012, p. 54.

una forma particular más que en los casos y a los fines indicados en las reglas del presente Código”. Con esta última acotación se suma al consensualismo apuntado arriba indicando que cuando se señala consentimiento sin otro requisito es obvio que se refiere a requisitos formales y no a la ausencia de una configuración negocial y una materia sobre la que recaiga el acuerdo de voluntades.

Aquí encontramos un nuevo elemento a debate: el contenido. Este anteproyecto comprende que no es suficiente el acuerdo para perfeccionar el contrato, sino que este acuerdo ha de recaer sobre algo, nadie acuerda en el vacío, sin contenido no existe consentimiento. Ahora bien, ¿qué es exactamente el contenido al que se refiere el anteproyecto?

La doctrina es conteste en que esta categoría es homologable al objeto¹³ y luego de leer las intervenciones de los académicos previas a la aprobación de la supresión expresa de la causa¹⁴ no caben dudas que en la intención de estos no estaba incluirla dentro del contenido. Tal vez la fuente de inspiración de estos elementos esenciales haya que buscarlos en el Contract Code de Harvey MCGREGOR, reconocido como una de las principales fuentes del Anteproyecto junto con el Codice italiano. Para MCGREGOR¹⁵ el contenido son las previsiones y demás declaraciones a las que las partes se obligan, manejándose siempre en clave de las prestaciones, lo cual apunta a lo señalado en relación con la identificación del contenido con el objeto.

Ahora bien, el contenido del consentimiento o acuerdo no se agota en establecer las prestaciones de cada parte, además ha de configurar la relación causal que tendrán esas prestaciones. No basta decir que A se obliga a entregar un bien determinado a B, sino que es necesario además determinar si lo hará a cambio de otra cosa, actividad o pasividad de B, como pago de una deuda preexistente que tenía con él o de forma gratuita. Resulta así determinante que el contenido del consentimiento es el objeto y la causa, no puede concebirse a un acuerdo que no establezca la configuración causal del negocio como contrato. Es por lo que DE LOS MOZOS sostiene que la causa está implícita en el Anteproyecto sosteniendo que: “... la causa no desaparece del todo, ocupa únicamente el lugar

13 Vid. MARTÍN PÉREZ, J. A.: “La causa del contrato” cit., p. 290; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Notas sobre las <condiciones relativas al contenido> del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación)”, en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos I*, (dirigidos por C. VATTIER, J.M. DE LA CUESTA y J. M. CABALLERO), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 177 y ss. En contra DE ELIZALDE IBARBIA, F.: *El contenido del contrato*, primera edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 37, quien identifica al contenido con el clausulado pero el resto de la obra deriva en un análisis de las prestaciones como contenido del contrato.

14 Las más sobresalientes pueden consultarse en GARCÍA CANTERO, G.: “Hacia un concepto europeo de contrato”, en *Código Europeo de Contratos I*, cit., pp. 150 y ss.

15 MCGREGOR, H.: *Contract Code*, (traducción y nota preliminar por J.M. DE LA CUESTA SÁENZ y C. VATTIER FUENZALIDA), Bosch, Barcelona, 1997, pp. 37-65.

que le corresponde en un sistema en que a todo contrato se le reconoce eficacia jurídica”¹⁶.

Pero puede que de lo que se trate no sea de determinar si la causa está o no en el contrato, afirmación que muy pocos se atreven a sostener. Señala ALVARADO HERRERA: “La innecesaria de la causa no puede ser entendida como la negación de la existencia de una causa en los contratos, ya que es evidente que los contratos siempre se celebran con alguna razón o motivo que los dota de sentido. Lo que se pretende es desvincular la validez del contrato, y, por lo tanto, la producción de sus efectos, de las vicisitudes que puedan afectar a la causa (inexistencia o ilicitud)”¹⁷. Con lo cual a lo que supuestamente apuntan los referidos instrumentos es a la no valoración de la causa en el devenir del contrato y la relación contractual. ¿Realmente lo logran?

Siguiendo con ALVARADO HERRERA, siempre en sede de los PICC: “La abstracción de la causa puede tener justificación en el ámbito de los Principios. En efecto, las exigencias del tráfico jurídico en la contratación mercantil podrían hacer aconsejable que se desvincularan los efectos del contrato (por ejemplo, la transmisión efectiva del dominio) de la existencia y de la regularidad de la causa”¹⁸. Vemos como el sentido de los referidos instrumentos es a la abstracción de la causa, o sea que los derroteros de esta no afecten la validez del contrato.

Si sostenemos esa idea entonces los contratos simulados e ilícitos tendrían cabida dentro de los instrumentos supranacionales analizados pues los vicios de la causa que tradicionalmente afectan la validez del contrato son su inexistencia o falsedad, que dan al traste con la simulación, o su ilicitud. Pero vemos como ni el contrato simulado ni el ilícito tienen cabida en la normativa señalada.

Así, el art. 6:103 de los PECL señala que “cuando las partes concluyen un contrato aparente que encubre su verdadero acuerdo, entre las partes prevalecerá este último”, mientras que en el Anteproyecto la simulación se combate a través de la nulidad prevista en el art. 140.I para los contratos defectuosos. Ciertamente es que al regular la simulación como institución propia ya no es necesario acudir a la figura de la causa falsa o inexistente, pero es cierto también que cuando las partes declaren una causa falsa o solo aparente el contrato será nulo por simulado, así, aun cuando no lo mencionen, el contrato necesitará tener una causa cierta para ser válido.

16 DE LOS MOZOS, J. L.: *Estudios sobre Derecho de contratos, integración europea y codificación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, p. 110.

17 ALVARADO HERRERA, L.: “Capítulo 3” cit., p. 176.

18 *Ibidem*.

Por su parte los instrumentos son muy cautelosos con la ilicitud. En este sentido señala ALVARADO HERRERA que "...la abstracción de la causa admitida en los Principios no se extendería, según se desprende del Comentario, a la ilegalidad de la misma (...)"¹⁹. Los PICC, que originalmente no se pronunciaban sobre el tema, en su nueva regulación de 2010 recogen lo relativo a la ilicitud del contrato internacional en una sección independiente (Sección 3), dentro del capítulo sobre la validez (Capítulo 3) y está formado por dos arts., el 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo) y el 3.3.2 (Restitución) de los PICC. Así, se ocupan del contrato que infringe normas imperativas, bien sea por medio de sus cláusulas, su ejecución, su finalidad o de otra manera. Más concretamente, esta sección regula los efectos que produce dicha violación en el contrato, estableciendo los criterios a seguir para determinar si a pesar de la violación, las partes siguen gozando de remedios de naturaleza contractual (art. 3.3.1) o de la posibilidad de restitución (art. 3.3.2)²⁰.

De igual manera, el Anteproyecto sanciona con la nulidad al contrato ilegal en su art. 140.I, señalándose que por contrato ilegal hay que entender a todos los que resulten contrarios al orden público, a las buenas costumbres, a una regla imperativa que proteja el interés general o las situaciones de importancia social primaria, a otras normas imperativas aplicables y otros casos previstos por el propio Anteproyecto y por las leyes comunitarias y nacionales aplicables al contrato²¹.

Con la ilicitud pasa lo mismo que decíamos en relación con la simulación, si bien le han dado un régimen particular fuera de la regulación de la causa ilícita, lo cierto es que esta está incurso en aquel. O sea que un contrato con causa ilícita no será válido al amparo de los instrumentos citados.

Tampoco lo será el contrato lesivo, o sea que no solamente se evitan las tradicionales anomalías de la causa sino además su frustración en la relación contractual. Así, los textos acogen las figuras de la lesión contractual (cfr. art. 4:109 PECL, arts. 156 y 157 del Proyecto de Pavía y art. 3.2.7 PICC) configurándola este último con un claro matiz causal al señalar que "Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (...) (b) la naturaleza y

19 *Ibidem*.

20 Vid. UNCETA LABORDA, M.: "Principios de Unidroit e ilicitud del contrato internacional", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, octubre 2013, pp. 620 y ss.

21 Vid. VATTIER FUENZALIDA, C.: "Inexistencia y nulidad del contrato", en *Código Europeo de Contratos II*, cit., pp. 566-567.

finalidad del contrato". En estos casos concretos el jurista italiano ROPPO ve, tanto en los PICC como en los PECL, la falta de causa (*mancanza di causa*)²².

Lo que me propongo demostrar es que la pretensa abstracción de la causa tampoco se ha logrado. Bien es cierto que ya no agota la figura de la causa los fenómenos de la simulación e ilicitud, lo cual es muy acertado pues ambas anomalías no se reducen al elemento causal, pero ni la causa falsa ni la ilícita ni la lesiva serán intrascendentes a la hora de determinar la validez del contrato, con lo cual sus derroteros siguen marchando juntos independientemente de su regulación positiva.

Este criterio es sostenido además por varios autores. Para SABORIDO SÁNCHEZ: "...si se examina detenidamente la regulación tanto de los Principios como del borrador del Marco Común de Referencia, nos encontramos con que no se abandona del todo la idea de causa. Sigue empleándose el control del fin del contrato para fiscalizar los convenios. En distintas disposiciones, (como en la regulación de la resolución, por ejemplo) la investigación del fin contractual se emplea para determinar la posible ejecución de las prestaciones o incumplimiento contractual, que depende de si la finalidad con la que se pactó se refleja en el resultado obtenido. Es decir, la exigencia y vigilancia de causa verdadera y lícita se ha trasladado de momento: desde la formación del contrato hasta el propio resultado del mismo"²³. MARTÍN PÉREZ sostiene que: "Diversos autores han venido a apuntar que la causa, en todo caso, pervive camuflada en nuevas vestimentas. Al igual que vimos al analizar el Anteproyecto de Pavía, también hay quienes encuentran reflejada la causa en los PECL (...) Es sabido que cada época y cada sistema ha elaborado un concepto de causa adecuado para resolver sus propios problemas; por tanto, como siempre, son los conflictos y la búsqueda de soluciones lo importante, por encima de los conceptos"²⁴. Mientras que ROLLI apunta: "È agevole, dunque, intravedere nel quadro descritto la causa, come presenza velata, informe, ma che explica igualmente la sua forza, senza potere essere soppressa"²⁵.

II. ¿AU REVOIR A LA CAUSA?

Probablemente el golpe más duro recibido por los causalistas ha sido la eliminación de la causa como requisito del contrato en la última reforma del ya bicentenario Code Napoleon.

22 Vid. ROPPO, V.: *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 387.

23 SABORIDO SÁNCHEZ, P.: "Una visión crítica", cit., p. 544.

24 MARTÍN PÉREZ, J. A.: "La causa del contrato", cit., p. 303.

25 ROLLI, R.: *Causa in astratto e causa in concreto*, CEDAM, Padova, 2008, p. 144.

Para entender el porqué de la supresión y también para analizar si realmente está ausente del Code, conviene repasar un poco cómo se abordaba la causa en Francia en los últimos años antes de la reforma.

Desde los años 90 del pasado siglo la doctrina y principalmente la jurisprudencia francesa trataron, desde el prisma subjetivo dado por el neocausalismo, de abordar con la figura de la causa dos cuestiones muy concretas: en primer lugar constituirla como instrumento de protección del interés o la utilidad perseguidas por las partes en la conclusión del contrato, lo que se dio en llamar economía del contrato, y en segundo lugar la protección de cláusulas abusivas para los no consumidores, los que por ende no encontraban eco en la legislación especial al respecto²⁶.

La economía del contrato es definida por PIMONT²⁷ como la reunión de elementos materiales necesarios para la realización de una función económica global y precisa, representa el punto de convergencia de voluntades bajo la forma de una operación económica global y concreta que permite definir de manera finalista el perímetro del acuerdo de voluntades. Desde esta perspectiva la causa viene a ser el interés económico que la parte busca razonablemente en el contrato²⁸, la razón del su manifestación de voluntad y del consentimiento o “compromiso”²⁹. A través de esta doctrina, la jurisprudencia veló porque el contrato mantuviera el fin o la utilidad que las partes buscaron cuando lo concertaron. Así, podemos apreciar en las sentencias paradigmáticas que, partiendo de esta concepción, dictó la Corte de Casación como el fin que se busca con esta variante de la causa es, primero, alumbrar los motivos que llevaron a cada contratante a perfeccionar el negocio y, segundo, mantener la validez del contrato solo si ese motivo sigue siendo su guía, o sea solo si el contrato responde a ese interés. La Corte en cada una de estas resoluciones tiene en cuenta la interdependencia económica de las partes contratantes y valora de esta forma a la causa no solo en la etapa de formación del contrato sino también en la de su ejecución³⁰.

26 Sobre la renovación del concepto de causa en el Derecho contemporáneo francés, *vid per omnia* MOUILL-BASSILIANA, E.: *Du renouveau de la cause en droit des contrats*, tesis publicada por la Universidad de Lille, 2003, pp. 15 y ss.

27 PIMONT, S.: *L'économie du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2004, p. 71.

28 *Vid.* ROCHFELD, J.: *Cause et type de contrat*, Bibliothèque de Droit Privé, T. 311, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1999, p. 256.

29 El término compromiso (*l'engagement*) ha sido muy socorrido por la doctrina francesa de los últimos años, que ha tratado de suprimir con él el de causa de la obligación. *Vid per omnia* TERRE, F., P. SIMLER e Y. LEQUETTE: *Les obligations*, octava edición, Dalloz, Paris, 2002, pp. 32 y ss.

30 Para MAZEAUD (“Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risqué-t-on pas d'aller trop loin?”, en *La nouvelle crise du contrat*, (dirigido por C. JAMIN y D. MAZEAUD), Dalloz, Paris, 2003, p. 143) la causa tiene como una de sus funciones principales mantener el equilibrio económico en las contraprestaciones de los contratos onerosos, lo cual es de verificar o de controlar más en su fase de ejecución que en la de elaboración. Ver también CERMOLACCE, A.: *Cause et exécution du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2001, *passim*.

Probablemente de estas sentencias la que más trascendió a la cimentación de la doctrina de la causa como economía del contrato es la dictada el 3 de julio de 1996 por la sala primera de lo civil de la Corte de Casación³¹. La cuestión litigiosa era que el matrimonio Pillier había arrendado 200 videocasetes durante el término de ocho meses a una sociedad por 40,000 francos con el propósito de crear un video-club y surgieron problemas en el pago. El juez de instancia decide anular el contrato por error mientras que el de apelaciones fundamenta la nulidad del contrato en la falta de causa, según su sentencia la causa-móvil que llevó al matrimonio a contratar era la difusión cierta a su clientela de los videos arrendados, mientras que ese objetivo no podía ser alcanzado en la comuna donde habían arrendado el local por contar esta solo con 1315 habitantes. Ya en la casación la sociedad ataca la referida sentencia basándose en la concepción clásica de la causa al existir dos prestaciones sinalagmáticas, sin embargo la Corte confirma la sentencia de apelación estableciendo que tratándose del arrendamiento de videocasetes para la explotación de un comercio, la ejecución del contrato según la economía querida por las partes era imposible, en consecuencia la Corte de Apelaciones había obrado con exactitud al alegar la falta de causa ya que el pago del precio del arrendamiento por el señor y la señora Pillier estaba desprovista de toda contraprestación real. En palabras de la propia sentencia: "...l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties (étant) impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes".

Aquí la Corte concibió como marco económico la creación del video-club que constituye una operación contractual más compleja que el contrato de arrendamiento. Esta sentencia fue muy controvertida por la doctrina francesa³² y sin lugar a dudas marcó referente para una nueva concepción de la causa del contrato. Con ella la jurisprudencia subjetivizó la noción de economía del contrato al no concebirla como un interés o ventaja de carácter abstracto sino el interés o ventaja esperados por los contratantes.

Por su parte la causa también sirvió como protección al profesional frente a los contratos por adhesión y las cláusulas abusivas. En Francia la condena a las cláusulas abusivas fue introducida por la Directiva europea núm. 93-13 de 5 de abril de 1993 que la confinó al ámbito del derecho de consumo, dejando de esta forma desprotegidos a los profesionales cuya actividad tuviese una relación directa con la operación realizada por el contrato. En estos casos el juez francés decidió utilizar a la causa como fundamento para anular las cláusulas contractuales

31 Vid. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?idTexte=JURITEXT000007036953>

32 En contra TERRÉ, F., P. SIMLER e Y. LEQUETTE: *Les obligations*, cit., pp. 320 y 321 y a favor MAZEAUD, D.: "Les nouveaux instruments", cit., p. 146.

que atentan contra su “coherencia” o sea contra el contenido de las obligaciones esenciales del contrato³³.

En esta sede la sentencia paradigmática es la conocida como “*Décision Chronopost*”, dictada el 22 de octubre de 1996 por la sala de lo comercial de la Corte de Casación³⁴, la cual fundamentó la decisión de tener por no escrita una cláusula limitativa de responsabilidad en que la misma era contraria al dictado del entonces vigente art. 1131 del Code que consagraba la necesidad de causa en los contratos. Los hechos son que la sociedad Blanchereau que deseaba participar en una licitación contrató con Chronopost³⁵ la entrega en 24 horas de un sobre contentivo de la solicitud y la oferta el cual debía entregarse en un organismo público con sede en París; la carga es entregada a las 48 horas, lo cual le impide a la sociedad participar de la licitación. En la demanda a Chronopost, Blanchereau pide una indemnización por daños y perjuicios ascendente a la ganancia perdida por el retraso, Chronopost opone una cláusula inserta en las condiciones generales de contratación que precisa que en caso de perjuicio justificado el retraso en la entrega no la compromete sino a reembolsar el precio pagado por el contrato. El juez de apelaciones decidió que Chronopost no había actuado con culpa y en consecuencia era aplicable la cláusula limitativa de responsabilidad, sentencia que fue casada por la máxima instancia sosteniendo que el incumplimiento a la obligación esencial del contrato hacía que la cláusula limitativa de responsabilidad contradijera la importancia del compromiso adquirido y en consecuencia debe reputarse como no escrita.

Aquí el razonamiento es muy parecido al anterior, de lo que se trata es de darle a la causa la función de justificante del móvil del contrato. En consecuencia, cualquier disposición o cláusula que altere ese interés económico perseguido desnaturaliza el contrato, o sea lo deja sin causa.

Con estas dos funciones entra la doctrina francesa de la causa a los doscientos años del Code cuando lo principal de que se hablaba en los círculos académicos y políticos era de la necesaria reforma del Derecho de obligaciones y contratos en Francia. Ese camino hacia la reforma estuvo signado por tres proyectos principales que en relación con la causa del contrato adoptaron posturas muy diferentes.

En el *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, realizado bajo la dirección de Pierre CATALA³⁶, se mantiene como requisito del

33 Vid. CATHIARD, A.: *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels: L'apport de l'analyse économique du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2006, p. 293.

34 Disponible en https://www.courdecassation.fr/IMG//CO_arret9318632_961022_ES.pdf.

35 Chronopost es una compañía francesa de transporte de mercancías cuyo eslogan publicitario es «*Les maîtres du temps*» (Los dueños del tiempo).

36 Texto completo del anteproyecto en CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)”, *Anuario de*

contrato a la causa, no obstante, su regulación se perfila ajustada a la visión sostenida por la jurisprudencia francesa y a la cual hemos hecho referencia. Este proyecto comenzaba por cambiar el nombre del requisito de “une cause licite dans l’obligation”, como la regulaba el art. 1108, a “Cause de l’engagement” definida en el art. 1124 como la justificación del compromiso³⁷, como la razón por la cual el derecho positivo le reconoce efectos jurídicos, con lo cual podemos vislumbrar ciertos atisbos de la doctrina italiana. El anteproyecto continuaba exigiendo la existencia y licitud de la causa, estableciendo que para los contratos onerosos sería el provecho esperado de la celebración del contrato, para los aleatorios estaría en la función de la prestación convenida y no solo en la existencia del alea, mientras que para los gratuitos será el motivo de la liberalidad. En palabras del propio art. 1124: “Se trata de afirmar que, conforme a nuestra tradición jurídica, una causa real y lícita es una condición de validez del contrato. Esta opinión implica, sin embargo, evitar los dos escollos opuestos a una definición exageradamente restrictiva, que le privaría de todo interés práctico, o demasiado extensiva, que implicaría un ataque a la seguridad jurídica”.

El proyecto de la Chancellerie³⁸, presentado en julio de 2008 por el Ministerio francés de Justicia, asumía en relación con el tema tratado una postura digamos mixta pues suprime el requisito de la causa, pero lo reemplaza por uno llamado “interés” (cfr. arts. 49, 85 a 87). Esta sustitución dio mucha envidia para que la doctrina sostuviera si se trataba solo de un cambio de nombre³⁹ o si por el contrario estábamos ante un cambio profundo de paradigma⁴⁰. Empero, al leer sobre todo la formulación del art. 85 nos percatamos que el cambio no fue más que tratar de eliminar un vocablo polémico por otro que venía de la teoría de la economía del contrato; cuando el citado precepto establece “Cada parte debe tener un interés en el contrato que justifique su obligación” notamos que este interés al que alude encaja con la doctrina jurisprudencial analizada al hacer depender de ese interés o utilidad que busca cada parte en el contrato la esencia de la obligación.

Finalmente, el proyecto TERRÉ⁴¹ es el más radical de los tres proyectos presentados. La causa es completamente suprimida como requisito de existencia

Derecho Civil, tomo LX, 2007, fasc. II, pp. 634-718.

37 Según el propio anteproyecto: “Esta formulación relativamente nueva evita, principalmente, utilizar las denominaciones, contestadas por algunos, y sin duda contestables, de la causa de la obligación, llamada objetiva y abstracta, opuesta a la causa del contrato, denominada subjetiva y concreta”.

38 http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet_droit_des_contrats_blog8_2_.pdf.

39 Vid. HOUTCIEFF, D.: “Le contenu du contrat”, en *Pour une réforme du droit des contrats*, (dirigido por F. TERRÉ), Dalloz, Paris, 2009.

40 Vid. LARROUMET, C.: “De la cause de l’obligation à l’intérêt au contrat (à propos du projet de réforme du droit des contrats)”, *Dalloz Actualité*, Paris, 2008.

41 Vid per omnia TERRÉ, F.: *Pour une réforme du droit des contrats: Réflexions et propositions d’un groupe de travail sous la direction de François Terré*, Dalloz, Paris, 2009.

del contrato, sin ser reemplazada por un concepto equivalente, como el de interés (cfr. art. 13).

No obstante, y aunque este último anteproyecto también fue descartado, la decisión final fue abolir el requisito de la causa, sustentada en razones de índole político como lo son “renforcer l’attractivité du droit français, au plan politique, culturel, et économique”, señalando que “permettra à la France de se rapprocher de la législation de nombreux droits étrangers”⁴², argumentos que no dejan de tener cierta lógica pues Francia se enmarca en el escenario europeo, donde las legislaciones supranacionales cada vez más influncian a las de los distintos miembros de la Unión Europea, por lo cual es de entender que la reforma del Code siguiera los postulados de la academia de Pavía, de los PECL y del DCFR, postulados que decidieron suprimir el nombre de causa de sus articulados como ya hemos visto.

Ahora bien, ¿puede sostenerse que el Code reformado es una ley anticausalista?, ¿desterró ciertamente el Code a la causa de su articulado?

Creo que para catalogar a una ley como anticausalista tiene que sostenerse ese criterio en algo más que en la supresión de un vocablo.

En efecto ya su art. 1128 no enumera a la causa como requisito para considerar válido a un contrato, notemos que tampoco lo hace con el objeto ni con la forma⁴³, pero la reforma no se agotó en dicho precepto.

El primero que nos salta a la vista es el nuevo art. 1162 el cual dispone que: “le contrat ne peut déroger à l’ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties” Aquí nos encontramos con el clásico precepto que frena la posibilidad de celebrar contratos que atenten contra el orden público. Qué cambia. Pues que el antiguo 1133 establecía que lo que podía atentar contra el orden público era la causa mientras que el nuevo señala que lo contrario al orden público puede ser ses stipulations et son but o sea sus estipulaciones y sus propósitos. ¿Dónde podemos encontrar en este nuevo Código sin causa la definición de propósitos? ¿Acaso en el consentimiento, acaso

42 Vid. CHÉNÉDÉ, F.: “La cause est morte... vive la cause?”, en *Contrats Concurrence Consommation*, núm. 5, 2016, dossier 4, consultado en http://www.lexisnexis.com.docelec.u-bordeaux.fr/fr/droit/deliv...0330%2Fformatted_doc&fromCart=false&jobHandle=1825%3A563040330, también en ANCEL, F., B. FAUVARQUE-COSSON y J. GEST: *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2017, pp. 165 y 166.

43 Según LEVENEUR (“Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations” en *Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2016, dossier 2*, consultado en http://www.lexisnexis.com.docelec.u-bordeaux.fr/fr/droit/deliv...0545%2Fformatted_doc&fromCart=false&jobHandle=2827%3A563040545): “La quadrilogie classique des conditions essentielles pour la validité d’une convention de l’actuel article 1108 (consentement, capacité, objet certain, cause licite) fait place à une trilogie annoncée par le nouvel article 1128, et constituée du consentement, de la capacité, et d’un contenu licite certain”.

en el contenido? Propósito es un fuerte sinónimo de finalidad⁴⁴, un propósito es algo por lo cual se hace lo hecho, es lo perseguido con lo realizado. Todas estas acepciones de fuerte contenido finalístico nos remiten a la clásica concepción de la causa, con lo cual la diferencia entre regular que la causa es ilícita cuando es contraria al orden público y que los propósitos del contrato no pueden atentar contra el orden público me parece más retórica que cambio.

Otro artículo a analizar es el nuevo 1169 que establece: “contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s’engage est illusoire ou dérisoire”. Este precepto es muy interesante, en primer lugar, porque parte de una clásica distinción causalística de contratos en onerosos y gratuitos, y en segundo lugar porque su disposición es muy similar a las que la doctrina francesa ha sustentado sobre la causa desde sus primeros teóricos hasta la reciente jurisprudencia citada. Efectivamente, señala CHÉNEDÉ, esta alusión a la contraprestación ilusoria se corresponde con la causa falsa del antiguo art. 1131⁴⁵. Por su parte la expresión contraprestación ridícula es una variante semántica del precio lesivo que preceptuaba el otrora art. 1674, cuyo fundamento se encuentra precisamente en una anomalía de la causa del contrato, pues, siendo un negocio con causa credendi donde se configura partiendo del sinalagma y de los efectos propios de este tipo negocial, una de las partes ve frustrada su finalidad. En el marco francés estudiado podemos además percibir en este artículo la doctrina analizada de la economía del contrato pues tanto la contraprestación ilusoria como la ridícula atentan contra ese interés perseguido por las partes a la hora de contratar.

Qué decir del nuevo art. 1171 que formula: “toute clause qui créé un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non-écrite”, su letra nos revela como su principal fuente de inspiración toda la doctrina nacida con la sentencia Chronopost que situaba a la causa como fundamento para hacer ineficaz una cláusula abusiva contenida en un contrato fuera del ámbito del consumo. Lo cual significa que si bien la reforma pretende abandonar la causa no tiene intención de desechar las funciones que le ha atribuido en Francia la doctrina jurisprudencial contemporánea⁴⁶. Dónde si no es en la causa vamos a encontrar explicación para atacar al desequilibrio significativo de las prestaciones, el cual sólo deberá provocar la ineficacia de la cláusula si estamos frente a un contrato con causa credendi donde se enfoca al sinalagma como tipo contractual genérico al que

44 Así también lo entienden DESHAYES, O., T. GENICON et Y. LAITHIER: *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Lexis Nexis, Paris, 2016, p. 171.

45 CHÉNEDÉ, F.: “La cause”, cit. Señala el autor que “Loin d’être une notion distincte de l’absence de cause, cette formule se contentait de désigner le cas, d’ailleurs le plus fréquent, où le défaut de contrepartie n’avait pas été perçu par le cocontractant lors de la conclusion du contrat.”

46 Apud. DESHAYES, O.: “La formation des contrats”, *Revue des contrats*, 01 avril 2016 n° Hors-série, consultado en <http://www.lextenso.fr/docec.u-bordeaux.fr/weblextenso/article/print?id=RDC112z6>.

sigue el contrato en cuestión, pensemos por ejemplo que si el desequilibrio fue querido por las partes atendiendo a un acto de liberalidad (donaciones indirectas) entonces no habrá fundamento para la ineficacia al no ser la causa del contrato *credendi* sino *donandi*.

Finalmente, encontramos el nuevo art. 1135 según el cual: "l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité". Aquí tenemos regulada la supuesta causa de las donaciones y demás negocios lucrativos y también la sanción jurídica al error en los motivos, ambas instituciones muy manidas por la doctrina que ha tratado a lo largo de los años de explicar la causa de los contratos. Podemos señalar que los motivos no son la causa final de la donación ni de ningún otro contrato, pero sí son la causa impulsiva de los agentes, de los contratantes.

Estas normas han hecho que cierta doctrina francesa⁴⁷ señale que, en el fondo se trata solo de una supresión formal, subsistiendo en forma implícita el concepto de causa y los problemas asociados a su determinación y aplicación. Al respecto sostiene WICKER: "(...) l'idée qu'il en résulterait une disparition de la cause présente en revanche un vice logique. En effect, reprendre dans les nouveaux textes les solutions aujourd'hui fondées sur la cause, mais sans que celle-ci soit désormais expressément visée, n'emporte sa disparition que d'un point de vue formel mais non substantiel, puisqu'elle constituera le fondement implicite de ces solutions. C'est dire que, si le terme de cause disparaît dans les textes, le fait que ceux-ci soient fondés sur la notion impliquera que leur interprétation procède nécessairement d'une théorie de la cause. Chassée par la porte, la cause reviendra donc immanquablement par la fenêtre, et cela d'autant que, en dépit de l'ambition affichée de textes se suffisant à eux-mêmes, leur énoncé est trop ouvert pour ne pas appeler une interprétation, laquelle fera ressurgir les mêmes controverses et les mêmes oppositions que la notion de cause"⁴⁸. Aun cuando no esté bajo la rúbrica de causa, la finalidad perseguida con el contrato sigue siendo fundamento de muchas instituciones del Código Civil francés, al parecer los legisladores le tienen miedo al nombre, pero como muchas veces se ha sostenido las cosas son lo que son y no lo que alguien quiere que sean.

Así, la causa del contrato sigue viva en el articulado del Code Napoleon pues, como señalan DESHAYES, GENICON y LAITHIER: "d'abord, de façon paradoxale, ces consécration particulières ont pour effet de porter à incandescence des solutions

47 FAGES, B.: *Droit des Obligations*, 7ma edición, L.G.D.J, Paris, 2017, pp. 145 y ss.; GRIMALDI, C.: "Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots", en *Recueil Dalloz*, núm. 814-815, Paris, 2015, pp. 814-815; MAINGUY, D.: "Chapitre 3- Le contenu du contrat", en *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016)*, p. 112, consultado en http://data.over-blog-kiwi.com/0/93/50/08/20160704/ob_333750_mainguy-dir-le-nouveau-droit-franc.pdf.

48 WICKER, G.: "La suppression de la cause par le projet d'ordonnance: la chose sans le mot?", *Recueil Dalloz*, núm. 27, 2015, p. 1557.

don't la portée était incertaine jusqu'à présent; le résultat étant qu'à plusieurs égards, le droit français pourrait en ressortir plus causaliste qu'il ne l'a jamais été⁴⁹.

III. CAUSA IN ASTRATTO E CAUSA IN CONCRETO.

Tras la eliminación de la regulación de la causa del Code francés, el Codice italiano constituye en este tema el máximo referente legislativo en el Derecho comparado. No obstante, el enfoque conceptual de su regulación ya no es seguido ni por la doctrina ni por la jurisprudencia de dicho país.

Tras la recodificación del Derecho civil en 1942, la concepción objetiva de la causa se convirtió en paradigma para muchos teóricos. En efecto, la doctrina italiana de la primera mitad del siglo XX había creado y argumentado la concepción de la causa como función económico-social del contrato, tema del que ya hablamos supra. Así, el nuevo código civil había recogido esta doctrina y regulado la causa bajo sus postulados como medio de control férreo de la autonomía privada, lo cual se avenía muy bien con la ideología fascista de la nueva legislación. Luego de la segunda guerra mundial y el retorno de Italia a la democracia, este papel de la causa comenzó a ser cuestionado sobre todo desde la promulgación de la actual Constitución en que primó como valor la libertad individual.

En este contexto, Giovanni B. FERRI⁵⁰, da un giro en la concepción sobre la causa al cuestionar su concepción como función económica-social y crear una nueva denominada función económica-individual. Esta noción, sin abandonar el funcionalismo, pretendía encontrar la causa, no en el tipo contractual abstractamente considerado y reconocido por la ley o por la sociedad, sino en la función concreta del negocio. Desde esta definición la causa se convertirá en la expresión objetiva de las finalidades subjetivas que los autores del negocio intentan conseguir, convirtiéndose en el elemento del contrato que técnicamente vincula a la operación económica, entendida en su globalidad, con los sujetos que son sus autores.

A partir de ese momento en el Derecho italiano comenzó lo que se dio a llamar la dualidad en la concepción de la causa del contrato, manteniendo todavía relevancia la concepción de la función económico-social, pero comenzando a penetrar la idea de función económico-individual cada vez con mayor énfasis. Para PERLINGIERI: "Si opera, cosí, una duplicazione tra causa astratta e causa concreta"⁵¹, entendiendo como causa abstracta a la noción de función económico-social y como causa concreta a la de función económico-individual.

49 DESHAYES, O., T. GENICON et Y. LAITHIER: *Réforme du droit*, cit., p. 171.

50 Vid. FERRI, G. B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè editore, Milán, 1966, pp. 251 y ss.

51 PERLINGIERI, P.: *Manuale di diritto civile*, 8ª edizione interamente riveduta e integrata con indicazioni giurisprudenziali, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 491.

No obstante, es importante señalar, que aun cuando este cambio de idea comporta una subjetivización de la causa nunca se llega en Italia a identificar a la causa con los motivos de las partes, siempre se mantiene la idea de función vinculada a los efectos que produce el contrato en el contexto de la operación económica⁵². Así, con un concepto diríamos abarcador, ALPA decide conceptualizar a la causa simplemente como función económica sin los apelativos polémicos de social o individual: “La causa è lo scopo del negozio (...) La causa dunque è la funzione economica che adempie il negozio che si conclude”⁵³. No obstante, el autor sostiene que la doctrina italiana actual se decanta mayoritariamente por la idea de causa concreta producto a las mayores posibilidades prácticas que ofrece: “La dottrina moderna, invece, ha abbandonato la teoria tradizionale e preferisce parlare di causa come fondamento economico individuale del contratto; in questo senso, nella causa rientrano le aspettative che le parti oggettivamente potevano nutrire sui risultati dell'affare. Le anomalie di funzionamento della causa sconvolgono l'economia dell'affare. Le anomalie di funzionamento della causa sconvolgono l'economia dell'affare e quindi richiendono l'intervento del giudice per riportare l'affare al piano di distribuzione dei rischi, dei vantaggi e degli svantaggi che le parti avevano elaborato”⁵⁴.

En la jurisprudencia, la concepción de causa como función económico-social continuó en todo el siglo XX como preponderante, incluso a inicios del siglo XXI todavía podemos encontrar sentencias que proclaman: “La causa del contratto si identifica con la funzione economico-sociale che il negozio obiettivamente persegue e che il diritto riconosce come rilevante ai fini della tutela apprestata, rimanendo ontologicamente distinta rispetto allo scopo particolare che ciascuna delle due parti si propone di realizzare; ne consegue che si ha illiceità della causa, sia nell'ipotesi di contrarietà di essa a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, sia nell'ipotesi di utilizzazione dello strumento negoziale per frodare la legge, qualora entrambe le parti attribuiscono al negozio una funzione obiettiva volta al raggiungimento di una comune finalità contraria alla legge”⁵⁵. Centrándose por lo general en la ilicitud de la causa de los contratos atípicos pues la doctrina de la causa abstracta niega la posibilidad de una causa ilícita en los contratos típicos como ya se apuntaba. Es precisamente por esta imposibilidad que la Corte de Casación va acogiendo progresivamente el concepto de causa concreta ligada por

52 Para SANGERMANO (“La Causa”, en *Trattario di Diritto Civile, Contratto in generale*, a cura di P. Cendon, Giuffrè editore, Milano, 2016, p. 221): “L'aspetto funzionale sussiste nella causa, ma tale aspetto va letto e interpretato del punto di vista dell'individuo o degli individui autori del negozio giuridico: la causa è, quindi, funzione economico-individuale”.

53 ALPA, G.: *Manuale di Diritto Privato*, Nona edizione, Wolters Kluwer CEDAM, Vicenza, 2015, p. 406.

54 Ídem, p. 409.

55 Cass., Sez. III, 4 aprile 2003, n. 5324. Todas las sentencias italianas citadas fueron consultadas en www.leggiditalia.it

lo general a casos de negocios en fraude de ley (Cfr. Cass. 23 maggio 1987, n. 4681) y de evasión fiscal (Cfr. Cass. 19 febbraio 2000, n. 1898), según referencia ALPA⁵⁶.

En esta línea, se dicta una sentencia crucial en 2005, sobre todo porque se considera el antecedente más próximo al cambio de jurisprudencia operado un año después. Como hemos señalado la concepción de la causa como función económico-individual vino de la mano de la evasión fiscal, con lo cual no es de extrañar que esta sentencia haya sido dictada por la sección tributaria de la Corte de Casación y no por la civil. Nos referimos a la núm. 22932 por la cual se declaró la nulidad de un contrato de constitución de usufructo de acciones por defecto de causa, alegando que el usufructuario no obtenía ninguna ventaja económica y por lo tanto no se cumplía la función perseguida concretamente en dicho negocio. Vemos como la Corte tiene que aludir a la concepción de causa concreta porque la función económico-social no daba solución al asunto. Dicho contrato respondía a un tipo contractual tutelado por el ordenamiento con lo que no podía alegarse causa ilícita, siendo necesario ir a la concepción concreta al deducir que no existía causa por no cumplirse la finalidad económica del contrato.

El cambio definitivo de criterio jurisprudencial operó con la emblemática sentencia núm. 10490 dictada el 8 de mayo de 2006 por la sección III de la Corte de Casación. El caso conflictual se trataba de un contrato de consultoría celebrado entre una sociedad y su administrador. La Corte entendió que la causa de dicho contrato era la operación económica en que se insertaba, o sea el intercambio de la actividad de consultoría que realizaría el administrador y la correspondiente compensación económica que le daría la sociedad, el problema radicaba en que tal actividad consultora ya era desarrollada por el administrador en cumplimiento de los deberes propios de su cargo, con lo cual la causa de dicho contrato padecía de un defecto: su inexistencia. Es notable como la sentencia no duda en afirmar: “La causa quale elemento essenziale del contratto non deve essere intensa come mera ed astratta funzione economico sociale del negozio bensì come sintesi degli interessi reali che il contratto é diretto a realizzare, e cioè come funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti”. O sea comienza a primar la idea de que una concepción abstracta de la causa, vinculada a la función que la norma atribuye en la tipificación contractual, no ofrece pauta para la solución de casos en los que podría apreciarse formalmente el elemento causal pero que en la operación económica concreta no responde a un criterio válido⁵⁷. Así, la causa

56 Vid. ALPA, G.: *Il contratto in generale, I-Fonti, teorie, metodi*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, p. 164.

57 NIVARRA, RICCIUTO y SCOGNAMIGLIO (*Diritto privato*, seconda edizione, G. Giappicheli editore, Torino, 2013, p. 319) señalan: “In questa prospettiva, la causa non si configura più come il tipo astratto, bensì come la concreta funzione che le parti hanno ritenuto di imprimere al contratto e che ora ben potrà risultare illecita se illecite sono gli interessi effettivamente perseguiti”.

comienza a ser entendida como síntesis de los intereses reales que el contrato particular está dirigido a realizar en la operación económica en que se inserta. Nótese que, a pesar de sus semejanzas con la jurisprudencia francesa derivada del caso Point video-club al manejar la causa del contrato dentro de la operación económica concreta en que se inserta, la solución italiana puede calificarse de más objetiva al concebir esta operación económica no como los beneficios esperados por una parte y no conseguidos por razones ajenas al contrato mismo sino como la ausencia de efectos propios, la inoperancia funcional del contrato. Este carácter objetivo de la causa concreta es defendido vehementemente por ROPPO: “La concezione concreta della causa non significa (e non deve implicare) un ritorno alla concezione soggettiva della causa (...) ‘Concreto’ non s’identifica con ‘soggettivo’; la concretanza può (e qui deve) declinarsi in termini di oggettività”⁵⁸.

Tras esta sentencia, el criterio de la causa concreta fue ampliamente acogido en la jurisprudencia del máximo foro italiano (Cfr. Cass. 11 giugno 2007, n. 13580; Cass. 12 novembre 2009, n. 23941; Cass. Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 394; Cass. Sez. Un., 18 marzo 2010, n. 6538; Cass. 18 agosto 2011, n. 17360; Cass. 21 dicembre 2012, n. 23713⁵⁹; Cass. 8 aprile 2014, n. 8505). A partir de ella, la causa sirve para controlar el cumplimiento efectivo del interés concreto del negocio, pero también de otros intereses no financieros cuando los propósitos no patrimoniales objetivados han sido frustrados.

Así, en relación con la primera función, en una decisión reciente del Tribunal de Roma sobre contratos turísticos (Cfr. Trib. Roma 28 agosto 2014, n.17551) el juez de instancia, que se adhirió a la reciente dirección de la Corte de Casación sobre la causa, ha afirmado que el caso adquiere una relevancia decisiva también en relación con el destino del evento contractual y de sucesos sobrevenidos que afectan el normal desarrollo de la relación contractual (v. gr. la imposibilidad o la excesiva onerosidad de la prestación). El caso en concreto versaba sobre la pérdida de intereses crediticios en el marco de un periodo vacacional que determinó la extinción de la relación obligatoria debido al defecto del elemento funcional. La pérdida del interés conllevaba a la imposibilidad de realizar la causa real del contrato y esto implicó la disolución de la obligación contractual y la extinción de las obligaciones de ambas partes por el tribunal, ya que la realización del propósito atribuido por las partes del contrato se había vuelto imposible.

58 ROPPO, V.: *Il Contratto*, cit., p. 364.

59 Esta sentencia en particular refiere lo definitivo de este cambio de criterio jurisprudencial: “La causa del contrato, così come affermato da questa corte di legittimità con le sentenze 10490 del 2006, 16315 e 26956 del 2007, non può ulteriormente essere intesa, in censo del tutto astratto, come funzione economico-sociale del negozio, svincolata tout court dalla singola fattispecie contrattuale, bensì come funzione economico-individuale del singolo, specifico negozio, da valutarsi in tali termini sotto il profilo tanto genetico, quanto funzionale; onde la obiettivazione (quale quella verificatasi nel caso di specie) di un motivo di cui la controparte sia resa espressamente partecipe è destinata ad integrare l’elemento causale della convenzione negoziale nella misura in cui esso risulta determinante della formazione del consenso”.

Mientras que, la segunda función es fundamentada por SANGERMANO, cuando afirma: “La nozione di causa quale funzione economico-individuale oltre a rilevare quale generale criterio ermeneutico negoziale, consente l’individuazione in via interpretativa anche degli interessi non patrimoniali del contratto, allorché finalità e motivi di tipo non patrimoniale specifici ed oggettivati siano rimasti frustrati o vanificati, venendo meno in tal modo la causa del contratto quale profilo concreto del singolo negozio. In tal senso, secondo la piú recente giurisprudenza di legittimitá, la causa assume rilevanza tanto sul piano genetico, quanto su quello funzionale”⁶⁰.

Otro concepto que se viene manejando en la reciente doctrina, tal vez vinculado a la idea de causa concreta, es la de síntesis del contrato que como novedad a la concepción de FERRI vincula a la causa con la idea de tipo, desechada totalmente en la obra de este autor. Al querer desechar la idea socializante de la causa objetiva e identificarse con la de individualizar la causa, FERRI niega la vinculación de causa y tipo contractual⁶¹. Esta identificación de tipo contractual con tipicidad legal o social es el mayor error tanto de la doctrina objetiva (Cfr. DE RUGGIERO, BETTI) como de FERRI, el tipo contractual es la configuración de un contrato, es el resultado de una estructura ligada a unos efectos, la tipicidad legal o social es la aprehensión que la ley o la sociedad hacen de un tipo preexistente por el uso reiterado de esa tipología contractual. Es por esa razón que sí se puede identificar a la causa con el tipo, sin significar esto que cada contrato individualmente considerado no pueda tener una causa-función distinta a la legal y socialmente determinada porque los llamados contratos atípicos e innominados también responden a la idea de tipo como causa contractual. Así lo entiende PERLINGIERI cuando afirma: “... la causa può essere anche funzione identificata dalla sintesi degli effetti giuridici diretti e essenziali del contratto senza che questo comporti l’identificazione con il tipo. ‘Sintesi’ indica la relativizzazione degli effetti con riferimento al concreto negozio: gli effetti giuridici essenziali sono ‘colorati’ dai concreti interessi che l’operazione è diretta a realizzare e che non possono essere precisati se non mediante l’individuazione degli effetti, anche legali”⁶².

Por último, sería oportuno esbozar cómo se comportan los criterios anticausalistas en el Derecho italiano, tan influenciado por los postulados de la Academia de Pavía. Es de destacar, no obstante, que siempre que se ha esgrimido desde la doctrina un argumento a favor de la supresión de la causa este ha sido refutado con otro procausalista. Así, a la “morte presunta della causa”⁶³ se

60 SANGERMANO, F.: “La Causa”, cit., p. 213.

61 Vid. FERRI, G. B.: *Causa e tipo*, cit., *passim* y también “Operazioni negoziali (complesse) e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico”, en *Dir. giur.*, 2008, pp. 317 y ss.

62 PERLINGIERI, P.: *Manuale*, cit., p. 491.

63 CASTRONOVO, C.: *Prefazione all’edizione italiana, Principi di diritto europeo dei contratti, parte III*, Milano, 2005, p. XXVII.

contraponen su "invisibile presenza"⁶⁴, mientras que a la "morte e resurrezione della causa"⁶⁵ se ha replicado "non essendo mai morta, la causa è impossibile che sia risorta"⁶⁶. Pero ha sido inevitable para la doctrina hablar de "tramonto della causa"⁶⁷; de "perdita di terreno della causa" y "erosione dell'area di incidenza del tema della causa"⁶⁸, de "eclissi del problema della causa"⁶⁹. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia italiana continúan utilizando el elemento causal del contrato para su control, ahora más efectivo al ir más allá de su simple estructura para incluir sus efectos. Con lo cual, si bien la noción de causa regulada por el Codice no es la preponderante, la función práctica que perseguía dicha regulación sigue vigente.

IV. LA CONSIDERATION.

Para nuestro sistema de Derecho acercarnos a cualquier figura del Derecho anglosajón es una tarea harto compleja y más si se trata de dos instituciones tan peliagudas como lo son la causa y la consideration. Hoy gran parte de la doctrina⁷⁰ e incluso los textos normativos supranacionales analizados las homologan tratándolas como instituciones análogas. Pero, ¿es la consideration la causa del contrato en el *common law*? Para responder esta interrogante lo primero que hay de dilucidar es qué es la consideration y cuál es su rol en el *Contract law*.

Definir a la consideration ya es de por sí difícil. Todos los autores al acercarse al tema traen a colación la que, desde la jurisprudencia, diera LUSH J en el caso *Currie v. Misa* de 1875: "A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility, given suffered, or undertaken by the other"⁷¹. Definición que no por clásica se ha convertido en obsoleta, pues vemos que autores más contemporáneos la siguen sin notables alteraciones, así, MCKENDRICK señala que: "...consideration is about reciprocity or bargains. In order

64 FERRI, G. B.: "L'invisibile presenza della causa del contratto", *Europa e diritto privato*, núm. 4, 2002, pp. 897 y ss.

65 BRECCIA, U.: "Morte e resurrezione della causa: la tutela", en *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, (coordinado por S. MAZZAMUTO), G. Giappichelli editore, Torino, 2002, pp. 241 y ss.

66 FERRI, G. B.: "L'invisibile presenza", cit., p. 901.

67 SICCHIERO, G.: "Tramonto della causa del contratto?", *Contratto e impresa*, vol. 19, núm. 1, 2003, pp. 100 y ss.

68 SCOGNAMIGLIO, C.: "Il problema della causa: la prospettiva del diritto privato europeo", *Roma e America. Diritto romano comune*, núm. 12, 2001, pp. 327 y ss.

69 ROLLI, R.: *Causa in astratto*, cit., p. 124.

70 MARKESINIS, B. S.: "Cause and consideration: A study in parallel", en *Foreign Law and Comparative Methodology: A subject and a thesis*, editorial Hart Publishing, Oxford, p. 47; ENTENZA ESCOBAR, P. F.: "Causa y consideration", *Revista de Derecho de Puerto Rico*, año IV, núm. 275, 1965, p. 964; FERRI, G. B.: "L'invisibile presenza", cit., p. 899; GUZMÁN BRITO, A.: "La doctrina de la consideration en Blackstone y sus relaciones con la causa en el *ius commune*", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. XXV, año 2003, p. 375; MALO VALENZUELA, M. Á.: "Requisitos de validez del contrato en el Derecho uniforme", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 708, Año 84, 2008, p. 1769.

71 Com. Dig. Action on the Case, Assumpsit, B. I-15.

to be entitled to enforce a promisee must have given something in return for the promise"⁷², mientras que MURRAY apunta que: "The requirement for a mutual exchange of something of value between the parties has developed into the modern doctrine of consideration"⁷³.

No obstante, y antes de explicar en qué consiste la institución partiendo de esas definiciones, es importante describir grosso modo cómo se comportan los contratos en el *common law*. Los contratos en derecho anglosajón se clasifican en *contract under seal* y *simple contracts*. Esta clasificación atiende a la forma del contrato, los primeros son los celebrados mediante deed que es un escrito firmado y sellado mientras los segundos no tienen formalidades especiales. En el primer supuesto la fuerza legal, o sea la exigibilidad, la brinda la formalidad, mientras que los segundos para ser exigibles necesitan una valuable consideration. Es decir que esta institución que nos ocupa opera en el ámbito de los simple contracts como alternativa a la formalidad⁷⁴.

O sea que el papel de la consideration no es otro que el de un control de la promesa por parte del tribunal. Así lo refieren también KOFFMAN y MACDONALD cuando señalan: "The various rules which we call <consideration> simply represent the method that our law has developed for distinguishing between enforceable and unenforceable promises"⁷⁵.

Básicamente, la esencia de la doctrina de la consideration es que una promesa contenida en un *simple contract* no es exigible a menos que por ella se haya dado o prometido dar algo a cambio o que el promisor haya obtenido (o se le haya prometido) algo a cambio. En otras palabras, a debe ser una obligación sinalagmática dada cuenta que el Restatement (Second) of Contracts señala: "In the typical bargain, the consideration and the promise bear a reciprocal relation of motive or inducement: the consideration induces the making of the promise and the promise induces the furnishing of the consideration"⁷⁶. De aquí es importante señalar dos aspectos, el primero es que la consideration se valora en relación con la promesa no con el contrato, entendida promesa como la prestación, o sea parecido a lo que pasaba en el Derecho francés (donde la causa lo era de la obligación y no del contrato) aquí no se analiza el contrato en su marco global sino que se enfoca en un análisis de las prestaciones de forma independiente, esto lo sostiene TREITEL: "What the law is concerned with is the consideration for a

72 MCKENDRICK, E.: *Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 158-159.

73 MURRAY, R.: *Contract Law*, third edition, Sweet & Maxwell, London, 2014, p. 74.

74 Esta clasificación y lo que de ella se deriva nos recuerda la doctrina tardo-romana del *vestimentum*, cuando se comenzaba a tutelar las promesas que no entraban en los rígidos tipos contractuales del Derecho Romano clásico.

75 KOFFMAN, L. and E. MACDONALD: *The law of contract*, fifth edition, Lexis Nexis, London, 2004, p. 57.

76 Restatement (Second) of Contracts § 71 (*American Law Institute 1981*)

promise – not the consideration for a contract⁷⁷. Por otra parte, la doctrina⁷⁸ es conteste en que la consideration puede cumplirse por la presencia de un beneficio o de un detrimento pues la ley no exige que ambos elementos estén presentes aunque por lo general lo estén, lo cual se extrae de la propia definición dada por LUSH.

Por otra parte, CHESHIRE, FIFOOT y FURMSTON⁷⁹ clasifican la consideration en dos categorías: executory and executed. La consideration se denomina executory cuando la promesa se hace a cambio de una contrapromesa, mientras que se llama executed cuando se hace a cambio de la ejecución de un acto.

No obstante, más que la definición en sí, lo que importa al derecho anglosajón son las llamadas reglas de la consideration, sosteniéndose incluso que: "Although we refer to <the> doctrine of consideration, it must be stressed that this doctrine, in fact, consist of a number of different rules, developed over a long period"⁸⁰. Así, la consideration se rige por tres reglas: I- consideration must be sufficient but need not be adequate, II- consideration must not be past y III- consideration must move from the promisee⁸¹.

La primera regla señala que la consideration debe ser suficiente pero no tiene porqué ser adecuada, o sea exige que se dé algo de valor a cambio de una promesa, pero ese algo no tiene que constituir un equivalente. En resumen, la doctrina de la consideration requiere que exista una contraprestación pero no que haya un equilibrio patrimonial. Son las partes y no el órgano jurisdiccional los que en general determinan si se trata de un buen o mal negocio⁸². Con lo cual el énfasis de la consideration está en el quid pro quo pero no en el quantum, no pudiéndose sostener la figura de la lesión o de la rebus sic stantibus en base a ella. Este hecho nos hace pensar que la consideration no se trata sino de otra formalidad vacía de contenido efectivo, la base justificativa del sinalagma es la equivalencia, mientras que esta primera regla lo único que exige es que exista una

77 TREITEL, G.H.: *The Law of Contract*, ninth edition, Sweet & Maxwell, London, 1995, p. 64

78 McKENDRICK, E.: *Contract*, cit., p. 160; TREITEL, G.H.: *The Law*, cit., p. 64, este último en particular señala: "Thus detriment to the promisee suffices even though the promisor does not benefit". En la jurisprudencia *O'Sullivan v. Management Agency & Music Ltd* (1985) Q.B. 428, 461.

79 CHESHIRE, G.C., C.H.S. FIFOOT y M.P. FURMSTON: *Law of contract*, Butterworths, London, 1991, p. 61.

80 KOFFMAN, L. and E. MACDONALD: *The law*, cit., p. 57.

81 No obstante, para MURRAY (*Contract*, cit., pp. 76 y ss.) la segunda regla es: Consideration must have some economic value, colocando el requisito de futuridad dentro de la primera regla referida a la bastedad de la consideration.

82 Sin embargo, este punto ha sido objeto de decisiones contradictorias en sede jurisprudencial, así, en *Thomas v. Thomas* (1842) 2 QB 851, 859, PATERSON J sostuvo que "consideration means something which is of some value in the eye of the law", posición difícil de conciliar con la sostenida por Lord SOMERVELL en *Chappell & Co Ltd v. Nestlé Co Ltd* (1959) UKHL 1: "a contracting party can stipulate for what consideration he chooses".

contraprestación lo cual puede ser cause evidente para acoger contratos gratuitos a través de la figura del negocio indirecto⁸³.

La segunda regla se centra en la noción de obligación preexistente y señala que una consideration pasada no es consideration, eso significa que no se pueden tomar como fundamento de la promesa acontecimientos o declaraciones que ocurrieron con anterioridad a aquella. Señala TREITEL⁸⁴ que al determinar si la consideration ya pasó el tribunal no está obligado a aplicar una prueba estrictamente cronológica, ya que si existe vínculo efectivo entre la consideration y la promesa el orden exacto en que ocurren estos eventos no es decisivo. Con lo cual, el énfasis de esta segunda regla es sobre la vigencia, o mejor, sobre la justificación real que pueda tener el acontecimiento o la promesa pasada para servir de contraprestación a la actual. Esto se ve más claro cuando se analizan los tres supuestos en que se valora si procede o no la past consideration, para MCKENDRICK⁸⁵ estos son: I- el desempeño de un deber contractual con un tercero, II- el desempeño de un deber contractual con el promisor y III- el desempeño de un deber impuesto por la ley.

Como regla general, el cumplimiento de una obligación contractual preexistente debida a un tercero constituye una consideration válida para una promesa dada a la otra parte, posición que está respaldada por varios precedentes (Cfr. *Shadwell v. Shadwell* (1860) 9 CB (NS) 159, *The Eurymedon* (1975 Privi Council), etc). Cuando nos dirigimos al caso de un deber impuesto por la ley, encontramos una imagen diferente, la regla tradicional es que el cumplimiento de un deber impuesto por la ley, o la promesa de cumplirlo como deber, no constituye una consideration válida. En este segundo supuesto son claras la palabras de Lord TENTERDEN CJ en *Collins v. Godefroy* (1831) 1 B & Ad 950: "if it be a duty imposed by law upon a party regularly subpoenaed, to attend from time to time to give his evidence, then a promise to give him any remuneration for loss of time incurred in such attendance is a promise without consideration". Tampoco se considera buena consideration el cumplimiento de un deber contractual preexistente con el promisor para una promesa adicional de pago, en este sentido podemos ver la semejanza de razonamiento con la sentencia número 10490 de la Corte de Casación italiana ya analizada supra, de lo que se trata es que no se justifica una prestación nueva a cambio de algo que ya se estaba obligado a hacer.

83 Al respecto señala el Restatement (Second) of Contracts § 71 (1981): «In most commercial bargains there is a rough equivalence between the value promised and the value received as consideration. But the social functions of bargains include the provision of opportunity for free individual action and exercise of judgment and the fixing of values by private action, either generally or for purposes of the particular transaction. Those functions would be impaired by judicial review of the values so fixed. Ordinarily, therefore, courts do not inquire into the adequacy of consideration, particularly where one or both of the values exchanged are difficult to measure. Even where both parties know that a transaction is in part a bargain and in part a gift, the element of bargain may nevertheless furnish consideration for the entire transaction.»

84 TREITEL, G.H.: *The Law*, cit., p. 73.

85 MCKENDRICK, E.: *Contract*, cit., p. 171.

De la tercera regla se extraen dos ideas fundamentales que ya se apuntaban al inicio: el receptor de la promesa debe proporcionar la consideration pero no es necesario que esta afecte al promitente. La primera idea señala que una persona a quien se le hizo una promesa solo puede hacerla cumplir si él mismo proporcionó la consideration de la misma, aunque no es necesario que tenga que proporcionar la totalidad de la consideration, siendo admisible una consideration proporcionada en parte por él y en parte por un agente o un socio. Por su parte la segunda idea señala que el requisito de la consideration puede cumplirse siempre que el prometido sufra algún detrimento patrimonial a petición del promitente, aunque no sea receptor del beneficio prometido, lo cual permite la celebración de un contrato a favor de tercero. Sin embargo, esta tercera regla no se aplica en el Derecho norteamericano, donde el Restatement señala: "It matters not from whom the consideration moves or to whom it goes. If it is bargained for and given in exchange for the promise, the promise is not gratuitous"⁸⁶.

El estudio de estas reglas nos ofrece una visión mucho más abarcadora de lo que es la doctrina de la consideration, ya que los tribunales anglosajones por lo general tienen una visión esencialmente pragmática del requisito. Las decisiones que se adoptan bajo el amparo de las reglas de la consideration no siempre son coherentes entre sí y, en algunas circunstancias los tribunales inventarán la consideration para que la promesa en cuestión sea vinculante. Es por eso que, en los tiempos más recientes, las sentencias han recurrido a otra figura para hacer cumplir algunas promesas que no encajan directamente en las reglas de la consideration pero que consideran de justicia hacerlas cumplir: el estoppel.

Señala MCKENDRICK⁸⁷ que "estoppel" no es una palabra que se usa en el lenguaje cotidiano y es un concepto que es difícil de explicar, en gran parte porque parece desafiar la clasificación. Lo cual se deduce también de las principales definiciones. Una de las más icónicas es la dada por Lord DENNING MR en *Moorgate Mercantile Co Ltd v. Twitchings* (1976) 1 QB 225, donde señala: "Estoppel... is a principle of justice and of equity. It comes to this: when a man, by his word or conduct, has led another to believe in a particular state of affairs, he will not be allowed to go back on it when it would be unjust or inequitable for him to do so". En esa misma línea conceptual se mueve COOKE cuando define: "Estoppel is a mechanism for enforcing consistency; when I have said or done something that leads you to believe in a particular state of affairs, I may be obliged to stand by what I have said or done, even though I am not contractually bound to do so"⁸⁸.

⁸⁶ Restatement (Second) of Contracts § 71 (1981)

⁸⁷ MCKENDRICK, E.: *Contract*, cit., p. 158.

⁸⁸ COOKE, E.: *The Modern Law of Estoppel*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 1

En resumen, por estoppel la doctrina se refiere a un mecanismo para hacer cumplir la consistencia de la promesa: cuando he dicho o hecho algo que lleva a creer en un estado de cosas en particular, es posible que me obliguen a defender lo que he dicho o hecho, aunque no estoy obligado a hacerlo por contrato a falta de consideration. COOKE describe en su obra tres tipos diferentes de estoppel: la ilustración de pago bancario es un ejemplo de estoppel por representación, la interpretación hipotética del contrato es un ejemplo de estoppel por convención y la ilustración que involucra al arrendador es un ejemplo de impedimento equitativo o promisorio⁸⁹.

Se trata sin dudas de una doctrina que ha evolucionado notablemente en la jurisprudencia y que poco a poco se impone como una alternativa más flexible y justa que la consideration. Así, HALSON⁹⁰ describe a través de casos la fuerza que va ganando el estoppel como fundamento de la validez de la obligación, señala que primero solo podía ser usado como defensa (Hughes v Metropolitan Railway [1876-77] LR 2 App Cas 439), luego pudo ser utilizado por una parte que busca hacer cumplir una reclamación basada en una causa reconocida de acción para derrotar a la defensa o la contrademanda de la otra parte (Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd [1947] KB 130), después pudo ser utilizado por la parte que busca hacer cumplir una reclamación para probar un elemento de una causa de acción reconocida (Robertson v. Ministry of Pensions [1949] 1 K.B. 227), también pudo ser utilizado por una parte que busca hacer cumplir una reclamación para probar todos los elementos de una acción de causa reconocida (The Henrik Sif [1982] 1 Lloyd's Rep 456), hasta considerar que ha creado una nueva causa de acción (Combe v. Combe [1951] 2 KB 215).

Esta evolución de la doctrina del estoppel en detrimento de la doctrina de la consideration, nos hace preguntarnos sobre el futuro del tema en el *common law*. En sentido general la consideration no goza de muy buen criterio entre los académicos anglosajones, las críticas que se le imputan no distan mucho de las que se infieren contra la causa, así, MCKENDRICK señala: "... the doctrine of consideration is a doctrine that is under attack. It does not appear to fit with the demands of commercial practice and it is difficult to explain its existence and content in theoretical terms. Further, as a result of the tension that exist between Williams v. Roffey Bros, on the one hand, and Foakes v. Beer, on the other, the doctrine cannot even be said to be internally coherent"⁹¹. No obstante, se pueden vislumbrar dos posturas claras: los que optan por mantenerla a pesar de las críticas que le lanzan y los que quieren abolirla. Dentro de los primeros destaca

89 Ídem. pp. 54 y ss.

90 HALSON, R.: "The offensive limits of promissory estoppel", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1999-Part 2, pp. 259-261.

91 MCKENDRICK, E.: *Contract*, cit., p. 267.

Lord STEYN, quien, a pesar de no agradaarle la institución, señala lo innecesario de su supresión: "I have no radical proposals for the wholesale review of the doctrine of consideration. I am not persuaded that it is necessary. And great legal changes should only be embarked on when they are truly necessary. First, there are a few cases where even in modern times courts have decided that contractual claims must fail for want of consideration (...) Secondly, it seems to me that in recent times the court have shown a readiness to hold that the rigidity of the doctrine of consideration must yield to practical justice and the needs of modern commerce"⁹². En el otro extremo se ubica ATIYAH, quien es un firme promotor de la abolición de la consideration, pero propone sustituirla con otro medio de control de las promesas: "...to abolish the doctrine of consideration, therefore, is simply to require the court to begin all over again the task of deciding what promises are to be enforceable. They will, of course, have to use new technical justifications for this task, and the obvious one that lies to hand is the 'intent to create legal realltion'"⁹³.

No obstante, el principal ataque a la doctrina de la consideration viene de la mano del Contract Code de Harvey MCGREGOR, que es un proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa para poder presentar una propuesta unificada de Derecho inglés en el marco de la codificación europea. Es de notar que MCGREGOR, sin hacer una enumeración de los elementos del contrato, si divide la estructura de sus "contratos válidos" en acuerdo contractual, forma y contenido, eliminando el requisito de la consideration⁹⁴. Aunque el Contract Code nunca fue sancionado sin dudas constituye un poderoso referente académico no solo en el Derecho inglés sino en todo el Derecho europeo.

Ahora bien, después de esbozar algunos elementos conceptuales de la doctrina de la consideration continúa la interrogante que abría este epígrafe: ¿es la consideration la causa del contrato en el *common law*?

Hay un sector importante de la doctrina que considera erróneo homologar las instituciones (Cfr. BRESSE⁹⁵ en Francia, JENKS⁹⁶ en el propio Derecho inglés, GUTIÉRREZ JEREZ⁹⁷ en España), pero lo cierto es que son dos figuras que tienden a vincularse al punto que en los referidos comentarios a los PECL y PICC se unen para señalar que el acuerdo suficiente sin otro requisito excluye la causa y la consideration.

92 STEYN, J.: "Contract Law: Fulfilling the reasonable expectations of honest men", en *Law Quarterly Review*, vol 113, 1997, p. 437.

93 ATIYAH, P.S.: "Consideration: A Restatement", en *Essay on Contract*, Oxford University Press, 1986, p. 241.

94 Vid. MCGREGOR, H.: *Contract Code*, cit., pp. 37-65.

95 BRESSE, R.-J.: *La Théorie de la "consideration" en droit anglais*, thèse pour le doctorat, Université de Dijon, 1919, p. 6.

96 JENKS, E.: *El derecho inglés*, (traducido por J. PANIAGUA PORRAS), Reus, Madrid, 1930, pp. 447 y ss.

97 GUTIÉRREZ JEREZ, L. J.: "La consideration del derecho anglosajón y el sistema de negocio causal español", *Actualidad Civil*, 2005-I, La Ley, Madrid, 2005, pp. 1184 y ss.

La homologación, señala RAMÍREZ DE LA TORRE⁹⁸, proviene de una doctrina sentada en 1874 por Lord DE VILLIERS, entonces Justicia Mayor (Chief Justice) de la colonia del Cabo de Buena Esperanza, que indujo al Tribunal Supremo de la Colonia a establecer que en el Derecho romano holandés la causa llamada "oorzaak" en un contrato era equivalente a la valuable consideration del Derecho inglés, doctrina que fue unánimemente admitida en los Tribunales del Cabo hasta 1904. Pero, más allá de esa puntual decisión histórica, parece ser que lo que más une a ambas instituciones es su rol en el control de las promesas y los contratos, en efecto, señalamos que la consideration es en el Derecho anglosajón el método para decidir qué promesas resultan exigibles y cuáles no, mientras que, en la tradición francesa, y más acentuadamente en los objetivistas italianos, la causa tiene dentro de sus funciones la de control de juricidad del negocio⁹⁹.

Hay que señalar, sin embargo, que la causa y la consideration tienen más puntos en común, diríamos que la consideration es una especie de causa, solo que esta doctrina anglosajona peca de estrechez conceptual en relación con su homóloga latina. En efecto, la consideration responde a una concepción de tipo negocial genérico, puede identificarse como una causa credendi, incluso tiene puntos de contacto con la formulación clásica de DOMAT para quien, en los contratos bilaterales, la causa de la prestación de cada parte era la contraprestación de la otra. Con lo cual podríamos someramente afirmar que el *common law* sí acoge a la causa como requisito del contrato, pero la limita a la causa onerosa, desterrando a la causa gratuita e incluso a la remuneratoria teniendo en cuenta la regla *consideration must not be past*. Empero, toda esta armonía conceptual se rompe cuando notamos que la consideration no se trata en realidad de exigir un sinalagma, no busca la equidad contractual, la equivalencia de las prestaciones, sino solamente es una formalidad que exige el estricto Derecho contractual anglosajón. Desde esta perspectiva, la consideration, a diferencia de la causa, no es un elemento intrínseco en la idea de contrato, pueden existir consideration falsas puestas solo para que un contrato gratuito tenga exigibilidad legal incluso el tribunal puede inventar la consideration para salvar una situación injusta. Es por estas razones por la que considero que homologar a la causa con la consideration no solo es artificioso sino incluso perjudicial para la primera.

Cuando los PECL y los PICC señalan que el acuerdo suficiente sin otro requisito basta para la validez del contrato y apuntan en sus comentarios que esa redacción se refiere a la abolición de la consideration y la causa, tienen razón sobre la primera

98 RAMÍREZ DE LA TORRE, J. E. "Causa en el Derecho contractual inglés y en el escocés", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 15, Año II, marzo de 1926, pp. 164 y 165.

99 Al respecto señala CLAVERÍA GOSÁLBIZ (La causa del contrato, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, p. 270): "Por tanto, causa y *consideration* (que no son la misma cosa) son técnicas nacidas para atender el mismo problema: el de los requisitos exigibles para que el Juez deba prestar amparo a la reclamación de un particular (...)"

mas no sobre la segunda. Si lo que persiguen los referidos textos es consagrar un consensualismo contractual, ciertamente hay que decir adiós al modelo romano de tipos legales contractuales y *vestmentum* al estilo de la primera glosa, los contratos así serán válidos sean onerosos o gratuitos y adoptarán la configuración tipológica que quieran las partes, esto significará decirle adiós a la exigencia de una valuable consideration pero en absoluto significa abandonar la causa pues esta sí está en la misma esencia de la noción de contrato. Como señala ATIYAH en su crítica: “Since it is unthinkable that any legal system could enforce all promises it has always been necessary for the courts to decide which promises they would enforce. When the courts found a sufficient reason for enforcing a promise they enforce a promise, they did not enforce it. It seems highly probable that when the courts first used the word <consideration> they meant no more than there was good <reason> for the enforcement of a promise. If the consideration was <good>, this meant that the court found sufficient reason for enforcing the promise”¹⁰⁰. Esa buena razón no la encontraremos en una formalidad vetusta sino en el elemento que configura al contrato: la causa.

V. ¿SUBSISTIRÁ LA CAUSA EN EL DERECHO ESPAÑOL?

En el Derecho español actual existe una gran polémica doctrinal sobre la pervivencia de la causa, signada, sin dudas, por los proyectos de renovación de la Teoría General de las Obligaciones y Contratos y en consonancia siempre con los dictados del Derecho comunitario europeo.

La doctrina y la jurisprudencia españolas llegan al siglo XXI con lo que han llamado concepción dualista o sincrética de la causa, acogida por el Tribunal Supremo, que conjuga adecuadamente la causa objetiva del contrato – o sea la función económico social– con los motivos “causalizados”. Esta concepción la podemos apreciar incluso en jurisprudencia reciente: “Aun cuando la causa no aparece conceptualmente definida en el Código Civil y el propio legislador utiliza una terminología equívoca, pues unas veces habla de causa de la obligación (art. 1261-3º) y otras de causa del contrato (arts. 1275, 1276 y 1277), puede afirmarse que se trata del fin objetivo o inmediato del negocio jurídico o la función económica y social que el Derecho le reconoce como relevante, sin perjuicio de que los móviles subjetivos -en principio, ajenos a la causa- puedan considerarse integrados en la misma cuando se han objetivado mediante su expresión en el propio negocio como fundamento del mismo o se trata de móviles ilícitos, los que vienen a integrar los llamados motivos casualizados”¹⁰¹. La doctrina más dedicada al tema ha acogido también esta postura, con una gran influencia de la

100 ATIYAH, P.S.: “*Consideration*”, cit., p. 181.

101 STS núm. 83, de 19 de febrero de 2009, ponente SALAS CARCELLER. Todas las sentencias españolas fueron consultadas en <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

renovación del concepto de causa en el Derecho italiano, así tanto DE CASTRO¹⁰² como CLAVERÍA¹⁰³ defienden la tesis de la causa concreta como una noción mixta entre objetivismo y subjetivismo, posición mantenida aún en los más recientes Comentarios al Código Civil español¹⁰⁴.

En sede jurisprudencial, las sentencias argumentadas en base a la causa han estado dirigidas fundamentalmente a la cuestión de la ilicitud, en la cual –como veíamos también en Francia e Italia– ha sido utilizada para solucionar una multiplicidad de supuestos, algunos no directamente contrarios a una norma imperativa. Así, se ha fundamentado la nulidad en ilicitud de la causa para contrarrestar los siguientes casos: connivencia de los contratantes de enriquecerse arbitrariamente a costa de los demás (STS 31.10.1955), pacto de “cuota litis” (STS 12.11.1956), fijación de intereses excesivos (STS 22.10.1990), privación de derechos al cónyuge supérstite (STS 15.11.1991), condonación parcial de la deuda a un ente público, que este consiguiera debido a la angustiosa situación económica del acreedor (STS 5.4.1993), contratos celebrados a perpetuidad (STS 26.10.1998), fraude de acreedores (STS 3.11.2015), entre muchos otros. Señala en esta línea MARÍN LÓPEZ que: “La causa es ilícita cuando es contraria a las leyes o a la moral la función económico-social concreta querida por los concretos contratantes que prestaron consentimiento; como sabemos, dicha función comprende el objeto, la interconexión de las prestaciones y el motivo determinante incorporado a la causa. Por tanto, la ilicitud de cualquiera de estos elementos constituye un supuesto de causa ilícita”¹⁰⁵.

Este ensanche de la noción de ilicitud ha conculcado una reducción al concepto de causa torpe al homologarlos vía jurisprudencial. Si bien DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN dicen que: “Ni toda conducta ilegal lleva tacha de turpitud, ni ésta implica necesariamente contradicción a la Ley”¹⁰⁶, la tendencia actual en la jurisprudencia ibérica es a homologar los conceptos. Así vemos como la STS núm. 313, de 2 de abril de 2002 (ponente DE ASÍS GARROTE) sostiene que no cabe referir el término causa torpe “exclusivamente a los supuestos de quebrantamiento de buenas costumbres, interpretación estricta que no se compagina con una interpretación sistemática, que pasando de su significación vulgar del término <torpe>, hay que entenderlo aplicable a todos los supuestos de contratos con

102 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El Negocio Jurídico*, editorial Civitas, Madrid, 1985, pp. 228 y ss.

103 CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: *La causa*, cit., pp. 134 y ss., 289 y ss.

104 GARCÍA VICENTE, J. R.: “Comentarios a los artículos 1274, 1275, 1276 y 1277”, en *Comentarios al Código Civil, Tomo VII (Arts. 1265 a 1484)*, (dirigidos por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9146-9161; LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M.: “Comentarios a los artículos 1274, 1275, 1276 y 1277”, en *Código Civil Comentado, Volumen III- Libro IV- De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)*, (dirigido por A. CAÑIZARES LAZO, P. CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Segunda edición, Civitas Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 650-661.

105 MARÍN LÓPEZ, M. J.: “La causa del contrato”, en *Tratado de Contratos, Tomo I*, (dirigido por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 675-676.

106 DELGADO ECHEVARRÍA, J. y M. Á. PARRA LUCÁN: *Tratado de la nulidad de los contratos*, editorial Colex, Zaragoza, 2003, p. 100.

objeto o causa ilícita que no sea susceptibles de ser tipificada de infracción penal". Criterio sostenido también por la STS núm. 968, de 8 de febrero de 2008 (ponente AUGER LIÑAN), que se adhiere a lo que define como "una interpretación amplia del término 'torpe', comprensivo de todos los supuestos de contratos con objeto o causa ilícita que no sean calificables de infracción penal, abarcando, por tanto, no sólo lo opuesto a la moral sino también lo que contraría el orden público o la Ley pero sin sanción penal", citando esta como precedente de esa interpretación a la STS núm. 393, de 31 de mayo de 2005 (ponente MARÍN CASTÁN), de la que toma a la letra el párrafo transcrito. Señalando a la postre el comentarista de la segunda sentencia citada que "es patente que se ha asentado como nueva doctrina jurisprudencial la interpretación que conduce a un significado objetivo de la causa torpe (...)"¹⁰⁷.

Contrario sensu, existe una posición doctrinal muy fuerte entre varios académicos de suprimir la causa como elemento del contrato, así como toda alusión a ella en el Código Civil. La voz que con mayor ahínco defiende esta postura es Antonio Manuel MORALES MORENO, quien aboga por mantener todas las funciones que hoy atribuye el Código y la jurisprudencia a la causa, pero sin referencias causales, bien regulando las instituciones de forma autónoma o bien derivando la función a otra figura. Al respecto señala: "El que prescindamos de la causa como requisito del contrato no significa, sin embargo, que las funciones atribuidas hasta ahora a la causa, en los Ordenamientos que utilizan este concepto, dejen de cumplirse, aunque sea de otro modo"¹⁰⁸. Pasando a enumerar las "alternativas" a la causa. Así sostiene: "El problema, que en estos casos se considera como un problema de falta de causa, puede ser también contemplado desde la perspectiva del error (...)"¹⁰⁹, "Para privar de eficacia al negocio simulado no hace falta tomar en consideración la falta de causa, basta tener constancia de que no ha sido querido por los contratantes (...) Lo mismo sucede en los casos de disenso sobre el tipo de contrato que se ha querido celebrar. En este caso no es imprescindible considerar que existe un disenso acerca de la causa. Basta considerar que falta el consentimiento (no hay acuerdo suficiente) sobre un aspecto esencial del contenido del contrato"¹¹⁰, para concluir con un postulado clásico de la doctrina anticausalista: "La causa en este caso no es un elemento del contrato diferenciable de la voluntad, sino un contenido de la voluntad contractual, que muchas veces

107 SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: "Comentario de la sentencia de 8 de febrero de 2008", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Obligaciones y contratos*, (dirigido por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 1648

108 MORALES MORENO, A. M.: "Claves de la modernización del Derecho de Contratos", en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado, Tomo III-I Derecho Patrimonial I*, (coordinado por L. PRATS ALBENTOSA), Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, p. 378.

109 MORALES MORENO, A. M.: "Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos", en *Estudios*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2011, p. 465.

110 *Ídem*. p. 467.

queda oculto (no se explica en una cláusula del contrato), pero relevante para el Derecho, por su posible ilicitud”¹¹¹. Argumentos que traeremos nuevamente a colación al final del presente artículo.

Ahora bien, ante este escenario, ¿cómo se comportan las propuestas para la modernización del Derecho de contratos en España? A esta pregunta se ofrecen tres respuestas a forma de proyectos de modificación o sustitución del Código Civil español.

La más importante de las tres la ofrece la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos elaborada por la sección primera, de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación. Resalta, sin dudas, porque al ser la propuesta digamos “oficial” es la que más probabilidades de ser aprobada tiene, aunque juega en su contra el tiempo, fue publicada en enero de 2009 por el Ministerio de Justicia y aún no ha sido sancionada con lo cual puede convertirse en obsoleta. Esta Propuesta mantiene la referencia a la causa del contrato, aunque con muchas particularidades. Lo primero a señalar es que, por clara influencia de los PECL y el DCFR, la Propuesta no enumera ni menciona los elementos o requisitos del contrato, lo cual se explica en su exposición de motivos aludiendo a la necesidad contemporánea de una contratación sin trabas: “En el mundo contemporáneo se entiende que, desde el punto de vista económico, la celebración y multiplicación de contratos es una buena medida de fomento del desarrollo que siempre se realiza a través o por medio de contratos de todo tipo. De aquí la conveniencia de facilitar lo más posible la contratación y de suprimir muchas de las cortapisas con que puede encontrarse”.

No obstante esta omisión, la propuesta reconoce sin dudas a la causa como requisito del contrato. Esta afirmación resulta evidente si notamos que su regulación hace alusión directa a causales de nulidad y sabemos que este remedio in extremis solo lo ofrece el Derecho cuando existen vicios estructurales que afectan los elementos esenciales del negocio. De esta manera, el art. 1238 establece en su acápite 1 que: “Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral (...)” y en su acápite 2 que: “(...) La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita”. Con lo cual queda demostrado que el contrato ha de tener una causa cierta y lícita.

Señala la exposición de motivos, como entonando un mea culpa, que “... aunque se mantiene la idea de que todo contrato debe estar fundado en una causa lícita, no se dota al elemento causal del contrato del rigor que en el Derecho anterior parecía tener”. Pero, ¿será cierta esta última afirmación? La propuesta

¹¹¹ *Ídem*. p. 470.

de regulación sanciona con pena de nulidad los mismos tres vicios que apunta la legislación vigente: inexistencia, ilicitud y falsedad. Por demás, el propio artículo citado en sus apartados 3 y 4 señalan claramente a la causa como elemento a identificar para brindar un régimen jurídico a los contratos atípicos. Con lo cual cabe preguntarse, ¿cuál es el rigor que pierde la nueva regulación de la causa? Mientras siga siendo nulo el contrato sin causa, con causa falsa y con causa ilícita el rol de este elemento contractual seguirá siendo preponderante, aunque no se le mencione como requisito del negocio.

Mención necesaria requiere el segundo párrafo del apartado primero del citado art. 1238, en él se dispone: “Ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo”. Esta adición a la regulación actual de la causa es producto de un criterio sostenido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que podemos apreciar, entre las sentencias más recientes, en la núm. 756 de 17 de julio de 2008 de la cual fue ponente SEIJAS QUINTANA. El caso a juzgar era un arrendamiento de servicios médicos de unos profesionales que acumulaban puestos de trabajo contraviniendo las normas administrativas de la compatibilidad, el copartícipe de la eventual torpeza intenta aprovecharse de la irregularidad y eludir el pago de la indemnización por el incumplimiento injustificado del contrato, basándose en la ilicitud de la causa del mismo. Mas, el Tribunal Supremo esgrime como argumentos los principios “nemo propiam turpitudinem allegans” e “in pari causa turpe, melior est conditio defendentis”, a la larga los que fundamentan también la regulación comentada, para concluir que no debe el copartícipe de la torpeza poder utilizar la doctrina de la nulidad en su propio beneficio, con la única finalidad de eximirse de las obligaciones contraídas.

La segunda respuesta ha pasado casi desapercibida, la brinda una propuesta elaborada por tres catedráticos catalanes en una obra de carácter meramente académico cuyo principal propósito es servir como parte general de la regulación de los contratos en el pretense Código Civil de Cataluña, pero que en criterio de los autores no se agota en esa intención sino que “tiene una pretensión más general, en este contexto de debate entre propuestas modernizadoras”¹¹². Curiosamente es la propuesta más abiertamente causalista de las tres y la única que acoge una regulación marcadamente objetiva a la usanza de la más clásica doctrina italiana¹¹³, así su art. 8, denominado “Causa del contrato”, establece en sus tres acápites: “1. El acuerdo de voluntades comprende la función jurídica y económica que se pretende obtener con el contrato. 2. La causa del contrato se

112 BOSCH CAPDEVILA, E., P. DEL POZO CARRASCOSA y A. VAQUER ALOY: *Teoría general del contrato Propuesta de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 11.

113 En la página 73 señalan: “La causa o función tiene un sentido puramente objetivo. Sirve para intentar encajar el proyecto jurídico y económico que pretenden las partes del negocio en alguno de los modelos que la ley prevé (...)”.

puede describir con la mera designación del tipo contractual que ha de determinar aquellos efectos del contrato que las partes no hayan regulado expresamente. 3. Si la función del contrato encaja en dos o más tipos contractuales, las reglas de estos se aplican de manera concurrente, en la medida en que sean compatibles y se ajusten a la finalidad perseguida por las partes”.

Dos aspectos destacan en esta obra. En primer lugar, los textos legales con los que concuerdan el precepto (según la propia declaración de los autores las fuentes de inspiración), todos ellos (con la excepción quizá del proyecto de modernización ya comentado) son leyes catalogadas como anticausalistas (Cfr. los Códigos Civiles portugués y holandés y los aludidos PECL y DCFR). Esto contrasta con la ardua defensa de la causa realizada por los autores en el comentario del precepto donde señalan con énfasis que: “(...) el acuerdo de voluntades que constituye la base del contrato debe incluir, de manera explícita o por la mera designación del tipo contractual, una referencia a la causa o función del contrato (...) entendemos que la presencia de este elemento en el acuerdo de voluntades resulta fundamental para la seguridad jurídica y económica que las partes persiguen mediante la celebración del contrato”¹¹⁴.

Por último, analizamos la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil y dada a conocer en mayo de 2018. Esta propuesta tiene la clara intención manifiesta de eliminar la alusión a la causa en su articulado y así lo sostiene en su exposición de motivos: “Nuestra doctrina – sin dudas refiriéndose principalmente a la obra de MORALES MORENO– ha destacado que la noción de causa cumple distintas funciones que, acaso, pueden alcanzarse a través de otros expedientes (...) todas estas funciones se pueden desempeñar sin conservar expresamente la noción de causa”. Destacando además sus fuentes de inspiración para tal supresión: “(...) también se ha tenido en cuenta que en los modelos de referencia del soft law, como los PECL y el DCFR no se contempla la causa. Tampoco se incluye en la reciente reforma del Código Civil francés de 2016”¹¹⁵.

No obstante, este criterio rutilante, al leer la regulación propuesta vemos como, si bien toda referencia al término “causa” ha sido borrada, aparecen con inusitada

114 *Ídem*. p. 71.

115 Asociación de Profesores de Derecho Civil: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 204.

frecuencia los de “fin concreto”¹¹⁶, “finalidad común”¹¹⁷, “fin del contrato”¹¹⁸ y “fin perseguido por las partes”¹¹⁹.

¿A qué está haciendo referencia la propuesta con estos términos? ¿Qué es el fin del contrato o la finalidad común de las partes? Aquí las respuestas se dirigen en una sola dirección. No partamos, sin embargo, de criterios propios sino de lo que la doctrina y jurisprudencia española (sobre todo la más reciente) han entendido por estos términos.

Al definir la causa del contrato, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ señalan: “La causa es el fin o resultado perseguido por las partes con la celebración del contrato”¹²⁰, mientras que en la jurisprudencia podemos encontrar: “La causa es (...) el fin objetivo e inmediato que se persigue en cada contrato (...)”¹²¹, y con mayor desarrollo: “(...) cabe que el móvil o propósito que guía a las partes tenga peso en la determinación de la voluntad negocial, hasta el punto de que se configure en el caso un «propósito empírico común de las partes» que encarne, en ese supuesto, el elemento causal del negocio (...) Pero para llegar a causalizar una finalidad concreta será menester que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo”¹²².

Como podemos ver, la idea de conectar el concepto de causa al de fin o finalidad (ya sea dándole a este último un cariz objetivo, subjetivo o mixto) es frecuente en la obra jurídica española. Por demás, anotamos que la idea de los autores de la propuesta, como la de MORALES MORENO, es regular las funciones de la causa sin la causa, atribuyéndoselas a otros elementos o simplemente dotándolas

116 “Artículo 521-3. Régimen jurídico de los contratos. 1. El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de prestaciones y al fin concreto acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado”

117 “Artículo 521-3. Régimen jurídico de los contratos. (...) 2. Cuando un contrato contiene elementos de diversos contratos típicos, se aplican conjuntamente las disposiciones relativas a dichos contratos en aquello que se adecua con la naturaleza de aquel y con la finalidad común”.

118 “Artículo 526-5. Alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato. 1. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustrare el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución”; “Artículo 527-2. Nulidad parcial. La nulidad de alguna estipulación solo comporta la de todo el contrato cuando por aquella quede esencialmente frustrada la finalidad del mismo según los criterios de la buena fe (...)”.

119 “Artículo 527-1. Nulidad del contrato. 1. La nulidad de pleno derecho de un contrato por ser contrario a una norma imperativa o prohibitiva, o por razón de la ilicitud del fin perseguido por las partes (...) se declara a instancia de cualquier persona con interés legítimo. (...) 3. El contrato nulo de pleno derecho no puede ser convalidado. No obstante, un contrato nulo puede producir los efectos propios de otro contrato distinto si cumple los requisitos de este y, teniendo en cuenta el fin perseguido por las partes, es razonable suponer que estas lo habrían querido de haber conocido la nulidad”.

120 CARRASCO PERERA, Á., E. CORDERO LOBATO y M. J. MARÍN LÓPEZ: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos en general*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 70.

121 STS núm.756, de 17 de julio de 2008, ponente SEIJAS QUINTANA.

122 STS núm. 426, de 19 de junio de 2009, ponente MONTES PEÑADES.

de autonomía preceptual. Pero si analizamos la regulación propuesta vemos que, salvo en la simulación, la mayoría de las funciones de la causa se redirigen a los fines (V.gr. determinar el régimen jurídico de los contratos atípicos, resolver o rescindir el contrato por cambio de circunstancias y nulidad del negocio ilícito, así como su conversión), con lo cual, y visto que en España cuando se dice fin o finalidad se entiende causa, es dar un giro de 360 grados pretendiendo dar uno de 180. Entonces, ¿se eliminó la causa o se le cambió el nombre? La propuesta de la Asociación sabe que la causa no está de moda con lo cual pretende “transformar” un Código causalista en uno finalista, pero de ahí al anticausalismo va mucho.

VI. ¿QUÉ PASA EN LATINOAMÉRICA?

Si bien hemos dibujado hasta ahora un panorama eminentemente europeo, sin dudas, desde el Derecho patrio deberíamos mirar más a nuestro entorno a fin de entrever que soluciones brinda al árido tema de la causa de los contratos.

De matiz parecido a los PECL y a los PICC, de este lado del Atlántico fueron elaborados en octubre de 2014 los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC) que ya cuentan con dos versiones más una en 2016 y otra en 2017, colocando dentro de sus objetivos primordiales la armonización de la legislación regional en relación con la contratación y la adecuación de la misma a los postulados de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG).

Contrario a todos los instrumentos analizados supra, los PLDC regulan ampliamente la causa del contrato. Comienzan colocándola dentro de los elementos esenciales del negocio en su art. 9 junto con el consentimiento, el objeto y en ciertos casos la solemnidad, para luego desarrollarla en su art. 39 donde no tiene óbice en afirmar en su apartado primero: “Toda obligación requiere una causa (...)”.

Los comentaristas de los principios apuntan a tres razones fundamentales para una inclusión tan explícita, contraria a la tendencia contemporánea lo cual le ha conllevado también numerosas críticas¹²³, a saber: la tradición, la unificación y la utilidad práctica de la causa en los Derechos latinoamericanos.

La primera razón nos la ofrece Carlos PIZARRO, coautor y principal impulsor de los Principios. Tras señalar lo intenso de los debates entre los académicos de 8 países latinoamericanos, PIZARRO señala que un elemento de peso en la decisión de mantener a la causa como elemento del contrato fue la tradición: “...una

123 Vid. DE LA MAZA GAZMURI, I.: “The Notion of Contract and its Essential Elements in the PLACL”, en *The Future of Contract Law in Latin America*, edited by R. Momberg and S. Vogenauer, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, pp. 172-177.

institución vieja como la causa, presente en manuales, monografías, fallos y en general en el ethos de la cultura jurídica parecía complejo borrarla o, al menos, osado para varios de los representantes del grupo”¹²⁴. Es de notar como dicho grupo adopta una solución conservadora al decidir ponderar la herencia jurídica latina frente a los fuertes influjos del derecho anglosajón que hoy prima en casi todos los ámbitos de regulación de los contratos.

La segunda razón es probablemente la misma que llevó a los europeos a su supresión: la unificación. En este aspecto vemos como las voces del viejo continente, incluso las más propensas a la causa, se alzan para desechar todo lo que afecte la armonización de tradiciones jurídicas tan diferentes. DE LOS MOZOS señala al respecto: “... hay que partir de lo que nos une, no de lo que nos separa (...) hay que buscar otros caminos para obtener una homologación de resultados, y prescindir, por ello, de lo que nos separa”¹²⁵. Sin embargo, en Latinoamérica casi todos los códigos civiles parten de la regulación y necesidad de la causa como elemento y requisito del contrato, tal vez con las excepciones de Brasil, Paraguay y Cuba para los cuales tampoco es un concepto ajeno a su cultura jurídica al tener regulada la institución en sus legislaciones precedentes, con lo cual la mayoría de los sistemas nacionales son coincidentes en la institución que nos ocupa.

Estas dos razones se armonizan y sustentan mutuamente. Los Principios buscan uniformidad en la tradición, no piden reformas de los Derechos nacionales que se alejen de su construcción doctrinal y jurisprudencial histórica, sino que instan a que las reformas de los códigos más veteranos mantengan su idiosincrasia jurídica adaptada a los nuevos tiempos. Como bien señala PIZARRO: “Lo que proponemos, entonces, es un derecho común de los contratos, orientado en las tendencias del nuevo derecho de la contratación, pero sin renuncia a ciertos particularismos propios a la tradición y a la práctica del derecho en la región”¹²⁶.

No obstante, estas razones son descartadas por DE LA MAZA GAZMURI para quien la coincidencia puede ser un argumento, pero no es decisivo¹²⁷. Con lo cual

124 PIZARRO WILSON, C.: “Presentación” en *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, (coordinados por I. DE LA MAZA, C. PIZARRO y A. VIDAL), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, p. 19.

125 DE LOS MOZOS, J. L.: *Estudios*, cit., p. 108; en esa misma línea MARTÍN PÉREZ (“La causa del contrato”, cit., p. 297): “...si se quiere que la integración jurídica europea culmine con éxito, hay que partir de lo que nos une, prescindiendo de lo que nos separa. Así se entiende que la solución que ha prevalecido es la de guardar silencio sobre la causa o excluirla directamente. Como se ha dicho, quizás no es la solución mejor, pero es la única posible”.

126 PIZARRO WILSON, C.: “Presentación”, cit., p. 21.

127 DE LA MAZA GAZMURI, I.: “The Notion of Contract”, cit., p. 175, como ejemplo pone la regulación de los remedios frente al incumplimiento contractual en la que los PLDC se aleja notablemente de las características de los derechos latinoamericanos para acercarse más a la CISG.

aparece el tercer argumento: la fuerte aplicación práctica que de la causa hacen los derechos latinoamericanos¹²⁸.

La jurisprudencia latinoamericana ha recurrido a la causa para solucionar un sinnúmero de vicisitudes que tanto del contrato como de la relación contractual se derivan. Así han encontrado asidero en la figura de la causa para salvaguardar el equilibrio contractual ante desproporción de prestaciones, cláusulas penales abusivas, lesión y pactos comisorios, para rescindir o resolver el contrato ante un cambio de circunstancias y acoger la teoría de la imprevisión, y para un largo etcétera. Los Derechos latinoamericanos, al igual que antes lo hacía el francés, han entendido la ventaja de contar con un concepto abstracto, una institución maleable que sirva para solucionar circunstancias no previstas expresamente en la norma (que por su propia naturaleza nunca podrá abarcar soluciones absolutas). Como señala nuevamente PIZARRO: "... lejos de lo que se piensa, la causa goza de buena salud en los países de la región latinoamericana"¹²⁹.

Los PLDC han decidido mantener la causa como elemento del contrato en lugar de cambiar su denominación o de recurrir a otras figuras que asuman sus funciones y en este punto también resulta útil volver a lo expuesto por PIZARRO por lo translucido de su fundamentación a este punto: "(...) ¿por qué rechazar una tradición y explicación decantada a propósito de este elemento del contrato? ¿Por qué recurrir a una explicación a través de otro elemento, como el objeto u otras nociones desconocidas para nuestros derechos y olvidar lo avanzado y aplicado a través de la noción de causa? Qué razón para excluir una palabra 'cargada de experiencia social'. A través de esta expresión los juristas latinoamericanos nos comunicamos, entendiendo más o menos lo mismo una vez pronunciada (...) Por esto, el grupo decidió mantener la 'causa'"¹³⁰.

Como vemos la causa tiene un fuerte arraigo en la región además de una enorme utilidad en la resolución de varias vicisitudes que afectan la validez del contrato. Es por lo que, al igual que pasa en las reformas de los ordenamientos europeos, nuestros Derechos nacionales deberían guiarse por los postulados esgrimidos por estos principios formulados a la manera de marco orientador.

128 DE LA MAZA (*op. et loc. cit.*) advierte que: "The second consideration is that both subject-matter and cause have proved serviceable in regulating contractual rights in Latin America.

For example, in the arduous discussions surrounding cause, it was noted that in Chile, «cause» was used as a mechanism of commutative justice to shield the contractual balance from excessive penal clauses. It was also noted that in Colombia it was used, among other things, to explain group contract and the effects of non-compliance of one with respect to the others. It was used for the same purpose in Argentina for both group contracts and chain contracts to explain the repercussions of what happens to one whit respect to the others. In Argentina, it was also employed to resolve matters related to alterations arising from changed circumstances. Furthermore, in general, cause has been used to justify certain restitutions when a contract is terminated. As far as the cause of the contracts based on illicit motivations. Cause, then, has played a useful role in what could be called Latin American contract law".

129 PIZARRO WILSON, C.: "Presentación", cit., p. 19.

130 *Ídem*, pp. 19 y 20.

No obstante, un análisis del tema en la región se vería incompleto sin una remisión al nuevo código argentino por ser el de más reciente promulgación en el continente. El art. 1012 del Código Civil y Comercial de la Nación al regular la causa en sede contractual, remite a las disposiciones del Libro Segundo, Título IV, Capítulo 2, Sección Tercera, referido a la causa de los actos jurídicos introduciendo de forma expresa la causa en la regulación de los contratos. Por otra parte, su art. 281 establece que la causa es "(...) el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad". Esta última norma concuerda con el art. 259, en tanto dispone que el acto voluntario lícito debe tener por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

Así, sostiene LEIVA FERNÁNDEZ: "Cabe señalar el carácter netamente causalista del Código Civil y Comercial de la Nación, puesto de manifiesto al regular en forma conjunta las disposiciones de la causa en los contratos junto a la causa en los actos jurídicos (...)"¹³¹ Con lo cual es importante analizar por qué una norma promulgada en pleno siglo XXI mantuvo un elemento que las voces doctrinales y los textos supranacionales se empeñan en desestimar.

Un recuento de la historia reciente del Derecho de contratos en Argentina nos habla de una opción casi unánime por la causa. Así RIVERA sostenía en el 2004 que: "(...) la doctrina contemporánea argentina se viene inclinando decididamente por las posiciones causalistas (Videla Escalada, Mosset Iturraspe, Borda, Bueres, López de Zavalía, Salerno), con matices en cada uno de los autores, inevitables en este tema, aunque con una clara tendencia a enrolarse en la concepción dualista"¹³². Por su parte todos los proyectos de Código Civil o de modificación al derogado Código de Vélez contenían una regulación positiva de la causa.

El Proyecto de Unificación de 1987 –sancionado como ley 24.032 y luego vetado por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto 2719/1991– en su art. 1197 establecía: "Las convenciones hechas en los contratos, forman para las partes una regla a la que deben someterse como a ley misma si las circunstancias que determinaron para cada una de ellas su celebración y fueron aceptadas por la otra o lo hubiera sido de haberseles exteriorizado, subsisten al tiempo de la ejecución". En apartados siguientes, el art. 1204 del mismo Proyecto preveía la autorización para resolver el contrato por frustración del fin del contrato siempre que tal fin haya sido conocido o cognoscible por las partes. Añade como requisito de procedencia que la frustración provenga de causa ajena a quien la invoca y derive de un riesgo que esta tomó a su cargo en virtud del contrato asumido.

131 LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P.: *Tratado de los contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 52.

132 RIVERA, J. C.: *Instituciones de Derecho Civil Parte General, Tomo II*, tercera edición actualizada, editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 517.

Luego el Proyecto del Ejecutivo de 1993, encargado por Decreto 468/1992, siguiendo la línea de la doctrina clásica, en su art. 851 estableció que "(...) son elementos esenciales de los contratos el consentimiento, el objeto y la causa". Dicho Proyecto reguló la causa haciéndose eco de las críticas efectuadas al Proyecto de Unificación de 1987.

Siguiendo la forma establecida en el Proyecto anterior, el Proyecto de 1998 trató la causa como elemento de los actos jurídicos, dedicándoles los arts. del 253 al 259. A diferencia del Código Civil y Comercial de la Nación, no establecía un acápite aparte para la causa de los contratos. El principio rector en estos artículos era procurar fines lícitos en virtud de las circunstancias existentes al tiempo de celebración del acto jurídico, sea sinalagmático o unilateral, expresaba el art. 253 del Proyecto de 1998. En resumidas cuentas, el Proyecto de 1998 no sólo tenía la exigencia de una finalidad lícita en la concreción del negocio jurídico, sino además que esa licitud en la finalidad debía recaer en ambas partes. En cuanto a los motivos personales de los contratantes sólo serán de relevancia en materia de frustración del fin en tanto estos integren implícita o expresamente el convenio (cfr. art. 257 del Proyecto de 1998). Este Proyecto terminó por amalgamar su postura causalista en el art. 254 pues establece no sólo la presunción de existencia de causa en toda convención jurídica sino también la presunción de su licitud.

Finalmente, el nuevo Código Civil y Comercial fue sancionado en 2014, como se ha reiterado, con un marcado carácter causalista, aunque asumiendo una concepción subjetiva (para algunos mixta) de la causa. Se aprecia allí la influencia de LORENZETTI, uno de los integrantes de la Comisión que proyectó el Código, cuando sostuvo que: "el elemento afectado es la causa-fin, entendida como el motivo concreto que se persigue mediante la obtención del contrato, conocido por ambas partes"¹³³. En los Fundamentos se dio una breve explicación del porqué de la distancia que se tomó respecto de los proyectos anteriores y se hizo referencia al Código de Quebec, a la Propuesta para la modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos de España de 2010 y al Anteproyecto de francés de Catala, todos ellos causalistas.

Argentina ha tenido una historia doctrinal y jurisprudencial adepta a la noción y utilidad de causa del contrato. Con lo cual su nueva legislación ha decidido apuntalar esta tradición armonizándola incluso con concepciones contemporáneas ajenas al Código de Vélez como la doctrina de la imprevisión, de claro cariz causalista en el nuevo Código.

133 LORENZETTI, R. L.: *Tratado de los Contratos. Parte General*, editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s/f, p. 530.

VII. A MODO DE CONCLUSIONES ¿ES PRESCINDIBLE LA CAUSA REGULANDO AUTÓNOMAMENTE SUS FUNCIONES?

Hemos visto como aquellos que propugnan eliminar la causa, e incluso las normas que han optado por suprimirla como elemento esencial del contrato, abogan, no obstante, por mantener todas las funciones que la causa ha desempeñado a lo largo de la historia del Derecho. Es de señalar, sin embargo, que el argumento de la autonomía de las funciones en detrimento de la necesidad de remisión al elemento causal ha calado, en gran parte por su coherencia teórica. Si regulamos como institutos independientes la simulación, la ilicitud, la lesión originaria y sobrevenida, la fiducia, establecemos la necesidad de equivalencia de prestaciones incluso en el Code recogemos la doctrina Chronopost ... ¿para qué hace falta mencionar la causa?, ¿para qué sirve?

Sin embargo, la respuesta positiva a su permanencia y utilidad sigue estando precisamente en el papel que jugó la causa en la formulación de esas instituciones, no tanto ya por ellas sino en previsión de las que pueden venir. A lo largo de este artículo hemos visto como la jurisprudencia, a través del control del elemento causal, dio respuesta certera a problemas que no tenían solución en los preceptos concretos de la legislación nacional. Así, la jurisprudencia italiana acuñó su término de causa concreta para enfrentar problemas de fraude fiscal en los contratos que no podían perseguirse por la legislación tributaria, los franceses tuvieron que acudir a la causa para solucionar un problema de cláusulas abusivas al que no daba respuesta su legislación prevista solo para el ámbito del Derecho de consumo, sin mencionar que los españoles, al no tener regulada la figura de la simulación en su Código, han fundamentado todos los problemas del contrato a través de los vicios de la causa. Aun hoy muchas vicisitudes de la relación contractual siguen siendo solucionadas gracias precisamente al elemento causal, cómo si no podemos hacer ineficaz un contrato cuyas prestaciones sean absolutamente lícitas, pero se realice en el marco de una operación de lavado de dinero o de financiación al terrorismo, en qué elemento contractual encontraremos los visos de ilicitud. Pero no pongamos si quiera la atención en esos problemas ya existentes, sino que propongo pensar en aquellos que pueden surgir, en vicisitudes, anomalías, frustraciones de la relación contractual que no veamos todavía en épocas presentes, aquellas que se avengan con los tiempos futuros y que por lo tanto nos es imposible regular autónomamente desde la actualidad. Para eso es útil la causa y lo es precisamente por dos de sus notas características: su abstracción conceptual y su esencialidad en el contrato y la relación que crea.

En primer lugar, es útil tener en la regulación de los contratos un elemento de carácter abstracto en su conceptualización, al que sea posible acudir para dar solución a circunstancias no previstas. Así vemos como la causa ha asumido un rol

diferente en cada época siempre en función a los problemas prácticos que había que solucionar. En este sentido se pronuncia ALPA cuando sostiene: "Intensa in questo modo ampio e indeterminato la causa diventa uno strumento sufficientemente elástico per il controllo delle pattuizioni private (...)"¹³⁴. Estamos ciertamente ante un elemento de carácter unívoco, pero, generalizador y generalizante en el sentido que puede dar respuesta certera y precisa a un sinnúmero de escenarios posibles y cada una de esas respuestas actualiza el concepto y ensancha sus funciones. Cómo si no puede explicarse, volviendo al mismo ejemplo, que la jurisprudencia española haya podido desarrollar un control tan efectivo sobre los contratos simulados sin una regulación específica de la simulación. Ahora bien, ¿puede otro concepto o elemento cumplir esta función?

Notamos que el papel preponderante de la causa en las nuevas legislaciones lo va ocupando, sigilosa pero progresivamente, la buena fe. En efecto, este principio también tiene un carácter abstracto en su concepción y como tal es fácilmente adaptable a circunstancias muy diferentes. Sin dudas, una doctrina y regulación sólida de la buena fe puede ser el principal acicate de la necesidad de la permanencia de la causa¹³⁵. Sin embargo, aun con su carácter abstracto y general, la buena fe tiene un campo más limitado de actuación que la causa precisamente por el segundo argumento planteado: la esencialidad. Mientras la buena fe se centra en las intenciones de los contratantes e incluso, en su concepción objetiva, en parámetros de justicia y equidad, la causa al ser considerada elemento esencial del negocio controla, no solo elementos particulares de la relación negocial, sino al negocio como un todo tanto en la fase de su concepción como en la de su ejecución.

Opinión contraria sostienen CABALLERO HERNÁNDEZ y ORTEGA LINARES, para quienes "(...) la buena fe, en cuanto sistema de protección de la coherencia contractual alternativo a la causa, tiene mayores alcances, contornos más flexibles y efectos más favorables en lo que se refiere a la preservación de la voluntad concertada de las partes (...)"¹³⁶. Esta tesis puede tener cabida a partir de una noción limitada del concepto de causa, pero, al concebirla como tipo negocial genérico se convierte en un referente sin igual para el análisis de su estructura y efectos, categorías que se configuran precisamente en vistas a la causa final. Si la causa final configura las prestaciones del contrato (o sea establece su estructura),

134 ALPA, G.: *Le stagioni*, cit., p. 55.

135 Apud. ORDOQUI CASTILLA (*Buena fe en los contratos*, Temis-Zavalía-Reus-Ubijus (colección *Biblioteca Iberoamericana de Derecho*), Bogotá-Buenos Aires-Madrid-México, 2011, p. 85) quien nos dice: "El ensanchamiento de las funciones de la buena fe en la relación contractual ha determinado que cierto sector de la doctrina llegara a sostener que, en definitiva, lo que está ocurriendo es que la buena fe viene sustituyendo o consustanciándose con la misma noción de causa".

136 CABALLERO HERNÁNDEZ, N. y J. S. ORTEGA LINARES: "La teoría de la causa en la jurisprudencia comparada: ¿instrumento de protección de la coherencia contractual vigente o en vía de extinción? Breve recuento histórico de la teoría de la causa y perspectivas a futuro", *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, núm. 52, julio - diciembre 2014, p. 30.

determina sus efectos y trasluce la intención concreta de las partes entonces nada podrá superar ni reemplazar su rol en la dinámica contractual.

Por demás, si bien la buena fe es un instrumento útil para tutelar los intereses de las partes contratantes, notamos que la causa no solo actúa en ese sentido, sino que además se utiliza para tutelar los intereses sociales y la coherencia del ordenamiento jurídico, ámbitos en que, si se tratara de proteger a través del principio de buena fe, terminaría desconfigurándose el principio. Así, la causa es un instrumento invaluable para la judicatura, al ser el elemento residual al que siempre podrá acudir para fundamentar sus fallos, para dar solución a los litigios que se le presenten, estén o no previstas esas soluciones autónomamente en la norma jurídica, trátense estos de aspectos que vulneren a las partes o a la sociedad en su conjunto.

Pero también en la función notarial y registral tendrá la causa del contrato un papel fundamental ya que servirá de pauta para el más importante de los imperativos de los fedatarios: la calificación; juicio que abarca desde el control de legalidad de las manifestaciones de los comparecientes o requirentes (en el caso de los notarios) o del contenido del negocio (para los registradores) hasta la misma redacción y titulación del instrumento público que atenderá primordialmente a la configuración causal del contrato, aspectos no superables con el principio de buena fe o con otro elemento del negocio.

Es así, como cobra plena vigencia aquello que señalaba DUALDE ya hace algunos años: "No es prudente, ni sincero, pues, suprimir la idea de causa, ni reporta ninguna ventaja. Su supresión por errónea o enigmática, no conduce a ningún resultado positivo"¹³⁷.

137 DUALDE GÓMEZ, J.: *Concepto de la causa en los contratos (La causa es la causa)*, editorial Bosch, Barcelona, 1949, p. 33.

BIBLIOGRAFÍA

ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: "La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado", *Revista de Derecho Privado*, núm. 2002-03, marzo 2002.

ALCARO, F.: "Introduzione: dogmi, problemi e profili ricostruttivi", en *Causa del contratto*, Giuffrè editore, Milano, 2016.

ALPA, G.:

– *Il contratto in generale, I-Fonti, teorie, metodi*, Giuffrè Editore, Milano, 2014.

– *Le stagioni del contratto*, Società editrice il Mulino, Bologna, 2012.

– *Manuale di Diritto Privato*, Nona edizione, Wolters Kluwer CEDAM, Vicenza, 2015.

ALVARADO HERRERA, L.: "Capítulo 3-Validez", en *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coordinado por D. MORÁN BOVIO), Thomson Aranzadi, segunda edición, Navarra, 2003.

ANCEL, F., B. FAUVARQUE-COSSON y J. GEST: *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, París, 2017

ATIYAH, P.S.: "Consideration: A Restatement", en *Essay on Contract*, Oxford University Press, 1986.

BOSCH CAPDEVILA, E.: "Capítulo 4-Formación (del contrato y de otros actos jurídicos)" en *Derecho Europeo de Contratos Libros II y IV del Marco Común de Referencia, Tomo I*, (coordinado por A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA y M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ), Atelier, Barcelona, 2012.

BOSCH CAPDEVILA, E., P. DEL POZO CARRASCOSA y A. VAQUER ALOY: *Teoría general del contrato Propuesta de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

BRECCIA, U.: "Morte e resurrezione della causa: la tutela", en *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, (coordinado por S. MAZZAMUTO), G. Giappichelli editore, Torino, 2002.

BRESSE, R.-J.: *La Théorie de la "consideration" en droit anglais*, thèse pour le doctorat, Université de Dijon, 1919.

CABALLERO HERNÁNDEZ, N. y J. S. ORTEGA LINARES: "La teoría de la causa en la jurisprudencia comparada: ¿instrumento de protección de la coherencia contractual vigente o en vía de extinción? Breve recuento histórico de la teoría de la causa y perspectivas a futuro", *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, núm. 52, julio - diciembre 2014.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LX, 2007, fasc. II.

CARRASCO PERERA, Á., E. CORDERO LOBATO y M. J. MARÍN LÓPEZ: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos en general*, Tecnos, Madrid, 2015.

CASTRONOVO, C.: *Prefazione all'edizione italiana, Principi di diritto europeo dei contratti, parte III*, Milano, 2005.

CATHIARD, A.: *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels: L'apport de l'analyse économique du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2006.

CERMOLACCE, A.: *Cause et exécution du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2001.

CHÉNÉDÉ, F.: "La cause est morte... vive la cause?", en *Contrats Concurrence Consommation*, núm. 5, 2016, dossier 4, consultado en http://www.lexisnexis.com.docelec.u-bordeaux.fr/fr/droit/delive...0330%2Fformatted_doc&fromCart=false&jobHandle=1825%3A563040330.

CHESHIRE, G.C., C.H.S. FIFoot y M.P. FURMSTON: *Law of contract*, Butterworths, London, 1991.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.

COOKE, E.: *The Modern Law of Estoppel*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

DE ELIZALDE IBARBIA, F.: *El contenido del contrato*, primera edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.

DE LA MAZA GAZMURI, I.: "The Notion of Contract and its Essential Elements in the PLACL", en *The Future of Contract Law in Latin America*, edited by R. Momberg and S. Vogenauer, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017.

DE LOS MOZOS, J. L.: *Estudios sobre Derecho de contratos, integración europea y codificación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

DELGADO ECHEVARRÍA, J. y M. Á. PARRA LUCÁN: *Tratado de la nulidad de los contratos*, editorial Colex, Zaragoza, 2003.

DESHAYES, O.: "La formation des contrats", *Revue des contrats*, 01 avril 2016 n° Hors-série, consultado en <http://www.lextenso.fr/docelec.u-bordeaux.fr/weblextenso/article/print?id=RDCI12z6>.

DESHAYES, O., T. GENICON et Y.-M. LAITHIER: *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Lexis Nexis, París, 2016.

DUALDE GÓMEZ, J.: *Concepto de la causa en los contratos (La causa es la causa)*, editorial Bosch, Barcelona, 1949.

ENTENZA ESCOBAR, P. F.: "Causa y consideration", *Revista de Derecho de Puerto Rico*, año IV, núm. 275, 1965.

FAGES, B.: *Droit des Obligations*, 7ma edición, L.G.D.J, Paris, 2017.

FERRI, G. B.:

– *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè editore, Milán, 1966.

– "L'invisibile presenza della causa del contratto", *Europa e diritto privato*, núm. 4, 2002.

– "Operazioni negoziali complesse e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico", en *Dir. giur.*, 2008.

GARCÍA CANTERO, G.: "Hacia un concepto europeo de contrato", en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos I*, (dirigidos por C. VATTIER, J. M. DE LA CUESTA y J. M. CABALLERO), Dykinson, Madrid, 2003.

GARCÍA VICENTE, J. R.: "Comentarios a los artículos 1274, 1275, 1276 y 1277", en *Comentarios al Código Civil, Tomo VII (Arts. 1265 a 1484)*, (dirigidos por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GHESTIN, J.: *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2006.

GRIMALDI, C.: "Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots", *Recueil Dalloz*, núm. 814-815, Paris, 2015.

GUTIÉRREZ JEREZ, L. J.: "La *consideration* del derecho anglosajón y el sistema de negocio causal español", *Actualidad Civil*, 2005-I, La Ley, Madrid, 2005.

GUZMÁN BRITO, A.: "La doctrina de la «*consideration*» en Blackstone y sus relaciones con la «*causa*» en el «*ius commune*»", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. XXX, año 2003.

HALSON, R.: "The offensive limits of promissory estoppel", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1999-Part 2.

HOUTCIEFF, D.: "Le contenu du contrat", en *Pour une réforme du droit des contrats* (dirigido por F. TERRÉ), Dalloz, Paris, 2009.

JENKS, E.: *El derecho inglés*, (traducido por J. PANIAGUA PORRAS), Reus, Madrid, 1930.

KOFFMAN, L. and E. MACDONALD: *The law of contract*, fifth edition, Lexis Nexis, London, 2004.

LAMARCA I MARQUÈS, A.: "Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones", *InDret* 01/2002.

LANDO, O. y H. BEALE: *Principios de derecho contractual europeo (los trabajos parlamentarios de la Comisión de Derecho contractual europeo)*, edición a cargo de, edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J. M. Embid Irujo y F. Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

LARROUMET, C.: "De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat (à propos du projet de réforme du droit des contrats)", *Dalloz Actualité*, Paris, 2008.

LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P.: *Tratado de los contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2017.

LEVENEUR, L.: "Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations", en *Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2016, dossier 2*, consultado en http://www.lexisnexis.com.docelec.u-bordeaux.fr/fr/droit/deliv...0545%2Fformatted_doc&fromCart=false&jobHandle=2827%3A563040545

LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M.: "Comentarios a los artículos 1274, 1275, 1276 y 1277", en *Código Civil Comentado, Volumen III- Libro IV- De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)*, (dirigido por A. CAÑIZARES

LAZO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Segunda edición, Civitas Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2016.

LORENZETTI, R. L.: *Tratado de los Contratos. Parte General*, editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s/f.

MAINGUY, D.: "Chapitre 3- Le contenu du contrat" en *Le nouveau droit français des contrat, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016)*, p. 112, consultado en http://data.over-blog-kiwi.com/0/93/50/08/20160704/ob_333750_mainguy-dir-le-nouveau-droit-franc.pdf

MALO VALENZUELA, M. Á.: "Requisitos de validez del contrato en el Derecho uniforme", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 708, Año 84, 2008.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: "La causa del contrato", en *Tratado de Contratos, Tomo I*, (dirigido por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARKESINIS, B. S.: "Cause and consideration: A study in parallel", en *Foreign Law and Comparative Methodology: A subject and a thesis*, editorial Hart Publishing, Oxford.

MARTÍN PÉREZ, J. A.: "La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (Razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)", en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Tomo II* (coordinado por E. LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2006.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Notas sobre las «condiciones relativas al contenido» del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación)", en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos I*, (dirigidos por C. VATTIER, J. M. DE LA CUESTA y J. M. CABALLERO), Dykinson, Madrid, 2003.

MAZEAUD, D.: "Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risqué-t-on pas d'aller trop loin?", en *La nouvelle crise du contrat* (dirigido por C. JAMIN y D. MAZEAUD), Dalloz, París, 2003.

MCGREGOR, H.: *Contract Code*, (traducción y nota preliminar por J. M. DE LA CUESTA SÁENZ y C. VATTIER FUENZALIDA), Bosch, Barcelona, 1997

McKENDRICK, E.: *Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

MORALES MORENO, A. M.:

- “Claves de la modernización del Derecho de Contratos”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado, Tomo III-I Derecho Patrimonial I*, (coordinado por L. PRATS ALBENTOSA), Consejo General del Notariado, Madrid, 2012.
- “Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, en *Estudios*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2011.

MOUIAL-BASSILIANA, E.: *Du renouveau de la cause en droit des contrats*, tesis publicada por la Universidad de Lille, 2003.

MURRAY, R.: *Contract Law*, third edition, Sweet & Maxwell, London, 2014.

NIVARRA, L., V. RICCIUTO y C. SCOGNAMIGLIO: *Diritto privato*, seconda edizione, G. Giappicheli editore, Torino, 2013

ORDOQUI CASTILLA, G.: *Buena fe en los contratos*, Temis-Zavalá-Reus-Ubijus (colección *Biblioteca Iberoamericana de Derecho*), Bogotá-Buenos Aires-Madrid-México, 2011.

PARRA LUCÁN, M. Á.: “La formación del contrato como proceso”, en *Negociación y perfección de los contratos*, bajo su dirección, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.

PERLINGIERI, P.: *Manuale di diritto civile*, 8ª edizione interamente riveduta e integrata con indicazioni giurisprudenziali, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

PIMONT, S.: *L'économie du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2004.

PIZARRO WILSON, C.: “Presentación” en *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, (coordinados por I. DE LA MAZA, C. PIZARRO y A. VIDAL), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.

RAMÍREZ DE LA TORRE, J. E. “Causa en el Derecho contractual inglés y en el escocés”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 15, Año II, marzo de 1926.

RIVERA, J. C.: *Instituciones de Derecho Civil Parte General, Tomo II*, tercera edición actualizada, editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

ROCHFELD, J.: *Cause et type de contrat*, Bibliothèque de Droit Privé, T. 311, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1999.

ROLLI, R.: *Causa in astratto e causa in concreto*, CEDAM, Padova, 2008.

ROPPPO, V.: *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2001.

SABORIDO SÁNCHEZ, P.: "Una visión crítica de la supresión de la causa en el nuevo derecho europeo de contratos. Su influencia en el ordenamiento jurídico español", en *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, (dirigido por E. BOSCH CAPDEVILA), Bosch, primera edición, Barcelona, 2012.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: "Comentario de la sentencia de 8 de febrero de 2008", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Obligaciones y contratos*, (dirigido por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2009.

SANGERMANO, F.: "La Causa", en *Trattario di Diritto Civile, Contratto in generale*, a cura di P. Cendon, Giuffrè editore, Milano, 2016.

SCOGNAMIGLIO, C.: "Il problema della causa: la prospettiva del diritto privato europeo", *Roma e America. Diritto romano comune*, núm. 12, 2001.

SICCHIERO, G.: "Tramonto della causa del contratto?", *Contratto e impresa*, vol. 19, núm. 1, 2003.

STEYN, J.: "Contract Law: Fulfilling the reasonable expectations of honest men", *Law Quarterly Review*, vol 113, 1997.

TERRÉ, F.: *Pour une réforme du droit des contrats: Réflexions et propositions d'un groupe de travail sous la direction de François Terré*, Dalloz, París, 2009.

TERRÉ, F., P. SIMLER e Y. LEQUETTE: *Les obligations*, octava edición, Dalloz, París, 2002.

TREITEL, G. H.: *The Law of Contract*, ninth edition, Sweet & Maxwell, London, 1995.

UNCETA LABORDA, M.: "Principios de Unidroit e ilicitud del contrato internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, octubre 2013.

VATTIER FUENZALIDA, C.: "Inexistencia y nulidad del contrato", en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos II* (dirigidos por C. VATTIER, J. M. DE LA CUESTA y J. M. CABALLERO, Dykinson, Madrid, 2003.

WICKER, G.: "La suppression de la cause par le projet d'ordonnance: la chose sans le mot?", *Recueil Dalloz*, núm. 27, 2015.

ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, (traducido por E. ARROYO I AMAYUELAS), Bosch, Barcelona, 2008.

LAS DONACIONES REMUNERATORIAS: CONFIGURACIÓN
JURÍDICA, COLACIÓN Y DISPENSA. A PROPÓSITO DE LA STS DE
ESPAÑA NÚM. 473/2018, DE 20 DE JULIO 2018

*THE REMUNERATION DONATIONS: LEGAL CONFIGURATION,
COLLATION AND DISPENSES. A PURPOSE OF THE STS OF SPANISH N.º.
473/2018, OF FEBRUARY 20*

Rev. Boliv. de Derecho N.º 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 172-205



Isabel J.
RABANETE
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de octubre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: Si hay un tema que ha provocado numerosas discusiones doctrinales es el de la configuración jurídica de la donación remuneratoria, así como la colación de la misma. De hecho, la colación de la donación remuneratoria ha seguido una evolución importante en la jurisprudencia, comenzando por entender que la donación remuneratoria no es colacionable, a defender la colación total de la misma. Y pasando por una época intermedia en la que se afirma que la colación puede ser parcial. Aceptar un criterio u otro ha dependido siempre de la discutida aplicación del art. 622 CC a este tipo de donación.

PALABRAS CLAVE: Donación remuneratoria; colación; dispensa; revocación dispensa.

ABSTRACT: *If there is a topic that has resulted in numerous doctrinal discussions is that of the legal configuration of the donation remuneration, as well as the collation of the same. In fact, the collation of the donation remuneration has followed a significant evolution in the jurisprudence, beginning to understand that the donation remuneration is not collation, to defend the collation total of the same. And going through a time intermedia, which asserts that the collation may be partial. Accept a criterion or another has always depended on the discussed application of art. 622 CC to this type of donation.*

KEY WORDS: *Donation remuneration; collation; dispensation; revocation dispensation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA DISCUTIDA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DONACIÓN REMUNERATORIA.- 1. Breve referencia a la donación por méritos.- 2. El concepto de donación remuneratoria.- 3. La causa de la donación remuneratoria.- 4. ¿La donación remuneratoria lo es por los servicios prestados al donante?- 5. La aplicación del art. 622 CC a la donación remuneratoria.- 6. La revocabilidad de la donación remuneratoria.- III. LA COLACIÓN DE LA DONACIÓN REMUNERATORIA.- IV. LA DISPENSA DE LA COLACIÓN DE LA DONACIÓN REMUNERATORIA Y SU REVOCABILIDAD.

I. INTRODUCCIÓN.

En nuestro Derecho Civil hay muchos temas que aún no han sido resueltos desde la promulgación del Código Civil, pero si hay uno que ha provocado numerosas discusiones doctrinales es el de la colación de las donaciones remuneratorias. Es éste un problema que, como indica la STS de 20 julio de 2018, "no está resuelto de manera específica en la ley, es discutido en la doctrina científica, y no ha sido zanjado por la jurisprudencia"¹.

De hecho, la colación de las donaciones remuneratorias ha seguido una evolución importante, puesto que, tanto doctrina científica como jurisprudencia, han pasado de entender que la donación remuneratoria no es colacionable a defender la colación total de la donación remuneratoria, pasando por la afirmación de que la colación puede ser parcial cuando la atribución excede del servicio prestado. Sin embargo, parece que la ya citada STS de 20 julio de 2018, dictada por la Sala de lo Civil, constituida en Pleno, ha acabado, o por lo menos lo pretende, con las discusiones doctrinales, al dejar claro, como veremos, que las donaciones remuneratorias son colacionables en su totalidad.

No es este un tema baladí, sino que requiere de un estudio pormenorizado en el que pueda apreciarse la singularidad de las donaciones remuneratorias, y su tratamiento legal, en contraposición a las demás donaciones que no tengan

¹ STS 20 julio 2018 (ROJ 2756/2018).

• Isabel J. Rabanete Martínez

Profesora Asociada de Derecho Civil en la Universitat de València y Abogada. Licenciada en Derecho por la Universitat de València, en la especialidad de Derecho Privado. Doctora en Derecho por la Universitat de València con calificación "cum laude" otorgada por unanimidad. Realizó gran parte de su tesis doctoral en la Università degli Studi di Bologna (Italia), como Personal Docente Investigador en España mediante una beca de formación del profesorado y personal de investigación, y posteriormente como Personal Docente Universitario, con una beca de formación de profesorado universitario en el extranjero. Desde entonces ha compaginado su labor investigadora (formando parte de varios proyectos de investigación) con la docencia y el ejercicio. Correo electrónico: isabel.rabanete@uv.es.

causa onerosa o a las donaciones simples o puras. Por ello, en el presente trabajo intentaré dar unas breves referencias que nos permitan entender por qué la donación remuneratoria no debería seguir el mismo tratamiento que las donaciones simples o puras.

II. LA DISCUTIDA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DONACIÓN REMUNERATORIA.

I. Breve referencia a la donación por méritos.

La redacción de los arts. 619 y 622 CC han suscitado numerosas dudas en la doctrina científica, lo que ha supuesto discusiones en torno a la naturaleza jurídica de la donación remuneratoria, que a día de hoy aún no parecen resueltas.

Por ello, antes de adentrarnos en el estudio de la donación remuneratoria, veamos si la donación por méritos puede encuadrarse dentro del concepto de remuneratoria, pues es este otro de los problemas no resueltos por nuestra jurisprudencia. La doctrina científica aún no se ha puesto de acuerdo en la naturaleza jurídica de la donación por méritos, y la jurisprudencia no aclara tampoco la cuestión, sobre todo porque no encontramos sentencias del Tribunal Supremo donde se haya planteado directamente si la donación por méritos es o no una donación remuneratoria.

En nuestra doctrina encontramos dos posturas claramente diferenciadas. Los autores que defienden que la donación por méritos es un subtipo o subespecie de donación remuneratoria; y los que dejan claro que nada tiene que ver la donación por méritos con la remuneratoria. Para poder encuadrar o no la donación por méritos en la donación remuneratoria, sea como tal o como subespecie de esta, deberemos atender, tanto a los arts. 618 y 619 CC, como al art. 1274 del mismo cuerpo legal.

Partamos del supuesto de que el art. 618 CC establece lo que debemos entender por donación, esto es, “un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”, por lo que define las que podríamos denominar “donaciones simples”. Sin embargo, posteriormente el art. 619 CC se refiere a otras donaciones que no cumplen en su totalidad con los requisitos establecidos por el art. 618 CC, y que, por tanto, debemos considerarlas como otros tipos de donaciones, las que podríamos denominar “donaciones especiales”.

Así, el art. 619 CC regula tres tipos de donaciones que no encajan en el art. 618 CC: la donación que se hace a una persona por sus méritos; la donación que se hace por los servicios prestados al donante siempre que no constituyan deudas

exigibles; y la donación en la que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado, que sería la donación modal u onerosa².

Sin embargo, esta teoría es criticada por parte de la doctrina, que entiende que el art. 619 CC hace referencia a la donación remuneratoria, donde se engloba como subtipo la donación por méritos, y a la donación modal u onerosa³. Los autores que entienden que el art. 619 CC hace referencia a las donaciones remuneratorias, en las que se encuadran las realizadas por méritos y las realizadas por servicios prestados, defienden la causalización de los méritos por parte del donante, de modo que la causa de la donación sería la voluntad de remunerar ciertos méritos del donatario. Incluso algún partidario de la donación por méritos como remuneratoria afirma que puede entenderse como causa de las donaciones remuneratorias el supuesto en el que el donante obtenga un beneficio indirectamente por los méritos que haya obtenido el donatario⁴.

La esencia de la donación remuneratoria es donar algo en agradecimiento de unos servicios prestados gratuitamente por el donatario, servicios que son remunerados por el donante; y en la donación por méritos no se remunera servicio alguno, sino tan solo se reconocen unos méritos que son vistos subjetivamente por el donante⁵, puesto que dichos méritos pueden serlo para unos y no para

- 2 En este sentido se pronuncian, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Comentario al artículo 619 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigido por ALBALADEJO GARCÍA), T. VIII, Vol. 2º, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, pp. 30 y ss.; del mismo autor, “La donación por méritos”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 3-4, 2004, pp. 135 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, Reus, Madrid, 1988, p. 235; DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1990, p. 352; LÓPEZ PALOP, E.: “La donación remuneratoria y el art. 622 de nuestro Código Civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1959, T. III, pp. 40-41; MARÍN CASTÁN, F.: “Comentario del artículo 619 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil*, (dirigido por SIERRA GIL DE LA CUESTA), T. IV, Bosch, Barcelona, 2000, p. 77; PARRA LUCÁN, M.ª. A.: *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, (coordinado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE), Colex, Madrid, 2000, p. 533; POVEDA BERNAL, M. I.: *Relajación formal de las donaciones*, Dikynson, Madrid, 2014, p. 122; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: *La revocación de las donaciones*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 224; SIMÓ SANTONJA, V. L.: “Contrato de donación y persona jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, T. XLVII, 1963, pp. 989 y ss.
- 3 A favor de esta teoría, entre otros, vid. ALONSO PÉREZ, M.: “La colación de las donaciones remuneratorias”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 461, 1967, pp. 1046-1047; DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 83 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, T. II, vol. III, Bosch, Barcelona, 1986, p. 154; ROMERO COLOMA, A. M.ª.: “Donación remuneratoria y donación por méritos”, *Diario La Ley Digital*, 2013, núm. 8163, pp. 1-3; SIRVENT GARCÍA, J.: “La donación remuneratoria”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, 2012, pp. 337 y ss.
- 4 Así, SIRVENT GARCÍA, J.: “La donación remuneratoria”, cit., p. 340, pone como ejemplo el supuesto de que “alguien dona algo a otro por determinado descubrimiento científico que realizó y que es lo que le ha permitido salvar su vida”. Ejemplos parecidos ofrece DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación*, cit., p. 84, al defender la condición de remuneratoria de la donación por méritos, al indicar que “en este caso el donante agradecido por tales méritos, bien sea el de un inventor que ha contribuido con su invento a que se pueda curar una enfermedad, o que simplemente ha contribuido al conocimiento del mundo o de las fuerzas de la naturaleza haciendo posible su aprovechamiento, o abriendo el camino para otros descubrimientos; o bien se trate de un comportamiento cívico de una persona, o en una situación límite del que ha salvado la vida del donante o a las personas de su familia...”.
- 5 Lo que ha reconocido SIRVENT GARCÍA, J.: “La donación remuneratoria”, cit., p. 341, cuando indica que “si se quiere, puede decirse que, aunque ambas son remuneratorias, se trata de dos donaciones diferentes de manera que mientras en la donación por méritos nos movemos en los méritos del donatario que pretende remunerar; en la donación por servicios prestados hay un elemento objetivo, que son precisamente esos servicios prestados que no son deudas exigibles”.

otros, lo que pertenece al terreno de los motivos subjetivos que el Derecho no debe tener en consideración⁶.

A ello debemos unirle que el art. 1274 CC lo deja muy claro, al establecer la causa de los contratos remuneratorios como “el servicio o beneficio que se remunera”, lo que significa que es requisito *sine qua non* que exista un servicio o beneficio para poder remunerar al donatario; y en la donación por méritos no se está obteniendo ningún servicio ni beneficio para el donante, sino que lo que se está haciendo es “premiando” al donatario por unos determinados méritos que haya podido obtener, bien en su propio beneficio, bien en el beneficio de la humanidad, pero que, en ningún caso suponen, como veremos, la causa de un negocio remuneratorio⁷.

En ocasiones, el problema se plantea porque se causaliza el motivo de la donación, esto es, se entiende que los méritos son la causa de la donación, cuando en realidad son el motivo del negocio jurídico (de la donación). Esto es, se parte de la noción de causa subjetiva, afirmando que la causa es motivo decisivo que induce a negociar. Pero la causa nada tiene que ver con los motivos⁸. La causa es independiente de la voluntad de los contratantes, y es completamente distinta del motivo. El motivo es un elemento subjetivo personal e independiente, que opera en el ánimo del contratante y que lo impulsa a concluir un contrato, pero que

6 Afirma ANDERSON, M.: “La donación remuneratoria”, *Diario La Ley Digital*, 2000, T. I, pp. 1, que “la donación remuneratoria no se identifica con la donación hecha a los méritos del donatario, puesto que la consideración de que la persona a favor de la cual se realiza una atribución gratuita, la merezca o no, permanece en el terreno de los motivos subjetivos, irrelevantes para el Derecho. En general, las donaciones suelen hacerse porque el donante entiende que el donatario lo merece, pero que se realice por esta o por otra razón, como pueda ser la ostentación, la vanidad o, incluso el vago deseo de obtener algo a cambio en el futuro, es indiferente a los efectos de modalizar o caracterizar una donación”.

7 Así lo dejaba claro ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La donación por méritos”, cit., pp. 141 y ss., al indicar que “quien por muchos méritos que tenga, es decir, por más virtudes que le adornen, por más títulos que posea, por más ciencia que atesore, por más acciones insuperables que esforzadísimo haya realizado, no ha llevado a efecto prestación alguna hacia quien le dona por cualquiera de esas razones, no recibe tal donación en concepto de remunerarle, sino en concepto de premio a su valía (salvo el caso, claro, de que una de sus actividades dentro del campo en que sea tan meritorio, haya sido prestar un servicio o hacer algo a favor concretamente del donante). Pero esa donación-premio es una donación normal, no remuneratoria porque no satisface ninguna deuda moral que tenga el donante con nadie que liberalmente le haya hecho a él un servicio o proporcionado algo, ni es el equivalente a lo que sería el precio de un servicio que recompensa”.

8 El mismo Tribunal Supremo ha distinguido, en numerosas ocasiones, la causa de los motivos, reiterando el carácter objetivo de la misma. Así, la STS 4 enero 1991 (RAJ 1991, 106) manifiesta que “la jurisprudencia de esta Sala ha diferenciado muchas veces la causa de los motivos, pues mientras la causa en los contratos onerosos se describe en el artículo 1274, los motivos son los móviles o impulsos puramente subjetivos de los contratantes, ordinariamente irrelevantes y sin transcendencia jurídica, a menos que se incorporen a la declaración de voluntad, lo que no se hizo en el caso ahora discutido; por lo que el principio de seguridad jurídica obliga al intérprete a no reconocer beligerancia a los motivos, como circunstancias externas al acto contractual, salvo que hayan sido reconocidos por ambas partes o la ley mande contemplarlos expresamente”.

En el mismo sentido, la STS 1 abril 1982 (RAJ 1982, 1930) afirma que “aunque nuestro Código sustantivo no da un concepto genérico de causa del contrato, la aplica, sin embargo, a las distintas categorías del contrato, entendiendo por causa en los contratos onerosos para cada parte contratante, como preceptúa el artículo 1274, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, de suerte que, aunque ella es de estimar como la explicación y móvil del contrato, relacionado con el fin de éste, y más aún con los motivos, con los cuales suelen confundirse, no obstante la diferencia existente entre la causa y los motivos

no trasciende a ese contrato, es la representación que obra en el ánimo de un determinado futuro contratante. Asimismo, los motivos son variables, y se hayan influenciados por factores externos que inducen a cada parte a hacer algo en un determinado momento.

No obstante, la causa, o es común en el negocio de dos o más partes, o aun siendo individual en el negocio de una sola parte ha sido dada a conocer a los destinatarios del negocio a fin de que sea aceptada por ellos con el negocio entero⁹. La causa es la razón práctica del negocio, la función económico social que el negocio está destinado a cumplir. Y la función económico social es el “para qué” se realiza un negocio, es el “por qué” de ese negocio¹⁰. La causa es, por tanto, elemento objetivo, por medio del cual un determinado negocio se distingue de otro negocio. Por ello, no podemos entender los méritos como causa de la donación, puesto que estaríamos elevando a causa un elemento subjetivo.

Como indica ALBALADEJO GARCÍA “para que los méritos del donatario tengan alguna relevancia en cuanto se refiere al régimen jurídico del negocio celebrado, sería preciso que su contemplación se hubiese incorporado a la causa, en forma, por ejemplo, de condición, a salvo siempre de la impugnabilidad por error, caso de que constase que el motivo determinante de donar fue la existencia de los referidos méritos, de manera que, de haberse sabido que no existían, no se hubiese donado”¹¹.

Además, hay que tener en cuenta que, como ya he indicado, aunque nuestra jurisprudencia no aclara si la donación por méritos es una donación remuneratoria¹². Pero sí contamos con muchas sentencias del Tribunal Supremo que cuando hacen referencia a la donación remuneratoria solo citan las donaciones por servicios, y, aunque no entren en el fondo del asunto, y no se planteen si la donación por méritos es o no una donación remuneratoria, lo cierto es que parece que la

es evidente, pues aquélla es la razón del contrato y éstas son razones particulares de un contratante, que no afectan al otro y, por tanto, no impiden la existencia de una verdadera causa distinta”.

Vid. también SSTS 6 mayo 1892 (JC 1892, 136); 24 febrero 1904 (JC 1904, 68); 23 noviembre 1920 (JC 1920, 115); 5 marzo 1924 (JC 1924, 105); 20 enero 1965 (JC 1965, 13); 15 febrero 1982 (RAJ 1982, 689); 8 julio 1983 (RAJ 1983, 4122); 29 noviembre 1989 (RAJ 1989, 7921); 19 noviembre 1990 (RAJ 1990, 8956); 31 enero 1991 (RAJ 1991, 521); 8 mayo 1991 (RAJ 1991, 3577).

9 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: “El concepto de causa en el negocio jurídico” *Anuario de Derecho Civil*, 1963, p. 32.

10 GALGANO, F.: “La causa”, *Diritto Civile e Commerciale*, T. II, vol. I, Cedam, Padova, 1990. p. 170.

11 ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Comentario al artículo 619 ...”, cit., p. 35.

12 Aunque sí hallemos alguna que otra sentencia que se refiere a la donación remuneratoria como “un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta, y en consideración a los méritos del donatario o los servicios por él prestados al donante”, como la STS 8 abril 1959 (JC 1959, 222).

tendencia es entender que solo la donación por servicios prestados es donación remuneratoria¹³.

A lo expuesto podemos añadir que la donación por méritos no ha sido calificada como donación remuneratoria históricamente, puesto que ni en el Derecho Romano ni en el Proyecto del Código Civil de 1851 se califica a la donación por méritos como remuneratoria, sino que solamente se hace referencia a la donación por servicios prestados, y nunca se entiende la donación por méritos como remuneratoria¹⁴.

Por tanto, creo que no podemos justificar que la donación por méritos sea una subespecie de donación remuneratoria. Se trata de una donación simple, de una mera liberalidad. Eso sí, una liberalidad “motivada por la admiración que los méritos o merecimientos del donatario generan en el donante”¹⁵, como puede ser el regalo que se le hace a un hijo por obtener buenas calificaciones escolares en reconocimiento del esfuerzo realizado. Y, por tanto, se regulará por lo dispuesto en los arts. 618 y ss. bajo el Título “De la donación”, y subsidiariamente por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones, pero no se aplicará el art. 622 CC que se refiere a las donaciones con causa onerosa y a las remuneratorias.

2. El concepto de donación remuneratoria.

El art. 619 CC dispone que “es también donación la que se hace a una persona por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles”. El precepto se está refiriendo a la que denomina posteriormente en el art. 622 CC “donación remuneratoria”.

ALBALADEJO GARCÍA define la donación remuneratoria como “la que se hace para recompensar al donatario con lo que se regala como muestra de agradecimiento del donante por un servicio que sin debérselo le presto graciosamente. No es, pues, la donación remuneratoria un pago por el servicio que el donante recibió; es decir, lo que se dona carece de la consideración de contrapartida de lo que

13 La STS 11 enero 2007 (ROJ 822/2007), en un supuesto de donación remuneratoria disimulada, indica que “El precepto es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que por definición (art. 619) no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles”. Esta sentencia recuerda lo que ya dijo en su día la STS 29 noviembre 1989 (RAJ 1989, 7921).

Así también, la STS 26 febrero 2007 (ROJ 1185/2007), en un caso de donación remuneratoria disimulada deja claro que “...en ningún modo se ha acreditado que el Sr. Salvador fuese acreedor ni merecedor de donación alguna por sus servicios, ni mucho menos aún que esta fuera la voluntad del Sr. Juan Enrique...”. En el mismo sentido, vid. las SSTs de 29 enero 1945 (RAJ 1945, 863); 19 enero 1950 (RAJ 1950, 29); 31 enero 1955 (RAJ 1955, 128); 2 junio 1956 (RAJ 1956, 2691); 16 octubre 1965 (RAJ 1965, 4467); 27 marzo 1980 (JC 1980, 93); 31 mayo 1982 (RAJ 1982, 2614); 19 noviembre 1987 (RAJ 1987, 8408); 14 marzo 1995 (RAJ 1995, 2430); 30 diciembre 2002 (ROJ 8925/2002); 4 mayo 2009 (ROJ 2681/2009); 26 marzo 2012 (ROJ 1913/2012).

14 Vid. al respecto el estudio que realiza ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La donación por méritos”, cit., pp. 144-145.

15 *Ibidem*, p. 15.

el donatario proporcionó, porque ambas prestaciones no se encuadran dentro de un contrato oneroso en el que la una sea a cambio de la otra, sino que son independientes y hechas liberalmente ambas”¹⁶.

Se trata, por tanto, de una donación cuya causa es la recompensa a los servicios prestados como muestra de agradecimiento. Servicios que no han de constituir deudas exigibles, puesto que “si se dice donar en abono de servicios exigibles, no hay donación sino pago de lo debido por contrato oneroso”. Sin embargo, “si se entrega algo por servicios cuyo pago no sea exigible, habrá una liberalidad sometida a las reglas especiales de la donación”¹⁷.

Consecuentemente, y para que no haya dudas respecto de que se trata de una donación remuneratoria, en el documento en el que se realice la donación debe indicarse claramente que se trata de una donación remuneratoria, es decir, que se dona para remunerar. Además, deberá hacerse constar cuáles son los servicios que se remuneran. Y ello, como bien indica ALBALADEJO GARCÍA, por dos razones: “una razón es para que se sepa que se remunera, ya que puede ocurrir que se esté donando de forma puramente liberal y no para remunerar, caso en el que se le aplicarían las reglas de la donación pura; y otra razón para que se sepa cuál es el servicio que se remunera, a los fines de evitar que se inventen servicios inexistentes, y sea comprobable si es real el que se invoca, ya que puede pretenderse con los más diversos fines simular ser remuneratoria alguna donación que no lo es”¹⁸.

3. La causa de la donación remuneratoria.

La causa de la donación remuneratoria no es otra que el fin de remunerar, a diferencia de la donación simple o pura cuyo fin es el de enriquecer, mediante un acto de liberalidad, al donatario. Como ya he indicado, el art. 1274 CC así lo dice, al establecer la causa de los contratos remuneratorios como “el servicio o beneficio que se remunera”. Así pues, no se trata de un acto de liberalidad meramente, sino de recompensar a través de una liberalidad¹⁹. Pero no debemos perder de vista que el hecho de que una donación sea remuneratoria y el fin de la misma sea recompensar a través de una liberalidad, no significa que no se trate de una donación. Esto es, seguimos estando ante una liberalidad, pero una a través de

16 ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La donación remuneratoria y los preceptos de la donación ordinaria que le son o no aplicables”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2002, p.2.

17 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 269.

18 ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La donación remuneratoria”, cit., p. 4.

19 *Ibidem*, p. 2. Afirma el autor que “por lo cual el acto, que sigue siendo donación, pero que tiene carácter compensatorio, es regulado, en algunos extremos, no por las reglas de la donación puramente liberal, sino por preceptos propios de actos onerosos, ya que su causa no es, como en aquella, «la mera liberalidad del bienhechor», sino la liberalidad *encaminada* a corresponder por «el servicio o beneficio que se remunera”.

la cual se recompensa²⁰. Ya lo indicaba DE CASTRO cuando dijo que “en el contrato remuneratorio, las partes consienten (expresa o tácitamente) en que lo dado o prometido lo es en remuneración de un servicio o beneficio ya prestado”²¹.

La STS de 22 de marzo de 1961 lo dejó bien claro al afirmar que “la referencia que el art. 1274 hace a la causa de los contratos remuneratorios es aplicable al supuesto de la donación remuneratoria, en que el servicio que se remunera lo es por mera liberalidad del donante, ya que no está obligado a ello legalmente, sin que pueda concluirse que la causa de la donación remuneratoria sea ilícita, sentando el hecho de que fue en recompensa de muchos servicios prestados”²². Y la STS de 23 de diciembre de 1995, que, relativa a una nulidad de compraventa por simulación de donación encubierta, viene a establecer que en el caso que se enjuicia no nos encontramos ante una donación remuneratoria porque no concurre la prestación de efectivos servicios prestados, por lo que no puede aplicarse el art. 1274 CC²³. Así también la STS de 29 de julio de 2005 que advierte que “el artículo 1274 considera la remuneración o el ánimo de remunerar como” causa “ del contrato, junto con la contraprestación o promesa en los contratos onerosos y el “ánimo liberal del bienhechor” en los gratuitos”²⁴.

4. ¿La donación remuneratoria lo es por los servicios prestados al donante?

Otra de las problemáticas que plantea la donación remuneratoria es si esta puede serlo por los servicios prestados, o si también podemos entender que es donación remuneratoria aquélla que se realiza por los servicios futuros. Y, si los servicios que se remuneren deben ser realizados al donante, o bien puede tratarse de servicios realizados a un tercero.

En primer lugar, lo que debemos tener claro es que a través de la donación remuneratoria pueden remunerarse cualesquiera servicios, siempre y cuando no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, como establece el art. 1255 CC. Asimismo, esos servicios pueden consistir en un dar, hacer o no hacer alguna cosa, por lo que no solo se trata de servicios de hacer. Aunque, desde

20 Al respecto, GALGANO, F.: *Diritto Privato*, Cedam, Padova, 1992, p. 877, afirma que “la liberalità non è solo spirito humanitario o caritativo; essa non è esclusa del fatto che il donante, como nel caso della donazione remuneratoria, sia animato da riconoscenza”.

21 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 269.

22 STS 22 marzo 1961 (JC 1961, 222).

23 STS 23 diciembre 1995 (ROJ 6648/1995). En términos similares, vid. las SSTS 8 julio 1977 (ROJ 1364/1977); 23 septiembre 1986 (Rj 1986, 4782); 22 diciembre 1986 (JC 1986, 786).

24 STS 29 julio 2005 (ROJ 5208/2005). En contra se muestra la STS 20 julio 2018 (ROJ 2756/2018) que ahora es objeto de estudio, al indicar que “La causa de la donación es indivisible y responde al ánimo liberal; la remuneración es un móvil subjetivo para hacer la donación, pero no la causa de la donación (art. 1274 CC). Sin embargo, reconoce la posibilidad de que la remuneración se eleve a motivo causalizado, lo que no viene a cuadrar mucho con la teoría anterior. Así, dice la sentencia que “Otra cosa sería que, en los casos en los que la remuneración se eleve a motivo causalizado, la existencia de error acerca de la realidad de los servicios permitiera impugnar la validez de la donación”.

luego, tendrán que ser servicios que supongan un deber de gratitud, por lo que no bastan los servicios genéricos de amistad o benevolencia o corrección²⁵. Además, los servicios, como bien dice el art. 619 CC, no deben constituir deudas exigibles, puesto que en este caso estaríamos ante un pago por los servicios recibidos y no ante una remuneración²⁶. Se trata de servicios que se prestan altruistamente, y que después, en gratitud a esa prestación de servicios, el donante realiza una donación al prestador de los mismos.

Además, los servicios prestados tienen que ser “susceptibles de valoración”, pero esto visto desde el prisma de la aplicabilidad o no de las reglas de los contratos onerosos. Es decir, si estamos ante una donación que remunera un servicio prestado, siempre se tratará de donación remuneratoria, pueda valorarse o no el servicio, puesto que el art. 619 CC el único requisito que pone para considerar a una donación remuneratoria es que no se trate de “deudas exigibles”. Otra cosa es que nos encontremos ante una donación remuneratoria donde la valoración del servicio prestado entraña una gran dificultad. Pongamos un ejemplo: que el donatario le haya salvado la vida al donante sacándolo de una casa en llamas; aunque podríamos pensar que también podría valorarse el servicio teniendo en cuenta el trabajo de un bombero, sería quizá más difícil de valorar, que no imposible. Pero, si el caso fuese que el donatario le ha salvado la vida a una persona aplicando métodos médicos, esos servicios, a mi juicio, sí podrían valorarse como el servicio que presta un médico a un paciente.

No vamos a entrar a hacer un análisis de las teorías que entienden que no estamos ante donación remuneratoria cuando el servicio no es valorable, puesto que en el CC no se exige que aquél pueda estimarse económicamente para que la donación se considere remuneratoria. Creo que es algo que queda bien claro en el art. 619 CC. Pero sí pueden plantearse problemas a la hora de aplicar las reglas de los contratos onerosos si no sabemos, ni siquiera con peritajes, en cuánto podría valorarse el servicio. Por ello, entiendo, junto con ALBALADEJO GARCÍA, que cuando el servicio no pueda valorarse no podrán aplicarse las reglas de los contratos onerosos, y tendremos que aplicar las reglas de la donación pura o simple, pero sin dejar de atribuir el concepto de remuneratoria a la donación, lo que implica que le aplicarán los preceptos de la donación pura en aquello que le sea aplicable, dejando a salvo las normas que sí le sean aplicables y a las que está sometida la donación remuneratoria, como la liberad de forma y la irrevocabilidad²⁷. Y debo

25 ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La donación remuneratoria”, cit., p. 6.

26 Así, siguiendo a ALBALADEJO GARCÍA, afirma SIRVENT GARCÍA, J.: “La donación remuneratoria”, cit., p. 344, que “si el sujeto que presta los servicios no lo hace a título gratuito, sino en virtud de una obligación preexistente, la prestación que se realiza después entregando una cosa no podrá considerarse donación remuneratoria sino pago si la cosa entregada era la debida, o dación en pago si la cosa entregada no era la debida pero la otra parte acepta su entrega”.

27 Vid. la reflexión que hace al respecto ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La donación remuneratoria”, cit., p. 7.

decir, que también opino que, salvo alguna excepción, todos los servicios son susceptibles de valoración, por una vía o por otra, con mayor o menor facilidad.

Dicho esto, veamos si es posible una donación remuneratoria por servicios futuros. Hay autores que piensan que también es donación remuneratoria la que se realiza por servicios futuros, basándose en la teoría de que la redacción del art. 619 CC no impide que se pueda remunerar al donatario por servicios que prestará en el futuro, siempre y cuando el donatario establezca en el contrato de donación que se trata de una donación remuneratoria por los servicios futuros del donatario²⁸. Incluso hay quien ha afirmado que la donación remuneratoria genuina es justo la que se hace por servicios futuros, entendiendo como donación pura o simple la que se hace para remunerar servicios pasados²⁹.

Lo cierto es que el art. 619 CC parece que lo deja claro al utilizar la frase "servicios prestados", en pasado, por lo que parece que se refiere a servicios que ya hayan sido prestados por el donatario antes de la donación. Además, debemos tener en cuenta que si se realiza una donación por servicios futuros, podríamos no estar ante una donación remuneratoria, sino ante una donación modal u onerosa, en la que la carga o gravamen sea la prestación de ese servicio futuro³⁰. De hecho, incluso la jurisprudencia ha indicado, en ocasiones, la diferencia entre el servicio prestado y el que se va a prestar, de modo que cuando estamos ante una donación por servicios que se prestarán, o como el caso de la STS de 7 de abril de 1954³¹ que juzgaba un caso de donación remuneratoria por servicios al donante durante todo el resto de su vida, estamos ante una donación condicional o modal, esto es, ante una donación onerosa.

28 Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M.: "La donación remuneratoria", cit., pp.8-10; LÓPEZ PALOP, E.: "La donación remuneratoria", cit., pp. 54-55; ROMERO COLOMA, A. M^ª: "Donación remuneratoria", cit., p. 3; SIRVENT GARCÍA, J.: "La donación remuneratoria", cit., p. 342-345.

29 Así, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 269.

30 En este sentido, ROCA SASTRE, R. M.: "La donación remuneratoria", *Revista de Derecho Privado*, núm. 368, 1947, p. 828, decía que "esto determina la diferencia entre la configuración de una donación remuneratoria y la de una donación modal: si se hace una donación para recompensar un servicio ya realizado, estaremos en presencia de una donación remuneratoria; por el contrario, si la donación se lleva a cabo para que se efectúe el servicio, estaremos ante una donación modal o con carga. El servicio en sí es el mismo, pero entre lo *pretérito* y lo *futuro* hay, como puede observarse, una importante diferencia".

De acuerdo con esta teoría encontramos a ANDERSON, M.: "La donación remuneratoria", cit., p. 1; ALONSO PÉREZ, M.: "La colación de las donaciones", cit., p. 1042; CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L. U.: "Comentario al artículo 1274 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigido por ALBALADEJO GARCÍA), T. XVII, vol. I-B, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1993, p. 534; DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 352; ROMERO COLOMA, A. M^ª: "Donación remuneratoria", cit., p. 3. Vid. también AZZARITI, F.S., MARTÍNEZ, G., AZZARITI, G.: *Successioni per causa di morte e donazioni*, Cedam, Padova, 1979, pp. 770 y ss., el estudio que realizan para llegar a la conclusión de que la donación remuneratoria solo puede serlo por servicios pasados.

31 STS 7 abril 1954 (JC 1954, 161). Así también la STS 28 febrero 1958 (JC 1958, 155) hace referencia al art. 619 CC diciendo que este artículo "permite sin detrimento del carácter de liberalidad que le imprime su realización, que la donación se haga en reconocimiento de los servicios prestados al donante". En sentido análogo, las SSTS 18 diciembre 1965 (JC 1965, 881) y 9 marzo 1995 (ROJ 10246/1995).

Pero, no es necesario que el servicio se haya prestado íntegramente antes de la donación, aunque será lo más normal dado que se trata de remunerar algo que, en teoría, ya se ha obtenido. Podemos encontrarnos con supuestos en los cuales se trate de servicios que se hayan realizado antes de la donación, pero que sigan realizándose con posterioridad a la misma. El supuesto indicado de la STS de 7 de abril de 1954 trataba de una donación remuneratoria por servicios al donante que ya se estaban prestando y que se debían prestar el resto de su vida. Esto es, una remuneración por un servicio que ya se ha prestado pero que también se debe seguir prestando. Lo que se remunera en este supuesto no es solamente la parte del servicio prestado, los cuidados recibidos por el donatario al donante, antes de la donación remuneratoria; sino también los cuidados que quedan por recibir tras la donación, hasta la muerte del donante.

Cuando el CC en su art. 619 hace referencia a servicios prestados, no está limitando la donación remuneratoria a servicios ya prestados íntegramente por el donatario, sino servicios que se hayan prestado o se estén prestando. Por ello, entiendo que cuando se trata de donaciones en las que el donante lo que pretende es remunerar por un servicio prestado, pero que deberá seguir prestando en el futuro, es posible incluirla en el concepto de donación remuneratoria, puesto que no infringe el sentido del art. 619 CC.

Otra cosa es que se trate de donaciones en las que no se ha prestado ningún servicio por el donatario, y que el donante pretenda remunerar un servicio que debe prestarse a futuro. En este supuesto entiendo que la línea con la donación modal o condicional es muy fina, y que habría que entender que el servicio aquí actúa como carga o gravamen, y que estamos ante una donación onerosa³². Si bien es cierto que la donación remuneratoria puede tener cierto matiz oneroso, la causa de una donación onerosa y la de una remuneratoria no es el mismo, por lo que cuando se trate de donaciones por servicios futuros exclusivamente, estaremos ante una donación modal o condicional.

Por último, solo queda ver si debemos tener en cuenta el sentido literal del art. 619 CC cuando hace referencia a servicios prestados al donante, de modo que solo será calificada de donación remuneratoria la que haga referencia a servicios que se hayan prestado o se estén prestando al donante, o cabe hablar de servicios prestados por el donatario a un tercero. Pues bien, aquí también debemos hacer una interpretación extensiva del art. 619 CC, de modo que, si de lo que se trata es de remunerar un servicio en gratitud, siendo la causa de la donación remuneratoria el servicio o beneficio que se remunera (establecida en el art. 1274 CC), no tiene por qué tratarse de un servicio realizado directamente

32 La STS 18 diciembre de 1965 (JC 1965, 881) ya dijo que “la remuneración de servicios, no prestados sino futuros y sólo para el caso de que lleguen a realizarse, es difícil de valorar como algo distinto de la condición”.

al donante, sino que cabe que el servicio sea realizado a un tercero, y que el donante quiera gratificar por ello al donatario³³, aunque no podemos ocultar que alguna opinión en contra la hay³⁴. Pensemos, por ejemplo, en el cuidado de un tercero a la progenitora del donante porque este, por motivos laborales, no puede prestar dichos servicios. Es cierto que el servicio directo de los cuidados se da a la progenitora del donante, pero al fin y al cabo, también esos servicios son prestados, indirectamente, al donante, puesto que si el tercero no prestase esos servicios, tendría que prestarlos el donante. Y esta es una casuística que en la sociedad encontramos constantemente, incluso entre hermanos, cuando uno de ellos, o varios, no pueden cuidar de los progenitores y se encarga de ese cuidado uno solo de los hermanos.

5. La aplicación del art. 622 CC a la donación remuneratoria.

Dado que estamos ante una figura jurídica que se encuentra “a caballo” entre los actos a título oneroso y los actos a título gratuito, no podemos sino que explicar con cierto detenimiento las circunstancias que rodean a la donación remuneratoria, para ver qué normas le son aplicables, si las referentes a los actos a título oneroso o las que regulan los actos a título gratuito.

En principio, parece que el art. 622 CC lo deja claro al establecer que “las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, y las remuneraciones por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto”. Sin embargo, la discusión doctrinal de si el precepto se refiere o no a las donaciones remuneratorias cuando hace referencia al gravamen impuesto, se inicia desde principios del siglo pasado, y hoy en día aún no ha sido aclarado. Quizá sea debido a la redacción de la norma, que, desgraciadamente, es poco afortunada.

De hecho, encontramos opiniones de todas clases. Están los que piensan que la donación remuneratoria se rige por las reglas de las donaciones simples o puras, es decir, que no le es aplicable lo establecido en el art. 622 CC. Estos autores defienden su teoría en la imposibilidad de aplicar este artículo a la donación remuneratoria, puesto que no puede hablarse de gravamen impuesto como de

33 Al respecto, y siguiendo a ALBALADEJO GARCÍA, SIRVENT GARCÍA, J.: “La donación remuneratoria”, cit., p. 342, indica que “fuera del supuesto de servicios prestados a herederos o familiares del donante, entendemos que también es posible la donación remuneratoria de servicios prestados a otro, que ni siquiera sea familiar del donante, ya que lo esencial de la donación remuneratoria es que exista el propósito de remunerar a quien prestó a alguien un servicio, aunque no fuere al mismo donante”. En sentido análogo se pronuncia, ROMERO COLOMA, A. M^º.: “Donación remuneratoria”, cit., p. 3.

34 Hay quienes opinan que sólo puede haber donación remuneratoria cuando el donante sea el beneficiario directo por aplicación literal del art. 619 CC. También están los autores que entienden que es posible la donación realizada por servicios que el donatario ha prestado a un tercero, pero siempre y cuando se trate de herederos o familia del donante (vid., entre otros, AMORÓS GONZÁLEZ, M.: “La donación remuneratoria y la con carga en nuestro Derecho”, en *Curso de Conferencias*, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Valencia, 1945, p. 206).

circunstancia que caracteriza la donación remuneratoria porque en este tipo de donación no hay gravamen, y solo podemos hablar de gravamen en la donación modal u onerosa. Entienden que el legislador cometió un error, y que lo que quiso decir es que las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto³⁵.

En sentido antepuesto, encontramos algún autor que opina que la donación remuneratoria se rige por las reglas de los contratos onerosos, dado que aunque la donación remuneratoria debe reputarse donación, cuando se trata de remunerar un servicio prestado (o incluso un mérito para los que opinan que la donación por méritos lo es remuneratoria), debe regirse por las reglas de los contratos onerosos³⁶.

Sin embargo, no creo que estas soluciones sean las acertadas, dado que, tanto si entendemos la donación remuneratoria como una donación simple o pura, sometida íntegramente a las normas de la donación, como si es entendida como contrato oneroso, lleva consigo la enorme diferencia de trato entre ambas clases de títulos en todo el ámbito del derecho patrimonial; revocación por superveniencia o supervivencia de hijos o ingratitud del donatario, presunción de fraude en los casos de ejercicio de la acción pauliana, inaplicabilidad del principio de la fe pública registral en las enajenaciones inmobiliarias, etc.³⁷.

Por último, se distinguen los autores que entienden que el art. 622 CC es muy claro, y que la donación remuneratoria se regirá por las reglas de los actos a título gratuito, pero solo en lo que exceda del gravamen impuesto³⁸. Esto es, la donación remuneratoria se regirá, como establece el art. 622 CC por las reglas de la donación pura o simple en la parte que exceda del gravamen impuesto.

Pero debemos matizar esta afirmación. Entiendo que no podemos hablar de gravamen, dado que en la donación remuneratoria no hay gravamen, puesto que entonces estaríamos ante una donación modal u onerosa³⁹, y esa, como ya

35 Cfr. ALONSO PÉREZ, M.: "La colación de las donaciones", cit., pp. 1049-1056; ANDERSON, M.: "La donación remuneratoria", cit., pp. 5-7; MUCIUS SCAEVOLA, Q.: *Código Civil* (comentado, concordado y puesto al día por ORTEGA LORCA), T. XI, vol. II, Reus, Madrid, 1943, p. 432; ROMERO COLOMA, A. M^a: "Donación remuneratoria", cit., p. 5. Esta teoría es la que sigue a ojos vendados la STS 20 julio 2018 (ROJ 2756/2018) que se estudia en el presente trabajo, y que ya fue indicada por alguna sentencia, como las STS de 27 julio 1994 (ROJ 5744/1994), y a la que le siguen las SSTS 4 mayo 2009 (ROJ 2681/2009) y 18 marzo 2016 (ROJ 1284/2016).

36 En este sentido, AMORÓS GONZÁLEZ, M.: "La donación remuneratoria", cit., pp. 211 y ss.

37 Cfr. LÓPEZ PALOP, E.: "La donación remuneratoria", cit., p.46.

38 Vid. AA.VV.: "Artículo 622", *Comentarios al Código Civil*, T. VIII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1990, pp. 1-17, p. 3; ALBALADEJO GARCÍA, M.: "La donación remuneratoria", cit., p. 13; DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación*, cit., pp. 85 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos*, cit., p.159; LÓPEZ PALOP, E.: "La donación remuneratoria", cit., pp.46 y ss.; SIRVENT GARCÍA, J.: "La donación remuneratoria", cit., pp. 346-347.

39 Y así también lo han defendido otros autores. Vid., ALBALADEJO GARCÍA, M.: "La donación remuneratoria", cit., p. 14; ALONSO PÉREZ, M.: "La colación de las donaciones", cit., p. 1054; LÓPEZ PALOP, E.: "La donación

he dicho, no es la causa de la donación remuneratoria. La causa de la donación remuneratoria es el fin de remunerar el servicio prestado, por lo que no hay gravamen, sino remuneración del servicio. Esto es, la donación remuneratoria lo es por la causa que impulsa al donante, el fin de remunerar, más la donación modal u onerosa lo es por la finalidad perseguida. Como decía LÓPEZ PALOP⁴⁰, la donación remuneratoria corresponde a la pregunta de ¿por qué se dona?, mientras que la modal u onerosa da respuesta a la pregunta de ¿para qué se dona? Por tanto, estamos ante dos tipos de donaciones distintas.

Consecuentemente, deberemos apartarnos un poco del tenor literal del art. 622 CC, y aunque sea por pura lógica, y en aplicación del espíritu de que las donaciones meramente liberales no pueden recompensar nada, pensar que el legislador cometió un error, quizá ortográfico. Por tanto, deberemos aplicar una regla mixta, esto es, las reglas de la donación pura o simple y las reglas de los contratos onerosos. Así, en la parte que coincida el valor de lo donado con el valor del servicio prestado se regirá por las reglas de los contratos onerosos⁴¹, y no podremos hablar de gravamen impuesto⁴²; y en la parte en que lo donado exceda del valor del servicio prestado, se regirá por las reglas de las donaciones simple o puras⁴³. Podríamos decir que, en las donaciones remuneratorias estas adquieren un cierto carácter oneroso cuando la donación se realiza para remunerar un servicio prestado, pero manteniendo el carácter puramente liberal en la parte que excede del valor del servicio, sí, efectivamente, existe ese exceso, puesto que puede darse el supuesto de que el valor de lo donado absorba el valor del servicio en su integridad⁴⁴.

remuneratoria”, cit., p. 54; ROCA SASTRE, R.M.: “La donación”, cit., pp. 823 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: *La revocación*, cit., pp. 227-228.

40 LÓPEZ PALOP, E.: “La donación remuneratoria”, cit., p. 54.

41 ROCA SASTRE, R.M.: “La donación”, cit., pp. 823 y ss. Vid. también ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La donación remuneratoria”, cit., p. 14.

42 Debo también advertir que, aunque no podemos extendernos en la materia, creo que la donación remuneratoria no solo se regirá por las normas de los contratos onerosos en lo que respecta a la parte que el valor de lo donado absorba el valor del servicio remunerado, sino que, siguiendo el principio de indivisibilidad de la forma, tendremos que aplicar aquí también las normas de los contratos onerosos, debiendo prevalecer el principio de libertad de forma, aun cuando el valor de la donación sea superior al valor del servicio remunerado. En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La donación remuneratoria”, cit., pp. 17 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 269.

43 Indica ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La donación remuneratoria”, cit., p. 13, que “quizá lo que ha querido expresar el legislador es que las donaciones remuneratorias se rigen por las reglas de los contratos onerosos en la parte en que el valor de lo donado resulte absorbido por el valor del servicio remunerado, y en la parte en que lo donado valga más, si es que lo vale, que el servicio, como entonces en esa parte el acto es puramente liberal, se rija la donación remuneratoria por las reglas de las donaciones puras”.

44 En la doctrina italiana, aunque también encontramos alguna voz discordante, la mayoría de los autores defienden la aplicación de las normas de la donación solamente en la parte que exceda los límites normales de la remuneración, es decir, en lo que exceda el valor del servicio prestado basándose en los expuesto en el art. 770 del Codice Civile, que indica que “È donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione. Non costituisce donazione la liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi”. Vid. al respecto, AZZARITI, F.S., MARTÍNEZ, G., AZZARITI, G.: *Successioni*, cit., p. 773.

No obstante lo expuesto, no podemos olvidarnos de los autores que no se decantan por ninguna de las teorías propuestas, y las rechazan todas, indicando que el art. 622 CC no es aplicable a la donación remuneratoria, pero sin dar una solución al dilema⁴⁵. O aquellos que, parecen estar de acuerdo con la no aplicación del art. 622 CC a las donaciones remuneratorias, y que, sin embargo, las hacen excepcionales en determinados supuestos, como es en el caso de la revocación de las donaciones por ingratitud⁴⁶.

En cuanto a la jurisprudencia, no podemos decir que aclare mucho la situación, puesto que son pocas las sentencias que profundizan en el tema, aunque sí encontramos muchas sentencias del Tribunal Supremo que, sin entrar en el fondo del asunto, aplican directamente el art. 622 CC en el sentido expuesto de que las reglas de la donación se aplicarán en lo que exceda del valor del servicio prestado. Sin embargo, es clara la STS de 7 de marzo de 1980⁴⁷, relativa a una donación encubierta, cuando aplica el art. 622 CC en una donación remuneratoria, y afirma rotundamente que “.. cuando se trata de donaciones remuneratorias, animadas por el motivo causalizado de recompensar al donatario los servicios prestados al donante..., y en razón de su disciplina legal - art. 622 del Código Civil- marginadas de la estricta normativa propia de los negocios de exclusiva causa liberal”. O la STS de 29 de julio de 2005⁴⁸ que aplica directamente y sin dudarlo el art. 622 CC, cuando indica que “en este punto, hay a que señalar que la idea de “remuneración” y de “causa remuneratoria”, tal y como aparece en el código civil (artículos 619, 622, 862 y 1274 CC) no cambia el estado de cosas que resulta de la apreciación de la Sala de instancia....el artículo 622 del Código civil sólo considera verdadera donación la parte que excede del gravamen impuesto, frase de difícil comprensión que solo puede entenderse en sentido figurado, como que es verdadera donación la parte de atribución que excede del valor del servicio prestado, y por ello sólo en esa parte cabe aplicar a una “donación remuneratoria” el régimen de colación, reunión ficticia, reducción, o la presunción de fraude, que preceptos como los artículos 1297.1º y 643.2º CC refieren a las donaciones, o acaso el sistema de revocación (lo que es discutido), etc.”. También encontramos

45 Así, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, cit., pp. 352-353, tras criticar todas las teorías, dice que “el art. 622 es, pues, un precepto inaplicable para la donación remuneratoria, salvo que se recurra a la sustitución de gravamen impuesto por servicios prestados, que es arbitraria por no poder fundamentarse en ninguna base legal”, pero no da ninguna solución, sino que se limita a contradecir todas las teorías expuestas y lo deja ahí. Ya SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, T. IV, Analecta, Madrid, 1891, pp. 394 y ss., había dejado entrever que la donación remuneratoria era un contrato oneroso en cierto modo, pero no deja clara su postura.

46 PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. II, Bosch, Barcelona 1982, pp. 109-113, parece aceptar que la donación remuneratoria debe regularse por los artículos que regulan las donaciones simples, y no aceptar la aplicación del art. 622 CC. Sin embargo, sí dice claramente que en el caso de la revocación por ingratitud no se puede asimilar la donación remuneratoria a la donación simple.

47 STS 7 marzo 1980 (JC 1980, 93). Esta sentencia se apoya en otras anteriores que defienden también la aplicación del art. 622 CC a las donaciones remuneratorias, como son las SSTS 29 enero 1945 (RAJ 1945, 863); 16 noviembre 1956 (JC 1956, 686); 20 octubre 1966 (JC 1966, 610).

48 STS 29 julio 2005 (ROJ 5208/2005).

sentencias de nuestro Alto Tribunal que parecen mantener la sumisión al art. 622 CC cuando aplican la libertad de forma de la donación remuneratoria⁴⁹.

Pero debemos descartar la STS de 20 de julio de 2018⁵⁰, que ha sido la que ha inducido a la realización del presente trabajo, según la cual el art. 622 CC sólo se aplica a las donaciones con carga, pero no a las donaciones remuneratorias. La sentencia se limita a excluir la donación remuneratoria de la aplicación del art. 622 CC por dos motivos.

Por una parte, traslada el error a la Audiencia, al no haber entrado en el fondo del asunto, puesto que indica que si aquélla hubiese hecho referencia a las periciales que se hicieron para valorar los servicios prestados, quizá podría haberse considerado remuneratoria la donación, pero que dada la existencia de dificultad a la hora de valorar los servicios remunerados, no es aplicable el art. 622⁵¹. Este primer argumento para excluir la aplicación del art. 622 me parece bastante descabellado, puesto que el hecho de que la Audiencia no hubiese hecho referencia a ello no significa que la donación no sea remuneratoria, porque además, como reconoce la propia sentencia, en el caso que se enjuicia sí pudo valorarse el servicio que se prestó por el donatario en primera instancia. Otra cosa es que las partes no estuviesen de acuerdo en el montante de dicho servicio, pero este era perfectamente valorable puesto que se trata de servicios de gestión realizadas en la empresa familiar. Además, el que pueda o no valorarse el servicio prestado no implica, como ya he dicho, que la donación no sea remuneratoria, sino simplemente que se aplicarían las reglas de la donación pura o simple, pero solo en aquellos extremos que le sean aplicables.

Y, por otra parte, justifica su decisión en la no aplicación del art. 622 CC siguiendo la STS de 11 de enero de 2007⁵² para quien el art. 622 CC solo se aplica a las donaciones con carga, pero no a las donaciones remuneratorias⁵³.

49 SSTS 19 diciembre 1927 (JC 1927, 86); 3 marzo 1932 (JC 1932, 11); 23 junio 1953 (JC 1953, 247); 29 octubre 1956 (RJ 1956, 3421); 4 diciembre 1975 (JC 1975, 417); 31 mayo 1982 (ROJ 104/1982); 21 enero 1993 (ROJ 73/1993); 21 enero 1993 (ROJ 93/1993); 23 octubre 1995 (ROJ 5251/1995); 30 diciembre 1998 (ROJ 8023/1998); 2 abril 2001 (ROJ 2720/2001); 1 febrero 2002 (ROJ 590/2002).

50 Cit.

51 Afirma la sentencia en su fundamento de derecho cuarto que "De hecho, la principal dificultad práctica que comporta la aplicación a las donaciones remuneratorias del art. 622, esto es, cómo determinar la diferencia entre el servicio remunerado y el valor de los bienes donados, se habría tratado de superar por las demandadas mediante la aportación en el juicio de una pericial referida a lo que cobraría un consejero por las gestiones que hizo el hijo en la empresa y por las que se le remuneraría. En ese dictamen, con distintos métodos, se alcanzaban diferentes resultados. La sentencia de apelación no entró a valorar los servicios remunerados porque consideró que no era colacionable, pero la sentencia de primera instancia hizo mención a ese informe".

52 STS 11 enero 2007 (ROJ 822/2007).

53 Dice en su fundamento de derecho cuarto que "No es de extrañar que tanto las recurrentes (como argumento principal para apoyar su tesis de la colación completa de la donación, incluso por aquellas recurrentes que aceptan como hecho que la donación es remuneratoria) como el recurrido (para negar que proceda la colación en ninguna cuantía) invoquen la jurisprudencia de esta sala que, desde la sentencia del pleno 1394/2007, de 11 de enero, en materia de forma y simulación, ha declarado que el art. 622 CC se

Sin embargo, y a pesar de seguir esta teoría, la STS de 20 de julio de 2018, en ningún momento niega la existencia de la donación remuneratoria, al contrario, la acepta, por lo que entendemos que lo que hace la sentencia es equiparar la donación remuneratoria a la donación pura o simple, lo que entendemos que es contrario al tenor literal del art. 619 CC que deja bien claro la existencia de la donaciones remuneratorias como distintas de las establecidas en el art. 618 que son las simples o puras.

6. La revocabilidad de la donación remuneratoria.

Ya hemos visto que la donación remuneratoria no está exenta de grandes discusiones en cuanto a su régimen jurídico, pero tampoco lo está cuando a revocabilidad de la misma se hace referencia. Si saber si el art. 622 CC es aplicable a la donación remuneratoria es trascendente para poder después estudiar si este tipo de donaciones son o no colacionables y en qué medida, no menos importante es intentar esclarecer si una donación remuneratoria es o no revocable.

En consonancia con la problemática respecto a la aplicación o no de las reglas de los contratos onerosos a la donación remuneratoria, se encuentran las teorías contrarias en relación con la revocabilidad de esta donación especial. Y la jurisprudencia ya lo entendió así en la STS de 15 de junio de 1929⁵⁴, relativa a un supuesto de donación en concepto de dote, cuando se afirmó que la donación remuneratoria no es revocable en vida.

Sin embargo, también están quienes defienden que debe aplicarse a las remuneratorias el régimen general de la revocabilidad de las donaciones puras, que coincide normalmente con aquellos autores que entienden que no es aplicable el art. 622 CC a la donación remuneratoria, aunque encontramos alguna excepción⁵⁵. Como fundamento afirman, como hacen cuando defienden la única aplicación de las reglas de las donaciones puras o simples, que el hecho de que se quiera remunerar un servicio no suprime el carácter de liberalidad de la donación, que sigue siendo un acto a título gratuito, y, por tanto, revocable.

aplica a las donaciones con carga, pero no a las remuneratorias. La citada sentencia expresamente dice que, a pesar de su tenor literal, el art. 622 «es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que, por definición, art. 619 C, no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles». Más recientemente, la sentencia 828/2012, de 16 de enero de 2013, ha reiterado, en sentido parecido, «que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el animus donandi del donante, móvil indiferente jurídicamente para el derecho, que no causa del negocio jurídico».

54 STS 15 junio 1929 (JC 1929, 142). Así también la STS 21 marzo 1902 (JC 1902, 86).

55 Como ANDERSON, M.: "La donación remuneratoria", cit., p. 12, que, a pesar de entender que la donación remuneratoria sigue siendo una pura liberalidad e inaplicable el art. 622 CC, sí acepta la revocación de esta donación por ingratitud alegando que podríamos estar ante un "tercer género causal" cuando de donación remuneratoria se trata. Así también ALONSO PÉREZ, M.: "La colación de las donaciones", cit., pp. 1073, que deja claro que se excluyen las donaciones remuneratorias de la revocación por ingratitud y supervivencia de hijos. En sentido análogo, PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho*, cit., pp. 112-113; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos*, cit., p. 159, que afirma que la donación remuneratoria no es revocable por supervivencia de hijos.

También encontramos autores que diferencian entre revocación por ingratitud y revocación por superveniencia o supervivencia de hijos. De hecho, hay quien defiende la no revocación de la donación remuneratoria por superveniencia o supervivencia de hijos, afirmando que la donación remuneratoria es revocable a instancias del donante si después de realizada la donación tiene descendencia, o si reaparece el hijo que creía fallecido cuando hizo la donación; pero, sin embargo, entienden que no es posible la revocación por ingratitud⁵⁶.

No obstante, la diversidad de opiniones, y en consecuencia con lo ya defendido, entiendo que la revocación de la donación remuneratoria solo es posible en la parte que exceda del valor del servicio prestado, si es que lo hay⁵⁷. Esto es, solo cabrá revocación en lo que sea mera liberalidad, porque en la parte que se remunera el servicio prestado aplicaremos las reglas de los contratos onerosos, donde no es posible la revocación. La teoría que defiende la revocabilidad de la donación remuneratoria olvida el fin de la donación remuneratoria, que es la intención de remunerar el servicio, que es lo que impulsa al donante a realizar la donación. El supuesto de que el donante tenga hijos después de realizar la donación remuneratoria no suprime el hecho de que en su día donó en agradecimiento a unos servicios. Por lo tanto, tampoco creo que sea posible revocar la donación remuneratoria, ni siquiera por ingratitud, puesto que, la donación remuneratoria no se hace por gratitud al donatario, sino para recompensar el servicio, por lo que la posible ingratitud posterior no supone que el servicio no se haya prestado. Ello significa que no se cumplen los requisitos establecidos en el art. 648 CC para que pueda revocarse la donación remuneratoria porque, como ya se ha dicho, al agradecer un servicio "se cierra un círculo de favores"⁵⁸.

Esta solución es la adoptada por otras legislaciones. Así, el art. 805 del Codice Civile⁵⁹ establece la imposibilidad de revocar la donación remuneratoria

56 Es el caso de ANDERSON, M.: "La donación remuneratoria", cit., pp. 12-13, que tras afirmar que "otra de las especialidades del régimen jurídico que deriva de la propia naturaleza de la donación remuneratoria es la imposibilidad de revocarla por ingratitud", confirma posteriormente que en el caso de revocación por superveniencia o supervivencia de hijos la donación remuneratoria es revocable. También ROCA SASTRE, R.M.: *Estudios de Derecho Privado*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 500, que viene a decir que en las donaciones remuneratorias no es posible la revocación por ingratitud, puesto que, a diferencia de las donaciones simples, en aquellas se cierra la relación de gratitud del donante al donatario. Le sigue PUIG BRUTEAU, J.: *Fundamentos de Derecho*, cit., pp. 112-113.

57 Vid. al respecto, AA.VV.: "Artículo 622", cit., p. 13; SIRVENT GARCÍA, J.: "La donación remuneratoria", cit., pp. 354-356.

58 Como bien advierte SIRVENT GARCÍA, J.: "La donación remuneratoria", cit., p. 356, "la razón principal es que, efectivamente, esta donación se realiza para agradecer un servicio prestado gratuitamente por el donatario, y en ese sentido cierra un círculo de favores; por ese motivo de la misma no surgen ningún deber especial de gratitud al donatario hacia el donante; y por tanto, a diferencia de lo que sucede en las donaciones puras, no podrá revocarse por causa de ingratitud ex art. 648 CC."

59 Indica el art. 805 del Codice que "Non possono revocarsi per causa d'ingratitude, né per sopravvenienza di figli, le donazioni rimuneratorie e quelle fatte in riguardo di un determinato matrimonio".

por ingratitud o por aparición de hijos. Y, al respecto, la doctrina italiana es casi unánime en aceptar la irrevocabilidad de la donación remuneratoria⁶⁰.

El Código Civil de Cataluña indicaba específicamente la irrevocabilidad de las donaciones remuneratorias, al afirmar en su art. 531-15 apartado 2º, que “Las donaciones otorgadas en capítulos matrimoniales y las donaciones remuneratorias únicamente son revocables por incumplimiento de cargas. Sin embargo, este apartado fue modificado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, refiriéndose solo a las donaciones onerosas, al indicar que “Las donaciones onerosas únicamente son revocables por incumplimiento de cargas”. Y ya nada dice de las donaciones remuneratorias, por lo que podríamos entender que, dado que antes se refería a las remuneratorias indicando que sólo eran revocables por incumplimiento de cargas, también podríamos pensar que engloba las remuneratorias en las onerosas.

El Derecho francés, sin embargo, declara expresamente revocables las donaciones remuneratorias por supervivencia de los hijos (art. 960⁶¹). En cuanto a la revocación por ingratitud no hace referencia a este tipo de donaciones, por lo que podríamos pensar que admite la posibilidad de revocarlas, pues solo declara irrevocables por ingratitud las donaciones por razón de matrimonio.

III. LA COLACIÓN DE LA DONACIÓN REMUNERATORIA.

No podía proceder al estudio de la colación de la donación remuneratoria sin especificar primero mi postura sobre la naturaleza jurídica de este tipo de donaciones, y sobre la aplicabilidad o no del art. 622 CC a las mismas, puesto que la respuesta a la posibilidad o no de colacionar una donación remuneratoria y cómo, dependerá siempre de si entendemos que este precepto es o no aplicable a las donaciones remuneratorias.

No voy a entrar en la discusión que la doctrina ha mantenido acerca del concepto y fundamento de la colación hereditaria⁶², sino que aceptaré la definición

60 D'ANGELO, A.: *La donazione remuneratoria*, Giuffrè, Milano, 1942, p. 146, advierte que el fundamento se encuentra en el hecho de que el acto es realizado en cumplimiento de un deber moral de gratitud nacido del servicio prestado. Así también, TORRENTE, A.: “La donazione”, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (dirigido por A. CICU Y F. MESSINEO), Giuffrè, Milano, 1956, p. 578.

61 Establece el precepto que “Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints l'un à l'autre, peuvent être révoquées, si l'acte de donation le prévoit, par la survenance d'un enfant issu du donateur, même après son décès, ou adopté par lui dans les formes et conditions prévues au chapitre Ier du titre VIII du livre Ier”.

62 Al respecto, puede consultarse el estudio que hace ESPEJO LERDO, M.: “La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1992, vol. XLV, Fasc. I, pp. 377 y ss. También pueden verse las obras de: DE LOS MOZOS, J. L.: *La colación*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, pp. 97 y ss.; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *La colación hereditaria*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 27 y ss.; del mismo autor, “El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa”, *Anuario de Derecho Civil*, 1995, vol. XLIII, pp. 1106 y ss.; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA,

de colación hereditaria como “la operación particional consistente en agregar al caudal partible entre los legitimarios instituidos herederos el valor de las liberalidades entre vivos recibidas del causante, para asignarlo preferentemente a la cuota del colacionante en aquella masa particular”⁶³.

Cuando se trata de la colación de donaciones remuneratorias, no encontramos una opinión unánime ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Al contrario, hay opiniones muy divergentes, y además, la colación de las donaciones remuneratorias ha seguido una evolución tal que ha supuesto que la jurisprudencia haya pasado de entender que la donación remuneratoria no es colacionable a defender la colación total de la donación remuneratoria, evidentemente con un periodo intermedio donde se ha mantenido la posibilidad de colación parcial cuando la atribución excede del servicio prestado.

La mayor parte de la doctrina que han estudiado la materia opina que las donaciones remuneratorias se colacionarán solo en la medida en que excedan del valor del servicio que se premia o del gravamen que se impone⁶⁴. Aun así, también encontramos autores que niegan el carácter colacionable de las donaciones remuneratorias⁶⁵; y aquellos que entienden que este tipo de donaciones son colacionables en su totalidad, que suelen ser, aunque con excepciones⁶⁶, aquellos

C.: *Computación, imputación y colación de donaciones en la sucesión mortis causa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; MUÑOZ GARCÍA, C.: *La Colación como Operación Previa a la Partición*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 86 y ss.; ROCA JUAN, J.: “De la colación y la partición”, *Comentarios al Código Civil*, T. XIV, Vol. 2º, Edersa, Madrid, 2004, pp. 1 y ss.; RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Herederos y Legitimarios*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 200 y ss.; SUÁREZ BLÁZQUEZ, G.: *Colación de los descendientes*, Edisofer, Madrid, 1996.

63 GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *La colación*, cit., p. 27.

64 Cfr. AA.VV.: “Artículo 622”, cit., p. 14; ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La donación remuneratoria”, cit., pp. 32-33; AMORÓS GONZÁLEZ, M.: “La donación remuneratoria” cit., pp. 223-224; AZZARITI, F.S., MARTÍNEZ, G., AZZARITI, G.: *Successioni*, cit., p. 773; DE LOS MOZOS, J. L.: *La colación*, cit., pp. 238-239; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *La colación*, cit., pp. 171-172; LÓPEZ PALOP, E.: “La donación remuneratoria”, cit., pp. 62 y ss.; ROCA JUAN, J.: “Artículo 1.035”, *Comentarios al Código Civil*, T. XIV, Vol. 2º, Edersa, Madrid, 2004, pp. 7-8; ROCA SASTRE, R.M.: “La donación”, cit., pp. 823 y ss.; TORRENTE, A.: “La donazione”, cit., pp. 15 y ss. En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos*, cit., p.159, afirma que “la donación remuneratoria, en tanto en cuanto es proporcionada al servicio o beneficio que remunera, no está sujeta a colación, reunión ficticia o reducción”, por lo que parece ser que entiende que sí lo está en la parte que exceda del valor de lo remunerado.

65 ALONSO PÉREZ, M.: “La colación de las donaciones”, cit., pp. 1056 y ss., tras hacer un amplio estudio de la colación, fundamenta que la donación remuneratoria no es colacionable. Pero no solo eso, sino que este autor llega a la conclusión de que la colación es una institución que no debería admitirse, porque “destruye por sí la propia esencia de la donación”. Advierte que “de *iure condendo*, no creemos se pueda hablar de colación de donaciones, y con mayor razón, de donaciones remuneratorias... si existe colación no podemos hablar de donación” (p. 1073).

Así también, SIRVENT GARCÍA, J.: “La donación remuneratoria”, cit., pp. 360-361, deja claro que la donación remuneratoria lleva “implícita la consideración de no ser colacionable”. Este autor defiende su teoría basándose en que en la donación remuneratoria el donante quiere recompensar determinados servicios recibidos por el donatario, pretendiendo así diferenciar esa donación de cualquier otra pura o simple, y, por ende, lo que quiere el donatario es “resaltar frente al resto de herederos forzosos que dicho hijo ha tenido un comportamiento destacado, prestándole ciertos servicios, que ahora pretende recompensar con la donación”. Incluso ANDERSON, M.: “La donación remuneratoria”, cit., pp. 11-12 defiende la no colacionabilidad.

66 Podemos citar aquí como clara excepción a ANDERSON, M.: “La donación remuneratoria”, cit., pp. 11-12. Según la autora la donación remuneratoria no es colacionable, aunque el causante no hubiera expresado la no colacionabilidad de la misma, y lo argumenta afirmando que lo que quiso el causante era crear una

que opinan que la donación remuneratoria es una donación pura y que no le es aplicable el art. 622 CC.

Y en esta línea se encuentra la STS de 20 de julio de 2018⁶⁷ que afirma que la donación remuneratoria es colacionable en su totalidad porque creo que parte de un supuesto equivocado, que es que a las donaciones remuneratorias se aplican las reglas de la donación simple o pura. Sin embargo, la sentencia reconoce que la donación remuneratoria es expresión de agradecimiento a unos servicios prestados y que la colación destruye la esencia de la donación⁶⁸, pero, en contraposición a esto, simplemente se limita fundamentar su decisión diciendo que “es el código civil el que prevé la colación de las donaciones, sin distinción”. Es decir, acepta la especialidad de la donación remuneratoria porque se trata de una donación en agradecimiento por unos servicios prestados, pero no acepta la aplicación del art. 622 CC, lo que le lleva a concluir que la donación remuneratoria se rige en su totalidad por los preceptos de las donaciones, y que, por lo tanto, son colacionables. Pero, hay que decir que, lo que no es acorde con la lógica es aceptar que la donación remuneratoria es un tipo de donación en la cual se remunera un servicio, y luego afirmar que se aplican en su totalidad las reglas de las donaciones puras y no el art. 622 CC, porque ello supone desconocer la esencia de la donación remuneratoria. Y mucho menos se justifica un fallo diciendo que es el CC es el que prevé la colación de las donaciones remuneratorias, cuando en realidad en sus fundamentos de derecho se está aceptando que la donación remuneratoria no debería ser colacionable porque perdería su naturaleza, aunque diga que lo dicen otros autores, de la lectura parece entenderse que lo acepta también la Sala, dada la coetilla de que, en todo caso, es el CC el que prevé la colación de las donaciones.

Entiendo que la decisión adoptada por la Sala de lo Civil del TS en esta novedosa sentencia desvirtúa totalmente la singularidad de las donaciones remuneratorias. Y, en consonancia con lo ya indicado en atención a la aplicación del art. 622 CC a la donación remuneratoria, y partidaria de la teoría mayoritaria, no hay más que decir que la donación remuneratoria se regirá por las reglas de los contratos

desigualdad justificada entre sus herederos forzosos, de modo que, sin llegar a convertir el negocio en oneroso, “revela que el donante consideró que el donatario merecía por razones objetivas y constatables recibir la liberalidad, no como anticipo de la cuota hereditaria, sino como recompensa por unos servicios prestados”. Reconoce la autora que “esta es, pues, una de las peculiaridades de la donación remuneratoria que deriva, no de una presunta onerosidad, siquiera parcial, sino de la configuración causal del negocio, de su propia naturaleza”, lo que, sinceramente, creo que no casa muy bien con la defensa a ultranza de que la donación remuneratoria es una donación pura, y que debe regularse por los preceptos de los actos a título gratuito, de modo que no se le puede aplicar el art. 622 CC.

67 Cit.

68 Indica que “ La idea de que si la donación remuneratoria es expresión de agradecimiento a unos servicios perdería su naturaleza si se computara en la cuota sucesoria, es igualmente afirmada por los críticos respecto de la colación de las donaciones simples, para las que se dice que la colación destruye la esencia de la donación, porque entonces no se enriquecería al donatario, sino que solo se le anticiparía lo que le correspondería cuando el patrimonio del donante se convirtiera en herencia. Pero, como se ha dicho, es el código civil el que prevé la colación de las donaciones, sin distinción”.

onerosos en la parte que coincida el valor de lo donado con el valor del servicio prestado, y solo se regirá por las reglas de las donaciones puras en la parte en que lo donado exceda del valor del servicio prestado. Por lo tanto, no podrá aplicarse el art. 1035 CC que establece la colacionabilidad de las donaciones a la totalidad de la donación remuneratoria, sino solo a aquella parte que se rija por las reglas de la donación, esto es, a la parte que exceda del valor del servicio prestado, si es que la hay.

Realmente, la colacionabilidad parcial se desprende de la propia naturaleza de la colación. Si la colación tiene como finalidad igualar a los herederos forzosos que concurran a la comunidad hereditaria, y no proteger la legítima, como claramente advierte la STS de 20 de julio de 2018, es lógico entender que cuando el causante en vida realiza donaciones remuneratorias a favor de alguno de sus herederos forzosos es justo para crear una desigualdad entre ellos, que el causante ha querido, por recompensar un servicio prestado por el donatario, y por eso solo habrá que colacionar el exceso del servicio si lo hubiere.

De hecho, hasta la citada STS de 2018, la jurisprudencia ha entendido, con la mayoría de la doctrina, que la donación remuneratoria solo es colacionable en aquello que exceda de la prestación del servicio. La STS de 12 de julio de 1984⁶⁹ llega a la conclusión de que, de ser donación, no puede ser más que de aquellas a las que se aplica el art. 622 CC, y que se halla, además, excluida de la obligación de colaciones, con lo que establece la no colacionabilidad de las donaciones remuneratorias; pero deja claro que podría haberse intentado la no colacionabilidad en la parte en que lo donado excedía del gravamen, por lo que está aceptando la colacionabilidad parcial de la donación remuneratoria. Así también la STS de 29 de julio de 2005⁷⁰ es muy clara al respecto, en un caso de donación que se había realizado por los cuidados de una hija a un padre mediante una compraventa simulada, al imponer la colación de la parte que exceda del valor de la prestación del servicio.

IV. LA DISPENSA DE LA COLACIÓN DE LA DONACIÓN REMUNERATORIA Y SU REVOCACIÓN.

Ya he indicado que entiendo que la donación remuneratoria solo es revocable en la parte que exceda del valor del servicio prestado que se remunera. Pero, en cuanto a la dispensa de la colación, debemos tener en cuenta, no solo el carácter revocable, o no, de la dispensa, sino también habrá que atender al modo, el tiempo y la forma en la que debe efectuarse la dispensa de la colación.

69 STS 12 julio 1984 (ROJ 1326/1984).

70 STS 29 julio 2005 (ROJ 5208/2005).

El art. 1036 CC establece que “La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente. . .”. Como sabemos, la dispensa de colacionar consiste en “liberar al donatario de que se le cuente en su parte de herencia lo donado, de forma que no lo reciba de menos en bienes relictos, sino que de estos le correspondan todos los que le toquen por su cuota en la herencia, como si nada hubiese tomado en vida del difunto”⁷¹.

Según la mayoría de los autores, la dispensa puede hacerse en el mismo acto en el que se realiza la donación, o en testamento, aunque algún autor ha afirmado que también puede realizarse en cualquier otro acto distinto⁷². Y, además, la dispensa deberá guardar la forma requerida para el acto en el que se realiza. Si se hace mediante testamento, deberá revestir la forma de este. Hecha en el mismo acto de la donación, evidentemente, deberá revestir la forma de la donación. E, incluso, para quienes aceptan que la dispensa se realice en un acto distinto de la donación y del testamento, en todo caso, deberá revestir la forma necesaria para donar el valor del bien cuya donación se dispensa de colacionar⁷³.

Aunque haya opiniones para todo, soy partidaria de que la dispensa puede realizarse en testamento, independientemente de que la donación haya sido hecha en acto anterior al testamento. Sin embargo, si la dispensa se realiza de forma simultánea a la donación, dicha dispensa deberá revestir la misma forma que la donación, si esta es escrita, lo mismo para la dispensa, si es verbal, también la dispensa deberá serlo, aunque esta plantee problemas de prueba (puesto que el art. 1035 CC dice que sea expresa, no necesariamente por escrito). Ello conlleva a aceptar que si la donación requiere escritura pública porque se trata de bienes inmuebles (art. 633 CC), la dispensa realizada en forma simultánea a esa donación, también deberá realizarse mediante escritura pública⁷⁴.

Y, aunque algunos autores hayan indicado que no están de acuerdo con la dispensa porque supone una discriminación entre los herederos forzosos, debemos tener presente que el mecanismo de la dispensa de la colación implica

-
- 71 ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La dispensa de colación y su revocación”, *Revista de Derecho Privado*, 1996, p. 261.
- 72 Así lo indica DE LOS MOZOS, J. L.: *La colación*, cit., p. 273, cuando afirma que “la dispensa puede acordarse en cualquier tiempo, bien en el mismo acto de la donación, o bien posteriormente, ya sea en testamento o en un acto distinto”. En este sentido también se pronuncia ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La dispensa de colación”, cit., p. 263, el cual aclara que, si bien es libre el acto, no lo es la forma.
- 73 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho de Sucesiones*, T. I, Bosch, Barcelona, 1976, p. 203; ROCA JUAN, J.: “Artículo 1.036”, *Comentarios al Código Civil*, T. XIV, Vol. 2º, Edersa, Madrid, 2004, pp. 40 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La dispensa de colación”, cit., pp. 264-265 lo justifica indicando que la dispensa es, por lo menos, una condonación o un acto que sustancialmente le equivale, por lo que deberá aplicarse el art. 1187.2º CC, a cuyo tenor “la condonación expresa deberá . . . ajustarse a las formas de la donación”; *ibidem*, *Derecho de Sucesiones. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 570; LA PORTA, U.: *Successioni a causa di morte*, Cedam, Padova, 1979, pp. 152-153; BIANCA, C.M.: *Le Successioni*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 316-317, quien afirma que la dispensa puede contenerse en testamento, o puede ser un negocio accesorio a la donación (en el mismo negocio de donación o en un negocio sucesivo), y que, por tanto, al ser un negocio accesorio a la donación, debe revestir la misma forma que aquélla.
- 74 Cfr. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *La colación*, cit., pp. 239 y ss.

una manifestación de voluntad, que además debe ser expresa, por medio de la cual el donante puede crear una “discriminación” entre sus herederos forzosos, puesto que esta es perfectamente admitida en nuestro derecho positivo⁷⁵.

En cuanto a la revocación de la dispensa, pocos son los autores que se preocupan siquiera de citarla. La mayoría de la doctrina que ha escrito sobre colación y su dispensa, no hacen referencia a la revocabilidad de la misma, quizá sea porque nada dice nuestro CC al respecto. Hay autores que opinan que la dispensa, sea hecha en el acto de donación o en testamento, siempre es revocable, dado que el causante puede cambiar su voluntad hasta su muerte, exigiendo después la colación de que dispensó, y justificándolo porque el causante puede disminuir la cuota de institución del donatario, mientras no le prive de su legítima logrando el mismo resultado⁷⁶.

Por otra parte, encontramos autores que diferencian entre si la dispensa ha sido realizada en testamento o si lo ha sido en el contrato de donación. La doctrina mayoritaria opina que, si la dispensa ha sido realizada en testamento, siempre es revocable, a cuya teoría me sumo, teniendo en cuenta que todo testamento es revocable, y que nada indica nuestro CC sobre la irrevocabilidad de la dispensa.

Sin embargo, el dilema se plantea cuando la dispensa se realiza por actos intervivos, sea en el mismo acto de la donación, o posteriormente a la misma. Un sector de la doctrina opina que cuando la dispensa se realiza en el mismo acto de la donación, esta es irrevocable, no pudiendo otorgarse en el testamento que se colacione la liberalidad⁷⁷. Además, se parte de la premisa de que el donatario aceptante quiso la donación dispensada como un todo, esto es, que aceptó la donación junto con la dispensa, como si fuese un negocio global, de modo que la

75 ROCA JUAN, J.: “De la colación”, cit., p. 9, indica que “El derecho dispositivo estatuye la igualdad entre los herederos forzosos, igualdad que puede romper el causante mediante la dispensa de la colación, con el límite de que no lesione la legítima”.

76 MANRESA Y NAVARRO, J. M^º: *Comentarios al Código Civil Español*, T. VII, 7^ª ed., Reus, Madrid, 1987, pp. 560 ss. Le siguen, BLASCO GASCÓ, F. DE P.: *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, 4^ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 322; BONET RAMÓN, F.: *Compendio de Derecho Civil*, T. V, Madrid, 1956, p. 858; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, Madrid, 1990, p. 386; MONTÉS PENADES, V.L.: *Derecho de Sucesiones*, (coordinado por F. CAPILLA, A.M. LÓPEZ, E. ROCA, M^º R. VALPUESTA, V.L. MONTÉS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 623; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. VI, Reus, Madrid, 1989, p. 386, aunque este autor deja a salvo las dispensas realizadas en capitulaciones matrimoniales, donde no es posible revocar la dispensa por la fuerza vinculante de las mismas. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *La colación*, cit., pp. 239 y ss., tras hacer un largo análisis acerca de los pactos sucesorios, y si la dispensa es o no un pacto sucesorio irrevocable, admitido o no en nuestro derecho, parece llegar a la conclusión de que, como en nuestro derecho civil no se admiten los pactos sucesorios y la dispensa lo es, esta es siempre revocable.

77 Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La dispensa de colación”, cit., pp. 274-279; DE LOS MOZOS, J. L.: *La colación*, cit., pp. 268-279; ESPEJO LERDO, M.: *La sucesión contractual en el Código Civil*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, p. 72; del mismo autor, “Algunas cuestiones sobre la colación y su dispensa en relación con la protección de las legítimas”, *Revista de Actualidad Civil*, 1998, t. I, pp. 243-245; DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2001, p. 527; DEL CASTILLO MORANGO, J.D.: “La colación Hereditaria”, *La Ley digital*, 2017, núm. 9034, p. 8, que, aunque se limita a citar las opiniones de otros autores, parece estar de acuerdo con la irrevocabilidad; ROCA JUAN, J.: “Artículo 1.036”, cit., p. 42. VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Apuntes de Derecho Sucesorio*, A.G.E.S.A Madrid, 1955, pp. 502 y ss.

dispensa formaría parte del contrato. Podemos decir que hay una sola voluntad negocial, que es dar y recibir libre de colación. Si es así, y aceptásemos la revocación de la dispensa realizada en el acto de donación, estaríamos aceptando que con la sola voluntad de una de las partes, el donante, se modificase el negocio global acordado por las dos partes, suprimiendo la dispensa⁷⁸. Además, de que admitir la revocación de la dispensa, supondría admitir la renuncia de la donación por el donatario, lo que no es posible⁷⁹.

Por tanto, debo concluir que, dado que el acuerdo de no colacionar lo donado forma parte del contrato de donación, la dispensa es irrevocable por la sola voluntad del donante, salvo que en el acto de donación se haya reservado aquél la facultad de revocarla y esto haya sido aceptado por el donatario. Y esta conclusión a la que he llegado, es aplicable, por supuesto, a la donación remuneratoria, dado que debemos partir de un principio importante, y es que, una cosa es la revocación o no de la donación remuneratoria, y otra es la revocación o no de la dispensa de la colación.

He expuesto anteriormente que la donación remuneratoria solo es revocable en la parte que exceda del valor del servicio prestado que se remunera, puesto que solo cabrá revocación en lo que sea mera liberalidad, y en la parte que se remunera el servicio prestado aplicaremos las reglas de los contratos onerosos, donde no es posible la revocación. Esto es también aplicable a la revocación de la dispensa, por lo que en cuanto a esta se refiere, tampoco podrá revocarse la dispensa de las donaciones remuneratorias realizadas en el acto de la donación. Y no cabe revocación parcial de la dispensa en la parte que exceda el valor de los servicios prestados, puesto que, estaríamos permitiendo una revocación de la dispensa de la mera liberalidad, que, como ya he indicado, no es factible. Y, por supuesto, mucho menos es posible la revocación de la dispensa en la parte que no sea negocio lucrativo, esto es, en la que corresponde al valor de los servicios prestados, puesto que, si así lo admitiésemos, estaríamos alterando la base del negocio suscrito, el cual se regula por las normas de los contratos onerosos, en los cuales no es posible una resolución unilateral, puesto que no se puede dejar al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento del contrato.

78 Indica ALBALADEJO GARCÍA, M.: "La dispensa de colación", cit., p. 278, que acepta la revocabilidad de la dispensa cuando esta ha sido hecha en testamento, pero la niega cuando la dispensa se realizó en el acto de donación, al advertir que "El segundo caso es el de la dispensa dispuesta en el propio contrato de donación. Entonces creo que es irrevocable por la sola voluntad del donante, salvo haberse reservado éste la facultad de revocarla. Ciertamente que de común acuerdo donante y donatario pueden, manteniendo la donación, suprimir la dispensa, pero eso no es revocarla, sino eliminarla contractualmente por mutuo disenso".

79 En este sentido, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2001, p. 527, entiende, en principio, que toda dispensa hecha en testamento es revocable. Sin embargo, admite que el problema lo plantea la dispensa hecha en el acto de donación, dado que, en este caso, si el donatario aceptó la donación junto con la dispensa, como si fuese un negocio global, pensando que se beneficiaría además de su porción hereditaria, no debería admitirse la revocación de la dispensa, puesto que eso supondría admitir la renuncia de la donación por el donatario, lo que no es posible.

Lo dicho, además, se encuentra avalado por nuestra jurisprudencia. La STS de 21 de marzo de 1902⁸⁰ dejó muy clara la irrevocabilidad de la dispensa cuando esta se encuentra contenida en el contrato de donación, al afirmar que “aceptada la donación con tales condiciones, sin que consten otras en este particular, es manifiesto que la casa referida estaba exceptuada de colación por la misma testadora, que pudiendo así irrevocablemente disponerlo mientras la donación no fuera inoficiosa”⁸¹.

Aun así, y a pesar de que la jurisprudencia siempre ha tenido claro que la dispensa hecha en el acto de donación no es revocable, la STS de 20 de julio de 2018⁸² admite la revocación de la dispensa que fue hecha en el acto de donación, pero revocada en testamento. Pero no solo eso, sino que admite la revocación tácita de la dispensa, cuando la jurisprudencia anterior está totalmente en contra de esta teoría. Así la STS de 24 de enero de 2008⁸³ y posterior de 29 de noviembre de 2012⁸⁴ dejan claro que en ningún caso se puede entender revocada una dispensa de colacionar por vía tácita. Y ello queda establecido en el art. 1036 CC cuando indica que la dispensa de la colación debe disponerse “expresamente”, lo que, además, es mayoritariamente admitido por la doctrina.

De todo lo expuesto en este estudio, y tras la novedad introducida por la STS de 20 de julio de 2018 que es objeto de análisis, no puedo más que llegar a una conclusión que, creo, todos los juristas comparten: necesitamos un profundo replanteamiento de nuestro sistema sucesorio, que no impida que el causante nombre herederos a quienes estime conveniente. Seguimos anclados en el siglo XIX, en el que la regulación de las legítimas estaba justificada porque la esperanza de vida era muy inferior a la actual, y había que proteger a los menores o incapacitados descendientes del causante. Pero hoy día, esta protección no tiene tanto sentido, por cuanto el concepto de cuidado de los progenitores cada día se ve más sesgado por una civilización individualista, y donde los hijos cada vez son más adultos, con familias y trabajos ya estables, cuando fallecen sus ascendientes. Nos encontramos en una sociedad que contradice los principios en los que se asentó la redacción del sistema sucesorio de nuestro CC, donde son los progenitores, con una esperanza de vida cada vez más alta, los que necesitan los cuidados de sus hijos, que a veces no todos les ofrecen, y deben acudir a donaciones remuneradas para agradecer el esfuerzo de los que sí les dan esos servicios. Donaciones que,

80 STS 21 marzo 1902 (JC 1902, 86).

81 Y, aunque algún autor ha citado la STS 15 junio 1929 (JC 1929, 142), para argumentar la irrevocabilidad de la dispensa, lo cierto es que esta sentencia, ya citada anteriormente, afirmó que la donación remuneratoria no es revocable en vida, pero nada indicaba sobre la revocabilidad de la dispensa.

82 Cit.

83 STS 24 enero 2008 (ROJ 210/2008).

84 STS 29 noviembre 2012 (ROJ 8267/2012).

dada la reciente jurisprudencia, no sabemos si luego tendrán que colacionar en su integridad, a pesar de los servicios que prestaron.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: "Artículo 622", *Comentarios al Código Civil*, T. VIII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1990.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Comentario al artículo 619 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigido por ALBALADEJO GARCÍA), T. VIII, vol. 2º, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "La dispensa de colación y su revocación", *Revista de Derecho Privado*, 1996.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "La donación por méritos", *Revista de Derecho Privado*, núm. 3-4, 2004.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "La donación remuneratoria y los preceptos de la donación ordinaria que le son o no aplicables", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2002.

ALONSO PÉREZ, M.: "La colación de las donaciones remuneratorias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 461, 1967.

AMORÓS GONZÁLEZ, M.: "La donación remuneratoria y la con carga en nuestro Derecho", *Curso de Conferencias*, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Valencia, 1945.

ANDERSON, M.: "La donación remuneratoria", *Diario La Ley Digital*, 2000, T. I.

AZZARITI, F.S., MARTÍNEZ, G., AZZARITI, G.: *Successioni per causa di morte e donazioni*, Cedam, Padova, 1979.

BIANCA, C.M.: *Le Successioni*, Giuffrè, Milano, 2005.

BLASCO GASCÓ, F. DE P.: *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

BONET RAMÓN, F.: *Compendio de Derecho Civil*, T. V, Madrid, 1956.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, Reus, Madrid, 1988.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. VI, Reus, Madrid, 1986.

CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L. U.: "Comentario al artículo 1274 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigido por ALBALADEJO GARCÍA), T. XVII, vol. I-B, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.

D'ANGELO, A.: *La donazione remuneratoria*, Giuffrè, Milano, 1942.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, Madrid, 1990.

DE LOS MOZOS, J. L.: *La colación*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965.

DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000.

DEL CASTILLO MORANGO, J. D.: "La colación hereditaria", *La Ley digital*, núm. 9034, 2017.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1990.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2001.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, 1963.

ESPEJO LERDO, M.: "La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo)", *Anuario de Derecho Civil*, 1992, vol. XLV, fasc. I.

ESPEJO LERDO, M.: "Algunas cuestiones sobre la colación y su dispensa en relación con la protección de las legítimas", *Revista de Actualidad Civil*, 1998, T. I.

ESPEJO LERDO, M.: *La sucesión contractual en el Código Civil*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999.

GALGANO, F.: "La causa", *Diritto Civile e Commerciale*, T. II, vol. I, Cedam, Padova, 1990.

GALGANO, F.: *Diritto Privato*, Cedam, Padova, 1992.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: "El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa", *Anuario de Derecho Civil*, vol. XLIII, 1995.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *La colación hereditaria*, Tecnos, Madrid, 2002.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, T. II, vol. III, Bosch, Barcelona, 1986.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho de Sucesiones. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1961.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho de Sucesiones. T. I*, Bosch, Barcelona, 1976.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho de Sucesiones. T. II*, Bosch, Barcelona, 1973.

LA PORTA, U.: *Successioni a causa di morte*, Cedam, Padova, 1979.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *Computación, imputación y colación de donaciones en la sucesión mortis causa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

LÓPEZ PALOP, E.: "La donación remuneratoria y el art. 622 de nuestro Código Civil", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. III, 1959.

MANRESA Y NAVARRO, J. M^a: *Comentarios al Código Civil Español*, T. VII, Reus, Madrid, 1987.

MARÍN CASTÁN, F.: "Comentario del artículo 619 del Código Civil", *Comentario del Código Civil*, (dirigido por SIERRA GIL DE LA CUESTA), T. IV, Bosch, Barcelona, 2000.

MONTÉS PENADÉS, V.L.: *Derecho de Sucesiones*, (coordinado por F. CAPILLA, A.M. LÓPEZ, E. ROCA, M^a R. VALPUESTA, V.L. MONTÉS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

MUCIUS SCAEVOLA, Q.: *Código Civil* (comentado, concordado y puesto al día por ORTEGA LORCA), T. XI, Vol. II, Reus, Madrid, 1943.

MUÑOZ GARCÍA, C.: *La Colación como Operación Previa a la Partición*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

PARRA LUCÁN, M^a. A.: *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, (coordinado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE), Colex, Madrid, 2000.

POVEDA BERNAL, M. I.: *Relajación formal de las donaciones*, Dikynson, Madrid, 2014.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. II, Bosch, Barcelona 1982.

ROCA JUAN, J.: "De la colación y la partición", *Comentarios al Código Civil*, T. XIV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 2004.

ROCA JUAN, J.: "Artículo 1.035", *Comentarios al Código Civil*, T. XIV, Vol, 2º, Edersa, Madrid, 2004.

ROCA JUAN, J.: "Artículo 1.036", *Comentarios al Código Civil*, T. XIV, Vol, 2º, Edersa, Madrid, 2004.

ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de Derecho Privado*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.

ROCA SASTRE, R. M.: "La donación remuneratoria", *Revista de Derecho Privado*, núm. 368, 1947.

RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Heredero y Legitimario*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

ROMERO COLOMA, A. M^a: "Donación remuneratoria y donación por méritos", *Diario La Ley Digital*, núm. 8163, 2013.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: *La revocación de las donaciones*, Aranzadi, Navarra, 2017.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, T. IV, Analecta, Madrid, 1891.

SIMÓ SANTONJA, V. L.: "Contrato de donación y persona jurídica", *Revista de Derecho Privado*, T. XLVII, 1963.

SIRVENT GARCÍA, J.: "La donación remuneratoria", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, 2012.

SUÁREZ BLÁZQUEZ, G.: *Colación de los descendientes*, Edisofer, Madrid, 1996.

TORRENTE, A.: "La donazione", en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (dirigido por A. CICU Y F. MESSINEO), Giuffrè, Milano, 1956.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Apuntes de Derecho Sucesorio*, A.G.E.S.A Madrid, 1955.



LA FUNCIÓN DEL ACTA DE NOTORIEDAD EN LA
RECTIFICACIÓN DEL TÍTULO SUCESORIO ABINTESTATO

*THE FUNTION OF THE NOTORIETY ACT IN THE RECTIFICATION OF
THE INTESTATE SUCCESSION TITLE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 206-229

Vivian de la
Caridad VARONA
y Ana Beatriz
ÁGUILA

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de octubre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: La declaración de la muerte y los sujetos llamados a delación respecto a un causante constituye un juicio notorio que ofrece el Notario en el título sucesorio abintestato. Razón por la que ha de ser considerada como acta de notoriedad y por ende, de jurisdicción voluntaria. Juicio que solo le compete rectificar a este funcionario aun cuando los llamados en la rectificación pertenezcan a un orden preferente a los ya declarados.

PALABRAS CLAVE: Acta de notoriedad; declaratoria de herederos; jurisdicción voluntaria; indebida exclusión; rectificación.

ABSTRACT: *The statement of the death and the subjects called to delation concern to a causer constitutes a notorious judgment that the notary offers in the intestate succession title. Reason why it has to be considerate as notoriety act and consequently, of voluntary jurisdiction. Judgment that only concern rectify to this functionary, even when the ones called in the rectification belong to a preferable order to the already declared.*

KEY WORDS: *Notoriety act; declaratory of heirs; voluntary jurisdiction; undue exclusion; rectification.*

SUMARIO.- I. EL NOTARIO CUBANO COMO GARANTE DE LA SEGURIDAD JURÍDICA: FUNCIONES Y OBLIGACIONES.- II. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL. ESPECIAL REFERENCIA EN EL ÁMBITO SUCESORIO.- III. EL ACTA DE DECLARATORIA DE HEREDEROS CONCEBIDA COMO ACTA DE NOTORIEDAD.- IV. LA INDEBIDA EXCLUSIÓN DE SUJETOS CON DELACIÓN.- V. LA RECTIFICACIÓN DE LA DECLARATORIA DE HEREDEROS AB INTESTATO O DEL JUICIO NOTORIO QUE CONTIENE. RAZONES QUE SUSTENTAN LA APLICABILIDAD DE LA VÍA NOTARIAL. REFLEXIONES DE *LEGE DATA* Y *LEGE FERENDA*.

I. EL NOTARIO CUBANO COMO GARANTE DE LA SEGURIDAD JURÍDICA: FUNCIONES Y OBLIGACIONES.

El Derecho Notarial constituye una rama autónoma e independiente del Derecho en razón de que la conforman un conjunto de principios¹ que, además de ser propios de esta disciplina, definen su actividad. Los mismos constituyen bases cardinales, pautas o reglas comunes que reflejan la necesidad de que exista uniformidad en la actuación notarial y subordinación a ellos, independientemente de la legislación interna de cada país y de que sean o no miembros, de la Unión Internacional del Notariado Latino².

Es el Derecho Notarial una de las disciplinas jurídicas de mayor importancia teórica y práctica, mediante la cual se brinda seguridad y eficacia a una gran gama de actos o hechos que tanto las personas naturales como jurídicas desean efectuar

- 1 Estos principios, sistematizados en un solo texto, dividido en títulos, fueron aprobados por el Buró de la Comisión de Cooperación Notarial Internacional el 18 de enero de 1968 y los días 13, 14 y 15 de marzo de 1986 por parte del Consejo Permanente de La Haya. En esos títulos se recogen de forma deductiva los siguientes principios: profesionalidad, forma, escritura, asesoramiento, autoría y redacción, legalidad, imparcialidad, matricidad o protocolo, conservación protocolar, intermediación, unidad de acto, fe pública notarial, notoriedad, interpretación, legitimación, calificación, secreto profesional, autorización, testimonial, de reproducción y representación instrumental.
- 2 La Unión Internacional del Notariado (UNIL) creada el 2 de octubre de 1948 es una organización no gubernamental internacional, instituida para promover, coordinar y desarrollar la función y la actividad notarial en todo el mundo y dada la necesidad de agrupación de los países con un diseño notarial común, a la que se integran actualmente 88 países.

• Vivian de la Caridad Varona Santiago

Profesora Auxiliar de Derecho de Sucesiones y Derecho Notarial de la Carrera de Derecho en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Cienfuegos, Cuba. Notaria en funciones desde el año 1991 hasta el año 2010 en la Provincia de Cienfuegos; Profesora planta del Departamento de Derecho de la Universidad de Cienfuegos del 2010 al 2017; del 2017 a la fecha profesora a tiempo parcial y Asesora Jurídica de la Oficina Nacional de Administración Tributaria en la provincia de Cienfuegos. Correo electrónico: vivian.varona@cfg.onat.gob.cu.

• Ana Beatriz Águila Peña

Lic., recién graduada de la Carrera de Derecho en la Universidad de Cienfuegos, con Título de Oro, Premio al Mérito Científico, Reconocimiento de la Unión Nacional de Juristas de Cuba a su trayectoria estudiantil y su participación en eventos provinciales de la Organización nacional de Bufetes Colectivos, Conferencias Provinciales de la Unión de Juristas, Fiscalía General de la República. Correo electrónico: aguilapeenaa@gmail.com.

en innumerables esferas de esta ciencia. En consecuencia, el Notariado es una profesión jurídica que tiene por cometido, asistir a las personas para facilitarles la realización espontánea y pacífica del Derecho y a cuyo alcance el ordenamiento jurídico pone a su disposición un conjunto de medios y procedimientos técnicos que el agente utiliza con método propio, para cumplir su función.

La Ley 50 de las Notarías Estatales enumera en su art. 10 las funciones del Notario, refrendando la enorme esfera de acción en que él se desenvuelve. Teniendo en cuenta la importancia que reviste para el desarrollo de la presente investigación, resulta imprescindible el análisis de las mismas.

El inciso a) del citado precepto es claro y al constituir el inicio de la regulación, recoge de manera general el contenido propio de la actividad notarial centrado en dar fe de los actos jurídicos en que la Ley exige la formalización o autorización notarial y de aquellos en que las partes así lo soliciten. Ello constituye el sustento de los contratos de compraventas de inmuebles y permutas con compensación aperturados con la puesta en vigor del Decreto-Ley número 288 del 2 de noviembre de 2011, así como los de vehículos de motor y demás que exigen como requisito esencial su autorización ante Notario público.

El inciso b) establece dar fe de hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica de los que se deriven o declaren derechos o intereses legítimos para las personas o de cualquier otro acto de declaración lícita. Dicha función, al igual que la anterior, constituye expresión directa del principio de Fe Pública Notarial, que se concibe como "la certidumbre que tienen los actos autorizados por el Notario (...)"³, uno de los que distinguen al Notariado de tipo latino y mediante el cual se garantiza la seguridad en el tráfico jurídico de los documentos por él expedidos.

El inciso c) estipula la función relativa a conocer, tramitar y resolver los asuntos de jurisdicción voluntaria, sucesorios de Declaratoria de Herederos y de Divorcio de conformidad con la Ley. Dicho apartado fue modificado con la puesta en vigor en el año 1994 del Decreto-Ley número 154, y permitió la tramitación en vía notarial de aquellos divorcios en los que no hubiera litigio entre los cónyuges respecto a ninguna de las convenciones, así como la posibilidad de liquidar la comunidad matrimonial de bienes en igual jurisdicción. También se recogen otros asuntos como las Perpetuas Memorias, Declaratorias de Herederos, los que proceden con representación letrada, entre otros.

Otra de las funciones consiste en calificar la legalidad del acto jurídico, así como de los hechos, actos o circunstancias contenidos en el documento notarial

3 PÉREZ GALLARDO, L. y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: *Derecho Notarial Tomo I*, Félix Varela, La Habana, 2006, p. 24.

de que se trate, cerciorándose de que estos se ajusten a los requisitos exigidos para su autorización. La misma es reflejo directo del Principio de Calificación, conforme a ello es deber del Notario ajustar la voluntad de los sujetos que ante él concurren no solo a la Ley que rige el acto de que se trate, sino también a la que establece las formalidades que se deben cumplir para que pueda ser instrumentado notarialmente⁴.

El emitir juicios de conocimiento y capacidad de los comparecientes constituye una función exclusiva del Notario. Al mismo le corresponde verificar si los que ante él comparecen se encuentran en pleno uso y ejercicio de sus facultades, y en caso de albergarle alguna duda sobre ello, debe abstenerse de actuar. De igual modo debe comprobar su identidad, bien sea mediante el documento de identidad permanente o en ausencia de este por ciencia o conocimiento propio del Notario y, en su defecto, a través de la intervención de dos testigos de conocimiento, cuya misión es identificar al compareciente.

Seguidamente se dispone dar fe de los protestos, requerimientos, notificaciones y legalizaciones, lo cual efectúa el Notario a través de la autorización de las Actas de Protesto, Actas de Notificación y Requerimiento, reconocidas no solo desde el punto de vista doctrinal, sino también legal en el art. 85, incisos a) y f), respectivamente. En esta materia se incluye la función de protocolizar toda clase de documentos públicos o privados⁵. Ello se autoriza mediante de las Actas de Protocolización reguladas en el inciso ch) del propio art. 85 y constituye requisito *sine qua non* cuando se pretende lograr la validez en Cuba de documentos emitidos en el extranjero.

Otra de las funciones del Notario radica en recibir en depósito documentos mercantiles u otros, objetos, valores o bienes muebles, como prenda de contrato o para su custodia, así como dar fe de la vigencia de leyes nacionales para que surtan efectos en el extranjero y de traducciones del idioma español a cualquier otro idioma extranjero y viceversa; o de las que hiciera si conociera el idioma extranjero. Esta última es realizada por el Notario a solicitud de parte interesada y cuando sea necesario en el exterior acreditar la Ley personal de ciudadanos cubanos, en caso de matrimonios en el extranjero, sucesiones u otros asuntos.

La dación de fe relativa a la existencia de personas u objetos es una de las funciones de las que se vale el Notario para certificar que determinada persona vive, aunque no tenga la capacidad requerida para por sí comparecer, requerimiento que procede a instancia de persona interesada. Constituye uno

4 PÉREZ GALLARDO, L. y LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I.: *Derecho Notarial*, cit., p. 28.

5 Protocolizar es incorporar al protocolo notarial de manera permanente e indefinida determinados documentos, con la finalidad de garantizar su seguridad jurídica.

de los supuestos de las Actas de Presencia estipuladas en el inciso b) del art. 85 del multimencionado texto legal. Así mismo, la expedición de copias literales o parciales de los instrumentos que obren en los protocolos y archivos de la notaría a su cargo, es otra de sus atribuciones, basándose en la Regla de Sustitución Notarial, como una de las reglas que sustentan la conservación y custodia de los protocolos en Cuba.

Otras de las funciones notariales y no menos importante consiste en autorizar actas de testimonio, literal o en relación, por exhibición de documentos que se presenten a ese objeto o que se encuentren en archivos a los que se autorice su acceso, así como autorizar la formalización de matrimonios. Respecto a esta última, la competencia notarial varía en relación con la concertación de matrimonios entre ciudadanos cubanos residentes en el país, o entre cubanos y extranjeros residentes permanentes en Cuba, o matrimonios de ciudadanos cubanos con extranjeros no residentes en el país que entran al país en calidad de turistas.

El asesoramiento notarial a las personas naturales o jurídicas que requieran sus servicios es otra de las funciones. Se deriva del Principio de Asesoramiento, que se entiende como “aquel que el Notario ha de prestar de oficio a aquella de las partes que lo precise y que aparezca en situación de desequilibrio respecto a la otra más poderosa, más culta o con asistencia jurídica propia”⁶.

La subsanación de los errores u omisiones en los documentos notariales, siempre que estos no constituyan causa de nulidad en el documento de que se trate, es una de las actas que más uso tiene en la práctica notarial cubana, nómbrese por su propio *nomen iuris* o notoriedad acreditada. Además, cabe aclarar que el mantener la discreción necesaria en la tramitación de los asuntos de que conozca, excepto en aquellos que, por su carácter público, pueden ser objeto de información y exhibición de conformidad con lo dispuesto en la Ley, se adecua al Principio de Secreto Profesional, conforme al cual el Notario debe desempeñar su función de forma discreta, ajustándose a la moral y la ética jurídica.

Realizar las advertencias legales reglamentarias previstas en la Ley al momento de autorizar el documento notarial de que se trate, como otra de las funciones estipuladas en la Ley 50, es de trascendental importancia para el Notario con el objetivo de salvar su responsabilidad y la de los comparecientes, en dependencia del trámite que sea. Por último, y no con menor importancia, se relatan las siguientes funciones: organizar, dirigir, administrar y controlar técnicamente la actividad de la notaría a su cargo; aplicar el arancel notarial vigente; informar de su gestión a la autoridad superior competente y cumplir las demás atribuciones que legalmente le correspondan.

6 PÉREZ GALLARDO, L. y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: *Derecho Notarial*, cit., p. 15.

II. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL. ESPECIAL REFERENCIA EN EL ÁMBITO SUCESORIO.

La jurisdicción es un término muy debatido desde el punto de vista doctrinal y existen disquisiciones en cuanto a si es o no una función exclusiva de los tribunales. En este contexto la autora se suma al criterio de autores como Couture y Mendoza Díaz quienes sostienen, en esencia, que la jurisdicción es una facultad estatal que se encomienda a órganos especializados, que son los tribunales, pero ello no impide que el Estado pueda delegar en otros actores. De ahí que se afirme que “hay jurisdicción siempre que un ente colocado en posición separada del justiciable aplique Derecho, resolviendo un conflicto”.⁷ Pudiendo ser esos entes bien judiciales o no.

En materia de jurisdicción prevalecen varios criterios clasificatorios, sin embargo, es preciso resaltar a los efectos de la investigación aquel que divide a la jurisdicción judicial en contenciosa y voluntaria. La primera está concebida para admitir la contienda entre partes, en tanto, la segunda es aquella en la que “el tribunal no dirime conflicto alguno, sino que su actuación está encaminada a formular un pronunciamiento jurídico para que surta efecto ante terceros, en evitación de contratiempos y contiendas”⁸.

En relación con esta última son múltiples las cuestiones disputadas⁹ y dada la naturaleza administrativa de las decisiones que en esta vía se adoptan se justifica que en no pocos países se tomara la determinación de transferir a los Notarios la atención de determinados asuntos que estaban en las leyes procesales como expedientes de jurisdicción voluntaria¹⁰. En consecuencia, puede aseverarse, teniendo en cuenta la doctrina científica y las legislaciones foráneas, la ampliación de la actuación de los Notarios en los actos de jurisdicción voluntaria.

De igual forma es notoria su intervención en los procesos sucesorios “dada su naturaleza híbrida, toda vez que de manera general admiten la contención, al tiempo que se prevén también para trámites carentes de conflicto, conjugándose elementos de ambos tipos de jurisdicción en el entramado de normas que lo regulan”¹¹. Siendo el proceso sucesorio *ab intestato* uno de los que con mayor nitidez revela esa naturaleza mixta.

7 MENDOZA DÍAZ, J.: *Derecho Procesal. Parte General*, Félix Varela, La Habana, 2015, p. 101.

8 MENDOZA DÍAZ, J.: *Derecho Procesal*, cit., p. 108.

9 Ha sido objeto de disputa no solo su naturaleza jurídica, sino también su denominación, su ubicación y permanencia en sede judicial. De ahí que algunos la nombren la mal llamada jurisdicción voluntaria.

10 Los motivos o razones que llevaron a los legisladores a encomendar a los Notarios determinadas funciones que hasta ese momento eran desarrolladas por los jueces son evidentes: por una parte, la descongestión de los juzgados, sobrecargados de trabajo en el contexto de una sociedad cada vez más litigiosa, y por otra parte, la cercanía al ciudadano, la agilidad, la no burocratización e incluso el reducido coste que implica la actuación notarial.

11 PÉREZ GUTIÉRREZ, I.: *Derecho Procesal Civil*, Félix Varela, La Habana, 2016, p. 373.

Uno de los elementos de mayor incidencia en los ordenamientos es el reconocimiento de que toda persona es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarle lícitamente, o sea, son derechos universales inherentes al ser humano. Precisamente es el derecho a heredar un derecho fundamental que cobra especial relevancia¹². El mismo se inscribe en la amalgama de derechos económicos, sociales y culturales, también conocidos como de segunda generación¹³.

La muerte, específicamente, es un hecho natural con relevancia jurídica que provoca la extinción de la persona natural y desencadena todo un conjunto de consecuencias jurídicas para el Derecho en general y para el Derecho de Sucesiones en particular. Por tanto, es un acontecimiento impostergable que constituye el fin del ciclo de la vida y desemboca sus efectos en el Derecho Sucesorio, pues su determinación clínica por parte de un facultativo o su presunción por autoridad competente da lugar a la apertura de la sucesión del fallecido o ausente.

Tras el deceso de una persona le sobreviven un conjunto de relaciones jurídicas, entre ellas las de propiedad, las que por su trascendencia son reguladas por los ordenamientos positivos mediante normas sucesorias que codifican la transmisión del patrimonio de un individuo a otro por causa de muerte. En efecto, el Derecho de Sucesiones tiene como objeto específico la sucesión *mortis causa* y la transmisión de relaciones jurídicas fundamentalmente de contenido patrimonial, así como otras que nacen en ocasión de la muerte de una persona.

En este contexto el Notario desempeña un rol principal, debido a que dentro de la diversidad de funciones a él conferidas está la de tramitar las sucesiones. Por ende, es responsable de velar porque sea estrictamente respetada la última y genuina voluntad del causante en caso de existencia de testamento con la finalidad de que el patrimonio que durante su vida formó sea transmitido a los herederos por él instituidos y, en el supuesto de no haber testado, se cumplan las disposiciones legales reguladas, dirigidas a suplir esa voluntad y fijar cuáles serán los órdenes sucesorios, pues el causante no ha dejado refrendado de forma alguna el modo en que su sucesión ha de ser deferida, a fin de evitar que este quede acéfalo.

Por tanto, desde el punto de vista doctrinal puede aseverarse la existencia de varios títulos sucesorios. CÁMARA ÁLVAREZ concibe por título sucesorio "aquel en cuya virtud se defiere la herencia del causante"¹⁴ y dentro de ellos ubica al

12 El derecho a heredar se encuentra estipulado en el art. 17.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

13 FOLCH DOMÍNGUEZ, Y. y LUGO DENIS, D.: "La práctica de la prueba testifical en la Declaratoria de Herederos. Consideraciones actuales", *Derecho y cambio social*, 2014, pp. 1-20.

14 CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999, p. 59.

testamento, como el principal; a la declaratoria de herederos, como el segundo en importancia, y también al contrato sucesorio¹⁵.

III. EL ACTA DE DECLARATORIA DE HEREDEROS CONCEBIDA COMO ACTA DE NOTORIEDAD.

En Cuba, en comparación con otros ordenamientos iberoamericanos, la atribución al Notariado de los asuntos de jurisdicción voluntaria tuvo lugar en fecha temprana en virtud de la Ley No. 50 “De las Notarías Estatales”¹⁶. En consecuencia, la declaración de herederos *abintestato* asume en la legislación patria, la forma de acta notarial. En concreto es el art. 85 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales el que regula la clasificación de las actas notariales y reconoce de forma separada las de notoriedad, jurisdicción voluntaria y declaratoria de herederos, en los incisos e), h) e i), respectivamente. De cuya sistemática se interpreta que son clases de actas distintas, cuando en realidad la última es al mismo tiempo no solo un acta de notoriedad, sino también de jurisdicción voluntaria.

Las actas de notoriedad son definidas por Escobar de la Riva como “aquellos instrumentos públicos mediante los cuales, y bajo dicha forma, el Notario, previo un juicio de valoración o estimación de pruebas, declara acreditado por notoriedad la existencia de un hecho”¹⁷. Por su parte, Cámara Álvarez disiente de este criterio, señalando que el objeto del acta de notoriedad no es acreditar la existencia del hecho notorio, sino comprobar su notoriedad. En la misma cuerda se exterioriza Rodríguez Adrados al definir las como “aquellas que tienen por contenido la narración por el Notario de un juicio suyo acerca de la notoriedad de un hecho”¹⁸.

En consecuencia, el acta de notoriedad no se realiza para dotar de notoriedad a un hecho, sino para lograr que esa notoriedad pueda surtir efectos fuera del limitado círculo de personas que lo reconocen como tal¹⁹. “Su finalidad está encaminada a salvar los límites del carácter notorio de un hecho y convertirlo en

15 La sucesión contractual, cuyo reconocimiento por los ordenamientos jurídicos es todavía sumamente polémico, es considerada por sus defensores un tercer modo de sucesión y es aquella que tiene lugar a raíz de un acuerdo de voluntades bilateral. Como su nombre indica, en estos casos, la fuente de la vocación sucesoria es de carácter voluntario y contractual.

16 En Cuba, desde inicios del pasado siglo, en virtud del Código Notarial de 1929 se autorizaba en competencia notarial la transmisión y adjudicación de caudales hereditarios por acuerdo de las partes. Luego en 1937 con la adición de un párrafo al art. 1 del citado cuerpo legal se amplió la función de los Notarios al conferirles competencias en los actos de jurisdicción voluntaria. A pesar de dichos antecedentes es específicamente la Ley No. 50/84 la que marcó un hito en esta temática al ser impulsora de modificaciones, relativas a esta materia, en otros países, como es el caso de Colombia, Puerto Rico, Guatemala, Salvador, etcétera.

17 ESCOBAR DE LA RIVA, E.: *Tratado de Derecho Notarial*, Marfil, Valencia, 1957, p. 261.

18 RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: “El notario latino y su función”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. LXXXVI, 1972, p. 91.

19 ABREU DE POLANCO, R. I., MARCELO D'ALESSIO, C., ROLANDO BARRIOS, J., BECERRA PALOMINO, C. E., BUENO FISHER, J. F., CAVALLÉ CRUZ, A., ... VIVAR MORALES, E.: *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pp. 1- 630.

virtud del reconocimiento notarial, en conocido por todos, en hecho público para la generalidad”²⁰.

La misma como exponente de las actas de calificaciones jurídicas, es merecedora de una gran variedad de efectos probatorios. “Acredita dentro y fuera del mundo jurídico, la comprobación o fijación de hechos notorios sobre los cuales se pueden fundar, declarar, o reconocer derechos o legitimar diversos hechos, situaciones o circunstancias (...)”²¹. De ahí que su primordial distinción con el resto de las actas radique en el rol que desempeña el elemento subjetivo, o sea, su autor; el Notario, al implicar por parte de este una acuciosa calificación, no solo de documentos presentados a los fines de acreditar la veracidad de lo requerido por el rogante, sino también de manifestaciones o declaraciones prestadas por las “partes” o por terceros en torno al objeto mismo del acta²².

Es en el acta de notoriedad donde la actividad del Notario se amplía mucho más, superando la simple constatación o percepción de hechos. Implica una importante labor intelectual de él, quien cuando procede a autorizar un acta de este tipo está en la obligación de arribar a la determinación de la notoriedad del hecho que a su consideración se somete, lo cual es una misión sumamente compleja. Para ello cuenta con la facultad de solicitar o exigir cuantas pruebas de las admitidas en Derecho considere necesarias. Por ende, “el contenido material del acta de notoriedad es la narración de un hecho sobre el cual se emite un juicio jurídico que recae sobre el pasado”²³. Según IRURZUN GOICOA, “Las actas de notoriedad contienen una declaración, juicio o calificación del Notario, acerca de la percepción que otras personas han tenido de hechos ocurridos en un determinado ambiente o localidad (...) y una valoración de la situación jurídica que aquellos hechos, ya notorios, han contribuido a crear”²⁴.

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico nacional, a pesar de la amplitud del concepto, la aplicación del acta de notoriedad es muy limitada²⁵. “Su uso se

20 CHINEA GUEVARA, J.: “Teoría de las actas notariales. Actas notariales en especie”, en AA.VV.: Derecho Notarial Tomo III (coord. por L. B. PÉREZ GALLARDO y I. LORA-TAMAYO RODRIGUEZ), Félix Varela, La Habana, 2008, pp. 3-54.

21 ABREU DE POLANCO, R. I., MARCELO D’ALESSIO, C., ROLANDO BARRIOS, J., BECERRA PALOMINO, C. E., BUENO FISHER, J. F., CAVALLÉ CRUZ, A., ... VIVAR MORALES, E.: *Anuario Iberoamericano*, cit., p. 153.

22 ABREU DE POLANCO, R. I., MARCELO D’ALESSIO, C., ROLANDO BARRIOS, J., BECERRA PALOMINO, C. E., BUENO FISHER, J. F., CAVALLÉ CRUZ, A., ... VIVAR MORALES, E.: *Anuario Iberoamericano*, cit., pp. 1- 630.

23 ABREU DE POLANCO, R. I., MARCELO D’ALESSIO, C., ROLANDO BARRIOS, J., BECERRA PALOMINO, C. E., BUENO FISHER, J. F., CAVALLÉ CRUZ, A., ... VIVAR MORALES, E.: *Anuario Iberoamericano*, cit., p. 154.

24 IRURZUN GOICOA, D.: “Función del acta de notoriedad en el *ab intestato*”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2x, 2014, p. 155.

25 La Dirección Nacional de Registros y Notarías en el ejercicio de su función técnica, normativa y metodológica de la actividad notarial ha estudiado en el orden teórico, doctrinal y legislativo el acta de notoriedad, en aras de esclarecer la intervención notarial y demostrar su variado uso, utilidad práctica y sus efectos jurídicos. Al respecto el Dictamen No.66/1987 del 30 de septiembre, en el que a partir de la definición que sobre la notoriedad ofrece la Enciclopedia española y de la dinámica de hechos que pueden presentarse en la sociedad moderna, se razonó que, resulta imposible determinar los supuestos específicos

encuentra estereotipado en la constatación y consiguiente rectificación de errores en determinados documentos, sin entender que el tipo de documento a subsanar no modifica la naturaleza jurídica de la actuación notarial: que consiste en dar por comprobada la notoriedad de un determinado hecho de importancia para el tráfico jurídico²⁶.

El acta de declaratoria de herederos es, de acuerdo a su importancia, el segundo título sucesorio reconocido en Cuba, luego del testamento.²⁷ La declaración de la muerte y de los llamados a la herencia es un hecho notorio. En consecuencia, puede afirmarse su concepción como acta de notoriedad, siendo posible su tramitación como tal, pues mediante ella se busca obtener igual propósito: el reconocimiento por parte del funcionario público, previo análisis de las pruebas pertinentes, de la notoriedad de determinado hecho con relevancia en el mundo jurídico (el fallecimiento intestado del causante y quiénes son las personas legitimadas por Ley para sucederle).

Si bien “los antecedentes de la aplicación del acta de notoriedad para hacer constar formalmente la condición de heredero, lo encontramos en las legislaciones francesa e italiana”²⁸, en la actualidad es frecuente en la esfera internacional que los sistemas notariales de distintos países entiendan al acta de declaratoria de herederos como un acta de notoriedad, lo cual se traduce en que esta es concebida como tal. Los argumentos que desde el punto de vista doctrinal sustentan esta tesis son varios y se resumen de la siguiente manera:

“El contenido material del acta de notoriedad es la narración de un hecho sobre el cual se emite un juicio jurídico acaecido en tiempo pasado”²⁹, que en el caso de la declaración de herederos sería el fallecimiento intestado del causante;

En las actas de notoriedad se procede a calificar “la trascendencia jurídica del hecho sometido a notoriedad, consciente de que no ha ocurrido ante el fedatario, pero que es absolutamente notorio para él, por lo que en virtud y convencido de ello redacta y autoriza el acta para ser usada en varios ámbitos de la vida”³⁰. En el supuesto de la declaración de herederos ello se materializa en que es evidente que la muerte es un hecho natural con relevancia jurídica, que puede o no ser del conocimiento del Notario que autoriza dicha acta, el cual la hace con el objetivo

del uso de las actas de notoriedad y que corresponde al Notario determinar particularmente en cada asunto que se le presente si procede o no su autorización.

26 CHICOK BARREDA, N.: *La actuación notarial en el acta de declaratoria de herederos* (Tesis de Especialidad), Universidad La Habana, La Habana, 2007, p. 23.

27 Por título sucesorio debe entenderse aquel en cuya virtud se defiere la herencia del causante.

28 CHICOK BARREDA, N.: *La actuación notarial*, cit., p. 32.

29 PÉREZ DÍAZ, O. L. y CORZO GONZÁLEZ, L. J.: “El acta de notoriedad en el Derecho Positivo cubano: Una referencia especial”, *Revista Jurídica*, 2011, p. 33.

30 PÉREZ DÍAZ, O. L. y CORZO GONZÁLEZ, L. J.: “El acta de notoriedad”, cit., p. 33.

central de declarar intestado el deceso del causante, quienes son sus herederos y a la vez constituye ello título legitimador de tal condición.

En ellas el Notario no se pronuncia sobre el hecho, "su fe recae sobre la notoriedad del mismo, demostrada y suficientemente probada"³¹. Es decir, en el caso concreto el Notario lo que declara es la notoriedad del fallecimiento a partir de las pruebas fehacientes aportadas por el o los promoventes.

"Si para que el hecho fuera notorio tuviera que constarle a ciencia cierta al Notario o ser del conocimiento de la generalidad, no fuere necesario emitir juicio alguno e innecesaria la luz de la fe pública notarial"³².

IV. LA INDEBIDA EXCLUSIÓN DE SUJETOS CON DELACIÓN.

La exclusión de herederos es un término que desde la doctrina se direcciona solo a la sucesión testada. Sin embargo, no es ajeno en la actualidad, sino más bien cotidiano, el hecho de que en la sucesión *ab intestato* puede ocurrir y, en efecto, ocurre la exclusión de alguno o algunos de los que debían ser llamados a la sucesión e injustamente no son incluidos en el referido título formal, ya sea por imprudencia o intención de los promoventes. En el orden jurisprudencial cubano, el término preterición fue reiteradamente y durante mucho tiempo esgrimido para reflejar esta situación y como medio para defender al omitido. No obstante, el mismo es reservado por las legislaciones, jurisprudencias foráneas y doctrina científica para los legitimarios omitidos intencional o imprudentemente por el testador en su testamento³³.

La preterición es una situación o fenómeno jurídico de carácter excepcional, típico de la sucesión testamentaria, que se presenta cuando el testador pasa inadvertido a un legitimario³⁴. De ahí que se comprenda que se produce siempre por causas imputables al testador al no respetar la restricción o freno que el sistema legitimario supone para la libertad de testar. Por tanto, preteridos, en el sentido original del vocablo, lo son solo los olvidados por el causante, porque se supone que únicamente el testador puede olvidar no así el legislador, quien llama a todos, los que, sin distinción, se encuentran más próximos al causante. En consecuencia, si hay exclusión no es imputable al legislador, al Notario, sino a quien ha promovido la declaratoria y, en algunos casos, también a los testigos que pudieran haber intervenido³⁵.

31 PÉREZ DÍAZ, O. L. y CORZO GONZÁLEZ, L. J.: "El acta de notoriedad", cit., p. 33.

32 PÉREZ DÍAZ, O. L. y CORZO GONZÁLEZ, L. J.: "El acta de notoriedad", cit., p. 33.

33 PÉREZ GALLARDO, L. B.: "El acta notarial de declaración de herederos *ab intestato* como título sucesorio: un enfoque desde el Derecho cubano y el español", en AA.VV.: Derecho Notarial Tomo III (coord. por L. B. Pérez Gallardo y I. Lora-Tamayo Rodríguez), Félix Varela, La Habana, 2008, pp. 54-115.

34 CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999.

35 PÉREZ GALLARDO, L. B.: "El acta notarial", cit., pp. 54-115.

Los operadores del Derecho en Cuba extendieron este término a la situación que con cierto parecido ocurre en la sucesión *ab intestato*. Sin embargo, esta figura resulta incompatible, por su naturaleza, con la sucesión intestada, pues no es posible hablar de olvido voluntario o involuntario de los llamados por Ley³⁶. En estos casos, lo que en realidad ocurre, a decir de Pérez Gallardo, criterio que comparte la autora, es que se forma un título sucesorio incompleto, pues las pruebas aportadas durante la tramitación del acta de declaratoria de herederos no justifican la existencia de todos los llamados a la sucesión, se oculta al Notario la existencia de parientes o del cónyuge del causante, con igual o mejor derecho que el promovente y las demás personas nombradas por él en el escrito promocional. A pesar de lo antes aludido es necesario aclarar que el período de incertidumbre y equívoco en cuanto al término a emplear por la Sala de lo Civil y Administrativo del Alto Foro cubano parece haber concluido y es denunciado y válidamente criticado por varias sentencias³⁷.

A tono con lo anterior, puede aseverarse que con frecuencia suele ocurrir tras la promoción de un acta de declaratoria de herederos que resulten excluidos indebidamente, ya sea por intención o imprudencia del promovente, alguno o algunos de los llamados a la sucesión. En tal caso el Código Civil cubano en su arts. 110.1³⁸ y 111 inciso a)³⁹ reconoce acciones para la defensa de sus derechos.

Lo antes referido se materializa en dos situaciones distintas: una cuando el excluido(s) pertenece al mismo llamado que los declarados como herederos en el título sucesorio autorizado y en segundo lugar cuando el o los excluidos pertenecen a órdenes sucesorios precedentes a los incluidos en la delación. Así en el primero de los casos expuestos, la solución ofrecida por el gremio notarial cubano parte de un análisis doctrinal basado en la autorización de un Acta Modificativa de Declaratoria de Herederos, por parte del afectado, cuyo contenido es precisamente incluir a ese o esos indebidamente excluidos y donde no se requiere ya la anuencia del resto de los herederos como en un momento lo exigía el Acuerdo 76 del 14 de junio de 1988 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, a tenor de la Circular 6/2014 de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia.

36 PÉREZ GALLARDO, L. B.: “¿Cabe la “preterición” en los títulos sucesorios ab intestato?”, en AA.VV.: Estudios varios de Derecho Notarial (coord. por L. B. Pérez Gallardo), Ediciones ONBC, La Habana, 2017, pp. 247-264.

37 Ejemplos de ello son las STS número 35, 31 enero 2008, en su único considerando y cuya juez ponente fue Acosta Ricart y la STS número 84, 11 marzo 2008, en su primer Considerando, cuyo juez ponente fue Díaz Tenreiro.

38 El art. 110.1 del Código Civil dispone que la protección de los derechos derivados de las relaciones jurídicas civiles se realiza por medio de los tribunales y, en los casos en que así esté dispuesto, por vía administrativa.

39 El art. 111 inciso a) del Código Civil establece que la protección de los derechos civiles comprende, fundamentalmente el reconocimiento del derecho.

Análisis particular y muy polémico entre los operadores del Derecho lo constituye cuando el excluido demuestra pertenecer a un orden sucesorio preferente, tema en que se centra la investigación y en el que no existe anuencia al respecto⁴⁰. En cuanto a este caso, son varias las soluciones brindadas por la *praxis*⁴¹ y la doctrina cubana, las que se truncan al confluir diversos análisis muy oportunos y que van desde considerar solo la nulidad del título sucesorio autorizado hasta valorar la intervención notarial en aras de su rectificación. Sin embargo, el criterio que prevalece aun en la práctica, aunque incorrecto, es interponer un proceso de nulidad ante Tribunal competente, lo cual es improcedente tanto al amparo del art. 16 de la Ley 50/84 como del art. 67 del Código Civil cubano.

V. LA RECTIFICACIÓN DE LA DECLARATORIA DE HEREDEROS AB INTESTATO O DEL JUICIO NOTORIO QUE CONTIENE. RAZONES QUE SUSTENTAN LA APLICABILIDAD DE LA VÍA NOTARIAL. REFLEXIONES DE *LEGE DATA*⁴² Y *LEGE FERENDA*⁴³.

Encauzar el problema de la presente investigación constituye tema escabroso. Afirmación que parte de que en la *praxis* se suscitan un conjunto de situaciones fácticas que sobre la base de los métodos de la hermenéutica⁴⁴, que como principio identifica la labor del Notariado cubano, encuentran solución.

Pero lo cierto es que, a los efectos de buscar uniformidad en la actuación de los operadores del Derecho, la cual por demás está permeada del asesoramiento previo a quienes lo requieran, se hace necesario, por supuesto, que sea la Ley en su máxima expresión la que lo estipule. En esta materia se han dictado varias normativas dirigidas a rectificar criterios, tales son: el Acuerdo 76 de 14 de junio de 1988 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que viene de alguna manera a resolver el tema de la preterición de herederos, pues la Ley 50

40 Al respecto PÉREZ GALLARDO siguiendo la línea de pensamiento de CHIKOC BARREDA, plantea que como Notario, no cree desacertado que se pueda rectificar en la misma sede notarial el juicio de notoriedad ofrecido, cuando se aporten las pruebas que justifican la existencia de parientes más propincuos del causante, aunque si ya se ha promovido en sede judicial el proceso, nada priva al tribunal, en aras de la celeridad jurídica y la tuición del justiciable, que sea él mismo el que rectifique el juicio de notoriedad.

41 El Acuerdo 76 del 14 de junio de 1988 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular señaló que, el claro tenor de la Disposición Especial Primera de la Ley 50 de las Notarías Estatales exceptúa a esos órganos, entre otros casos del conocimiento de los procesos sucesorios de declaración de herederos en que sea manifiesta la contradicción entre partes y ello basta para entender que el supuesto de preterición de un heredero, - en el entendido que se refiere a la mera omisión de uno de ellos-, al extenderse el acta notarial constitutiva de una institución de esa naturaleza, es ante el Tribunal Municipal correspondiente donde debe ventilarse el proceso para obtener su modificación conforme previene el inciso 5 del art. 5 en relación con el segundo párrafo del art. 537 de la varias veces mencionada Ley Adjetiva Civil, salvo el caso en que todos los interesados acuerden concurrir ante Notario para que extienda nueva acta en tal sentido.

42 Expresión latina que se utiliza cuando determinada institución se encuentra regulada en Ley.

43 Expresión latina que se utiliza cuando el autor considera que determinada institución debe regularse en la Ley.

44 La hermenéutica jurídica o interpretación del Derecho es un conjunto de métodos o procedimientos inevitables para la identificación, sentido, esencia y fines de las normas contenidas en los textos que ha promulgado la autoridad normativa, para determinar el alcance de una norma general y aplicarla a casos individuales.

“De las Notarías Estatales” y su Reglamento no contempla tal situación y por ende, crea un vacío legislativo.

Al existir el vacío legislativo se crea una laguna en Derecho que implica “ausencia total de solución jurídica; falta de normatividad o de regulación para resolver determinados conflictos sociales”⁴⁵. No se puede olvidar la función que tiene la norma jurídica como dictado de conducta, como regla deontológica impuesta por el Estado con toda su coactividad. Ello constituye uno de los rasgos esenciales unido a la bilateralidad, la obligatoriedad y legitimidad, así como la validez y permanencia, generalidad y abstracción, que la caracteriza con independencia de que su naturaleza sea dispositiva o imperativa.

Ante esta ausencia, se impone la necesidad de tomar de la mano conceptos como la interpretación⁴⁶ del Derecho para lograr soluciones viables acorde a lo dispuesto normativamente. Aun cuando se requiere para una actividad tan técnica como la notarial, los pronunciamientos que, en el orden metodológico y organizativo, dicta la Dirección Nacional de Notarías del Ministerio de Justicia conjuntamente con los ofrecidos por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo.

Hay que partir del hecho que la citada Ley 50, como ya se apuntó con anterioridad, contempla al acta de declaratoria de herederos como un tipo de acta ajena a la de notoriedad. En tal sentido el profesor Pérez Gallardo, con la sapiencia que lo identifica, ha puesto en tela de juicio la naturaleza jurídica de la misma y ha lanzado la polémica de a qué tipo de acta corresponde, si es una notoriedad o un acta de jurisdicción voluntaria, o resulta acaso un acta de naturaleza *sui géneris*.

La *ratio legislatoris* que justifica la calificación del acta de declaratoria de herederos como una modalidad de acta notarial, distinta a las de notoriedad y de las actas de jurisdicción voluntaria no son entendibles y parten, a juicio de Pérez Gallardo, criterio con el cual la autora está conteste, del mimetismo de los términos utilizados por el legislador de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. La citada norma regula la declaratoria de herederos en el Título II dentro del Libro IV destinado al Proceso Sucesorio y no en el libro siguiente dedicado a la Jurisdicción Voluntaria, cuando no se niega que la información de notoriedad declarada judicialmente para lograr un título sucesorio *ab intestato* sea un acto de jurisdicción voluntaria.

45 FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: *Teoría General del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho. Segunda Parte*. Félix Varela, La Habana, 2004, p. 225.

46 Interpretar es la actividad que tiene por objeto esclarecer el sentido y el alcance de las normas jurídicas a los fines de su aplicación al comportamiento de los individuos en sociedad. Definición esgrimida por Fernando Cañizares en CAÑIZARES, F.: *Teoría del Estado*, Editora Universitaria, La Habana, p. 209.

Por lo tanto, una de las principales razones por las cuales ha de considerarse que la actuación notarial es la idónea para la tramitación pretendida radica en las mismas que justifican que la declaratoria de herederos, por su naturaleza es un acta de notoriedad y por tanto, de jurisdicción voluntaria. De ahí que no deba ser considerada como un tipo distinto de esta. Los fundamentos que se esgrimen al respecto radican en que la misma contiene una declaración de hechos y situaciones jurídicas; la carencia de cosa juzgada que tienen las resoluciones de los actos de jurisdicción voluntaria; la inexistencia de conflictos u oposición de intereses y constituir un acto extrajudicial por excelencia. La conceptualización de la declaración de herederos como un acta independiente lejos de aliviar el camino en el orden sucesorio ha puesto escollos a su correcta aplicabilidad y, por ende, las rectificaciones posteriores que sean necesarias realizar encontrarán igual barrera.

Uno de los elementos en los que se pronunció el Acuerdo 76 del 14 de junio de 1988 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, fue lo relativo a que el Notario solo actúa en función de rectificar el título sucesorio si existe conformidad entre los que han sido llamados a la herencia. Cuestión muy discutida en virtud de que el tener delación respecto a un causante *vía ab intestato* no depende del resto, sino de un llamamiento que está dispuesto en Ley, por lo cual solo basta el accionar del preterido en tal sentido. Asunto por el que se pronuncia la Circular 6 de 2014, en razón de inspecciones realizadas al Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratorias de Herederos por la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia, con el objetivo de buscar además la uniformidad en la actuación notarial, sobre todo en cuanto al *nomen iuris* utilizado en la rectificación del título.

Esta normativa, aunque no dispone metodológicamente el actuar notarial, de algún modo se pronuncia en ese sentido y orienta que la persona que debe contratar el servicio es la que se ha omitido y no tiene sentido traer a los que ya fueron llamados anteriormente, pues su origen es la Ley. Cuestión con la cual se discrepa pues la declaración de la notoriedad del hecho, podría acreditarse por el preterido sin representación letrada solo con aportar las certificaciones que acreditan el parentesco.

La citada circular apunta además a la importancia de buscar la uniformidad en cuanto al *nomen iuris*⁴⁷, de lo cual depende por supuesto, el arancel a aplicar por el servicio solicitado. Elemento de gran trascendencia para el desempeño notarial

47 En ella se refiere que no existe uniformidad en el *nomen iuris* de las actas complementarias de declaratorias de herederos, siempre y cuando pertenezcan tanto el indebidamente excluido como los ya declarados al mismo orden sucesorio, pues indistintamente se denominan como: Modificativas, Inclusión de herederos, Aclaratorias o de Adición de herederos, siendo su contenido el mismo. En tal sentido vale aclarar que esta es actualmente una cuestión ya lograda al nombrarse Acta Modificativa de Declaratoria de Herederos, denominación que en Derecho se considera más adecuada, además de que se ha generalizado su uso en la práctica notarial.

y que puede constituir un señalamiento trascendental en las inspecciones que cotidianamente realiza el Ministerio de Justicia.

El *nomen iuris* no es sino el juicio de calificación que hace el Notario sobre la base de sus conocimientos jurídicos. Según la línea de pensamiento de Ballarín Marcial, se trata de un juicio asertórico que hace el Notario “con base en su simple apreciación científica, de experto en Derecho, cuando califica el negocio jurídico que consta en la escritura (...)”⁴⁸. Por su parte Pérez Gallardo, considera que “si bien es un juicio subjetivo o valorativo, viniendo del Notario, tiene una alta probabilidad de ser cierto. Téngase en cuenta que los juicios notariales se consideran dotados de una fuerte presunción de veracidad”⁴⁹.

Lo cierto es que en el caso que ocupa la investigación no será posible tramitar lo pretendido mediante una Modificación, Inclusión, Aclaratorias o Adición de herederos, porque estos términos implican que los primeros llamados a la herencia se mantienen y, por ende, se incluyen a los excluidos. Lo anterior significa que esta aplicabilidad procede solo para rectificar el título sucesorio *abintestato* cuando los llamados y los excluidos pertenecen al mismo orden sucesorio. La jurisprudencia cubana, apunta a la tramitación de la citada rectificación a partir de un proceso ordinario de nulidad o rectificación del juicio de notoriedad dado por el Notario en el instrumento. Y en ello hay que detenerse por la complejidad que el tema conlleva.

En primer lugar, la nulidad como causal de ineficacia opera para los actos jurídicos. La muerte constituye un hecho natural con trascendencia jurídica, no tiene tal investidura por lo cual no resulta de aplicabilidad al acta. No son pocos los procesos interpuestos ante los tribunales en los que se interesa tal pretensión. Al acta le resultarían aplicables los fundamentos del art. 16 de la Ley 50 “De las Notarías Estatales”, referidas al plano de la forma. Y si por esta norma se interpone un proceso de tal magnitud, solo será posible al amparo de los incisos c) y d), cuando se declaren judicialmente o concurren otras causales previstas en la Ley, lo que a juicio de la autora tampoco resulta pertinente.

En segundo lugar, la cuestionabilidad del juicio notorio dado por el Notario se derrumba ante una orfebrería judicial, no es sino el propio fedatario quien pudiera proceder a la citada rectificación⁵⁰. Hay que tener en cuenta, por supuesto, un

48 BALLARÍN MARCIAL, A.: “Naturaleza y clases de “juicios” del notario”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXV, 1996, p. 539.

49 PÉREZ GALLARDO, L. B.: “El *nomen iuris* del acto o negocio jurídico, hecho o circunstancia, contenidos en los documentos públicos notariales”, en AA.VV.: *Estudios varios de Derecho Notarial* (coord. por L. B. PÉREZ GALLARDO), Ediciones ONBC, La Habana, 2017, p. 174.

50 La sentencia número 743, 21 noviembre 2003, de la Sala de lo Civil, Administrativo del Tribunal Supremo aunque se refiere al caso específico de las actas de subsanación de errores, pero al ser esta un acta de calificación jurídica tal como lo es el acta de notoriedad, conlleva a idéntica interpretación: “No le es dable al Tribunal aclarar un instrumento notarial”.

conjunto de elementos encaminados a la garantía y seguridad del instrumento y el logro de sus plenos efectos *ex nunc*⁵¹, en consonancia con el cumplimiento de las funciones que el art. 10 de la citada Ley en su inciso b) estipula⁵². El enunciar este precepto y no el contenido bajo la letra del inciso c), donde se fusiona la intervención del Notario en asuntos de jurisdicción voluntaria, sucesorios, de declaratoria de herederos, parte del propio análisis crítico que la investigación alberga en cuanto a la distinción de las actas de declaratoria de herederos, de notoriedad y jurisdicción voluntaria, cuando se han dado argumentos doctrinales que no sustentan la posición adoptada por el legislador en tal sentido.

En tercer lugar y con el objetivo de seguir una transversalidad en el análisis, los juicios notorios ofrecidos por el Notario, constituyen una función calificadora. De ahí que las actas de declaratoria de herederos, notoriedad y subsanación de errores, que el Reglamento notarial cubano recoge, sean consideradas como tal. Todas contienen “un juicio acerca de la notoriedad del hecho a partir de una serie de elementos probatorios y de diligencias notariales dirigidas, unas a probar el hecho, y otras a que el Notario forme su juicio de notoriedad”⁵³.

En cuarto lugar, no menos importante lo constituye la celeridad y rapidez que hacen de la vía notarial la más idónea en la tramitación de declaraciones de herederos, y no sujeto a un proceso judicial, con todas las garantías que ello conlleva. Así como la cercanía al ciudadano, la no burocratización e incluso el reducido coste que implica la actuación notarial.

La *ratio legislatoris* que predominó al trasladar a la esfera del Notario las actas de declaratoria de herederos con la Ley 50, son a criterio propio las que deben observarse para el tema que ocupa, el reconocimiento a la labor del Notario como conecedor de las normas jurídicas, consejero de las partes, custodio de sus secretos, verdadero y fundamental eje en derredor del cual ha de girar la vida entera de la sociedad en el normal desenvolvimiento de sus relaciones de todo orden aunque principalmente el civil.

Magariños Blanco considera que precisamente por residir en los Notarios, de manera principal, la función de realizar la seguridad jurídica preventiva y por la imparcialidad e independencia que caracteriza su intervención, es por lo que su aportación en materia de mediación podría ser importante, lo mismo que en el futuro en cuanto a otras actuaciones que supongan homologación, calificación,

51 Locución latina, que literalmente en español significa “desde ahora”, utilizada para referirse a que una acción o norma jurídica produce efectos desde que se origina o se dicta, y no antes, por lo que no existe retroactividad

52 El inciso b) del art. 10 de la Ley No. 50/84 consiste en “dar fe de hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica de los que se deriven o declaren derechos o intereses legítimos para las personas o de cualquier otro acto de declaración lícita”.

53 CHINEA GUEVARA, J.: “Teoría de las actas notariales”, cit., p. 36.

determinación y fijación para dar seguridad a una relación o situación jurídica⁵⁴. Reflexiones futuras en torno al tema que concierne la investigación se imponen a partir de los argumentos esgrimidos.

Constituye al acta de notoriedad por excelencia la solución plausible al problema planteado y, en tal sentido, deben tenerse en cuenta ciertos elementos, a saber: la legitimación para promoverla, competencia, representación, términos, intervención testifical, remisión al fiscal, prohibiciones, publicidad, prescripción de la acción, etcétera. Tendrán derecho a requerir al Notario en su actuación aquel que ha sido excluido o su representante legal o voluntario, nunca lo será el declarado heredero, pues ello presupone la violación del principio *venire contra factum proprium*⁵⁵, en virtud del cual quien afirma o admite algo no puede luego contradecirlo.

En cuanto a la competencia, si se mantiene lo legislado en la actualidad en la Ley 50, cualquier Notario con competencia provincial podrá tramitarla, pero una posible modificación estaría encaminada a que conocerá del proceso sucesorio, el Notario del lugar donde el causante tuvo su último domicilio. La representación constituye un tema medular, con los argumentos a favor y en contra que pudieran sustentarse, pero nada impide que la tramitación de la declaratoria de herederos y su rectificación posterior, no fuera una facultad imperativa, sino a criterio personal de cada quien. Habría que pronunciarse en relación al término para tramitar la rectificación del título, aunque se trate de declaratorias de herederos simples o múltiples, y practicar todas las diligencias que en orden probatorio resulten necesarias.

La intervención de testigos, resultaría un elemento a descartar, por la pobre función que realizan, y en ocasiones empaña la realidad en concordancia con lo que el legitimado interesa, aun cuando prevalece la advertencia legal que hace el Notario de incurrir en un delito de perjurio si sus declaraciones son falsas. O es que quizás no se han utilizado las vías idóneas para que los testigos cumplan con su función real. La intervención del fiscal, fortalece la actividad notarial, y de algún modo, ayuda al resguardo de seguridad del instrumento público y más, si de rectificar el título sucesorio se trata.

Y por último, el *nomen iuris* del instrumento ya tratado con anterioridad, pronunciamiento que debe formular la Dirección Nacional de Notarías del Ministerio de Justicia, a los fines de la unificación de criterios. Rectificación del

54 MAGARIÑOS BLANCO, V.: "La jurisdicción voluntaria. Sobre el Proyecto de Ley", *El notario del siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 7, 2006.

55 Principio general del Derecho, la prohibición de ir en contra de sus propios actos.

juicio de notoriedad, resultaría el más acertado para el caso que ocupa la presente investigación.

No se tramitará la rectificación del citado juicio, al amparo de las que sustentan hoy la propia declaratoria de herederos, que en el art.114 del Reglamento de la Ley 50 remite al 104, sobre actas de notoriedad. Razón de más que sustenta que la diferenciación entre estos tipos de actas es innecesaria y que realmente el llamar a la herencia a los sujetos con delación, al momento del fallecimiento del causante, no es sino un juicio notorio que se ofrece por el Notario al círculo de personas más propincuas del *cujus*.

Por supuesto, no ha de olvidarse el importante rol que juega el Registro Central de Actos de Última Voluntad y Declaratoria de Herederos en el orden declarativo e informativo, para lo cual el Notario remitirá copia del acta dentro de las 72 horas de su autorización, y ante una posible rectificación habrá que consignar nota al margen del asiento registral de que se trate. La acción para rectificar el título sucesorio abintestato, no ha de sustentarse en una acción con carácter imprescriptible, al amparo del art. 124 inciso b), que sí sustenta la tramitación de la declaratoria de herederos, sino a los 5 años de autorizada el acta inicial, según la letra del 114 del Código Civil actual cubano.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La dudosa concepción de notoriedad que la doctrina y las legislaciones foráneas le atribuyen a la declaración de herederos constituye en la actualidad un hecho demostrado. Su inclusión dentro de la esfera de los actos sometidos a la jurisdicción voluntaria es incuestionable. Diversos son los criterios que la doctrina esgrime a favor de esta afirmación relacionados con la declaración de hechos y situaciones jurídicas; la carencia de cosa juzgada que tienen las resoluciones de los actos de jurisdicción voluntaria; la inexistencia de conflictos u oposición de intereses y constituir un acto extrajudicial por excelencia.

SEGUNDA: La exclusión de sujetos con derecho a delación, constituye una causa que provoca la rectificación del título sucesorio *ab intestato*, tornándose más difícil cuando los llamados y los excluidos están en órdenes de prelación excluyentes. Acciones para hacer valer sus derechos hereditarios existen, pero su implementación depende de pronunciamientos que el legislador debe hacer al respecto y, en este sentido, deben tenerse en cuenta elementos tales como: la legitimación para promoverla, competencia, representación, términos, intervención testifical, remisión al fiscal, prohibiciones, publicidad, prescripción de la acción, etcétera.

TERCERA: El acta de notoriedad, engarza doctrinalmente en el término de actas de calificación jurídica, y en Cuba no recibe un merecido tratamiento. De hecho, es concebida como un tipo de acta independiente a las de jurisdicción voluntaria, y se queda fuera de su alcance el relatar hechos naturales con trascendencia jurídica como lo es la muerte.

CUARTA: Los argumentos teórico-jurídicos que sustentan el uso del acta de notoriedad en función de la rectificación de un título sucesorio *ab intestato* cuando el indebidamente excluido pertenece a órdenes sucesorios preferentes a los ya declarados, responden a la concepción de la declaración de herederos como un acta de notoriedad; a que la rectificación del juicio notorio que ofrece el Notario relativo al fallecimiento y los posibles sujetos con delación solo es procedente en la vía notarial; así como a la no inclusión en el contenido de las actas de un negocio jurídico y sí de un hecho natural con consecuencias en el ámbito sucesorio, lo que conduce a que no sea posible la aplicabilidad de las causales en el orden negocial y tampoco las relativas al continente del instrumento que atañen fundamentalmente a la figura del Notario. De igual modo, los requisitos de selección para la habilitación notarial; el amplio dominio del Notario en materias de orden civil, y su relación con otras ramas del Derecho; el ser autor de los instrumentos que autoriza y que como principio caracteriza al Notariado cubano, son criterios que sustentan esta tesis.

BIBLIOGRAFIA

ABREU DE POLANCO, R. I., MARCELO D'ALESSIO, C., ROLANDO BARRIOS, J., BECERRA PALOMINO, C. E., BUENO FISHER, J. F., CAVALLÉ CRUZ, A., ... VIVAR MORALES, E.: *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014.

BALLARÍN MARCIAL, A.: "Naturaleza y clases de "juicios" del notario", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXV, 1996.

CÁMARA ÁLVAREZ, M.: "Valor jurídico y aplicación de las actas de notoriedad en el Derecho español", *II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid, 1950*.

CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999.

CAÑIZARES, F.: *Teoría del Estado*, Editora Universitaria, La Habana.

CHICOK BARREDA, N.: *La actuación notarial en el acta de declaratoria de herederos* (Tesis de Especialidad), Universidad La Habana, La Habana, 2007.

CHINEA GUEVARA, J.: "Teoría de las actas notariales. Actas notariales en especie", en AA.VV.: *Derecho Notarial Tomo III* (coord. por L. B. Pérez Gallardo y I. Lora-Tamayo Rodríguez), Félix Varela, La Habana, 2008, pp. 3-54.

COUTURE, E.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil (Capítulo I. La jurisdicción)*, Depalma, Buenos Aires, 1997.

ESCOBAR DE LA RIVA, E.: *Tratado de Derecho Notarial*, Marfil, Valencia, 1957.

FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: *Teoría General del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho. Segunda Parte*. Félix Varela, La Habana, 2004.

FOLCH DOMÍNGUEZ, Y. y LUGO DENIS, D.: "La práctica de la prueba testifical en la Declaratoria de Herederos. Consideraciones actuales", *Derecho y cambio social*, 2014.

IRURZUN GOICOA, D.: "Función del acta de notoriedad en el *ab intestato*", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2x, 2014.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: "La jurisdicción voluntaria. Sobre el Proyecto de Ley", *El notario del siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 7, 2006.

MENDOZA DÍAZ, J.: *Derecho Procesal. Parte General*, Félix Varela, La Habana, 2015.

PÉREZ DÍAZ, O. L. y CORZO GONZÁLEZ, L.J.: "El acta de notoriedad en el Derecho Positivo cubano: Una referencia especial", *Revista Jurídica*, 2011.

PÉREZ GALLARDO, L. y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: *Derecho Notarial Tomo I*, Félix Varela, La Habana, 2006.

PÉREZ GALLARDO, L. B.: "El acta notarial de declaración de herederos *ab intestato* como título sucesorio: un enfoque desde el Derecho cubano y el español", en AA.VV.: *Derecho Notarial Tomo III* (coord. por L. B. PÉREZ GALLARDO y I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ), Félix Varela, La Habana, 2008.

PÉREZ GALLARDO, L. B.: "El *nomen iuris* del acto o negocio jurídico, hecho o circunstancia, contenidos en los documentos públicos notariales", en AA.VV.: *Estudios varios de Derecho Notarial* (coord. por L. B. PÉREZ GALLARDO), Ediciones ONBC, La Habana, 2017.

PÉREZ GALLARDO, L. B.: "¿Cabe la "preterición" en los títulos sucesorios *ab intestato*?", en AA.VV.: *Estudios varios de Derecho Notarial* (coord. por L. B. Pérez Gallardo), Ediciones ONBC, La Habana, 2017.

PÉREZ GUTIÉRREZ, I.: *Derecho Procesal Civil*, Félix Varela, La Habana, 2016, pp. 1- 488.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "El notario latino y su función", *Revista de Derecho Notarial*, núm. LXXXVI, 1972.

LA FISCALÍA EUROPEA. ALGUNA CLAVE PARA SU
ENTENDIMIENTO

*THE EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE. SOME KEYS FOR
UNDERSTANDING*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 230-265



M^a Pía
CALDERÓN
CUADRADO

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de abril de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de junio de 2019

RESUMEN: La protección eficaz de los intereses financieros de la Unión Europea está en la base de la creación de la Fiscalía Europea. Una novedosa institución a la que se atribuye la investigación y el ejercicio de la acción penal en los procesos nacionales que se sigan para la persecución de aquella modalidad delictiva y, llegado el caso, el castigo de sus responsables.

PALABRAS CLAVE: Fiscalía Europea; art. 86 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; principios reguladores y estructura dispuesta; competencia material.

ABSTRACT: *The effective protection of the financial interests of the European Union is at the basis of the creation of the European Public Prosecutor's Office. A novel institution to which is attributed the investigation and the exercise of criminal action in the national processes that are followed for the prosecution of that criminal modality and, if necessary, the punishment of those responsible.*

KEY WORDS: *European Public Prosecutor Office (EPPO); article 86 Treaty on the Functioning of the European Union; regulatory principles and willing structure; material competence.*

SUMARIO.- I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: 1. El art. 86 del TFUE como punto de partida; 2. Mirada retrospectiva sobre un pasado sugerente e ilustrador. II. UNA DOBLE LLAMADA DE ATENCIÓN: 1. La Fiscalía Europea como instrumento de cooperación reforzada; 2. Fiscalía Europea y Eurojust, relaciones inevitables... y en construcción. III. PRINCIPIOS INFORMADORES Y ESTRUCTURA ORGANIZATIVA: 1. Conformación independiente desde una clara vocación europea; 2. Los dos ejes de un organigrama delicado y conciliador: colegialidad y descentralización. IV. ÁMBITO COMPETENCIAL: 1. Una determinación compleja y prudente a la vez; 2. Infracciones penales que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión; 3. Conexidad entre delitos PIF y delitos de organización criminal, de un lado, y restantes delitos no PIF, de otro.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN.

El trabajo que a continuación se desarrolla constituye una aproximación a la institución de la Fiscalía Europea recogida en el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017. A este órgano y en el marco de la protección de los intereses financieros de la Unión se le confía la investigación de determinados delitos previstos en la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017 (delitos PIF), así como el ejercicio de la acusación en procedimientos incoados contra sus responsables ante la jurisdicción nacional competente.

Las páginas que siguen, sin embargo, no abordarán todas y cada una de las cuestiones que surgen con su creación. Podían ser muchas más, de hecho, las que rodean a esta figura lo son, pero los límites de extensión y la facultad de elección que corresponde al autor se ha dirigido -desde el convencimiento que su análisis facilitará la comprensión de la recién nacida Fiscalía Europea- a tres únicamente. De este modo y en primer lugar, se tratará su origen normativo y los acaecimientos que le precedieron, sin olvidar dos aspectos claves en su nacimiento. Después, se afrontará el modelo organizativo adoptado, principios identificativos y de funcionamiento incluidos. Y, por último, se incidirá en la definición del ámbito competencial, determinación asumida con prudencia e imbuida de una gran complejidad.

• M^a Pía Calderón Cuadrado

Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia. Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal). Premio extraordinario de doctorado, académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de la Comunidad Valenciana y correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Vocal permanente de la Sección Quinta de la Comisión General de Codificación. Pia.calderon@uv.es.

I. El art. 86 del TFUE como punto de partida.

A) Es público y notorio que las normas europeas comienzan con un preámbulo y que éste a su vez se inicia bajo la fórmula “Visto”. Esencialmente, y también es sabido, semejante encabezamiento sirve para indicar “la base jurídica del acto, es decir, la disposición que atribuye la competencia para adoptar el acto en cuestión”¹.

Así pues, las primeras palabras que aparecen en el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea responden a dicho esquema presentando el siguiente contenido: “El Consejo de la Unión Europea, Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en particular su artículo 86...”.

Seguramente, y ya centrándonos en su redacción, no cabía otra opción.

Ha de recordarse, en efecto, que aquel precepto constituye la base jurídica del acto legislativo vinculante que ocupa las presentes anotaciones. Y es que, incardinado en el Título relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia, su literalidad fue, precisamente, lo que abrió la puerta a la instauración e integración de esta novedosa figura en el ámbito de las estructuras europeas, proporcionando además ciertas pautas, tan concretas como ambiguas, en orden a su última conformación:

“1. Para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una Fiscalía Europea a partir de Eurojust. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

En caso de falta de unanimidad, un grupo de al menos nueve Estados miembros podrá solicitar que el proyecto de reglamento se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento en el Consejo. Previa deliberación, y en caso de alcanzarse un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo para su adopción.

Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de reglamento de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada.

¹ Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos de la Unión Europea, p. 26, en <https://eur-lex.europa.eu/content/techleg/KB0213228ESN.pdf>.

2. La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en el reglamento contemplado en el apartado 1, y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos. Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones.

3. Los reglamentos contemplados en el apartado 1 fijarán el Estatuto de la Fiscalía Europea, las condiciones para el desempeño de sus funciones, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades y aquéllas que rijan la admisibilidad de las pruebas, así como las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el desempeño de sus funciones.

4. Simultáneamente o con posterioridad, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que modifique el apartado 1 con el fin de ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza, y que modifique en consecuencia el apartado 2 en lo referente a los autores y cómplices de delitos graves que afectan a varios Estados miembros. El Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo y previa consulta a la Comisión".

B) Aprobándose el Reglamento (UE) 2017/1939 bajo el paraguas normativo citado, importa en esta primera aproximación destacar que se hizo en un contexto donde el fraude presupuestario de la Unión alcanzaba alrededor del dos por ciento del presupuesto anual, donde la lucha contra las conductas defraudadoras se estaba demostrando infructuosa y donde, fruto de lo anterior, la credibilidad del proceso de construcción europea aparecía seriamente resentida².

2 Así ESTÉVEZ MENDOZA, L. M^a: "La instauración de la Fiscalía Europea como cooperación reforzada: problemas orgánicos y procesales", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 1, 2017, p 107, con remisión a la información facilitada en European Commission, SWD (2013) 274 final, Brussels, 17 July 2013 (p. 7), e indicando que para la Comisión y aproximadamente este tipo de infracciones se elevan "a una cuantía media anual de 500 millones de euros, aunque hay razones para creer que el riesgo del fraude podría ascender a 3000 millones de euros al año, lo que representa el 2% del presupuesto europeo anual". Más recientemente puede verse el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, 29.º informe anual sobre la protección de los intereses financieros de la Unión Europea y la lucha contra el fraude (2017), Bruselas, 3.9.2018 COM(2018) 553 final, con un resumen estadístico donde, por ejemplo, se señala: (i) que "en 2017, se notificaron a la Comisión 15.213 irregularidades, fraudulentas y no fraudulentas, un 20,8 % menos que en 2016"; (ii) que "estas irregularidades han supuesto un total de 2.580 millones EUR aproximadamente, un 8,6 % menos que el año anterior"; (iii) o que "la detección de una irregularidad implica que se han tomado medidas correctoras para recuperar los importes irregulares implicados y que se ha iniciado un procedimiento penal en caso de sospecha de fraude", en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2018:0553:FIN:ES:PDF>. Interesa además referirse a la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (DO L 198 de 28.7.2017, pp. 29-41), cuyo art. 2.1 define "los intereses financieros de la Unión" como "todos los ingresos, gastos y activos cubiertos por, adquiridos a través de, o adeudados a: i) el presupuesto de la Unión, ii) los presupuestos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión creados de conformidad con los Tratados, u otros presupuestos gestionados y controlados directa o indirectamente por ellos". Esta definición, con alguna matización, se repite en el apartado 3) del artículo 2 del Reglamento (UE) 2017/1939: "todos los ingresos, gastos y activos cubiertos por, adquiridos mediante,

Ni que decir tiene que en un entorno como el descrito confluían distintos factores. El problema estriba en que uno de ellos, y desde luego no el de menor entidad, residía en la competencia exclusiva de los Estados miembros para el conocimiento de los delitos con dimensión transfronteriza. Una competencia que, acaso por la limitación de recursos, la fragmentación de esfuerzos o, incluso, su propia inadvertencia, estaría dando cobijo a esa anotada y preocupante ineficacia. Por ello y desde el convencimiento que la creación del European Public Prosecutor Office (EPPO) contribuiría a minimizar riesgos, la norma citada prevé el establecimiento de este órgano novel en el ámbito de la Unión Europea³.

Son grandes las esperanzas que se han puesto en la figura antedicha. Se proclama incluso que está llamada a convertirse en pieza clave de la persecución penal de la delincuencia transnacional. Ahora bien, con independencia de la confirmación o no de similar manifiesto, no puede dejar de mencionarse que el Reglamento, cuya opción política se aleja de las propuestas homogeneizadoras para permitir mayor flexibilización en los Estados miembros, traza para lograrlo tres líneas maestras en la configuración de la Fiscalía Europea: la primera, su caracterización como órgano independiente y con personalidad jurídica propia; la segunda, un organigrama colegiado y a la par descentralizado; y, la tercera, una esfera competencial circunscrita a ciertos ilícitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión y, en ese ámbito, una atribución de facultades de investigación y ejercicio de acciones penales ante los tribunales nacionales.

2. Mirada retrospectiva sobre un pasado sugerente e ilustrador.

Sobre ello volveremos después. En este momento corresponde resaltar que se han precisado más de veinte años para materializar esta disposición.

A) Es de justicia insistir en que la idea originaria de creación de un Ministerio Público Europeo se asocia a ese proyecto, adelantado a su tiempo, que fue el *Corpus*

o adeudados al presupuesto de la Unión y a los presupuestos de las instituciones, órganos y organismos creados en virtud de los Tratados y a los presupuestos gestionados y supervisados por ellos”.

3 La explicación aparece con nitidez en el Considerando (12) del Reglamento: “De conformidad con el principio de subsidiariedad, las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, debido a su dimensión y efectos, se pueden combatir mejor a escala de la Unión. La situación actual, en la que el ejercicio de la acción penal por infracciones contra dichos intereses recae exclusivamente en las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea, no siempre es suficiente para lograr el mencionado objetivo. Dado que los objetivos del presente Reglamento, a saber, intensificar la lucha contra infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión mediante la creación de la Fiscalía Europea, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros de la Unión Europea, debido a la fragmentación de los procesos penales nacionales relativos a las infracciones contra dichos intereses, sino que pueden lograrse mejor a escala de la Unión, puesto que la Fiscalía Europea tendrá competencias para ejercer la acción penal por tales infracciones, la Unión puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del TUE. De conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos y garantiza que su repercusión en los sistemas jurídicos y estructuras institucionales de los Estados miembros sea lo menos intrusiva posible”.

*luris*⁴. En aquel horizonte, como en éste, afloraba la necesidad de combatir eficazmente el fraude, la corrupción y cualquier otra criminalidad económica que afectara a los intereses financieros de la entonces Comunidad Europea. La no siempre suficiente y equivalente actuación de las autoridades nacionales del enjuiciamiento penal en la protección de los referidos intereses lo requería.

Justamente, para poder dar respuestas a esta preocupación creciente se constituyó un grupo de expertos presidido por la Sra. Delmas-Marty cuyo trabajo, desarrollado entre 1995 y 1996, dio lugar a la formulación de aquella propuesta con nombre tan significativo.

Se trataba de un intento de armonización –sustantiva y procesal– en el marco del espacio judicial europeo y en el particular escenario de las modalidades delictivas de índole económica antes citadas. Fue en el seno de la última tipología de disposiciones armonizadoras donde se introdujo la eventualidad de una Fiscalía Europea, descentralizada y con competencias, junto al Juez de Garantías, para la fase de investigación del proceso a seguir en ese marco restrictivo de acciones contrarias a los intereses financieros comunitarios.

B) La Comisión recogió el guante del *Corpus Iuris*. Era de esperar si se tiene en cuenta que dicha propuesta constituía para esta institución y para el Parlamento Europeo el norte, el eje central, de su política criminal⁵. De ahí que planteara, con ocasión de la Conferencia Intergubernamental de Niza del año 2000, una

4 El *Corpus Iuris* se publicó por primera vez, en su versión francesa e inglesa, en 1997, traducándose después a la práctica totalidad de las lenguas europeas: DELMAS-MARTY, M. (dir.): *Corpus Iuris*, sobre disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, Económica, Paris, 1997 (*Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne - Corpus Iuris introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union, Direction Générale du Contrôle Financier-Economica*). La versión siguiente, del año 2000 y conocida como versión Florencia, es el resultado de la adaptación acordada en el seno del Instituto Universitario Europeo de Florencia –en mayo de 1999– y se puede consultar en <http://www.law.uu.nl/wiarda/corpus/index1.htm>.

Sobre este proyecto y entre otros, VERVAELE J.A.E.: “La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo *Corpus Iuris* 2000 y de la Fiscalía Europea”, Zúñiga Rodríguez, L. (trad.), en <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12629/La%20Uni%C3%B3n%20Europea.pdf?sequence=2>. Asimismo, GÓMEZ COLOMER, J. L.: “La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto “*corpus iuris*””, en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana-derecho/article/viewFile/21384/19057>. Y en último término conviene anotar también el posterior trabajo de DELMAS-MARTY, M. y VERVAELE J.A.E. (edit.) sobre “La aplicación del *Corpus Iuris* en los Estados Miembros”, Silva Castaño, M.L. (trad.), en <http://docplayer.es/77739929-Prof-delmas-marty-y-prof-j-a-e-vervaele-editores.html>.

5 En este sentido, ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A.: “Fraude de subvenciones en la UE y en el CP”, en <http://www.cienciaspenales.net>. Igualmente, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: “Hacia una autoridad de persecución criminal común para Europa: reflexiones acerca de la conveniencia de crear una Fiscalía Europea y sobre el papel de Eurojust”, *La Ley Penal*, núm. 56, 2009.

En todo caso, es de advertir que desde que se aprobó el sistema presupuestario de las Comunidades Europeas basado en la financiación íntegra mediante recursos propios, Tratado de Luxemburgo firmado el 22 de abril de 1970, se percibió la posibilidad de lesión a los intereses financieros comunitarios y su necesidad de control y protección. Tal y como se recoge en el Libro Verde, al que después haremos referencia, sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo (Bruselas, 11.12.2001 COM(2001) 715), la Comisión presentó con fecha 6 de agosto de 1976 un “proyecto de Tratado que modifica los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas con el fin de adoptar una normativa común sobre la protección penal de los intereses financieros de las Comunidades,

modificación del art. 280 del Tratado de la Comunidad Europea a los fines de aportar la base jurídica necesaria para crear un futuro Ministerio Público Europeo a instaurar en el marco de la protección penal de los intereses financieros de la también futura Unión Europea⁶.

Esta proposición, que lógicamente gozaba del apoyo del Parlamento, no fue acogida. Pese a lo pueda pensarse, su rechazo por los Jefes de Estado y de Gobierno allí reunidos no se debió a un radical desacuerdo con la introducción de una Fiscalía Europea. Tampoco al desconocimiento o minimización de la problemática sobre el fraude a las finanzas de Europa y las dificultades de su persecución consecuencia del fraccionamiento del espacio penal europeo. Mas bien tuvo su origen en la falta de tiempo de análisis y en la ausencia en ella de una profundización mayor sobre sus consecuencias prácticas. Tanto es así que los integrantes de la Conferencia, celebrada en aquella población francesa del 7 al 9 de diciembre de 2000, tomaron nota de la misma “con vistas a su inserción posterior en el Tratado en el momento debido”:

La Conferencia, nos dirá ella misma, ha considerado “la contribución que le ha remitido la Comisión, relativa a la protección penal de los intereses financieros comunitarios, en la que se propone que se completen las disposiciones actuales

así como sobre la persecución de las infracciones a las disposiciones de dichos Tratados, COM(76) 418, (DO C 222, de 22.9.1976)”.

- 6 Comunicación de la Comisión a la Conferencia Intergubernamental –contribución complementaria- sobre las reformas institucionales: “La protección penal de los intereses financieros de la Comunidad: el Fiscal europeo”, COM (2000) 608 final, de 29 de septiembre de 2000, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52000DC0608>.

En realidad, la propuesta que trasladó la Comisión en aquella Comunicación pasaba por cambiar la redacción del art. 280 del TCE para introducir a continuación un nuevo art. 280 bis con el siguiente tenor: “1. Con el fin de contribuir a la realización de los objetivos del apartado 1 del art. 280 el Consejo, pronunciándose a propuesta de la Comisión por mayoría cualificada y previo dictamen favorable del Parlamento Europeo, nombrará por un período de seis años no renovable a un Fiscal Europeo. El Fiscal Europeo tendrá como misión investigar, acusar y enviar a juicio a los autores o cómplices de infracciones que afecten a los intereses financieros de la Comunidad y ejercer ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción pública relativa a estas infracciones en el marco de las normas previstas en el apartado tercero.

2. El Fiscal Europeo será elegido entre personalidades que ofrezcan todas las garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio en sus países respectivos de las más altas funciones judiciales. En el cumplimiento de su tarea no solicitará ni aceptará ninguna instrucción- En caso que ya no cumpliera las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o si hubiera cometido una falta grave podrá ser destituido por el Tribunal de Justicia, a petición del Parlamento, el Consejo o la Comisión. Con arreglo al procedimiento establecido en el art. 251, el Consejo establecerá el estatuto del Fiscal Europeo.

3. El Consejo, con arreglo al procedimiento contemplado en el art. 251, fijará las condiciones del ejercicio de las funciones de Fiscal Europeo adoptando: (a) un Reglamento que establezca los elementos constitutivos de las infracciones penales relativas al fraude y a cualquier otra actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad así como las penas aplicadas a cada una de ellas; (b) las normas de procedimiento aplicables a las actividades del Fiscal Europeo y las normas por las que se controlará la admisibilidad de las pruebas; (c) las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos de procedimiento adoptados por el Fiscal Europeo en el ejercicio de sus funciones”.

No está de más señalar también que la Comisión, unos meses antes y en una nueva estrategia antifraude -Dictamen del 26 de enero del 2000 “Adaptar a las instituciones con vistas a la ampliación”-, sugirió “con respecto a la protección de los intereses financieros de la Comunidad incluir en el Tratado un fundamento jurídico para establecer un sistema de normas sobre las infracciones y penas, las disposiciones de procedimiento necesarias para perseguir estas infracciones y las disposiciones sobre las atribuciones y misiones de un fiscal europeo encargado de investigar en el conjunto del territorio europeo los casos de fraude y las actuaciones judiciales emprendidas ante los órganos jurisdiccionales nacionales”, COM (2000) 34, en http://europa.eu.int/comm/igc2000/offdoc/opin_igc_fr.pdf.

del Tratado CE a fin de permitir la designación de un Fiscal Europeo y la adopción de las normas necesarias para el desempeño de sus funciones en este ámbito, y acoge favorablemente el compromiso de la Comisión de proseguir con la reflexión sobre las modalidades de ejecución de su propuesta y de profundizar en la misma. Habida cuenta de la importancia que asignan a una protección efectiva de los intereses financieros de la Comunidad, los Estados miembros convienen en que esta propuesta se volverá a examinar sobre esa base, con vistas a su posible inclusión en el Tratado cuando llegue el momento'⁷.

Señalado lo anterior, no extrañará que un año después la propia Comisión presentara un Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo (Bruselas, 11.12.2001 COM(2001) 715)⁸. Con dicha iniciativa se pretendía desvirtuar carencias anteriores y, sobre todo, propiciar un público y amplio debate con cualquier medio interesado⁹. Naturalmente, en el diálogo abierto participó el Parlamento Europeo emitiendo en el año 2003 un informe sobre el Libro Verde, con acogimiento favorable de la iniciativa y apoyo expreso a la creación del Ministerio público europeo (COM(2001) 715–C5-0157/2002–2002/2065(COS))¹⁰.

C) Paralelamente, se pusieron en marcha diversas acciones que, en mayor o menor medida, llegaron a converger en esa pretensión de advenimiento de la Fiscalía Europea. Sirvan de muestra:

- 7 Se recoge en el Informe de 24 de febrero de 2003 del Parlamento Europeo al Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, Comisión de Control Presupuestario, COM (2001) 715 – C5-0157/2002 – 2002/2065(COS)). Pudiéndose confrontar en la dirección http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2003-0048+0+DOC+XML+V0//ES#_part4_def4. Véase también y entre otros PÉREZ BERNABEU, B.: *Los intereses financieros comunitarios: concepto y principios que informan su sistema de protección*, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, 2005, p. 129.
Al mismo tiempo, en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Niza (7-10 de diciembre de 2000) se podía leer que la “Unión Europea debe participar plenamente en la lucha internacional contra el blanqueo de capitales” (apartado V. La Europa de los ciudadanos, G. Espacio de libertad, seguridad y justicia, 47), en http://www.europarl.europa.eu/summits/nice1_es.htm.
- 8 En <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2001/ES/1-2001-715-ES-F1-I.Pdf>.
- 9 El diferente enfoque dado por la Comisión no pasó desapercibido señalando los analistas de entonces que, mientras la Comunicación de Niza “abordaba la legitimidad y las razones de creación de la Fiscalía Europea” para integrar en el Tratado sus elementos esenciales (“nombramiento, dimisión, misión e independencia”), el Libro Verde se orientaba a “generar debate sobre las posibilidades de ejecución” de la figura a crear, esto es, “su viabilidad y las modalidades previstas para garantizar el funcionamiento” del EPPO. De cualquier modo y a diferencia del *Corpus Iuris*, la idea última no se dirigía a establecer un sistema de armonización normativa.
- 10 Informe antes citado <Titre> sobre el Libro Verde de la Comisión sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, de 24 de febrero de 2003, en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2003-0048+0+DOC+XML+V0//ES/<Titre>>. Véase asimismo el Informe de seguimiento del Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europea, Bruselas, 19.3.2003, COM(2003) 128 final, que, presentado por la Comisión, puede hallarse en la localización siguiente: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52003DC0128>.

Primero y en un hábitat muy específico, el Informe del Comité de Vigilancia de la Olaf (julio 2000 a septiembre 2001) participando de la propuesta de Fiscalía Europea y proponiendo que, de momento y al menos, pudiera alcanzar a la protección penal de los intereses financieros de la Unión respecto a conductas ilícitas de funcionarios o agentes comunitarios¹¹.

Después y ya en el escenario general de construcción europea, el Consejo de Laeken con su Declaración sobre el futuro de la Unión (15 de diciembre de 2001). No hace falta señalar que esta declaración se conformó como un paso adelante en el proceso de integración europea con inclusión de compromisos de mayor democracia, transparencia y eficacia y con el propósito firme de despejar la senda que conduciría hacia una Constitución para los ciudadanos de la Unión¹².

Por último y repitiendo alcance general, la Comunicación de la Comisión - Un proyecto para la Unión Europea (COM (2002) 247 final) donde se insiste en el desarrollo ineludible del espacio de libertad, seguridad y justicia y en particular se indica:

“La acción de la Unión es también necesaria para construir un verdadero espacio judicial europeo, basado en una cooperación judicial civil y penal, que habrá que someter en el futuro a un mismo marco institucional y jurídico. En este contexto, hay que hacer hincapié en la necesidad de completar las disposiciones actuales del Tratado relativas a la protección de los intereses financieros de la Comunidad mediante una base jurídica que cree la figura del Fiscal Europeo y permita que se adopten normas sobre la persecución judicial penal de los fraudes transnacionales”¹³.

D) Los datos ofrecidos -y por supuesto no están todos los que son- hacían presumir que la base jurídica de la Fiscalía Europea estaba próxima a llegar:

Pareció que cristalizaba con el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa¹⁴, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, y en tanto en cuanto su art. III-274 preveía:

11 En dicho Informe de actividad Julio de 2000-septiembre de 2001, el Comité de Vigilancia “pide una vez más a la Comisión que, sobre la base del actual artículo 280 del Tratado CE, presente una propuesta destinada a completar el Reglamento (CE) n° 1073/1999 sobre las investigaciones efectuadas por la OLAF, lo que permitirá la pronta designación de un fiscal europeo cuya competencia, hasta la entrada en vigor de la pretendida modificación del Tratado, se limite a actos delictivos cometidos por miembros y agentes de las instituciones de la UE contra los intereses financieros de la Comunidad Europea y que tenga por misión dirigir las investigaciones efectuadas por la OLAF relativas a estos delitos y facilitar la incoación de acciones penales ante las instancias judiciales nacionales competentes”, en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52001XX1220\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52001XX1220(01)).

12 En <http://european-convention.europa.eu/pdf/lknes.pdf>.

13 En [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/cont/20020618/com\(2002\)247es_acte_f.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/cont/20020618/com(2002)247es_acte_f.pdf).

14 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 16 de diciembre de 2004 (DO C 310) y que puede consultarse en la dirección que sigue: <https://europa.eu/european-union/sites/europa.eu/files/docs/body/>

“1. Para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, una ley europea del Consejo podrá crear una Fiscalía Europea a partir de Eurojust. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

2. La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en la ley europea contemplada en el apartado 1, y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos. Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones.

3. La ley europea contemplada en el apartado 1 fijará el Estatuto de la Fiscalía Europea, las condiciones para el desempeño de sus funciones, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades y aquellas que rijan la admisibilidad de las pruebas, así como las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el desempeño de sus funciones.

4. Simultáneamente o con posterioridad, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión europea que modifique el apartado 1 con el fin de ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza, y que modifique en consecuencia el apartado 2 en lo referente a los autores y cómplices de delitos graves que afectan a varios Estados miembros. El Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo y previa consulta a la Comisión”.

No obstante, y como también es sabido, la Constitución Europea fracasó. La sorpresiva falta de ratificación de Francia y los Países Bajos fue la causa; y entre sus consecuencias, y al margen dejamos la grave crisis institucional y política que generó, puede mencionarse la orfandad jurídica en la que de nuevo se instaló cualquier propuesta de creación de la Fiscalía Europea.

E) Al final, hubo de esperar diez años.

Concretamente, al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, con entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DO C 306 de 17.12.2007). Su art. 69-E permitió que el Ministerio Público Europeo dejara de ser una aspiración querida por muchos para transformarse en una expectativa fundada con visos de hacerse realidad. No se olvide que dicho precepto, incluido entre las disposiciones correspondientes a la “Cooperación judicial en materia penal”

(Capítulo IV del Título IV “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”) y tras el cambio de denominación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se convirtió en ese art. 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea con el que, cabalmente, se daba comienzo a estas páginas.

Cuestión distinta es que se necesitara otra década de reflexión, dos desde el *Corpus Iuris*, para que saliera a la luz el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. En realidad, la demora entraba dentro de la idiosincrasia del art. 86 del TFUE en tanto norma de condición potestativa cuya implementación, por naturaleza, carece de sujeción a límite temporal alguno¹⁵.

Empero, no sucede lo mismo con la puesta en funcionamiento del Ministerio Público Europeo tras la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2017/1939. Una vez creado, su total operatividad sí está sometida a plazo. Así se desprende del art. 120.2 de aquella normativa donde se establece que “la Fiscalía Europea asumirá las funciones de investigación y ejercicio de la acción penal que le otorga el presente Reglamento a partir de una fecha que se determinará mediante una decisión de la Comisión sobre una propuesta del Fiscal General Europeo una vez que se cree la Fiscalía Europea. La decisión de la Comisión se publicará en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. La fecha que deberá fijar la Comisión no será anterior a tres años después de la entrada en vigor del presente Reglamento”. Consecuentemente, la Fiscalía Europea comenzará a funcionar en breve, aunque no antes de 2020.

II. UNA DOBLE LLAMADA DE ATENCIÓN.

Estas notas explicativas han de continuar con dos observaciones que, en cierto modo, nos hacen regresar al tenor literal del art. 86 del TFUE, específicamente a sus apartados 1 y 2: de un lado, la salvaguarda de la cooperación reforzada, gracias a la cual la Fiscalía Europea es hoy una realidad, y, de otro, sus relaciones con Eurojust.

I. La Fiscalía Europea como instrumento de cooperación reforzada.

A) El primer apunte tiene por objeto resaltar algo obvio: el procedimiento de cooperación reforzada que se siguió para la adopción del Reglamento y que supone, como es conocido por todos, que sus disposiciones no pasan al acervo normativo de la Unión vinculando únicamente a los Estados miembros participantes (art. 20.4 TUE).

15 Que no impone la creación de la Fiscalía Europea es más que evidente, sin embargo, no cabe desconocer que a partir de ese momento y dentro el espacio de libertad, seguridad y justicia se convirtió en objetivo de la Unión. En el Programa de Estocolmo sin ir más lejos surgió como clara prioridad el impulso de las negociaciones al respecto (El Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, se adoptó en el Consejo de la UE de 11 de diciembre de 2009 y puede verse en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7284.pdf>).

No se descubre nada nuevo al señalar que el mecanismo referenciado, nacido en el Tratado de Amsterdam y actualmente dispuesto en los Títulos IV del TUE (art. 20) y III del TFUE (arts. 326 a 334), se enmarca en las técnicas de flexibilidad ofrecidas en orden a posibilitar avances en el proceso de construcción europea¹⁶. Conectado habitualmente con materias de especial sensibilidad, con el que ha venido designándose núcleo duro de la soberanía nacional, se trata de un instrumento que permite superar la parálisis en la consecución de objetivos de la Unión fruto de la falta de unanimidad o, si se quiere, del bloqueo que puede generar un único Estado o un número reducido de Estados que no tienen intención de participar en la iniciativa en cuestión.

Sin duda, éste ha sido el caso; y por eso la creación de la Fiscalía Europea, tal y como aparece en la propia rúbrica del Reglamento, responde a la fórmula de la cooperación reforzada contemplada también en los apartados II y III del art. 86.I del TFUE.

B) No hizo falta mucho tiempo desde la presentación por la Comisión Europea de la Propuesta de Reglamento, julio de 2013, para descubrir que su aprobación no suscitaba el necesario consenso político¹⁷. La negociación abierta puso de manifiesto las dificultades continuas de lograr una aquiescencia generalizada. Sin embargo, no fue hasta 2017 cuando, tras registrar el Consejo -en su reunión de 7 de febrero de ese año- la falta de unanimidad existente, se determinó afrontar la creación del EPPO desde la división o, mejor, desde la solicitud de ese grupo de países cuyo mínimo normativo se cifra en nueve y que aquí, no obstante, fue superado con holgura.

De esta suerte y menos de un mes después, el día 3 de abril de 2017, Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, República Checa y Rumanía comunicaron al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión su deseo de establecer una cooperación reforzada sobre la base del proyecto de reglamento presentado.

Al margen de la tristeza que para los europeístas convencidos pueda suponer la imagen de las dos Europas —o de una Unión a dos velocidades— que el acogimiento de esta técnica implica, la cooperación reforzada aquí lograda bien podría calificarse de exitosa. Y no solo por el Reglamento en sí, que también aunque no deja de ser una apuesta de mínimos¹⁸, sino fundamentalmente por el número de Estados

16 Al respecto, es consulta obligada URREA CORRES, M.: *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Madrid, 2002.

17 Bruselas, 17.7.2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A52013PC0534>.

18 Sin duda seguimos en la política de los pequeños pasos, pero el avance resulta indiscutible y a estos efectos es indiferente, obviamente no a otros, que la preocupación de los Estados participantes no se anudara tanto a la consecución de la mejor construcción posible de la Fiscalía Europea como a su propia afectación

miembros que en último término han convenido colaborar en esta iniciativa de lucha contra el fraude a los intereses económicos europeos. Ha de tenerse en cuenta, de un lado, que de los dieciséis países iniciales se ha pasado a veintidós, incorporándose al acuerdo, primero, Austria, Estonia, Italia y Letonia y, después, Malta y los Países Bajos (junio y agosto de 2018 respectivamente), y, de otro, que entre los Estados que permanecen al margen se encuentran Dinamarca, Irlanda y Reino Unido cuyas posiciones en este ámbito son conocidas al igual que la inminente ruptura de Gran Bretaña con la Unión (Brexit). Por tanto y dejando a un lado a estos tres países, solo son tres más los que han quedado fuera: Suecia, Hungría y Polonia¹⁹.

2. Fiscalía Europea y Eurojust, relaciones inevitables... y en construcción.

La segunda anotación se dirige a precisar, con trazo grueso ha de advertirse, los vínculos existentes entre la Fiscalía Europea y la institución que, creada por Decisión 2002/187/JHA del Consejo –y modificada por las Decisiones 2003/659/JAI y 2009/426/JHA del Consejo, de 18 de junio de 2003 y de 16 de diciembre de 2008–, sirve a la cooperación judicial en la lucha efectiva contra la delincuencia organizada de carácter transfronterizo en la Unión Europea.

A) La razón de esta llamada de atención radica en la peculiar expresión que utiliza –y la cursiva es nuestra– el art. 86 del TFUE: “el Consejo podrá crear (...) una Fiscalía Europea *a partir de Eurojust*”. Su tenor literal induce a confusión planteando, cuando menos, interrogantes interpretativos diversos a la luz de lo dispuesto en el propio Reglamento (UE) 2017/1939. No se olvide que su artículo 3.3 ordena –y la cursiva vuelve a ser nuestra– que “la Fiscalía Europea *cooperará con Eurojust y contará con su apoyo* con arreglo al artículo 100”²⁰.

Probablemente, la explicación a esta aparente disonancia o contradicción entre creación “partiendo de” o “cooperando con” venga dada desde el contexto histórico en que se redactó el art. 86 del TFUE. La fecha, 2007, permite pensar que

por las normas a aprobar. Así ESPINA RAMOS, J. A.: “La relación entre Eurojust y la oficina de la Fiscalía Europea”, en *La Fiscalía Europea*, Bachmaier Winter, L. (coordinación), Madrid, 2018, p. 142, con cita de la intervención del entonces Fiscal General del Estado, Eduardo Torres-Dulce, en la VII Reunión del *Network of Public Prosecutors or Equivalent Institutions at Supreme Judicial Courts of the Member States of the European Union* (Trier, 24 de octubre de 2014).

19 Para los seis Estados que no han participado en la cooperación reforzada, el Considerando (110) del Reglamento aclara que no están vinculados por el mismo y, en consecuencia, que “la Comisión debe, si procede, presentar propuestas para garantizar una cooperación judicial efectiva en materia penal entre la Fiscalía Europea y aquellos Estados miembros de la Unión Europea que no participan en la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Se referirán en particular a las normas relativas a la cooperación judicial en materia penal y de entrega, dentro del pleno respeto del acervo de la Unión en este ámbito, así como al deber de cooperación leal de conformidad con el artículo 4, apartado 3, del TUE”.

20 Rubricado como “Relaciones con Eurojust”, este art. 100 establece: “1. La Fiscalía Europea entablará y mantendrá una estrecha relación con Eurojust, basada en la cooperación mutua en el marco de sus respectivos mandatos y en el desarrollo de vínculos operativos, administrativos y de gestión entre ellos, tal

en aquel entonces no se tenía claro el modelo a seguir y que el término gozaba de la suficiente ambigüedad como para no condicionar la opción a escoger²¹.

Que este entendimiento no anda muy desencaminado se aprecia al observar cómo años más tarde, en 2013, la Comisión llegó a barajar hasta cuatro alternativas para la creación de una Fiscalía Europea y en todas ellas, sin distinción y como cuestión transversal, se planea la cooperación con Eurojust como asunto fundamental que incluiría “el hecho de que compartirían servicios administrativos y funcionales”²².

Esas cuatro disyuntivas que, en positivo -también las hubo en negativo²³-, se pusieron encima de la mesa fueron:

- “Creación de una Fiscalía Europea como unidad perteneciente a Eurojust. Esta opción implicaría la creación en el seno de Eurojust de una unidad central de la Fiscalía Europea, que se convertiría en la estructura de base de la Fiscalía en calidad de «organismo matriz». Dicha unidad de la Fiscalía Europea poseería competencias

y como se define en el presente artículo. A tal fin, el Fiscal General Europeo y el presidente de Eurojust se reunirán con regularidad para tratar cuestiones de interés común.

2. En asuntos operativos y en casos de naturaleza transfronteriza, la Fiscalía Europea podrá asociar a Eurojust a sus actividades, en particular:

a) intercambiando información, incluidos datos personales, acerca de sus investigaciones, de conformidad con las disposiciones pertinentes del presente Reglamento; ES L 283/64 Diario Oficial de la Unión Europea 31.10.2017

b) invitando a Eurojust o a sus miembros nacionales competentes a facilitar apoyo para la transmisión de sus decisiones o solicitudes de asistencia judicial mutua a los Estados miembros de la Unión Europea que sean miembros de Eurojust pero no participen en la creación de la Fiscalía Europea así como a terceros países, y para la ejecución de las mismas en esos Estados y países.

3. La Fiscalía Europea dispondrá, mediante un sistema de respuesta positiva o negativa, de acceso indirecto a la información del sistema de gestión de casos de Eurojust. Cuando se detecte una coincidencia entre los datos del sistema de gestión de casos introducidos por la Fiscalía Europea y los que posea Eurojust, dicha coincidencia se comunicará tanto a Eurojust como a la Fiscalía Europea, así como al Estado miembro de la Unión Europea que proporcionó los datos a Eurojust. La Fiscalía Europea adoptará las medidas adecuadas para que Eurojust pueda acceder a la información recogida en su sistema de gestión de casos mediante un sistema de respuesta positiva o negativa.

4. La Fiscalía Europea podrá contar con la asistencia y los recursos de la administración de Eurojust. Para ello, Eurojust podrá prestar servicios de interés común a la Fiscalía Europea. Los detalles se regularán mediante un acuerdo”.

- 21 La ambigüedad del término “from” es destacada por ESPINA RAMOS, J. A.: “La relación...”, cit. Para este autor, la expresión contenida en el art. 86 del TFUE resulta “deliberadamente ambigua” no siendo “determinante” ya “que entre ambas instituciones debe existir necesariamente una relación”. En su opinión, “la palabra clave es complementariedad: la Fiscalía Europea se crea para poder hacer precisamente lo que Eurojust no puede hacer” (p. 127).
- 22 Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Resumen de la evaluación de impacto que acompaña al documento Propuesta de Reglamento del Consejo sobre la creación de la Fiscalía Europea Bruselas, 17.7.2013 (COM (2013) 534 final).
- 23 Precisamente en esta hipótesis de negación de la figura del EPPO fueron tres las alternativas planteadas: (i) “Opción política 1: Escenario de mínimos, mantenimiento del *statu quo*. No se tomarían nuevas medidas a escala de la UE. Los delitos que afectan a los intereses financieros de la UE seguirían procesándose únicamente a escala nacional”; (ii) “Opción política 2: No adopción de nuevas medidas reglamentarias a escala de la UE. No se tomarían medidas legislativas a escala de la UE ni se crearían nuevos organismos. No obstante, se reforzarían las medidas a escala nacional y de la Unión para luchar contra los delitos en cuestión mediante medidas no legislativas”; (iii) “Opción política 3: Reforzar las competencias de Eurojust. Esta opción implicaría que se otorgarían nuevas competencias a Eurojust para la incoación de investigaciones en toda la Unión. Eurojust y sus miembros nacionales tendrían derecho a dar instrucciones vinculantes a las fiscalías nacionales para incoar investigaciones y proponer procedimientos penales en los Estados miembros, de conformidad con el artículo 85 del TFUE”.

exclusivas en casos que afecten a los intereses financieros de la UE y estaría formada por fiscales e investigadores especializados en delitos de carácter financiero”.

- “Creación de una Fiscalía Europea de tipo colegiado. De forma similar a la organización de Eurojust, la Fiscalía Europea se estructuraría como un colegio de miembros nacionales nombrados por los Estados miembros, pero con un mandato más claro y sólido para todos los miembros. El Colegio de la Fiscalía Europea tomaría decisiones por mayoría en lo que respecta a las investigaciones y al procesamiento de delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la UE en el conjunto de la Unión”.

- “Creación de una Fiscalía Europea descentralizada. Según esta opción la Fiscalía Europea consistiría en una oficina central de fiscales europeos asistida por fiscales europeos delegados situados en los Estados miembros e integrados en los sistemas nacionales, con plena autoridad de procesamiento con arreglo a la legislación nacional. La oficina central poseería una autoridad jerárquica para dar instrucciones a los fiscales europeos delegados. La Fiscalía Europea colaboraría con los servicios nacionales de policía y fiscalía para llevar a cabo sus funciones y se ocuparía de llevar los casos ante los tribunales”.

- “Creación de una Fiscalía Europea centralizada. Esta opción conllevaría la creación de una Fiscalía Europea central que poseería plenas capacidades jurídicas y prácticas para incoar investigaciones y procedimientos penales en cuanto a los delitos en cuestión, sin depender de los servicios fiscales nacionales”.

B) Sea como fuere, la elección acogida por el Reglamento (UE) 2017/1939, con clara eliminación de la primera opción, resuelve en parte aquel equívoco situándonos ante instituciones de distinta naturaleza que se colocan, sin subordinación de partida ni de ningún otro tipo, en pie de igualdad. Y, si bien no puede negarse la separación del tenor literal del art. 86 del TFUE, tampoco cabe desconocer que la vaguedad de la fórmula autorizaba múltiples orientaciones y que, a día de hoy al menos, la más razonable fue justamente la escogida: órganos heterogéneos, institucional y funcionalmente dispares, y con estrechos vínculos a la vez.

Probaría la diversidad, y son meros -y no únicos- ejemplos de la falta de subordinación y de alguna de las especificidades de cada uno de ellos: (i) la estructura horizontal de Eurojust y la vertical, que ahora veremos, de la Fiscalía Europea; (ii) el quehacer relativo a “apoyar y reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros o que deba perseguirse según criterios comunes” de Eurojust y la labor “de investigar los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión previstos en la Directiva (UE) 2017/1371 y determinados por el presente Reglamento, así como de ejercer la acción penal

y solicitar la apertura de juicio contra sus autores y los cómplices de estos” de la Fiscalía Europea (arts. 85 y 86 TFUE y 4 Reglamento (UE) 2017/1939)²⁴; (iii) y, cómo no destacarlo, la autonomía financiera de ambos organismos; recuérdese que, pese a no contemplarse en la Propuesta de Reglamento de 2013, el presupuesto propio de la Fiscalía Europea terminó imponiéndose como garantía de independencia (Considerando (111) y art. 91).

Poco puede ilustrarse, sin embargo, sobre los vínculos con Eurojust, sobre las relaciones a establecer entre ambas instituciones. Su identificación, parece, ha quedado entre los asuntos pendientes a resolver tras la entrada en funcionamiento de la Fiscalía Europea.

Se conoce, es verdad y así se menciona también en el considerando (10), que esa conexión existirá y que se basará en la cooperación mutua a materializar mediante la prestación de apoyos. Se conoce además que alcanzará al “desarrollo de vínculos operativos, administrativos y de gestión”. Y se conoce por fin que la formulación de acuerdos -además de las reuniones periódicas de sus máximos responsables- será la principal vía a seguir:

Pero, más allá, sería un ejercicio de imaginación concretar el diseño final. Entre otras razones y de nuevo, por la literalidad del art. 100 del Reglamento. Nótese que este precepto, con una única salvedad dirigida a disponer de acceso “indirecto” a los sistemas de gestión de casos de Eurojust -y a la inversa-, tampoco se pronuncia en términos imperativos sino flexibles: (i) podrá la Fiscalía Europea asociar a Eurojust a sus actividades, en particular -y en este extremo se ha producido un recorte importante de las previsiones iniciales-, intercambiando información o invitándole a facilitar apoyo en distintas tareas; (ii) podrá también la Fiscalía Europea contar con la asistencia y los recursos de la administración de Eurojust; (iii) y asimismo y con este último objetivo, podrá Eurojust prestar servicios de interés común a la Fiscalía Europea.

24 Señala el art. 85 del TFUE: “1. La función de Eurojust es apoyar y reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros o que deba perseguirse según criterios comunes, basándose en las operaciones efectuadas y en la información proporcionada por las autoridades de los Estados miembros y por Europol. A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo determinarán, mediante reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, la estructura, el funcionamiento, el ámbito de actuación y las competencias de Eurojust. Estas competencias podrán incluir: a. el inicio de diligencias de investigación penal, así como la propuesta de incoación de procedimientos penales por las autoridades nacionales competentes, en particular los relativos a infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión; b. la coordinación de las investigaciones y los procedimientos mencionados en la letra a); c. la intensificación de la cooperación judicial, entre otras cosas mediante la resolución de conflictos de jurisdicción y una estrecha cooperación con la Red Judicial Europea. En dichos reglamentos se determinará asimismo el procedimiento de participación del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales en la evaluación de las actividades de Eurojust. 2. En el contexto de las acciones penales contempladas en el apartado 1, y sin perjuicio del artículo 86, los actos formales de carácter procesal serán llevados a cabo por los funcionarios nacionales competentes”.

C) A la espera, pues, de su debida articulación, solo cabe suscribir que la hermenéutica literal del art. 86 del TFUE ha cedido, aunque con razón, en favor de instituciones diferentes llamadas a entenderse. Y conviene hacer hincapié en este último extremo porque su distinta naturaleza, la diversidad de las finalidades a satisfacer o de los problemas a resolver; no llega al extremo, muy al contrario, de autorizar caminos paralelos.

Es por ello que los vínculos entre las dos instituciones surgirán y no como algo fortuito sino más bien de forma inevitable y sumamente conveniente. Dada la experiencia acumulada por Eurojust en labores de coordinación y facilitación de la cooperación transfronteriza que precisan determinadas investigaciones relativas a formas graves de delincuencia organizada, se cometería un grave error si se despreciara esa condición de aliado valioso que por naturaleza posee. Y no solo desde una perspectiva administrativa o de gestión, también en cuestiones operacionales propiamente dichas. De hecho, solo haría falta evocar que en el ámbito competencial de la Fiscalía Europea los delitos pueden tener carácter y magnitud transnacional y que en este escenario y en cuanto instrumento de cooperación reforzada los actores no serán todos los Estados miembros²⁵.

III. PRINCIPIOS INFORMADORES Y ESTRUCTURA ORGANIZATIVA.

Superado el desafío que suponía aceptar la creación de la Fiscalía Europea la discusión siguiente versaba sobre el diseño de su arquitectura última. Comparativamente era tema de menor entidad, pero no cabe desconocer las dificultades de individualización existentes y acaso derivadas de las premisas de partida: cesión de soberanía nacional, diferentes modelos de Ministerio Fiscal en los Estados Miembros y exclusión de propuestas armonizadoras²⁶.

El resultado final, tras algún cambio de patrón no baladí, se dispone en los Capítulos II y III del Reglamento donde, respectivamente y tras uno anterior dedicado a “objeto” y “definiciones”, se precisan las funciones y principios, de un lado, y el estatuto jurídico, estructura y organización, de otro.

25 Muy acertadamente al respecto ESPINA RAMOS, J. A.: “La relación...”, cit. pp. 135-139, a quien estamos siguiendo y quien ofrece distintos ejemplos donde esas relaciones pueden fructificar, equipos conjuntos de investigación, fijación de competencia ex art. 25.2 del Reglamento. Aunque en otro escenario, pero con Eurojust como uno de los protagonistas, puede verse PÉREZ ENCISO, P.: “Intercambio y tratamiento de información entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales. El sistema de gestión de casos”, en *La Fiscalía Europea*, Bachmaier Winter, L. (coordinación), Madrid, 2018, pp. 278-282.

26 Véase FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., “El nacimiento del Fiscal Europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, 2004, y las críticas de ILLUMINATI, G.: “La protección de los derechos fundamentales de los sospechosos y acusados en los procedimientos transfronterizos de la Fiscalía Europea”, en *La Fiscalía Europea*, Bachmaier Winter, L. (coordinación), Madrid, 2018, pp. 229-235.

I. Conformación independiente desde una clara vocación europea.

A) Ante todo, una lectura de los preceptos allí contenidos nos presenta a la Fiscalía Europea:

- Como un órgano de la Unión, de carácter indivisible -en tanto en cuanto funciona como un solo organismo- y con personalidad jurídica propia (art. 3.1 y 2 y art. 8.1).

- Como un órgano que, ajeno a las inclinaciones de los Estados miembros, actúa en la tutela de los intereses de la Unión en su conjunto, si bien integrándose en un sistema de competencias compartidas con las autoridades nacionales encargadas de combatir aquellas infracciones que prioriza los poderes de iniciación de oficio y el ejercicio del “derecho de avocación de la Fiscalía Europea” (arts. 6.1, 26 y 27).

- Como un órgano cuyo destino está unido a la persecución penal de ciertos delitos, actualmente infracciones que perjudiquen intereses financieros de la Unión Europea (Directiva (UE) 2017/1371), consistiendo sus quehaceres esenciales en investigar y acusar con solicitud, en su caso, de apertura de juicio oral frente a los responsables de tales ilícitos y mantenimiento de la acusación durante todo el proceso (art. 4).

- Y como un órgano, en fin, que en el desarrollo de las funciones encomendadas debe respetar los derechos consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y especialmente y entre ellos el principio de legalidad y proporcionalidad (art. 5.1 y 2)²⁷. No obstante, conviene advertir que la sujeción a la legalidad se matiza desde la posibilidad, en ciertos casos, de adoptar decisiones en alguna medida discrecionales o sujetas a criterios de oportunidad –elección de foro, archivo o acuerdos, por ejemplo (arts. 26, 39 y 40)-.

B) Asimismo, y aunque sean meras pinceladas, interesa sobremanera destacar los dos principios fundamentales sobre los que se asienta la Fiscalía Europea: independencia, por un lado, y responsabilidad, por otro. *A priori*, ambos situados al mismo nivel sin prevalencia aparente alguna.

- La independencia se ha venido considerando como un valor innegociable. Desde el comienzo de las discusiones, además, pues se tuvo claro que esta nueva figura debía configurarse solo desde la sumisión a la ley. Y al hilo de lo anterior

27 El art. 41 reitera esta vinculación señalando, desde la perspectiva del sospechoso o acusado, que las actividades de la Fiscalía Europea se llevarán a cabo de conformidad con los derechos consagrados por la Carta, incluidos el derecho a un proceso imparcial y los derechos de defensa. Al respecto, DÍAZ ABAD, N.: “El marco legal de la protección de los derechos fundamentales de los acusados o sospechosos en los procesos de la Fiscalía Europea”, en *La Fiscalía Europea*, Bachmaier Winter, L. (coordinación), Madrid, 2018, pp. 255-276.

se hizo notar también que se necesitaba de un alejamiento nítido y rotundo de cualquier sistema que supusiera subordinación a los Estados miembros, a sus respectivos poderes legislativos y ejecutivos, e, incluso y aunque su misión fuera tutelar “los intereses genuinamente europeos”²⁸, a las instituciones de la Unión. Su legitimidad dependía de ello.

A tal fin y tras afirmar el art. 5 la sujeción de la Fiscalía Europea al principio de legalidad, el precepto siguiente dispone y en un doble sentido: (i) que los órganos integrantes de la Fiscalía Europea en el desempeño de las obligaciones dispuestas en el Reglamento no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ninguna persona ajena a ella, de ningún Estado miembro de la Unión Europea o institución, órgano u organismo de la Unión; (ii) y que “los Estados miembros de la Unión Europea y las instituciones, órganos y organismos de la Unión respetarán la independencia de la Fiscalía Europea y no intentarán influir en ella en el ejercicio de sus funciones” (art. 6.1). Cuestión distinta que no deteriora a la anterior, al contrario, es la cooperación leal que se exige y conforma como criterio rector de las relaciones entre la Fiscalía Europea y las correspondientes autoridades nacionales (art. 5.6)²⁹.

Ha de reconocerse, sin embargo, que aquellas proclamaciones del art. 6 tienen carácter marcadamente declarativo ante la falta de previsión de las consecuencias de su contravención. Esta ausencia, empero, se compensa en cierta medida con la previsión de otras garantías en protección de la independencia y su logro. La autonomía financiera, con presupuesto propio (arts. 91-95), o la regulatoria, con capacidad de ordenación interna (art. 21)³⁰, servirían de muestra como también la dotación a alguno de sus miembros de un cierto régimen de inamovilidad (arts. 14 y ss.).

En todo caso, resulta evidente que la independencia expuesta rige hacia el exterior. Interna y funcionalmente no ocurre lo mismo. Volveremos sobre ello, pero conviene adelantar que en este hábitat rige el principio de dependencia jerárquica lo que no es óbice, claro es, para que impere la imparcialidad y se requiera que la

28 MARTÍNEZ SANTOS, A.: “El estatuto de independencia de la Fiscalía Europea y sus garantías”, en *La Fiscalía Europea*, Bachmaier Winter, L. (coordinación), Madrid, 2018, pp. 23 a 51, a quien seguimos y a quien pertenecen otros entrecomillados no legales de este epígrafe III.

29 Buena prueba de ello es el art. 96.6 donde se establece que “las autoridades nacionales competentes facilitarán el ejercicio de las funciones de los Fiscales Europeos Delegados en virtud del presente Reglamento y se abstendrán de adoptar cualquier medida o política que pueda perjudicar su trayectoria profesional y su estatuto en el sistema nacional de ejercicio de la acción penal. En particular, las autoridades nacionales competentes proporcionarán a los Fiscales Europeos Delegados los recursos y los equipos que necesiten para ejercer sus funciones de conformidad con el presente Reglamento y se asegurarán de que se integran plenamente en sus fiscalías nacionales”.

30 Y no son cuestiones baladíes las que pueden autorreglamentarse. Sobre ello autor y obra cit. nota anterior quien considera que del articulado de la normativa europea que nos ocupa se desprende que la remisión se extiende tanto al “desarrollo orgánico de las distintas figuras que componen la Fiscalía UE y sus atribuciones, como” al “procedimiento en sentido estricto”, dando ejemplos al respecto e intuyendo su razón última. Dos, en realidad: (i) refuerzo de la independencia; (ii) y evitación de los obstáculos nacionales en la elaboración del Reglamento de creación de la Fiscalía Europea.

búsqueda de las pruebas se extienda tanto a las de índole inculpatoria como a las exculpatorias (arts. 5.4 y 41).

- El segundo principio no extrañará. La independencia de la Fiscalía Europea trae consigo la previsión de su propia responsabilidad. Es inevitable, aunque de nuevo se articula de forma algo velada y, *a priori*, solo en el entorno exterior (tanto que viene tildándose de “responsabilidad política”).

Baste señalar al respecto: (i) que se prevé la rendición de cuentas de las actividades generales -ante el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión- y la presentación de informes anuales -al Parlamento Europeo y a los parlamentos nacionales, así como al Consejo y a la Comisión- (arts. 6 y 7)³¹; (ii) que se guarda silencio sobre una posible responsabilidad disciplinaria o penal, tan solo se menciona -y no para todos los miembros- la posibilidad de remoción ante conductas reprobables graves y la responsabilidad personal de los empleados de la Fiscalía Europea -que se regirá por las disposiciones aplicables establecidas en el Estatuto de los funcionarios y en el Régimen aplicable a los otros agentes- (arts. 14, 16 y 113.7); (iii) y que se establece un régimen de responsabilidad contractual y no contractual estando obligada en este último caso la Fiscalía Europea, “con arreglo a los principios generales comunes a las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea, a reparar todo daño ocasionado por ella misma o su personal en el ejercicio de sus funciones, en la medida en que pueda imputárseles” (art. 113.3).

2. Los dos ejes de un organigrama delicado y conciliador: colegialidad y descentralización.

A) En otro orden de cosas, las pautas inspiradoras de la estructura organizativa de la Fiscalía Europea parecen girar en torno a un doble elemento: por un lado y desde las simetrías de poder y asimetrías de sistemas y tradiciones jurídicas, sigue aflorando la idea nacional y la consiguiente necesidad de lograr una intervención semejante de todos los países participantes en el mecanismo de cooperación reforzada que sirvió para su creación; por otro lado y desde una óptica más funcional, emerge la determinación de atender a criterios de rapidez y eficacia en la dirección de las investigaciones y acusaciones (así Considerando (20) y art. 5.5).

Por tales motivos y desde esa indivisibilidad que le caracteriza, el organigrama de la Fiscalía Europea terminó sufriendo cambios relevantes en comparación con

31 En el Considerando (18) se explica, en efecto, que “La estricta rendición de cuentas constituye un complemento de la independencia y los poderes que se otorgan a la Fiscalía Europea en virtud del presente Reglamento. El Fiscal General Europeo es plenamente responsable del correcto ejercicio de sus funciones como jefe de la Fiscalía Europea y, en calidad de tal, asume una responsabilidad institucional global respecto de sus actividades generales ante el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Como consecuencia de ello, en determinadas circunstancias, cualquiera de dichas instituciones puede solicitar su cese al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia»), incluido en casos graves de conducta indebida. Debe aplicarse el mismo procedimiento para la destitución de los Fiscales Europeos”.

lo reflejado en la Propuesta de 2013. Se introdujo la colegialidad, con integración del elemento nacional, manteniéndose la descentralización y la articulación en los dos niveles ya sugeridos: uno central situado en Luxemburgo y otro descentralizado radicado en cada uno de aquellos Estados miembros (art. 8).

B) Definitivamente, el nivel central se conforma por varios órganos, siendo el más representativo –y ha continuado así pese a la pérdida de atribuciones respecto a la Propuesta de 2013–, el Fiscal General Europeo. Nombrado de común acuerdo por el Parlamento y el Consejo, la duración de su mandato –7 años no renovables (y no coincidentes con el periodo de legislatura o con la vida de una concreta Comisión)– así como el sistema de destitución –por el Tribunal de Justicia a propuesta del Parlamento Europeo, del Consejo o de la Comisión cuando se estima que ya no está en condiciones de desempeñar sus funciones o que ha incurrido en una falta grave– emergen como garantías de la independencia que se predicán de la institución en su conjunto y, evidentemente, de sus propios componentes (art. 8.3 y arts. 11 y 14).

Junto a él integran la oficina central:

- Los Fiscales Adjuntos al Fiscal General Europeo, dos en labores de asistencia en el ejercicio de las funciones y sustitución cuando este no esté presente o no pueda atender a los deberes que le corresponden (arts. 11 y 15).

- Los Fiscales Europeos, elemento clave de la colegialidad y uno por cada Estado miembro, con designación también de un sustituto y funciones de supervisión de los Fiscales delegados de su mismo Estado y asimismo de enlace de éstos con la Sala Permanente y, repitiendo esquema de Eurojust, de la propia Fiscalía con el Estado miembro (arts. 12 y 16).

- Y el Director Administrativo, que asume el encargo de gestionar administrativa y presupuestariamente la institución de la Fiscalía Europea (arts. 18 y 19).

Pero igualmente forman parte de este nivel:

- El Colegio, responsable de las decisiones estratégicas y del seguimiento general de las actividades de la Fiscalía, que está compuesto por el Fiscal General Europeo, quien presidirá las reuniones y será garante de su preparación, y un Fiscal Europeo por Estado miembro (art. 9). Se trata, por tanto, del organismo del EPPO donde aflora la colegialidad por excelencia y donde se ubican la totalidad de los elementos nacionales, quizá por ello entre sus atribuciones no se encuentre la intervención en causas concretas.

-Y las Salas Permanentes, cuyo número, composición y funcionamiento se deja a un reglamento interno y que serán las encargadas, entre otras labores, de acordar el inicio de las actuaciones, asignar los casos, disponer el ejercicio del derecho de avocación o supervisar y dirigir las investigaciones y acusaciones realizadas por los Fiscales Europeos Delegados (arts. 9 y 10). Sí se prevé, no obstante y también, que serán establecidas por el Colegio, integradas por dos miembros permanentes y presididas por el Fiscal General Europeo o por uno de los fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo o por un Fiscal Europeo nombrado presidente de conformidad con el reglamento interno de la Fiscalía Europea. Visto lo anterior no extrañará que se conviertan en ingrediente primordial del organigrama de la Fiscalía Europea.

C) Por su parte, la organización descentralizada de la Fiscalía Europea se forma por estos últimos, los Fiscales Europeos Delegados, a quienes se atribuye, con carácter general y en su respectivo país, las facultades de investigación y ejercicio de la acción penal con equiparación, en principio, a los fiscales nacionales. En número de al menos dos por cada Estado, son nombrados por el Colegio con mandato – renovable- de 5 años y posibilidad de destitución -como tal- por este mismo órgano a propuesta del Fiscal General Europeo (art. 8.4 y arts. 13 y 17).

Naturalmente y aunque trabajen “en y desde los Estados miembros”, su actuación será en nombre de la Fiscalía Europea y con sujeción a criterios de jerarquía. Esa dependencia jerárquica, que se establece sin dificultad a los fines de garantizar coherencia y unidad en su actuación y que en el fondo se dirige tanto a evitar personalismos inadmisibles como a proteger de forma equivalente los intereses financieros de la Unión, implica que en el ejercicio de sus responsabilidades se encuentra bajo la dirección, control y supervisión de la oficina central, esto es, de la Sala encargada del caso así como de las instrucciones del Fiscal Europeo supervisor (art. 13)³².

Especial hincapié ha de hacerse a una última cuestión. El Reglamento dispone, algo se ha dicho, que los Fiscales Europeos Delegados actuarán en nombre de la Fiscalía Europea en sus respectivos Estados miembros y tendrán las mismas potestades que los fiscales nacionales en materia de investigación, ejercicio de la acción penal y apertura de juicios (art. 13.1). Probablemente se trate de una equiparación real en la mayoría de ordenamientos donde, como es sabido, la fase de instrucción

32 Explicando el significado de ciertos términos, el Considerando (23) diferencia las labores de supervisión desde una triple perspectiva: “En el presente Reglamento, los términos «seguimiento general», «vigilancia y dirección» y «supervisión» se utilizan para describir diferentes actividades de control realizadas por la Fiscalía Europea. Por «seguimiento general» debe entenderse la administración general de las actividades de la Fiscalía Europea; en el marco de esta labor solo se dan instrucciones sobre cuestiones que tengan una importancia horizontal para la Fiscalía Europea. Por «vigilancia y dirección» debe entenderse la potestad de vigilar y dirigir investigaciones y procesos penales concretos; por «supervisión» debe entenderse un seguimiento más estrecho y continuado de las investigaciones y procesos penales; en el marco de esta labor, cuando resulte necesario, se puede intervenir en investigaciones y procesos penales y dar instrucciones al respecto”.

corresponde al Ministerio Público. Pero en España no es así. Esta circunstancia podría suponer que la reforma legal que requiere la introducción de esta figura en nuestro país se inclinara por conceder facultades distintas que, lógicamente, se traducirían en un incremento de las dispuestas para la persecución de las infracciones de los intereses financieros de la Unión Europea.

No se olvide entonces que los Fiscales Europeos Delegados pueden actuar también como fiscales nacionales produciéndose en tales casos, y siempre claro es que no procedan de la judicatura, contradicciones difíciles de explicar. El doble sombrero o doble paraguas permitiría que, procediendo "europeamente", adoptara diligencias de investigación que le estarían vedadas si operara como autoridad nacional. En este contexto, en España al menos, se limitaría a solicitar su aprobación del órgano jurisdiccional.

D) Sea o no la estructura deseada, sea o no la organización óptima, lo cierto es que el modelo que se acaba de exponer, colegiado y descentralizado a la vez, cuenta en su haber con el acuerdo logrado. Sin grandes márgenes de maniobra dados los intereses en juego, seguramente nos hallemos ante la menos mala de las opciones posibles. Pensándolo así, solo quedaría esperar que funcione y que lo haga, además, tal y como se pretendía, desde la rapidez y la eficacia.

Aunque siendo realista, que no pesimista, resultará difícil su consecución. Y no solo porque las experiencias de colegialidad devienen prácticamente inexistentes sino además y sobre todo porque la compleja estructura diseñada, con intervenciones varias de las Salas Permanentes o del el Fiscal Europeo del Estado miembro en el quehacer del Fiscal Delegado Europeo, complicará de algún modo ese deseo de lograr una tutela rápida y eficaz de los intereses financieros de la Unión³³.

IV. ÁMBITO COMPETENCIAL.

I. Una determinación compleja y prudente a la vez.

La estructura de las normas europeas a la que antes se ha hecho referencia incluye, también en el preámbulo y a modo de exposición de motivos, la formulación de una serie de considerandos que, precediendo al texto articulado, dan respuesta al deber de motivación exigido (art. 296.II TFUE y STJ), asunto 24/62 Alemania v. Comisión, de 4 de julio de 1963). Su finalidad, por tanto, se corresponde con "motivar de modo conciso las disposiciones esenciales de la parte dispositiva sin reproducir

33 Y de las propias víctimas. Como recuerda BACHMAIER WINTER, L.: "Las investigaciones transfronterizas en el marco del proceso de la Fiscalía Europea", en *La Fiscalía Europea* (coordinación ella misma), Madrid, 2018, p. 169, "la función primordial de la Fiscalía Europea será proteger al ciudadano europeo, el cual, en su condición de contribuyente a las arcas de la UE, es la principal víctima de esos fraudes".

ni parafrasear su texto” y sin contener “disposiciones de carácter normativo o desiderata de carácter político”.

En los últimos tiempos, sin embargo, los considerandos han adquirido un protagonismo adicional pues llegan a ofrecer soluciones que, en buena técnica, “deberían estar incluidas en las disposiciones normativas”³⁴. Ni que decir tiene que el correspondiente apartado del presente Reglamento no constituye una excepción. Proporciona las razones de las decisiones tomadas, pero además y en alguna medida contribuye a cerrar círculos, a su perfeccionamiento, en definitiva.

Algo se ha podido percibir en apartados anteriores, pero con mayor facilidad se observa en el tema que nos ocupa tal vez por encontrarnos ante una regulación sumamente compleja donde todas las explicaciones son pocas. Se ha dicho, y con razón, que “la medida del poder de cualquier institución u organismo depende de las competencias que puede ejercer”³⁵. Por ello y en un escenario como el presente, no debe sorprender que la predeterminación del ámbito competencial revista un grado de dificultad tal que, intencionadamente o no, se traslade a las disposiciones que le dan cobijo. Acudir a los considerandos emerge entonces como una opción y, ha de adelantarse, para nada trivial. Se podrá comprobar con su lectura pues, lejos de defraudar, suministra al intérprete pautas precisas para perfilar una ordenación llena de aristas que no deja de ser reflejo de las tensiones que afloraron durante su negociación.

La norma o conjunto de normas que nos ocupan se disponen en el Capítulo IV del Reglamento bajo el título “Competencia y ejercicio de la competencia de la Fiscalía Europea”. Dividido en dos secciones, con dos artículos cada una, se regula en él tanto el ámbito competencial de índole material, territorial y personal, como la facilitación, registro y verificación de la información y el ejercicio propiamente dicho de la competencia. A la primera cuestión y solo en su aspecto objetivo se dedicarán estas breves reflexiones, las limitaciones de espacio así como la relevancia de la cuestión, tanto que “frustró la unanimidad” y terminó siendo “el último tema en resolverse”³⁶, así lo aconsejan.

Llegados a este punto resulta obligado comenzar subrayando la prudencia que se observa en la redacción del Reglamento -preámbulo y texto articulado- en lo que respecta a la definición del ámbito competencial en sí como en la configuración de su ejercicio.

34 Los primeros entrecuadrados de la *Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos de la Unión Europea*, cit., pp. 31 y 32, el último de ESPINA RAMOS, J. A.: “La relación...”, cit., pp. 133 y 134.

35 VILAS ÁLVAREZ, D.: “La competencia material de la Fiscalía Europea”, Bachmaier Winter, L. (coordinación), en *La Fiscalía Europea*, Madrid, 2018, p. 53, cuya lectura en todo caso se recomienda.

36 Autor y obra cit. nota anterior, p. 54. La referencia “dinámica” que aparece en el epígrafe siguiente es suya también, pp. 58-60.

Era de imaginar. Y así el Considerando (11) recoge lo dispuesto en el TFUE advirtiéndolo de modo específico: (i) que “el ámbito de competencias material de la Fiscalía Europea se limita a las infracciones penales que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión de conformidad con el presente Reglamento”; (ii) que “las funciones de la Fiscalía Europea deben ser investigar, procesar y llevar a juicio a los autores de los delitos contra los intereses financieros de la Unión con arreglo a la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, así como los delitos que están indisolublemente vinculados con ellos”; (iii) y que “toda ampliación de esta competencia para que incluya delitos graves de dimensión transfronteriza requiere una decisión unánime del Consejo Europeo”.

2. Infracciones penales que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión.

A) Pues bien, el primer indicio de ese ejercicio de prudencia surge de la delimitación general que confina la competencia material en los márgenes propios de la misión otorgada por el art. 86.1 y 2 del TFUE.

- En sentido positivo, en consecuencia, el ámbito de actuación de la Fiscalía Europea se circunscribe al originario para el que fue pensado: la protección de los intereses financieros de la Unión. De ahí que el apartado 1 del art. 22 del Reglamento especifique que será competente respecto a “los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión contemplados en la Directiva (UE) 2017/1371 y tal y como esta se haya transpuesto por la legislación nacional, con independencia de que el mismo comportamiento constitutivo de delito pueda clasificarse como constitutivo de otro tipo de delito con arreglo al Derecho nacional”. Obsérvese entonces que la determinación competencial del EPPO se efectúa por remisión a una distinta normativa, lo que se traduce, como se ha señalado por algún autor, en una definición “dinámica” de la misma.

- Negativamente, sin embargo, queda fuera de la competencia material de la Fiscalía Europea cualquier otro contexto de delincuencia grave transfronteriza que no incida en los intereses financieros de la Unión. Y ello, aunque lesione bienes propiamente europeos. Y al menos de momento. En un futuro las cosas podrían variar, máxime cuando esa ampliación ya ha sido reclamada públicamente tanto a nivel científico, medio ambiente por ejemplo, como desde algún país e institución, aquí tratándose de terrorismo internacional³⁷. Sea como fuere, la unanimidad exigida desde el art. 86.4 del TFUE se revela como un obstáculo difícil de sortear y no solo a corto o medio plazo.

37 A favor de esta ampliación se han pronunciado, tal y como recoge VILAS ÁLVAREZ, D.: “La competencia...”, cit. p. 57, Italia, Francia y la propia Comisión.

En todo caso, la delimitación expuesta nos conduce de nuevo hacia esa política de los pequeños pasos que acompaña sin descanso el quehacer europeo y que en este momento confina la función de la Fiscalía Europea en los márgenes de la lucha contra el fraude de los intereses financieros de la Unión en el proceso penal.

Pero volviendo a la competencia en positivo, quizá sea de interés repasar tres aspectos que sin duda ayudan a su comprensión:

- De un lado, el art. 325.I del TFUE que en cierta medida también sirvió de base normativa al imponer a los Estados miembros y a la propia Unión la obligación de combatir toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión “mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión”.

- De otro y a grandes rasgos, las infracciones penales recogidas en aquella Directiva, todavía no traspuesta por España, y que se mencionan en sus arts. 3 y 4 distinguiendo, siempre condicionados a su comisión intencionada, en función del objeto del fraude: (i) en materia de gastos no relacionados con los contratos públicos; (ii) en materia de gastos relacionados con los contratos públicos; (iii) en materia de ingresos distintos de los procedentes de los recursos propios del IVA; (iv) en materia de ingresos procedentes de los recursos propios del IVA; (v) y añadiendo otras infracciones como blanqueo, corrupción activa y pasiva (cohecho) y malversación que se vinculen a los ilícitos precedentes. Es claro entonces que entre los delitos PIF sobre los que gravita las competencias materiales de la Fiscalía Europea se encuentran no solo los relativos al fraude propiamente dicho³⁸, sino también algunos conexos con los anteriores. Baste pensar en el uso de documentos falsos o los englobados bajo el término corrupción.

- Por último, la preferencia competencial de la Fiscalía Europea pues, tal y como señala el Considerando (58), su competencia “respecto de los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión debe, por regla general, tener prioridad sobre las reclamaciones nacionales de competencia, de forma que dicha Fiscalía pueda orientar y garantizar la coherencia de las investigaciones y el ejercicio de la acción penal a escala de la Unión. En lo que respecta a dichos delitos, las autoridades de los Estados miembros deben abstenerse de actuar; a menos que sean necesarias medidas urgentes, hasta que la Fiscalía Europea haya decidido si procede asumir una investigación”.

38 Con alguna variación se trata en todos los casos de acciones u omisiones relativas: (i) al uso o la presentación de declaraciones o documentos falsos, inexactos o incompletos, que tenga por efecto la malversación o la retención infundada de fondos o activos del presupuesto de la Unión o de presupuestos administrados por la Unión, o en su nombre; (ii) al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto; (iii) y al uso indebido de esos fondos o activos para fines distintos de los que motivaron su concesión inicial.

B) La prudencia resulta también, y sería el segundo indicio, de las excepciones, matizaciones dispuestas para el ámbito competencial que acaba de describirse.

Antes de entrar en ellas no puede dejar de advertirse que la remisión a la Directiva (UE) 2017/1371 encierra un dato adicional desde el puede apreciarse mejor esa actitud prudente que venimos señalando. Esta normativa, como cualquier otra de idéntica naturaleza, se modifica sin requerir unanimidad y por la vía del procedimiento ordinario. Ello significa que, de modo indirecto, podrá alterarse la competencia objetiva de la Fiscalía Europea. Desde esta perspectiva, en consecuencia, ha de examinarse tanto la excepción dispuesta en el apartado 4 del art. 22 como la recogida en su apartado 1 *in fine*.

- La excepción atañe a los “delitos referentes a los impuestos directos nacionales, incluidos los delitos indisolublemente vinculados a ellos”. En este campo –en España básicamente sería el IRPF y el Impuesto de Sociedades–, la competencia de la Fiscalía Europea queda excluida expresamente, añadiéndose que “la estructura y el funcionamiento de la administración tributaria de los Estados miembros no se verán afectados por el presente Reglamento” (art. 22.4).

- La matización afecta “a los delitos mencionados en el artículo 3, apartado 2, letra d), de la Directiva (UE) 2017/1371, tal como se haya transpuesto por la legislación nacional”. En este ámbito –recursos propios del IVA–, “la Fiscalía Europea solo será competente cuando las acciones u omisiones intencionadas definidas en dicha disposición tengan relación con el territorio de dos o más Estados miembros y supongan un perjuicio total de al menos 10 millones de EUR” (art. 22.1 *in fine*).

Es verdad que la primera tipología de ilícitos penales no está incluida en la Directiva PIF y que la segunda condiciona esa vinculación competencial de la Fiscalía Europea a los delitos en materia de ingresos procedentes de los recursos propios del IVA al cumplimiento del doble requisito, territorial y cuantitativo. Sin embargo, debe insistirse en que la remisión a la Directiva supone que cualquier modificación de esta normativa, y nótese que para ello no se requiere unanimidad, alcance de forma indirecta al propio ámbito competencial del EPPO. De ahí la importancia de las excepciones matizaciones expresamente mencionadas en el art. 22 del Reglamento.

En definitiva, la competencia material de la Fiscalía Europea: (i) ni podrá llegar a “delitos referentes a los impuestos directos nacionales”, tampoco “cuando aparezcan en la investigación del IVA, cosa que no es inusual”; (ii) ni podrá excluir en “los delitos mencionados en el artículo 3, apartado 2, letra d), de la Directiva (UE) 2017/1371” el requerimiento de esas dos exigencias complementarias: de índole territorial la primera, dos o más Estados miembros, y en atención a la cuantía del perjuicio la segunda, al menos 10 millones de euros. Naturalmente, cuestión distinta es que

desapareciera de la Directiva el IVA fruto de esa hipotética negación de su condición de interés financiero de la Unión³⁹.

C) El tercer indicio se centra no tanto en la definición del ámbito competencial en sí como en la configuración de su ejercicio, de nuevo limitado y desde consideraciones diversas.

Razones de oportunidad son las mayoritariamente subyacentes y así:

- El art. 25.2 prevé que “cuando un delito incluido en el ámbito de aplicación del artículo 22 cause o pueda causar un perjuicio para los intereses financieros de la Unión cuya cuantía sea inferior a 10 000 EUR, la Fiscalía Europea únicamente podrá ejercer su competencia cuando: a) el asunto tenga repercusiones a escala de la Unión que requieran que la Fiscalía Europea lleve a cabo una investigación, o b) funcionarios u otros agentes de la Unión o miembros de las instituciones de la Unión sean sospechosos de haber cometido el delito. La Fiscalía Europea consultará, según proceda, a las autoridades nacionales u órganos de la Unión competentes, a fin de establecer si se cumplen los criterios establecidos en las letras a) y b) del párrafo primero”.

- El art. 27.8 establece que “cuando, en relación con delitos que causen o puedan causar un perjuicio para los intereses financieros de la Unión cuya cuantía sea inferior a 100 000 EUR, el Colegio considere que, con referencia al nivel de gravedad del delito o la complejidad de los procedimientos en el caso particular, no resulta necesario investigar un caso o ejercer la acción penal al respecto a nivel de la Unión, formulará, de conformidad con el artículo 9, apartado 2, unas orientaciones generales que permitan a los Fiscales Europeos Delegados decidir, de manera independiente y sin dilación indebida, no avocar el caso”.

-Y el art. 34.3 dispone que “cuando, con relación a delitos que causen o puedan causar un perjuicio para los intereses financieros de la Unión de cuantía inferior a 100 000 EUR, el Colegio considere que, con referencia al nivel de gravedad del delito o la complejidad de los procedimientos en el caso particular, no resulta necesario investigar un caso o ejercer la acción penal al respecto a nivel de la Unión y que la remisión del caso a las autoridades nacionales competentes redundaría en beneficio de la eficiencia de la investigación o del ejercicio de la acción penal, emitirá, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9, apartado 2, unas orientaciones

39 Es preciso recordar que, tras unas divergencias iniciales sobre la consideración del IVA bajo el prisma de instrumento financiero de la Unión a proteger directamente por ésta y, claro es y ahora, por la Fiscalía Europea, el Tribunal de Justicia había solventado esta cuestión con una respuesta afirmativa que se traslada al art. 2.2 de la Directiva donde se define la infracción grave que atente contra el sistema común de IVA y que exige esas dos condiciones reflejadas en el Reglamento –dos o más territorios y perjuicio total de al menos diez millones de euros (Sentencia Toricco y otros C-105/14, de 9 de septiembre de 2015). Véase de nuevo VILAS ÁLVAREZ, D.: “La competencia...”, cit. p. 57 a quien estamos siguiendo en este apartado y a quien pertenecen los entrecomillados anteriores del texto (p. 60).

generales que permitan a las Salas Permanentes remitir el caso a las autoridades nacionales competentes”.

En el fondo, todo hace pensar que la regulación expuesta pretende anticiparse a una futura y posible sobrecarga de trabajo de la Fiscalía Europea. En ese contexto y en el primer caso excluye, pese a la competencia que el Reglamento le otorga, su ejercicio dejando en manos de las autoridades nacionales la persecución de estos delitos, caso de tipificarlos como tales, en atención a especiales circunstancias que se resumen en una relevancia menor: cantidad defraudada inferior a 10.000 euros. Con dos salvedades en las que recuperaría su competencia: repercusiones delictivas a escala de la Unión e intervención en la comisión del ilícito de funcionarios de las instituciones europeas.

En los dos siguientes, sin embargo y aunque en cierto modo vuelva a inscribirse en un escenario de trascendencia relativa -delitos que causen o puedan causar un perjuicio para los intereses financieros de la Unión de cuantía inferior a 100 000 euros-, el no ejercicio de competencia llega por vía indirecta y desde la vigencia indudable del principio de oportunidad. Es de observar, en efecto, que no se excluye normativamente la actuación de la Fiscalía Europea, sino que se permite que a tal situación se llegue desde orientaciones generales dadas por el Colegio. Estas orientaciones se dirigen bien a los Fiscales Europeos Delegados, autorizándoles a no avocar el caso, bien a las Salas Permanentes, facultándolas para su remisión a las autoridades nacionales.

3. Conexidad entre delitos PIF y delitos de organización criminal, de un lado, y restantes delitos no PIF, de otro.

Mención especial ha de tener la ampliación competencial de la Fiscalía Europea vía conexidad. Al margen de los delitos conexos reflejados en la propia Directiva (UE) 2017/1371 -que lógicamente se encuentran en el ámbito de la competencia material de este organismo-, existen dos supuestos más de conexión delictiva cuya investigación y acusación se atribuye al EPPO. Se trata, primero, del delito autónomo de organización criminal y, después y ya sin especificación, de los demás ilícitos no PIF. Para ambas hipótesis el Reglamento establece un régimen dispar. Por ello e ignorando su común denominador -delitos no PIF-, corresponde continuar con su tratamiento diferenciado.

A) Respecto al primer supuesto, que se recoge en el art. 22.2 del Reglamento, es un hecho constatable su práctica asimilación a las infracciones PIF. Así pues, procede una remisión a lo ya dicho siempre, obviamente, que le sea de aplicación.

Cabe, con todo, recordar:

- Que aquel precepto dispone que “la Fiscalía Europea también será competente respecto de delitos relativos a la participación en una organización delictiva definida en la Decisión Marco 2008/841/JAI, tal y como esta se haya transpuesto por la legislación nacional, si la actividad delictiva de dicha organización se centra en cometer alguno de los delitos a que hace referencia el apartado 1”. Esto es, se parte de la configuración como delito autónomo en el ordenamiento nacional en cuestión, España por ejemplo, surgiendo la competencia de la Fiscalía Europea cuando la delincuencia organizada tenga por objeto la comisión de “los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión contemplados en la Directiva (UE) 2017/1371”. Y ello con independencia de que esta última tipificación lleve aparejada sanciones más graves que las vinculadas a los delitos PIF.

- Que el art. 1 de la Decisión Marco 2008/841/JAI de 24 de octubre de 2008 define la organización delictiva como “una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. A tenor de lo observado en el Considerando (57), a esta definición ha de estarse entendiendo que la pertenencia a la organización incluye su dirección.

- Que las mismas razones de coherencia ya advertidas para el ámbito competencial originario han pesado en esta ampliación. Ello significa que, con independencia de la gravedad de la sanción -generalmente mayor para este tipo de delincuencia-, el EPPO será competente para investigar y ejercitar las correspondientes acciones penales soslayando de este modo diferencias insatisfactorias en la actuación al respecto de los Estados miembros. Evidentemente, la competencia de las autoridades nacionales frente a la de la Fiscalía Europea surgirá sin dificultad cuando la organización criminal no tenga por objeto la comisión de delitos PIF.

B) La segunda hipótesis aparece regulada en el art. 22.3 del Reglamento: “la Fiscalía Europea también será competente respecto de cualquier otro delito que esté indisociablemente vinculado con un comportamiento constitutivo de delito incluido en el ámbito de aplicación del apartado 1 del presente artículo. La competencia respecto de dichos delitos solo podrá ejercerse de conformidad con el artículo 25, apartado 3”.

El supuesto de hecho de esta nueva ampliación competencial se enmarca, por tanto y como en el caso anterior, en la conexidad entre delitos PIF y no PIF: “cualquier otro delito que esté indisociablemente vinculado...”. Sin embargo, su régimen legal nada tiene que ver ni con la organización criminal cuando tenga por objeto la comisión de delitos PIF (art. 22.2) ni con los propios delitos conexos que

contempla la Directiva (UE) 2017/1371 (art. 22.1). Ello al margen de la indefinición en que se sitúa al intérprete con la expresión vinculación indisoluble.

Al respecto y antes de continuar, no se olvide que no será delito conexo los ilícitos fiscales por impuestos directos (art. 22.4). Y, ya en positivo, que el Considerando (54) ofrece una aproximación, con más sombras que luces es verdad, a su difícil hermenéutica: "la investigación eficiente de delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión y el principio *ne bis in idem* pueden exigir, en determinados casos, que la investigación se amplíe con arreglo a la legislación nacional a otros delitos que estén indisolublemente vinculados con un delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión. El concepto de «delitos indisolublemente vinculados» debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia pertinente, la cual mantiene como criterio importante, para la aplicación del principio de *ne bis in idem*, la identidad de los hechos materiales (o hechos que sean sustancialmente iguales), entendida como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente vinculadas entre sí en el tiempo y en el espacio".

Pero, advertido lo anterior, interesa nuevamente anotar que la prudencia impera también en este supuesto. Ciertamente, la determinación de competencia por conexidad que nos ocupa se formula en términos que podríamos calificar de amplios. No obstante, semejante amplitud se confina una vez más al abordar las posibilidades de ejercicio. Como indicio baste acudir aquí al art. 25.3, al que se remite el propio art. 22.3, o a los Considerandos (55) y (56), todos ellos del Reglamento:

- "La Fiscalía Europea se abstendrá de ejercer su competencia respecto de todo delito comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 22 y, previa consulta con las autoridades nacionales competentes, remitirá el caso sin dilación indebida a estas últimas, de conformidad con el artículo 34, si: a) la sanción máxima establecida por la legislación nacional para un delito incluido en el ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1, es igual a o menos severa que la sanción máxima establecida para un delito indisolublemente vinculado a que se refiere el artículo 22, apartado 3, salvo en caso de que este último delito haya sido un instrumental para cometer el delito incluido en el ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1 o b) existe algún motivo para suponer que el perjuicio causado o que puede causar a los intereses financieros de la Unión un delito de los mencionados en el artículo 22 no es mayor que el perjuicio causado o que puede causarse a otra víctima".

- "La Fiscalía Europea debe tener el derecho a ejercer su competencia en caso de delitos indisolublemente vinculados, cuando el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión sea preponderante, en cuanto a la gravedad del delito de que se trate, lo que queda reflejado en la máxima sanción que se podría imponer".

- “No obstante, la Fiscalía Europea también debe tener el derecho a ejercer su competencia en caso de delitos indisolublemente vinculados, cuando el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión no sea preponderante en cuanto al grado de sanción, pero cuando el otro delito indisolublemente vinculado se considere de carácter accesorio por naturaleza por cuanto sea meramente instrumental para el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión, en particular cuando ese otro delito se haya cometido con el objetivo principal de crear las condiciones necesarias para cometer el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión, como un delito estrictamente dirigido a asegurarse los medios materiales o legales para cometer el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión, o para asegurarse el beneficio o producto de dicho delito”.

Desde perspectivas distintas, en consecuencia -orden de abstención y remisión del caso a las autoridades nacionales, el primero, y mantenimiento del ejercicio de la competencia, los segundos-, para determinar si se investigará y acusará desde la Fiscalía Europea o, por el contrario, y al no concurrir aquellos parámetros de gravedad de la pena y daño causado, por las autoridades nacionales.

C) Hubiera sido oportuno continuar: analizando con detalle el sistema de competencias compartidas con las autoridades nacionales, advirtiendo sobre el peligro de *forum shopping*, incidiendo en cuestiones procesales que aparecen ante la actuación en un litigio nacional de la Fiscalía Europea... No ha sido posible. Llegados al final, por tanto, solo queda insistir en que el camino hasta el nacimiento de la Fiscalía Europea ha sido largo y que sin el art. 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -y el instrumento de la cooperación reforzada que allí se autoriza- el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, no hubiera sido aprobado. Y reiterar que los interrogantes que abre la instauración de la Fiscalía Europea son múltiples, y los retos a los que se enfrenta este nuevo órgano de la Unión nacido por y para la tutela de sus propios intereses también.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *La Fiscalía Europea*, Bachmaier Winter, L. (coordinación), Madrid, 2018.

ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A.: "Fraude de subvenciones en la UE y en el CP", en <http://www.cienciaspenales.net>.

BACHMAIER WINTER, L.: "Las investigaciones transfronterizas en el marco del proceso de la Fiscalía Europea", en *La Fiscalía Europea* (coordinación ella misma), Madrid, 2018.

DELMAS-MARTY, M. y VERVAELE J.A.E. (edit.) sobre "La aplicación del *Corpus Iuris* en los Estados Miembros", Silva Castaño, M.L. (trad.), en <http://docplayer.es/77739929-Prof-delmas-marty-y-prof-j-a-e-vervaele-editores.html>.

DÍAZ ABAD, N.: "El marco legal de la protección de los derechos fundamentales de los acusados o sospechosos en los procesos de la Fiscalía Europea", en *La Fiscalía Europea*, Bachmaier Winter, L. (coordinación), Madrid, 2018.

ESPIÑA RAMOS, J. A.: "La relación entre Eurojust y la oficina de la Fiscalía Europea", en *La Fiscalía Europea*, Bachmaier Winter, L. (coordinación), Madrid, 2018.

ESTÉVEZ MENDOZA, L. M^a.: "La instauración de la Fiscalía Europea como cooperación reforzada: problemas orgánicos y procesales", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 1, 2017.

FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., "El nacimiento del Fiscal Europeo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, 2004.

GÓMEZ COLOMER, J. L.: "La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto "corpus iuris")", en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana-derecho/article/viewFile/21384/19057>.

ILLUMINATI, G.: "La protección de los derechos fundamentales de los sospechosos y acusados en los procedimientos transfronterizos de la Fiscalía Europea", en *La Fiscalía Europea*, Bachmaier Winter, L. (coordinación), Madrid, 2018.

MARTÍNEZ SANTOS, A.: "El estatuto de independencia de la Fiscalía Europea y sus garantías", en *La Fiscalía Europea*, Bachmaier Winter, L. (coordinación), Madrid, 2018.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: "Hacia una autoridad de persecución criminal común para Europa: reflexiones acerca de la conveniencia de crear una Fiscalía Europea y sobre el papel de Eurojust", *La Ley Penal*, núm. 56, 2009.

PÉREZ BERNABEU, B.: *Los intereses financieros comunitarios: concepto y principios que informan su sistema de protección*, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, 2005.

PÉREZ ENCISO, P.: "Intercambio y tratamiento de información entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales. El sistema de gestión de casos", en *La Fiscalía Europea*, Bachmaier Winter, L. (coordinación), Madrid, 2018.

VERVAELE J.A.E.: "La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo *Corpus Juris* 2000 y de la Fiscalía Europea", Zúñiga Rodríguez, L. (trad.), en <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12629/La%20Uni%C3%B3n%20Europea.pdf?sequence=2>.

VILAS ÁLVAREZ, D.: "La competencia material de la Fiscalía Europea", Bachmaier Winter, L. (coordinación), en *La Fiscalía Europea*, Madrid, 2018.



**AUXILIO JUDICIAL EN MATERIA CIVIL ENTRE ESPAÑA Y PERÚ:
EN ESPECIAL, LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE TÍTULOS
EJECUTIVOS***

***JUDICIAL ASSISTANCE IN CIVIL MATTERS BETWEEN SPAIN AND PERÚ:
IN SPECIAL, THE EXTRATERRITORIAL EFFECTIVENESS OF EXECUTIVE
TITLES***

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 266-287

* El presente trabajo se realiza en el marco del proyecto "La cooperación judicial en la Unión Europea como instrumento de protección de los derechos de los ciudadanos". Ref: DER2015-64716-P. IP: Pardo Iranzo, V.Y de la Red Temática de Excelencia "Justicia civil: análisis y prospectiva". Ref: DER2016-81752-REDT. IP: Senés Motilla, C.



Virginia
PARDO
IRANZO

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de septiembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: El trabajo analiza algunas de las consecuencias que a nivel judicial conlleva la globalización. El paulatino incremento de los conflictos con elementos transnacionales hace que sea necesario buscar soluciones legales a la compleja problemática que los mismos conllevan. Desde la determinación, por ejemplo, de cuales son los mecanismos apropiados para realizar notificaciones (v.gr. de una demanda), hasta la concreción de qué valor debe atribuirse a una sentencia dictada por un juez extranjero o de un título valor creado en otro país. El presente artículo analiza el régimen de la cooperación en materia civil y mercantil entre España y Perú y, por tanto, en él se indican los convenios o tratados aplicables a ambos países y, en defecto de los mismos, la utilización (en el caso de los jueces españoles) de la Ley de cooperación jurídica internacional.

PALABRAS CLAVE: Cooperación jurídica internacional, ejecución decisiones extranjeras.

ABSTRACT: *This paper analyzes some of the consequences that globalization entails at the judicial level. The gradual increase in conflicts with transnational elements makes it necessary to seek legal solutions to complex problems that the entail. For exemple, what are the appropriate mechanisms to make notifications or what value should be attributed to a foreign sentence. This article analyzes the regime of cooperation in civil and commercial matters between Spain and Perú and it indicates the conventions applicable to both countries as well as the application of the La won International Legal Cooperation.*

KEY WORDS: *International judicial cooperation, enforcement foreign decisions.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y PROBLEMAS RELATIVOS A LA LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD INTERNACIONALES.- III. SOBRE LA NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE DOCUMENTO.- IV. SOLICITUD Y PRÁCTICA DE PRUEBA EN EL EXTRANJERO.- V. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE TÍTULOS EJECUTIVOS EXTRANJEROS.- 1. Cuestiones previas.- 2. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras.- 3. Reconocimiento y ejecución de títulos valores y otros títulos ejecutivos extrajudiciales.- A) Introducción.- B) La ejecución de documentos públicos.- C) Sobre el reconocimiento y ejecución de documentos privados que son título ejecutivo en Perú.- D) El supuesto de los títulos valores.- VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Cada día es más frecuente oír hablar de “globalización” o de que vivimos en un “mundo globalizado”; con ello se pretende destacar el hecho de que el mundo es un lugar interconectado, en el que cada vez existen menos fronteras. En la segunda década del siglo XXI ya no resulta extraño viajar al extranjero, hacer compras por internet —a empresas nacionales o no—, o trasladarse a estudiar o a trabajar a un país diferente de aquel en el que hemos nacido. Y es que la globalización es un “proceso” de integración mundial y lo es en todos los ámbitos: social, económico, político, cultural, etc. Y, por supuesto, también en el judicial.

La globalización favorece la circulación de bienes y de personas, potencia el comercio internacional, propicia el intercambio cultural, incrementa las inversiones extranjeras, etc. Y todo ello repercute también, como no podía ser de otra manera, en el ámbito judicial: de una litigiosidad de carácter eminentemente “nacional” hemos pasado a la existencia, cada vez más, de conflictos con elementos transfronterizos. Este tipo de asuntos conlleva una problemática adicional que las normas deben resolver y que va desde determinar qué país es el competente para conocer del proceso en cuestión —y los problemas de litispendencia y conexidad

-
- I La globalización no es un fenómeno “estático” sino “dinámico”, algo en lo que se va avanzando día a día. Es, en consecuencia, un proceso que, por un lado, va incluyendo cada vez más ámbitos de la vida y de las relaciones entre las personas, los Estados, etc. y que, por otro, día a día se produce de una manera más fuerte. El impacto de la globalización, la interconexión que supone, varía de un país a otro pues depende del desarrollo de cada Estado.

• Virginia Pardo Iranzo

Catedrática de Derecho Procesal en la Universitat de València donde es docente de grado y de postgrado. Autora de casi un centenar de publicaciones, ha realizado estancias (becadas) de investigación en Friburgo (Alemania), Florencia y Génova (Italia), NY (EEUU), Londres (Reino Unido) y Dublín (Irlanda) y estancias docentes en Varsovia (Polonia), Toulouse (Francia) y Santa Cruz de la Sierra (Bolivia). En esta ciudad, desde enero de 2004, imparte clase en la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil, explicando la asignatura “El procedimiento de ejecución en el Código de Procedimiento Civil”.

anudados a la determinación de la competencia judicial internacional- a la ejecución de la sentencia por un juez de un país diferente a aquél en el que la resolución fue dictada, pasando por la notificación de documentos o el interrogatorio de testigos que viven en el extranjero.

Para la concreción de las reglas aplicables a la cooperación jurídica en materia civil y mercantil entre España y Perú debemos precisar los convenios y tratados internacionales ratificados por ambos Estados. En defecto de norma convencional, los jueces españoles aplicarán la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (Ley 29/2015, de 30 de julio) puesto que ésta es de aplicación subsidiaria.

La información relativa a los países con los que España tiene firmados convenios en materia de Auxilio Judicial está contenida en el Prontuario de Auxilio Judicial Internacional (<http://www.prontuario.org/portal/site/prontuario>). También es de gran ayuda la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed) que es una "estructura formada por Autoridades Centrales y por puntos de contacto procedentes de los Ministerios de Justicia, Fiscalías y Ministerios Públicos y Poderes Judiciales de los 22 países que componen la Comunidad Iberoamericana de Naciones, así como por el Tribunal Supremo de Puerto Rico" (<https://www.iberred.org>).

La Ley de Cooperación Jurídica Internacional, que viene a colmar una importante laguna en el ordenamiento jurídico español, supone un importante avance en el modo de entender la cooperación. Si hasta la aprobación de la misma el principio rector era la regla de la reciprocidad, es decir, España cooperaba con Perú en la medida en que Perú cooperara con España, ahora se parte del *favor cooperationis*. Si nos fijamos detenidamente, el cambio de concepción es más importante de lo que a primera vista podría parecer pues supone un cambio de enfoque: denota poner el centro de atención en quienes resultan beneficiados por la cooperación; significa otorgar primacía a los intereses de los particulares, frente a los del Estado. Ser conscientes de que el destinatario último de la cooperación no son los países sino los particulares².

Si una persona pretende que se reconozca su divorcio, su filiación o simplemente su derecho a indemnización, y su petición se ve denegada por una causa ajena a ella sobre la que no tiene ningún control –como es que el otro estado no coopere-, el

2 Como ha sido puesto de manifiesto "un modelo basado en la reciprocidad responde a una idea de retorsión, que pretende sancionar la falta de colaboración de otro estado. Sin embargo, en última instancia, son los particulares quienes acaban resultado perjudicados por este mecanismo, ya que son sus derechos y no los del Estado extranjero lo que se ven afectados" (HEREDIA CERVANTES, I. y RODRÍGUEZ PINEAU, E.: "Algunas propuestas para una futura Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 28, 2013-II, p. 96).

último perjudicado no es dicho Estado sino el particular. Y no olvidemos que ese particular perjudicado puede ser ciudadano español.

Al final de lo que se trata, en definitiva, es de garantizar lo que se conoce como el derecho a una “tutela internacionalmente efectiva”. En este sentido, es claro el propio art. 3.3 LCJIMC: “En la interpretación y aplicación de la presente ley se procurará asegurar una tutela judicial internacionalmente efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares”.

También en aras a favorecer el auxilio judicial internacional en ambas direcciones, está la posibilidad de pedir ayuda al Consejo General del Poder Judicial para la correcta remisión y el eficaz cumplimiento de las peticiones de cooperación jurisdiccional. Dicha asistencia será prestada por el Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ (art. 2 Reglamento 1/2018, Boletín Oficial del Estado de 15 de octubre, aprobado por Acuerdo de 27 de septiembre de 2018, del Pleno del CGPJ)

II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y PROBLEMAS RELATIVOS A LA LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD INTERNACIONALES.

Cuando hay un litigio con elementos transfronterizos la primera cuestión a resolver es qué Estado (o, mejor, los jueces de que país) es competente para resolver el mismo. La ausencia de norma convencional con Perú³ al respecto determina que, para la determinación de la competencia el juez español deba acudir a la Ley Orgánica del Poder judicial -la Ley de Cooperación Jurídica Internacional no regula esta materia- y, en caso de problemas sobre litispendencia y conexidad internacionales, a la Ley de cooperación jurídica internacional.

Son los arts. 22 y siguientes de la LOPJ los que fijan los criterios de atribución de la competencia para conocer de un determinado asunto a los tribunales españoles. Con carácter general, en ellos se establece que hay determinadas pretensiones que son competencia con carácter exclusivo de los tribunales españoles (art. 22 LOPJ): por ejemplo, lo relativo a la validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro español. Si no se aplica el principio de exclusividad y se trata de una materia en que una norma expresamente lo permita, los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, independientemente de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos (art. 22 bis). No siendo apropiada la regla de la exclusividad y a falta de sumisión, los tribunales españoles serán

3 Sobre competencia judicial internacional con países de Latinoamérica, España solo tiene firmado convenio con El Salvador: en concreto se trata del Tratado entre la República de El Salvador y el Reino de España sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil de 7 de noviembre de 2000 (BOE de 25 de octubre de 2001).

competentes cuando el demandado tenga su domicilio en España (art. 22 ter LOPJ).

El último criterio, que se utiliza en defecto de los anteriores, son una serie de reglas especiales contenidas en el art. 22 quáter y siguientes: por ejemplo, para la declaración de ausencia o fallecimiento, cuando el desaparecido hubiera tenido su último domicilio en territorio español o tuviera nacionalidad española (art. 22 quáter a) LOPJ); o en materia de obligaciones contractuales, cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España (art. 22 quinquies a) LOPJ).

La generosidad de estas normas a la hora de atribuir competencia a los tribunales españoles⁴ puede hacer que, quizás con relativa frecuencia, los tribunales patrios y también los de otro país -en atención a sus normas de competencia judicial internacional- consideren que pueden tener competencia para conocer de un mismo asunto. Y ello pueden conducir a la existencia de procesos paralelos pendientes entre las mismas partes y con el mismo objeto y causa de pedir⁵ tanto en España como en Perú siendo imprescindible, en consecuencia, regular cómo actuar en los casos de litispendencia⁶.

El punto de partida es la determinación del momento de la pendencia, es decir, desde cuando podemos entender que hay dos procesos pendientes; y aquí la regla que fija el art. 37 LCJIMC⁷, siguiendo lo establecido para el ámbito interno por el art. 410 LEC, es que “un proceso se considerará pendiente desde el momento de la interposición de la demanda si luego es admitida”. La duda que suscita el precepto es la de determinar si está estableciendo el momento de la pendencia únicamente del procedimiento español o, en cambio, también la del proceso extranjero –independientemente, por tanto, de lo que diga la norma procesal de

4 Como ha indicado algún autor, existe un “cierto imperialismo jurisdiccional” (cfr. GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 25ª edición, con MONTERO AROCA, J., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, Mª. P.: Tirant lo Blanch, 2017, p. 127).

5 Paso por alto en este momento la cuestión previa nada fácil de resolver de precisar si se da o no esa “identidad” (puesto que no es habitual que se presenten dos demandas exactamente iguales ante tribunales distintos). A ello hay que añadir la dificultad que supone que no exista uniformidad a nivel internacional respecto de los conceptos de objeto y causa de pedir.

6 Como indica el propio preámbulo de la ley, las normas sobre litispendencia y conexidad internacionales aportan seguridad jurídica y previsibilidad a las partes al recoger “un mecanismo que se pretende sencillo y eficaz en línea con las tendencias de la normativa de la Unión Europea”. Y es que “una consecuencia directa de la existencia de procesos paralelos en distintos Estados es la posibilidad de que se dicten resoluciones contradictorias”.

7 La regulación de esta materia en la LCJIMC ha venido a colmar una laguna importante en nuestro ordenamiento y que llevó a la existencia de discrepancias doctrinales y jurisprudenciales. Por un lado estaban quienes opinaban que en aras al buen funcionamiento de la justicia de los diversos Estados debía admitirse con carácter general la existencia de la excepción de litispendencia. Por otro, había quienes opinaban que únicamente si existía un Tratado o Convenio internacional de atribución de competencia podía entenderse que uno de los países era el legítimamente competente y, en consecuencia, era posible tener en cuenta la excepción de litispendencia.

aquél país, que puede indicar algo distinto-. Cualquiera de las dos opciones tiene ventajas e inconvenientes.

Existiendo un proceso “idéntico” pendiente ante los Tribunales peruanos, indica el art. 39 LCJIMC que el órgano jurisdiccional español “podrá suspender” el procedimiento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, siempre que concurren los requisitos que el propio precepto establece (que la competencia del juez peruano responda a una conexión razonable con el litigio, que sea previsible que la resolución que dicte puede ser reconocida en España y que el juez español considere necesaria la suspensión en aras de la buena administración de justicia).

El órgano jurisdiccional español pondrá fin al proceso y archivará las actuaciones si el proceso ante el juez peruano ha concluido con una resolución susceptible de reconocimiento y, en su caso, de ejecución en España (art. 39.3 LCJIMC).

Si, en cambio, ante los tribunales españoles se interpone una demanda no idéntica pero sí conexas⁸ a la interpuesta ante los tribunales bolivianos, el juez español podrá suspender el proceso siempre que:

1. Sea conveniente oír y resolver conjuntamente ambas demandas para evitar el riesgo de resoluciones inconciliables.

2. Sea previsible que el juez boliviano dicte una resolución susceptible de ser reconocida en España.

3. Y, que el órgano jurisdiccional español considere necesaria la suspensión del proceso en aras de la buena administración de justicia (art. 40.2 LCJIMC).

III. SOBRE LA NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE DOCUMENTOS

Con relación a los actos de comunicación, entre España y Perú rige la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975. Esta Convención se aplica a los actos procesales de mero trámite como notificaciones, citaciones o emplazamientos (art. 2.a).

Los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad central del Estado requirente

8 Se consideran conexas las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones inconciliables (art. 40.1 LCJIMC). No se trata como en la litispendencia de que exista una identidad total entre sujetos, *petitum* y causa de pedir, sino que exista una “conexión” o lo que es lo mismo, que se trate de demandas estrechamente vinculadas o relacionadas.

o requerido según el caso (art. 4, I)⁹, debiendo cumplirse los siguientes requisitos (arts. 5 y ss):

- Que el exhorto o carta rogatoria se encuentre legalizado. Los exhortos o cartas rogatorias que se transmitan por vía consular o diplomática o por medio de la autoridad central no necesitan del requisito de la legalización.

- Que el exhorto o carta rogatoria y la documentación anexa se encuentren debidamente traducidos al idioma oficial del Estado requerido.

Es además necesario que vayan acompañados de los documentos indicados en el artículo octavo:

- Copia autenticada de la demanda y sus anexos, y de los escritos o resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada.

- Información escrita acerca de cuál es el órgano jurisdiccional requirente, los términos de que dispusiere la persona afectada para actuar y las advertencias que le hiciere dicho órgano sobre las consecuencias que entrañaría su inactividad.

- En su caso, información acerca de la existencia y domicilio de la defensoría de oficio o de sociedades de auxilio legal competentes en el Estado requirente.

En cuanto a su tramitación, los exhortos o cartas rogatorias se tramitan de acuerdo con las normas procesales del Estado requerido –lex fori- (art. 10) correspondiendo el pago de las costas y demás gastos a los interesados (art. 12, I). A solicitud del órgano jurisdiccional requirente podrá otorgarse al exhorto o carta rogatoria una tramitación especial, o aceptarse formalidades adicionales en la práctica de la diligencia solicitada, siempre que ello no vulnere la legislación del Estado requerido (art. 10, II).

El Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria cuando sea manifiestamente contrario al orden público (art. 17).

IV. SOLICITUD Y PRÁCTICA DE PRUEBA EN EL EXTRANJERO.

Respecto de la práctica de prueba en el extranjero la normativa aplicable cuando se trata de cooperación entre órganos jurisdiccionales españoles y peruanos es la siguiente:

⁹ Cada Estado parte informará a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos acerca de cuál es la autoridad central competente para recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias (art. 4, II).

1. Con relación a la recepción y obtención de “pruebas de informes en el extranjero”, la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias arriba citada (vid. art. 2.b).

2. Para el resto de pruebas, la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil.

De la regulación contenida en la LCJIMC cabe destacar que permite la práctica de la prueba que tenga relación con un proceso ya iniciado, pero también con uno “futuro” (art. 29.2 LCJIMC). De ello cabe extraer las siguientes consecuencias:

- Estos actos de cooperación se circunscriben al proceso no siendo posibles, por ejemplo, en un procedimiento arbitral.

- Permite la prueba anticipada (tanto la prueba anticipada propiamente dicha¹⁰ -arts. 293 y ss LEC- como las medidas de aseguramiento de la prueba¹¹ -arts. 297 y 298 LEC- y la práctica de diligencias preliminares¹² -art. 256 LEC-).

De todas formas, debe tenerse presente que España no incluye dentro de la prueba anticipada los actos de *discovery* propios de sistemas anglosajones (así lo estableció respecto del art. 23 del Convenio de la Haya de 18 de marzo de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero).

La solicitud de obtención de pruebas deberá reunir los requisitos fijados con carácter general en el art. 30 LCJIMC. A saber:

1. Descripción de la diligencia solicitada.

2. Indicación de si se solicita la práctica de la prueba conforme a un procedimiento previsto en la legislación del estado requirente y las aclaraciones necesarias para su aplicación.

3. Indicación de si se solicita el uso de medios tecnológicos de comunicación.

4. La solicitud de algún interesado o funcionario del estado requirente para asistir a la ejecución de la diligencia solicitada.

10 Como su nombre indica la prueba anticipada supone anticipar algún acto de prueba cuando exista temor fundado de que por causa de las personas o por el estado de las cosas dichos actos no podrán realizarse en el momento procesal oportuno.

11 Con las medidas de aseguramiento de la prueba quien pretenda incoar un proceso o cualquiera de las partes a lo largo del mismo pide al tribunal medidas tendentes a evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible, en su momento, practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla. Se trata de garantizar que llegado el momento oportuno la prueba podrá practicarse.

12 Con las diligencias preliminares quien pretende demandar a otro persigue descubrir datos relevantes o esenciales del futuro proceso que difícilmente podría descubrir por sí mismo.

A continuación, el art. 31 contiene, dependiendo, de que se trate de tomar declaración a una persona, examinar a testigos o de cualquier otra prueba, el resto de información que debe contener la solicitud.

Recibida la solicitud por la autoridad española es posible (art. 32 LCJIMC):

1. Que se deniegue la práctica por concurrir alguno de los motivos legalmente establecidos: en este caso se devolverá la solicitud indicándose los motivos de la denegación.

2. Que se practique la prueba: una vez cumplimentada la comisión rogatoria se remitirán al requirente los documentos que lo acrediten. Dicha práctica se realizará conforme a la legislación procesal española *–lex fori–*.

V. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE TÍTULOS EJECUTIVOS EXTRANJEROS

Al no existir convenio o tratado internacional entre España y Perú para el reconocimiento y, en su caso, la ejecución en España de títulos ejecutivos peruanos hemos de acudir nuevamente a lo indicado en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Esta materia se encuentra regulada en el amplísimo Título V de la Ley, que consta de 6 capítulos.

I. Cuestiones previas.

Si el proceso de declaración o de conocimiento tiene como finalidad que el juez diga el derecho en el caso concreto, el de ejecución, en cambio, es aquel en el que lo que se pretende es acomodar “forzosamente”, por parte del órgano jurisdiccional la realidad a lo establecido en el título. El primero finaliza –o, mejor, puede finalizar– con una sentencia firme de condena, que es precisamente el título que da derecho a solicitar el inicio del segundo. Dicho de otro modo, *conditio sine qua non* para solicitar y obtener el despacho de la ejecución es la existencia de un título ejecutivo.

El primer título ejecutivo que existió fue la sentencia firme de condena: originariamente se entendió que lo normal era que el juez dijera el derecho y, en caso de no cumplirse voluntariamente lo mandado por él, se acudiera a la ejecución. Por tanto, primero se declaraba el derecho y, en su caso, luego se ejecutaba. El único y originario título ejecutivo fue la sentencia.

Posteriormente se crearon otros títulos ejecutivos –los conocidos como títulos extrajurisdiccionales¹³ (que engloban a los títulos valores)- dando lugar a que se pudiera acudir al proceso de ejecución sin previo proceso de conocimiento. Cuando una persona posee, por ejemplo, una letra de cambio se le permitía solicitar la ejecución forzosa de lo en ella contenido (es decir, la letra de cambio es título que da derecho a despachar ejecución) sin necesidad de acudir previamente a un proceso de declaración.

La existencia de dos clases de títulos ejecutivos (los jurisdiccionales y los extrajurisdiccionales) originó que en España (y también en muchos países de Latinoamérica, entre ellos Perú) existieran dos clases de procesos de ejecución: el proceso de ejecución (de sentencias) y el proceso o juicio ejecutivo (apropiado para ejecutar los títulos extrajurisdiccionales)¹⁴. Así fue en las leyes procesales civiles españolas de 1855 y de 1881.

Con la dualidad de ejecuciones termina la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 que configura un único proceso de ejecución a través del cual se ejecuta cualquier título ejecutivo, aunque se establecen determinadas matizaciones (por ejemplo, en lo relativo a la oposición a la ejecución) dependiendo de la naturaleza del título.

Por tanto, la actual ley procesal civil española regula un único proceso de ejecución, pero reconoce la distinta naturaleza de los diversos títulos ejecutivos existentes e, igualmente, es consciente de que dicha circunstancia hace que haya aspectos en los que los títulos jurisdiccionales y los extrajurisdiccionales deben ser tratados de forma diferente. Pues bien, esa diferente naturaleza acarrea también diferencias de tratamiento a la hora de ejecutar en España títulos jurisdiccionales extranjeros.

2. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras.

A diferencia de la tendencia existente en el marco de la Unión Europea de crear títulos ejecutivos europeos¹⁵, la LCJIMC parte de la necesidad de “reconocer” la

13 En España fue Enrique III, a través de Ley dada a Sevilla en 1396 quien convirtió los documentos notariales en título ejecutivo y los equiparó a la sentencia. Esta Ley fue extendida en 1480 por los Reyes Católicos a todos sus reinos por medio de la *Lex Toletana*. Anteriormente hubo una primera manifestación de concesión de fuerza ejecutiva a los documentos notariales aunque en ese caso no se equiparaban a la sentencia: fue en la Ordenanza sobre Administración de Justicia dada por Pedro I a la ciudad de Sevilla en 1360. Posteriormente aparecieron otros títulos ejecutivos como, por ejemplo, la confesión hecha ante juez competente (por Ley de 1534). Vid. MONTERO AROCA, J.: *Tratado de proceso de ejecución civil, Tomo I*, con FLORS MATÍES, J.: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 29 y ss. y PARDO IRANZO, V.: *La tutela ejecutiva en el procedimiento civil. El proceso ejecutivo y la ejecución de sentencias*, 3ª ed., Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 2011, pp. 29 y ss.

14 Hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 existía un único proceso de ejecución a través del cual se ejecutaba cualquier título (fuera jurisdiccional o extrajurisdiccional). Dicha ley procesal distingue, por primera vez, el proceso de ejecución de sentencias del juicio ejecutivo.

15 Partiendo del principio de confianza mutua, en los últimos años en la Unión Europea se ha tendido a la libre circulación de resoluciones, es decir, a la creación de verdaderos títulos ejecutivos europeos. Ello

resolución extranjera para que pueda ser ejecutada en España. El procedimiento para declarar a título principal el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, autorizar su ejecución se denominar exequátur (art. 42.1 LCJIMC).

La competencia para conocer de las solicitudes de exequátur corresponde a los Juzgados de Primera Instancia o de lo Mercantil (dependiendo de la materia) del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento¹⁶, debiendo el órgano jurisdiccional, de oficio, controlar su competencia objetiva (art. 52).

La demanda de exequátur y la solicitud de ejecución podrán acumularse en el mismo escrito, aunque no se procederá a la ejecución hasta que se haya dictado resolución declarando la ejecutabilidad (art. 54. 1 LCJIMC). Al respecto hay que tener en cuenta que el exequátur se realiza conforme a lo fijado en la LCJIMC; mientras que la ejecución de acuerdo a lo establecido en la LEC.

Sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras es necesario realizar varias precisiones:

A) En primer lugar, son susceptibles de reconocimiento y ejecución en España las resoluciones extranjeras *firμες*, por tanto, es necesario que la misma no pueda ser recurrida en el país de origen (art. 41.1 LCJIMC).

En el CPC peruano (art. 713), al igual que en la LEC española (art. 517), el título ejecutivo es la sentencia *firme* –sin perjuicio de la ejecución provisional–.

Ahora bien, como apunta el propio preámbulo, hay resoluciones que se refieren a materias que por su propia naturaleza son susceptibles de ser modificadas –variabilidad de las circunstancias tenidas en cuenta por el tribunal al resolver–, como por ejemplo, las prestaciones de alimentos, las decisiones sobre guardia y custodia de menores... Para estos casos, (el art. 45 LCJIMC) se permite su

supone que una sentencia dictada por el juez de un país de la Unión es directamente ejecutable –sin previo exequátur– en cualquier país perteneciente a la Unión Europea.

El primer título ejecutivo europeo que se creó fue por el Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Dicho Reglamento configuró dos títulos ejecutivos europeos para dos supuestos muy concretos: el derecho de visitas y la sustracción internacional de menores –cuando concurrieran determinados requisitos–.

Desde entonces han sido varios los títulos ejecutivos creados (por ejemplo, para créditos no impugnados, etc) hasta que finalmente el Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil suprime definitivamente el exequátur como paso previo a la ejecución aunque, realmente, adopta una postura intermedia puesto que sí establece, aunque una vez iniciado el proceso de ejecución, la posibilidad de denegar el reconocimiento por diversas causas (por ejemplo, por ser la resolución contraria al orden público).

16 Subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o por el lugar en el que la resolución deba producir sus efectos (cfr. Art. 52.1 LCJIMC).

modificación por los órganos jurisdiccionales españoles –siempre, claro está que se hubiera obtenido previamente el reconocimiento vía principal o incidental-.

Respecto de medidas cautelares y provisionales la regla general es que no son susceptibles de reconocimiento y ejecución salvo que concurren ciertos requisitos. A saber:

1. Cuando su denegación suponga vulneración de la tutela judicial efectiva.

2. Se exige, además, que hayan sido adoptadas previa audiencia de la parte contraria (41.4 LCJIMC).

B) En segundo lugar, la demanda se ajustará a lo establecido en el art. 399 LEC e irá dirigida contra la parte o partes frente a las que se pretende hacer valer la resolución extranjera; en ella podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares que aseguren la efectividad de la tutela judicial que se pretenda.

A la demanda se acompañarán los documentos a los que se refiere el art. 54.4 LCJIMC (entre otros, el original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizada o apostillada, documento acreditativo de la firmeza o fuerza ejecutiva de la resolución...).

C) En tercer lugar, las causas de denegación del reconocimiento y del exequátur son las contenidas en el art. 46 LCJIMC. Concretamente:

1. Resolución contraria al orden público.

2. Resolución dictada con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si se dictó en rebeldía, se considera que se vulneró el derecho de defensa cuando no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.

3. Cuando la resolución se ha dictado sobre una materia respecto de la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto de las demás materias cuando la competencia del juez de origen no responde a una conexión razonable.

4. Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.

5. Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.

6. Cuando exista un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.

7. Para el caso de transacciones judiciales extranjeras la única causa para no conceder el reconocimiento será que sean contrarias al orden público.

Es importante reparar en que dichas causas nada tienen que ver con una revisión o control de fondo de la resolución o decisión adoptada por el órgano jurisdiccional extranjero.

D) En cuarto lugar, declarada la ejecutabilidad de la resolución extranjera¹⁷ ya es posible su ejecución, que se realizará, como he indicado, conforme a lo establecido en la LEC, incluido –así lo dice expresamente la ley, art. 50.2 LCJIMC– el plazo de caducidad de 5 años de la acción ejecutiva (art. 518 LEC).

Desde luego llama la atención esa referencia expresa; quizá se deba a que el tema no es pacífico, es decir, tal vez ese plazo de caducidad no debiera ser aplicable a las resoluciones extranjeras. Tengamos en cuenta que su aplicación puede dar lugar, por ejemplo, a que una resolución que sigue siendo título ejecutivo en el país de origen no pueda ejecutarse en España debido al transcurso de los 5 años¹⁸.

E) Respecto de la ejecución se regula por primera vez la posibilidad de adaptar las medidas contenidas en la sentencia extranjera que sean desconocidas en nuestro ordenamiento. En este sentido, el juez podrá utilizar una medida contemplada en el derecho español que tenga una finalidad similar y produzca efectos equivalentes, aunque expresamente se recogen dos límites (art. 44.4 LCJIMC):

1. La adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el derecho del estado de origen.

2. Cualquier parte podrá impugnar la adaptación de la medida.

Hay que advertir que con ello no se trata ni de sustituir una medida por otra ni de convertir a los jueces en creadores de figuras jurídicas extrañas a nuestro

17 La declaración de ejecutabilidad se realiza por el juez mediante auto (art. 54.7 LCJIMC) frente al que cabe recurso de apelación (art. 55. 1 LCJIMC) y frente a la resolución que dicte la Audiencia Provincial en segunda instancia cabe casación o recurso extraordinario por infracción procesal de conformidad con las previsiones de la LEC (art. 55.2 LCJIMC). En todo caso, no parece que el recurso impida que el auto sea ejecutable puesto que el art. 55.1 LCJIMC indica que "si el auto recurrido fuera estimatorio, el órgano jurisdiccional podrá suspender la ejecución o sujetar dicha ejecución a la prestación de la oportuna caución".

18 Cfr. PARDO IRANZO, V.: "Cooperación jurídica internacional en materia civil: problemática general tres años y medio después de la entrada en vigor de la Ley 29/2015", *Iustel. Revista de Derecho Procesal*, mayo 2019. GASCÓN INCLHAUSTI, F.: "Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, 2015, pp. 173-174. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, 2014, p. 273.

ordenamiento sino, más bien, de otorgar la tutela solicitada por el ejecutante a través de los medios legales previstos en nuestro ordenamiento.

Tal adaptación también puede realizarse, en su caso, cuando sea necesario, por notarios y funcionarios públicos españoles; en concreto el art. 57 habla de “adecuación de instituciones jurídicas extranjeras”.

3. Reconocimiento y ejecución de títulos valores y otros títulos ejecutivos extrajurisdiccionales.

A) Introducción.

Como he indicado *supra*, junto con los títulos ejecutivos de naturaleza jurisdiccional existen otros que no son creados por el órgano jurisdiccional y que, por ello, denominamos extrajurisdiccionales. Cada ordenamiento jurídico decide que documentos le ofrecen la suficiente credibilidad como para que sea factible que su posesión pueda dar lugar al inicio de un proceso de ejecución. Dicho de otro modo, cada legislador configura como títulos ejecutivos extrajurisdiccionales aquellos que entiende oportuno.

En España los títulos ejecutivos son los contenidos en el art. 517 LEC; en cuanto a los no jurisdiccionales son los fijados taxativamente en los números cuarto y siguientes del art. 517.2, v.gr., las escrituras públicas o las pólizas de contratos mercantiles con determinados requisitos. Por su parte, el Código procesal civil peruano establece, en el art. 693, los títulos ejecutivos extrajurisdiccionales, entre ellos se encuentran los títulos valores que confieran la acción cambiaria, el documento privado que contenga una transacción extrajudicial, el instrumento impago de renta de arrendamiento (siempre que el arrendatario se encuentre en uso del bien) o el testimonio de escritura pública.

Si observamos ambas regulaciones llama la atención varios aspectos:

En primer lugar, que no hay identidad en cuanto a los títulos ejecutivos de naturaleza extrajurisdiccional; y

en segundo, que unos cuantos títulos configurados como ejecutivos por el legislador peruano no tienen tal naturaleza en España. Sentado lo anterior, y a los efectos que ahora nos ocupan, hemos de precisar si es posible y en qué casos el reconocimiento y/o ejecución de los títulos ejecutivos extrajurisdiccionales peruanos.

La LCJIMC distingue, a efectos de reconocimiento y/o ejecución, entre resoluciones extranjeras firmes y documentos públicos extranjeros (art. 41.1 y 3)

y recoge también el supuesto de las transacciones judiciales (art. 43.d) y 46.2) por lo que, en principio, solo cabe el reconocimiento y/o ejecución en esos casos. De todas formas, veamos detenidamente los diferentes supuestos.

B) La ejecución de documentos públicos.

Establece el art. 41.3 LCJIMC que son susceptibles de ejecución los documentos públicos extranjeros, entendiéndose por tal “cualquier documento formalizado o registrado oficialmente con esta denominación en un Estado y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin” (art. 43, e LCJIMC).

Tras esos preceptos, ubicados en sede de disposiciones generales del Título V, en un capítulo aparte –el V, arts. 56 y 57- el relativo a los documentos públicos extranjeros. El régimen establecido para su ejecución es el siguiente:

A) Para que puedan ejecutarse en España documentos públicos extranjeros son necesarios dos requisitos:

1. Que el documento sea ejecutable en el país de origen.
2. Que no sea contrario al orden público.

B) No parece preciso el previo exequátur para la ejecución de documentos públicos y ello por varias razones¹⁹:

1. La primera de ellas, por lo señalado expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley: “no es preciso un previo procedimiento de reconocimiento del documento público”.

2. En segundo lugar, porque el capítulo V del Título V, que es el que establece el régimen para los documentos públicos, en ningún momento exige el previo exequátur.

3. Es más, el art. 56.1 LCJIMC dice que los documentos públicos serán ejecutables si *no resultan contrarios al orden público* (sin más).

4. Y, finalmente, porque el procedimiento de exequátur está definido en el art. 42 LCJIMC en alusión exclusivamente a las resoluciones judiciales extranjeras: “El procedimiento para declarar a título principal el reconocimiento de *una resolución*

¹⁹ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”, cit., p. 186. PARDO IRANZO, “Cooperación jurídica internacional...”, cit.

judicial extranjera y, en su caso, para autorizar su ejecución se denominará *procedimiento de exequátur*”.

C) Sobre el reconocimiento y ejecución de documentos privados que son título ejecutivo en Perú.

Como ya he indicado, el Código procesal civil peruano recoge algunos títulos ejecutivos que no tienen dicha condición en España. Algunos de ellos, como, por ejemplo, el documento privado que contiene una transacción extrajudicial o el instrumento impago de la renta de arrendamiento (siempre que el arrendatario se encuentre en uso del bien), son documentos privados –no públicos–.

La pregunta que cabe plantearse entonces es si dichos documentos son susceptibles de ser ejecutados en España. A favor estaría un argumento importante: dichos documentos gozan de ejecutabilidad en el país de origen, aunque se trata de precisar si dicho argumento es suficiente.

A pesar de lo dicho la respuesta debe ser que la posesión de ese tipo de títulos ejecutivos peruanos no podría dar lugar a un proceso de ejecución en España y ello porque la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil reserva el reconocimiento y/o ejecución únicamente a las resoluciones judiciales extranjeras y a los documentos públicos extranjeros sin que sea posible cuando se trata de documentos privados.

D) El supuesto de los títulos valores.

El último de los supuestos al que he de referirme porque presenta unas particularidades interesantes y, sobre todo, por su importancia práctica, es el relativo a los títulos valores. La cuestión a resolver sería si, por ejemplo, una letra de cambio peruana es susceptible de ser ejecutada en España y, para ello, el punto de partida es analizar la naturaleza que ambos ordenamientos atribuyen a los títulos valores.

De igual manera a lo que ocurrió en España durante mucho tiempo, aunque ya no es así, en Perú los títulos valores tienen naturaleza de título ejecutivo y, en consecuencia, su posesión permite solicitar y obtener el despacho del Proceso ejecutivo. En este sentido, el art. 693 CPC indica: “Se puede promover proceso ejecutivo en mérito de los siguientes títulos:

I. Títulos valores que confieran la acción cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de formalidad sustitutoria del protesto respectiva; o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la ley de la materia”.

En España actualmente la letra de cambio, el cheque y el pagaré no aparecen en el art. 517 LEC que, como he indicado, es el que contiene los títulos que son ejecutivos. Es el art. 819 LEC el que los recoge y lo hace con el siguiente tenor: “Solo procederá el juicio cambiario si, al incoarlo, se presenta letra de cambio, cheque o pagaré que reúnan los requisitos previstos en la Ley cambiaria y del cheque”.

Del tenor de ambos preceptos queda clara la siguiente conclusión: el proceso a que da lugar la posesión de un título valor no es el de ejecución sino el cambiario.

Con todo, conviene hacer un poco de historia para entender el tratamiento que la ley procesal civil española otorga a los títulos valores, pues desde 1782 hasta 2000 la letra de cambio sí fue título ejecutivo en España. La letra de cambio se convirtió en título ejecutivo en 1782 en virtud de la pragmática sanción de Carlos III que rezaba “toda letra aceptada sea ejecutiva” y mantuvo esta condición en las LEC de 1855 y 1881 siempre que “hubiera sido aceptada y protestada, sin que se hubiera opuesto tacha de falsedad en la aceptación o incluso opuesta esta tacha si la letra había sido intervenida o la firma del aceptante estaba legalizada”²⁰. El protesto era lo que otorgaba a la letra de cambio apariencia de autenticidad y permitía su conformación como título ejecutivo. En cambio, en dichas leyes no poseían ejecutabilidad propiamente dicha ni el cheque ni el pagaré, aunque era posible que llegaran a ser título ejecutivo si eran reconocidos bajo juramento ante juez competente.

La Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque produjo un cambio importante: su art. 66 convirtió la letra de cambio en título ejecutivo sin necesidad de reconocimiento judicial de las firmas: “La letra de cambio tendrá aparejada ejecución a los efectos previstos en los arts. 1429 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la suma determinada en el título y por las demás cantidades, conforme a los arts. 58²¹, 59 y 62 de la presente ley, sin necesidad de reconocimiento judicial de las firmas”. Esto mismo era aplicable al pagaré (art. 96) y al cheque (art. 153)²² que se convirtieron también en título ejecutivo.

Rebajada, por mor de la Ley 19/1985, la garantía de la autenticidad, el paso siguiente fue que dichos documentos dejaran de ser título ejecutivo. Esto se produjo con la LEC de 2000 que no recoge la letra de cambio, el cheque y el

20 MONTERO AROCA, J.: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 25ª ed., AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 838-839.

21 Art. 58: “El tenedor podrá reclamar a la persona contra quien ejercite su acción: Primero. El importe de la letra de cambio no aceptada o no pagada, con los intereses en ella indicados conforme al artículo 6 de esta Ley...”.

22 Art. 96: “Serán aplicables al pagaré, mientras no sea incompatible con la naturaleza de este título, las disposiciones relativas a la letra de cambio...”.
Art. 153: “Son de aplicación al cheque las normas contenidas en los artículos 66 a 68 sobre el ejercicio de las acciones derivadas de la letra de cambio...”.

pagaré entre los títulos que permiten el despacho de la ejecución. En cambio, señala (art. 819) que dan lugar al juicio cambiario, pero la naturaleza de este proceso no es de proceso de ejecución sino de declaración (de carácter especial); de hecho la sentencia firme dictada en juicio cambiario produce efectos de cosa juzgada (cfr. art. 827.3 LEC).

A grandes rasgos, el esquema del juicio cambiario es el siguiente:

- Comienza mediante demanda sucinta a la que se acompañará el título cambiario.

- El juez analiza la corrección formal del título y si lo encuentra conforme requiere al deudor para que pague en el plazo de 10 días, ordenando el inmediato embargo de los bienes del deudor por la cantidad que figure en el título. Las posibilidades que pueden darse a partir de aquí son varias:

- Que el deudor pague. En este caso el letrado de la administración de justicia pondrá el dinero a disposición del “ejecutante” y entregará al “ejecutado” justificante de pago (arts. 822 y 583 LEC).

- Que el deudor se oponga al juicio cambiario en los 10 días siguientes al del requerimiento de pago del deudor. En este supuesto, el letrado de la administración de justicia dará traslado del escrito de oposición al acreedor para que lo impugne por escrito en el plazo de 10 días. Las partes en sus respectivos escritos pueden solicitar la celebración de vista siguiendo lo establecido en la ley para el juicio verbal. Si no se solicita vista o si el tribunal entiende que la misma no es pertinente, resolverá sin más trámite la oposición (art. 826 LEC).

- Que no pague ni se oponga. En este caso el tribunal despachará ejecución por las cantidades reclamadas (art. 825 LEC).

En conclusión, desde mi punto de vista, una letra de cambio, un cheque o un pagaré peruanos no son susceptibles de exequátur en España en aras a su ejecutabilidad (a crear un título ejecutivo en España) y ello porque la LCJIMC solo regula la posible ejecución en mi país de resoluciones judiciales extranjeras (previo procedimiento de exequátur) o de documentos públicos extranjeros (sin necesidad de dicho procedimiento previo).

Los títulos valores ni son resoluciones judiciales ni tienen naturaleza de documento público. La pregunta que cabría realizar por tanto a continuación es la de cuál es la vía oportuna para hacer efectiva la obligación en ellos contenida: si es el juicio cambiario, que permite la conformación rápida de un título ejecutivo

y, por tanto, el cobro más ágil de la deuda. O si será necesario acudir al proceso ordinario correspondiente.

Para que fuera posible la vía privilegiada -juicio cambiario- sería necesario que la letra de cambio -o el título valor, en general- cumplan los requisitos de la Ley Cambiaria y del Cheque puesto que, en caso contrario, parece que será necesario acudir al proceso ordinario correspondiente.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Vivimos en un mundo global con cada vez menos fronteras. Esta circunstancia queda plasmada entre otros aspectos en el incremento paulatino de las relaciones transfronterizas. Cada vez más los ciudadanos de un país se relacionan con ciudadanos o empresas de otros países, viajan fuera de su país o realizan compras por internet a empresas extranjeras. Y ello lleva, necesariamente, a un aumento de los conflictos con elementos transfronterizos.

Cuando un juez se enfrenta a un litigio que sobrepasa lo puramente nacional los problemas con los que se enfrenta son muchas veces superiores a los derivados de un litigio puramente local: desde la determinación de su propia competencia judicial internacional a lo referente a la obtención de prueba en el extranjero pasando por los problemas relativos a los actos de comunicación.

Una problemática interesante se produce con relación al reconocimiento y ejecución de títulos ejecutivos peruanos en el extranjero. Tratándose de España y ante la ausencia de Convenio o Tratado internacional, es la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil la que regula la materia y, para lo relativo a la ejecución de títulos extranjeros, indica que ésta solo será posible cuando se trate de resoluciones judiciales o de documentos públicos. Por tanto, otros títulos, muy presentes en la vida cotidiana, como los títulos valores, no serán susceptibles propiamente de ejecución en España por la vía común, sino que tendrán un tratamiento distinto.

BIBLIOGRAFÍA

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, 2014.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: "Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, 2015.

GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Derecho jurisdiccional II, Proceso civil*, 25ª edición, con MONTERO AROCA, J, BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, Mª. P., Tirant lo Blanch, 2017.

HEREDIA CERVANTES, I. y RODRÍGUEZ PINEAU, E.: "Algunas propuestas para una futura Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 28, 2013-II.

MONTERO AROCA, J.: *Tratado de proceso de ejecución civil, tomo I*, con FLORS MATÍES, J.: Tirant lo Blanch, 2004.

PARDO IRANZO, V.: *La tutela ejecutiva en el procedimiento civil. El proceso ejecutivo y la ejecución de sentencias*, Editorial El País, 3ª ed., Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 2011.

PARDO IRANZO, V.: "Cooperación jurídica internacional en materia civil: problemática general tres años y medio después de la entrada en vigor de la Ley 29/2015", *Iustel. Revista General de Derecho Procesal*, mayo 2019.



ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DE LA EMPRESA EN
CRISIS EN EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES
DE LA UNIÓN EUROPEA

*ANALYSIS OF THE FAILING FIRM DEFENCE IN THE
EUROPEAN UNION MERGER CONTROL*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 288-313



Michael
STEDMAN
BERNAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de noviembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: La excepción de la empresa en crisis es una práctica controvertida porque, aunque proporciona grandes beneficios económico-sociales, conlleva un alto riesgo de creación de monopolios y situaciones de abuso de la posición de dominio. Las críticas se centran en los estrictos requisitos de aplicación y la excesiva carga de prueba porque incrementan el riesgo de que las empresas tomen alternativas más peligrosas para permanecer en el mercado y, como se señala, han llegado a provocar en algunos casos que las autoridades se desvíen de la estricta aplicación de la excepción. La solución planteada por la doctrina es el análisis comparativo, pero las consecuencias de su aplicación para la competencia a largo plazo son inciertas, por lo que es necesario un ulterior estudio de estas consecuencias o el desarrollo de la Excepción para hacerla más accesible.

PALABRAS CLAVE: Excepción de la empresa en crisis; competencia; control; concentraciones.

ABSTRACT: *The failing firm defence is a controversial practice because, although it provides economic and social benefits, it carries a high risk of creating monopolies and situations where the dominant position is abused. Critics focus on the stringent requirements and the heavy burden of proof because they increase the risk of companies taking more dangerous alternatives to remain in the market and, as they point out, in some cases, the result has been that the authorities have deviated from the strict application of the failing firm defence. The solution proposed by academic commentators is the counterfactual analysis, but the long-term consequences of its application for competition are uncertain, so a further study of these consequences or a development of the failing firm defence, in order to make it more accessible, is necessary.*

KEY WORDS: *Failing firm defence; competition; control; mergers.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN.- I. Estados Unidos: International Shoe Co. v. FTC (1930).- 2. La Excepción en la Unión Europea.- 3. Aerospaziale-Alenia/de Havilland (1991).- 4. Kali-Salz/MdK/Treuhand (1993).- 5. BASF/Eurodiol/Pantochim (2001).- III. REGULACIÓN, APLICACIÓN Y FUNDAMENTO DE LA EXCEPCIÓN EN LA UE.- I. Reglamento 139/2004.- 2. Las Directrices sobre las Concentraciones Horizontales.- 3. Nynas/Shell/Harburg Refinery (2013).- 4. Aegean/Olympic II (2013).- 5. Fundamento de la Excepción.- IV. PROBLEMÁTICA SUBYACENTE DE LA EXCEPCIÓN: REQUISITOS Y CARGA DE LA PRUEBA.- 1. La empresa en crisis y su inminente salida del mercado.- 2. La inexistencia de alternativas menos restrictivas para la competencia.- 3. La inevitable salida del mercado de los activos.- 4. Las consecuencias y alternativas a la Excepción.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La “excepción de la empresa en crisis” (la Excepción) o “*failing firm defence*” es un mecanismo jurídico de creación jurisprudencial estadounidense que permite que una concentración *-a priori* anticompetitiva- se autorice con fines económico-sociales cuando una de las partes sufre problemas económicos y está condenada a salir del mercado. Para aplicar la excepción es esencial demostrar que el deterioro de la competencia causado no se debe a la concentración y que esta tiene por objeto conservar la estabilidad económica, protegiendo a los inversores, acreedores, y la comunidad donde las empresas operan, manteniendo los empleos que generan y contribuyendo a la distribución de riqueza.

No obstante, la Excepción es una práctica controvertida y obtener el permiso de las autoridades no es tarea fácil, pues existe un alto riesgo de creación de monopolios y situaciones de abuso de la posición de dominio. Las partes implicadas deben demostrar que: i) la empresa presuntamente en crisis esta condenada, a causa de problemas económicos, a abandonar el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra empresa; ii) no existe ninguna alternativa de compra menos perjudicial para la competencia; y iii) de no mediar la concentración, la desaparición del mercado de los activos de la empresa en dificultades es inevitable.

• Michael Stedman Bernal

Abogado con experiencia internacional en España, Inglaterra e Italia. Graduado en derecho en la Universitat Jaume I. Erasmus en la Universidad de Salford. Master Universitario de Abogacía en la Universitat Oberta de Catalunya. LLM en Derecho de la Propiedad Intelectual en la Universidad de Manchester. Trabajo de investigación en derecho penal publicado en el Repositori Universitat Jaume I. Artículos publicados en la ELSA Spain Law Review en derecho penal inglés y en derecho de marcas de la Unión Europea. Trabajo de investigación en copyright en la Universidad de Manchester. Coautor de un libro sobre el corporate compliance en Italia. m.stedmanbernal@gmail.com.

La crítica de la Excepción se centra en que los requisitos de aplicación son muy estrictos y la carga de la prueba que deben soportar las partes es excesiva. Por estos motivos la Excepción solo se ha conseguido aplicar en unas pocas ocasiones, lo que podría llevar a que las empresas en crisis opten por alternativas más peligrosas para el mercado si así consiguen permanecer en él. En algunos casos, los estrictos requisitos y la excesiva carga de la prueba han llevado a las autoridades a desviarse de la estricta aplicación de la Excepción para autorizar concentraciones. La doctrina explora esta alternativa y propone, en lugar de la Excepción, el análisis comparativo o *counterfactual* para cuando una de las partes está en crisis. No obstante, como las consecuencias de su aplicación para la competencia a largo plazo son inciertas, quizá sea más apropiado desarrollar la Excepción y hacerla más accesible.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN

I. Estados Unidos: *International Shoe Co. v. FTC* (1930).

Algunos autores sitúan el origen de la Excepción en los años 1910-1920, en una serie de casos en los que en la evaluación de la legalidad de la concentración se tuvo en cuenta la mala situación económica de una de las empresas¹.

No obstante, la primera vez que la Corte Suprema de los Estados Unidos aplica la Excepción como tal se remonta a 1930, en el caso *International Shoe Co. v. FTC*². En este caso, la Federal Trade Commission (FTC) se opuso a la concentración de dos empresas fabricantes de zapatos porque limitaba la competencia y vulneraba la prohibición de concentraciones anticompetitivas regulada en la sección 7ª del Clayton Antitrust Act 1914. Sin embargo, la Corte Suprema permitió la concentración porque una de las empresas sufría una crisis económica que le obligaba a salir del mercado, configurando así la Excepción como una medida de protección a la libre competencia para salvaguardar empresas en crisis. La Corte Suprema analizó la situación económica de la empresa y consideró que, teniendo en cuenta la inexistencia de recursos, la remota posibilidad de rehabilitación y el alto grado de probabilidad de quiebra, con la consecuente pérdida de accionistas y daño a la comunidad donde operan las instalaciones, su compra por un competidor (el único comprador), sin la intención de lesionar la competencia, sino de facilitar el desarrollo de la empresa y mitigar los eventuales graves daños, no sería perjudicial para el público ni lesionaría sustancialmente la competencia.

1 ÁLVAREZ, M.: "Confluencia y conflicto entre el derecho de la competencia y el derecho concursal", en *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación* (Ortiz L. y Entrena J.), Editorial Dykinson. Madrid, 2007, pp. 464-466.

2 *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U.S. 291 [1930].

Posteriormente se sistematizó la Excepción en las Directrices del Departamento de Justicia (Horizontal Merger Guidelines 1968), que establecen la evaluación de los siguientes requisitos para su aplicación: i) la inminente quiebra de la empresa objeto de adquisición; ii) la imposibilidad de reestructuración de la empresa de acuerdo con el capítulo II del Bankruptcy Act; iii) el esfuerzo infructuoso de la empresa para obtener ofertas alternativas de compra menos perjudiciales para la competencia; y iv) la inevitable salida del mercado de la empresa de no ser por la concentración. Estas directrices han sido objeto de numerosas actualizaciones, pero la Excepción queda intacta en la sección II de las Directrices del Departamento de Justicia.

La carga de la prueba de estos requisitos reside en las partes y no en el órgano que evalúa la concentración, cuya sola responsabilidad es verificar que no existen alternativas, pues no se trata de aplicar una regla general sino de una excepción. Además, dado que las directrices que recogen los requisitos de aplicación de la excepción se establecieron en un país bajo el sistema *Common Law*, estos quedan supeditados a la decisión de los tribunales en cada caso³.

En el año 1969, en el caso *Citizen Publishing Co v. United States*, la Corte Suprema permitió la concentración de dos periódicos aplicando la Excepción, pues uno de los dos periódicos se encontraba en graves dificultades económicas⁴. En este caso, el fin de salvaguardar las empresas en crisis no fue el único motivo que justificó la aplicación de la Excepción; se tuvo también en cuenta la protección de los acreedores y sus créditos, que, de no ser por la concentración, hubieran sido insatisfechos en un proceso de insolvencia⁵.

Otro ejemplo relevante es el caso *United States v. General Dynamics Corp.* (1974)⁶. General Dynamics adquirió Material Service Corporation que a su vez había adquirido United Electric Coal Company, lo cual les posicionaba en una situación de control en el mercado del carbón. El Estado demandó a General Dynamics pero la Corte Suprema permitió la concentración en aplicación de la Excepción porque en el momento de la concentración United Electric Coal Company se encontraba en una situación de crisis económica que, de no ser por la concentración, hubiera provocado su salida del mercado.

Con el desarrollo de la doctrina de la Excepción surge una variante para aquellos casos que, en lugar de adquirir la empresa en su totalidad, se adquiere la división de la empresa que sufre problemas económicos (*failing division defence*),

3 HERNÁNDEZ, D.: "Excepción de la empresa en crisis: Ideas Generales sobre la Regulación de la Figura en el Derecho Comparado y su Aplicación en Colombia", *Revista E-Mercatoria*, núm. 13, 2014, p. 79.

4 *Citizen Publishing Co v. United States*, 394 U.S. 131 [1969].

5 HERNÁNDEZ, D.: "Excepción", cit., p. 78.

6 *United States v. General Dynamics Corp.*, 481 U.S. 239 [1987].

pero la aplicación jurisprudencial no es unánime. Encontramos casos que aceptan su aplicación (*United States v. Reed Roller Bit Co.* y *United States v. Lever Bros. Co.*) y casos que la rechazan (*United States v. Philips Petroleum Co.* y *United States v. Blue Bell Inc.*)⁷.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha desarrollado con el tiempo la Excepción y su variante de la división de la empresa en crisis a través de sus sentencias, las cuales constituyen la base de la doctrina europea y su aplicación, que se analiza en los siguientes apartados.

2. La Excepción en la Unión Europea.

En el marco de la Unión Europea (UE), la prohibición de determinadas concentraciones entre empresas sin autorización de la Comisión Europea (en adelante, la Comisión) estaba regulada en los arts. 65 y siguientes del Tratado de París⁸. Posteriormente, en el año 1989, se aprobó el Reglamento 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentraciones entre empresas⁹. El control de las concentraciones persigue los fines de la UE de promoción entre los Estados miembros del desarrollo, el empleo, la solidaridad y la cohesión social. De acuerdo con la normativa, la Comisión debe considerar las ventajas de las concentraciones para el progreso técnico y económico¹⁰.

La Excepción no venía regulada en la normativa, pero las autoridades que controlan las concentraciones ya tenían en cuenta la situación económica de las empresas para autorizar su concentración. Por ejemplo, la Comisión autorizó en 1989 que Mammesmannröhrenwerke AG, Klöckner Stahl GmbH, Krupp Stahl AG, Lech-Stahlwerke GmbH, Thyssen Stahl AG, Thyssen Edelstahlwerke AG y the Land of Bavaria se fusionaran para crear una nueva empresa llamada Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH y adquirir una empresa llamada Eisenwerk-Gesellschaft Maximilianshütte MbH declarada en bancarota el 16 de abril de 1987. La repartición de acciones permitió que se llevase a cabo un plan de reestructuración, lo que a su vez permitió que la empresa en crisis continuase en el mercado contribuyendo al desarrollo de la industria del acero¹¹.

7 *United States v. Reed Roller Bit Co.*, 274 F. Supp 573 (W.D. Okla. 1967); *United States v. Lever Bros. Co.*, 216 F. Supp. 887 (S.D.N.Y. 1963); *United States v. Philips Petroleum Co.*, 367 F. Supp. 1226 (C.D. Cal. 1973); y *United States v. Blue Bell Inc.*, 395 F. Supp. 538 (M.D. Tenn. 1975).

8 Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, 1951.

9 Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.

10 PÉREZ, M.: "La excepción de la empresa en crisis (failing firm defence): La evaluación de las concentraciones de recuperación o saneamiento económico en la Unión Europea", *Proyecto de Investigación del MICINN*, 2016, p. 102.

11 [HTTP://EUROPA.EU/RAPID/PRESS-RELEASE _ IP-89-512 _ EN.HTM](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-89-512_en.htm).

Como se analiza en los siguientes apartados, la Excepción en la Unión Europea se origina y desarrolla substancialmente por medio de las Decisiones de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), que en el año 2009 pasa a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

3. Aerospatale-Alenia/de Havilland (1991).

La aplicación de la Excepción –en su vertiente *failing division defence*– se considera por primera vez, aunque sin éxito, en el caso Aerospatale-Alenia/De Havilland (1991).¹² Las empresas Aerospatale y Alenia querían adquirir la empresa De Havilland, una división regional del negocio de aviones de Boeing. Todas estas empresas operaban en el mercado de aviones de turbohélice de tamaño medio. De autorizarse la operación, la nueva empresa alcanzaría una cuota de mercado de 64% a nivel mundial. Se argumentó que, de no ser por la concentración, en vista de la crisis económica que sufría la división de De Havilland, la producción de Boeing en esta división se reduciría gradualmente, viéndose obligada a salir del mercado a medio o largo plazo, eliminando por completo la competencia¹³.

La Comisión sopesó la aplicación de la *failing division defence* con la prohibición del Reglamento 4064/89 y decidió no autorizar la operación porque la salida del mercado de De Havilland era evitable aunque no se produjese la concentración y porque Alenia y Aerospatale no eran los únicos potenciales compradores¹⁴. La Comisión entendió que la salida del mercado era evitable porque los productos de De Havilland eran de gran calidad y prestigio, y porque se apreció un aumento de ventas y una disminución de costes de producción, lo que permitía que la división incrementase la productividad¹⁵. Como no se cumplían los requisitos básicos para aplicar la Excepción, no fue necesario analizar más pruebas¹⁶.

En este caso, la Comisión no lo mencionó, pero en Decisiones posteriores estableció que la carga de la prueba en el caso de invocar la *failing division defence* en lugar de la Excepción es mucho más pesada (Bertelsmann/Kirch/Premiere y Rewe/Meinl)¹⁷. Asimismo, la Comisión dejó abierta la cuestión de si la Excepción

-
- 12 Decisión de la Comisión de 2 de octubre de 1991 en el Asunto IV.M.053 Aerospatale-Alenia/de Havilland.
 - 13 CLARK, E. and FOSS, C., "When the Failing Firm Defence Fails", *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 3, núm. 4, 2012, p. 318.
 - 14 FERNÁNDEZ C.: "La supervivencia de las compañías en crisis (Failing Firm Defence)", en *El derecho de la competencia en tiempos de crisis* (Lage S. y Petitbo J.), Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 129.
 - 15 KOKKORIS, I.: "Failing firm defence in the European Union. A panacea for mergers?", *European Competition Law Review*, 27(9), 2006, p. 499.
 - 16 OECD, Policy Roundtables Failing Firm Defence, 1995.
 - 17 Decisión de la Comisión de 27 de mayo de 1998 en el Asunto IV/M.993 Bertelsmann/Kirch/Premiere; y Decisión de la Comisión de 3 de febrero de 1999 en el Asunto IV/M.1221 Rewe/Meinl.

era compatible o no con la prohibición de concentraciones que provocan un deterioro en la competencia del Reglamento 4064/89¹⁸.

4. Kali-Salz/MdK/Treuhand (1993).

La primera aplicación de la Excepción en Europa se sitúa en año 1993, en el caso Kali-Salz/MdK/Treuhand.¹⁹ Se trataba de una concentración entre una subsidiaria de BASF Chemical Group (Kali und Salz AG) y Mitteldeutsche Kali AG (MdK), una empresa íntegramente participada por Treuhandanstalt, una institución pública alemana. MdK operaba en el sector de la potasa y la sal gema para productos agrícolas en la antigua República Democrática Alemana, donde sus ventas cayeron substancialmente. Se encontraba al borde de la quiebra por el colapso de los mercados en Europa del Este y no contaban con un sistema de distribución eficiente para continuar operando en el mercado. La concentración de Kali-Salz y MdK creaba un monopolio en Alemania (98% del mercado) y un oligopolio en el mercado comunitario con SCPA (Société Commerciale des Potasses et de l'Azote), una compañía francesa productora de potasa, subsidiaria de Minière et Chimique (EMC)²⁰.

Las partes alegaron que MdK saldría del mercado en un futuro próximo si no se producía la concentración, acreciendo de todas formas con su salida la cuota de mercado de Kali-Salz²¹. La Comisión examinó la posibilidad de aplicar la Excepción teniendo en cuenta la prohibición del Reglamento 4064/89. En su Decisión, estableció que se puede excluir la relación causal entre la concentración y el deterioro de la competencia si: i) la empresa en crisis se vería forzada en un futuro próximo a salir del mercado de no ser por la concentración; ii) no existen otras alternativas de compra menos perjudiciales para la competencia; iii) la parte compradora ganaría la cuota de mercado de la empresa en crisis si esta saliera el mercado.

La Comisión autorizó la concentración porque los requisitos se cumplían: de no ser por la concentración, MdK hubiera salido del mercado en un futuro próximo; se descartó la posibilidad de que existiera otro comprador que no fuera Kali-Salz que pudiera comprar todo o una parte substancial de MdK; y, si MdK saliese del mercado, Kali-Salz ganaría su cuota de mercado. Además, también se tuvo en cuenta factores regionales y sociales. De no ser por la concentración, hubiera empeorado la crisis existente en las regiones de Alemania que ya se encontraban

18 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. 103.

19 Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1993 en el Asunto IV/M.308 Kali-Salz/MdK/Treuhand.

20 BACCARO, V.: "Failing firm defence and lack of causality: doctrine and practice in Europe of two closely related concepts", *European Competition Law Review*, 25(1), 2004, p. 14; y KOKKORIS, I.: "Failing firm", cit., p. 495.

21 FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., p. 129.

debilitadas estructuralmente²². Por último, la Comisión matizó que esta operación es excepcional y que la carga de la prueba para evidenciar los extremos necesarios para aprobarla recae en las partes²³.

El gobierno francés y SCPA recurrieron la Decisión y alegaron que no se ajustaba a la doctrina estadounidense de la Excepción (en cuanto al criterio de salida de activos del mercado) y que arbitrariamente se introdujo el criterio de la absorción de la cuota de mercado. El TJCE reconoció que la Decisión de la Comisión no se ajustaba a la doctrina estadounidense, pero estableció que esto no afectaba a su legalidad y no era suficiente para invalidarla²⁴. En cuanto al criterio de absorción de la cuota de mercado, el TJCE entendió que contribuía a asegurar la neutralidad de la concentración con respecto al deterioro de la competencia y confirmó su consistencia con el Reglamento 4064/89.²⁵ Así, el TJCE aprobó los argumentos y conclusiones de la Decisión, apreciando que la Comisión había aplicado la Excepción correctamente.

Además, el TJCE fue más allá y señaló que no era necesario demostrar que la empresa adquirente asumiría la cuota de mercado de la empresa en crisis, sino que se puede excluir la relación causal entre la concentración y el deterioro de la competencia si el deterioro fuese cuanto menos equivalente aunque la concentración no se produjese, es decir, se prohibiese²⁶.

Este elemento constituye un análisis comparativo (llamado “*counterfactual analysis*” en la doctrina anglosajona), que será de especial relevancia más adelante. A juicio del Tribunal, se reducen los requisitos a dos: i) que la empresa en crisis esté condenada a salir del mercado en un futuro próximo; y ii) que no exista una alternativa menos perjudicial para la competencia. Si se cumplen estos requisitos, queda demostrado que la concentración no es la causa del detrimento de la competencia, por lo que no se infringe el Reglamento 4064/89 y cabe la Excepción para autorizar la concentración²⁷.

22 FERNÁNDEZ, C.: “La supervivencia”, cit., p. 130.

23 Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1993 en el Asunto IV/M.308 Kali-Salz/MdK/Treuhand.

24 Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998, Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 República Francesa c. Comisión y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y Entreprise minière et chimique (EMC) c. Comisión [1998] ECR I-1375, 90 y ss.

25 FERNÁNDEZ, C.: “La supervivencia”, cit., p. 130; y Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998, Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 República Francesa c. Comisión y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y Entreprise minière et chimique (EMC) c. Comisión [1998] ECR I-1375, 116.

26 MALINAUSKAITE, J.: “The Failing firm defence in EU merger control: the story of Sisyphus?”, *International Company and Commercial Law Review*, 2012, 23(9), p. 309; y Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998, Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 República Francesa c. Comisión y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y Entreprise minière et chimique (EMC) c. Comisión [1998] ECR I-1375, 116.

27 PÉREZ, M.: “La excepción”, cit., p. 105; y Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998, Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 República Francesa c. Comisión y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y Entreprise minière et chimique (EMC) c. Comisión [1998] ECR I-1375, para. 114, 116 y 124.

No obstante, los requisitos para probar la falta de relación causal son muy estrictos y evidenciar su concurrencia no era tarea fácil²⁸. Por ejemplo, la Comisión consideró la Excepción en los casos Saint-Gobain/Wacker-Chemie y Blokker/Toys "R" Us en el año 1997 y Rewe/Meinl en el año 1999, pero las partes no consiguieron probar la concurrencia de los requisitos para probar que la concentración sería menos perjudicial para la competencia que su prohibición²⁹.

5. BASF/Eurodiol/Pantochim (2001).

En este caso la Comisión autorizó por segunda vez la aplicación de la Excepción³⁰. La concentración consistía en la compra de Eurodiol SA y Pantochim SA, empresas belgas subsidiarias de la empresa italiana SISAS Spa, por BASF Antwerpen N.V. (una subsidiaria de BASF). Esta concentración creaba una posición dominante en el mercado de productos químicos a nivel de la UE del 70%. Se verificó que Eurodiol y Pantochim estaban en procesos concursales y que no existía otro comprador, por lo que se cumplían los dos primeros requisitos establecidos en el caso Kali-Salz. Aun así, no se cumplía el último, el requisito de la absorción de la cuota del mercado, es decir, no se pudo probar que BASF adquiriría las cuotas de mercado de Eurodiol y Pantochim en el caso de que estas saliesen del mercado.

Aún así, la Comisión estimó que la concentración era menos perjudicial para la competencia que prohibirla, por lo que modificó su criterio y justificó la Excepción de acuerdo con los siguientes requisitos: i) la empresa en crisis se vería forzada a salir del mercado en un futuro próximo si no fuera adquirida por la empresa compradora; ii) no existen alternativas de compra menos anticompetitivas; y iii) los activos a comprar inevitablemente saldrían del mercado si no fueran adquiridos por la compradora³¹.

El último requisito es la novedad de este caso porque reemplaza el criterio de absorción de la cuota de mercado establecido en Kali-Salz: en este caso no supuso un problema porque solo existían en el mercado relevante la empresa en crisis y su compradora, por lo que la cuota de mercado de la empresa en crisis hubiera pasado en todo caso a la compradora. En cambio, en el caso BASF existían varios competidores y las cuotas de mercado de Eurodiol y Pantochim podían verse repartidas entre ellos³². Parece que el requisito de absorción de la cuota de mercado solo tiene aplicabilidad si existe un duopolio y carece de funcionalidad

28 KOKKORIS, I.: "Failing firm", cit., p. 501.

29 Decisión de la Comisión de 10 de septiembre de 1997, Asunto IV/M.774 Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM; Decisión de la Comisión de 26 de junio de 1997 en el Asunto IV/M.8900 Blokker/Toys "R" Us; y Decisión de la Comisión de 3 de febrero de 1999 en el Asunto IV/M.1221 Rewe/Meinl.

30 Decisión de la Comisión de 11 de julio de 2001 en el Asunto COMP/M.2314 BASF/Eurodiol/Pantochim.

31 KOKKORIS, I.: "Failing firm", cit., p. 501; y BACCARO, V.: "Failing firm", cit., pp. 494-509.

32 BACCARO, V.: "Failing firm", cit., p. 16.

si en el mercado relevante existen varios competidores y la cuota de mercado puede verse repartida³³.

No obstante, en este caso la Comisión valoró que era poco factible que inversores privados comprasen los activos de Eurodiol y Pantochim por separado después de su salida del mercado por los elevados costes de producción, la necesidad de mano de obra cualificada y la producción altamente integrada de sus activos (las plantas químicas). El problema principal era que, de no ser por la concentración, los activos de Eurodiol y Pantochim saldrían del mercado quedando económicamente inoperables. Esta situación hubiera deteriorado la competencia y las condiciones del mercado (por la escasez de producción, la demanda inelástica, el aumento de precios) en perjuicio de los consumidores, por lo que la Comisión reconoció que esta circunstancia es importante y debe considerarse para aplicar la Excepción³⁴. No solo se estimó que la concentración produciría menores efectos negativos, sino que además la nueva empresa resultante de la concentración sería capaz de disminuir sus costes, lo que se traduciría en precios más bajos en beneficio de los consumidores. Por todo ello, la Comisión determinó que la concentración era el escenario más favorable y la autorizó en aplicación de la Excepción³⁵.

A partir de este momento se deja de aplicar el requisito de absorción de la cuota de mercado (Kali-Salz) y será suficiente probar que, de no ser por la concentración, los activos de la empresa en crisis saldrán del mercado³⁶. Este criterio parece *prima facie* más económico que jurídico, pues atiende al resultado económico de aprobar o prohibir la concentración en lugar de centrarse en el requisito jurídico consistente en la falta de relación causal entre la concentración y el deterioro de la competencia³⁷. No obstante, en esencia el criterio sigue siendo jurídico y por ello sirvió para justificar la sistematización de la Excepción en la regulación de la UE³⁸.

III. REGULACIÓN, APLICACIÓN Y FUNDAMENTO DE LA EXCEPCIÓN EN LA UE.

I. Reglamento 139/2004.

El Reglamento 4064/89 regulaba el control de las concentraciones entre empresas en la UE aplicando el test “*dominance*”, por el cual se tenía en cuenta la cuota de participación en el mercado para analizar el grado de la concentración. Esta

33 PÉREZ, M.: “La excepción”, cit., p. 110.

34 Decisión de la Comisión de 11 de julio de 2001 en el Asunto COMP/M.2314 BASF/Eurodiol/Pantochim, 151.

35 PÉREZ, M.: “La excepción”, cit., p. 107.

36 FERNÁNDEZ, C.: “La supervivencia”, cit., p. 132.

37 BACCARO, V.: “Failing firm”, cit., p. 16; y KOKKORIS, I.: “Failing firm”, cit., pp. 494-509.

38 J MALINAUSKAITE, J.: “The Failing”, cit., p. 310; CLARK, E. and FOSS, C.: “When the”, cit., p. 319.

regulación sobre el control de concentraciones sufre modificaciones sustanciales y se procede con su refundición en el Reglamento 139/2004, que a su vez es objeto de revisión en diversas ocasiones hasta la fecha³⁹. El Reglamento 139/2004 introduce el test SIEC ("*significant impediment to effective competition*") para la evaluación de las operaciones de concentración, solucionando las deficiencias del test anterior y equiparando la normativa europea con la estadounidense, que aplica el test SLC ("*significant lessening of competition*").

Para evaluar el impacto de una concentración en la competencia se tienen en cuenta los siguientes factores recogidos en el art. 2b del Reglamento 139/2004: la posición de mercado de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que este sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.

La Comisión desarrolla el criterio de la evaluación de las concentraciones y sus requisitos en la Directrices sobre las Concentraciones Horizontales (las Directrices)⁴⁰. A pesar de que el contenido de las Directrices no es vinculante, nos proporciona información necesaria para poder aplicar el Reglamento 139/2004.

2. Las Directrices sobre las Concentraciones Horizontales.

Las Directrices exploran los posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones y establecen como una concentración podría limitar la competencia. Además, introducen por primera vez la doctrina de la Excepción, pues la autorización de una concentración cuando una de las partes esta en crisis puede tener beneficios económico-sociales para el bien común. Los requisitos para aplicar la Excepción se ven finalmente sistematizados en la UE en los arts. 89 y 90 de las Directrices, pero su origen y desarrollo se sitúa en los casos Kali-Salz y BASF⁴¹.

39 Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas; revisado por el Reglamento (CE) 1033/2008 de la comisión de 20 de octubre de 2008 que modifica el Reglamento (CE) 802/2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas; Reglamento de ejecución (UE) 1269/2013 de la comisión de 5 de diciembre de 2013 por el que se modifica el Reglamento (CE) 802/2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n o 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas; y Libro Blanco. Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE, COM (2014) 449 final, 9 de julio de 2014.

40 Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03)

41 Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998, Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 República Francesa c. Comisión y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y Entreprise minière et chimique (EMC)

El art. 89 de las Directrices establece el requisito esencial para aplicar la Excepción: la falta de relación causal y de perjuicio para la competencia. Si una de las partes de la concentración es una empresa en crisis la Comisión puede establecer que la concentración es compatible con el mercado común, aunque plantee problemas competitivos, siempre que el deterioro de la competencia tras la concentración no se deba a esta. Este será el caso cuando la competencia también se deteriore cuanto menos de manera equivalente de no producirse la concentración.

El art. 90 de las Directrices establece los tres requisitos especialmente importantes para aplicar la Excepción, pues la concurrencia de estos demuestra la falta de relación causal y de perjuicio para la competencia. Los requisitos son los siguientes: i) la empresa en crisis debe estar condenada, a causa de sus problemas económicos, a abandonar el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra empresa; ii) no existe una alternativa de compra menos perjudicial para la competencia que la concentración; y iii) de no mediar la concentración, la salida del mercado de los activos de la empresa sería inevitable.

La Comisión precisó que los criterios fijados en las Directrices no son exclusivos ni exhaustivos y que el análisis de otras circunstancias como la crisis económica y los mercados decrecientes es pertinente⁴². El objetivo de la regulación de la UE es un efectivo funcionamiento del mercado interno, asegurando que las concentraciones no tengan efectos anticompetitivos en el mercado que puedan eliminar la competencia existente entre las partes de la concentración y reducir el número de competidores en el mercado. Como se demuestra en los casos anteriores, la Excepción es compatible con este objetivo y, por consiguiente, entendemos que su sistematización fue procedente⁴³.

Por lo tanto, siempre que se cumplan los requisitos mediante los cuales se demuestra la falta de relación causal entre la concentración y el deterioro de la competencia, la Comisión no tendría base legal para prohibir una concentración⁴⁴. No obstante, conseguir esto no es tarea fácil pues, como la Comisión advierte, la autorización de una concentración en estas circunstancias es excepcional y la carga de la prueba siempre recae en las partes⁴⁵. En los siguientes apartados se examina la aplicación de esta normativa en los casos más importantes tras su sistematización para más adelante considerar su problemática subyacente.

c. Comisión [1998] ECR I-1375, 110 y 114; y Decisión de la Comisión de 11 de julio de 2001 en el Asunto COMP/M.2314 BASF/Eurodiol/Pantochim, 157-160.

42 OECD, Policy Roundtables Failing Firm Defence, 2009, 183.

43 KOKKORIS, I.: "Failing firm", cit., p. 498.

44 KOKKORIS, I.: "Failing firm", cit., p. 498.

45 OECD, Policy Roundtables Failing Firm Defence, 2009, 183.

3. Nynas/Shell/Harburg Refinery (2013).

El 2 de septiembre de 2013, la Comisión evaluó y autorizó la concentración del operador económico sueco Nynas AB y Harburg Refinery, una refinería en Hamburgo propiedad de Shell⁴⁶. En este caso se consideró la Excepción en su variante de *failing division defence* porque Harburg Refinery era una división en crisis propiedad de Shell. Los requisitos al aplicar esta variante son más rigurosos, pero Shell argumentó que la salida del mercado de Harburg Refinery no afectaba sustancialmente su situación financiera y que tenía intención de cerrar esta división de Hamburgo si no encontraba comprador porque por razones comerciales era económicamente insostenible. Es más, el proceso de demolición de la refinería ya había comenzado⁴⁷. La Comisión tuvo en cuenta estas circunstancias a la hora de moderar los requisitos de la Excepción en su variante *failing division defence*.

En la primera fase del procedimiento, la Comisión estableció que la concentración crearía un monopolio en el mercado europeo de la producción de aceites de base nafténica (una serie de productos derivados del petróleo) dejando a Ergon, una empresa estadounidense, como único competidor sustancial. La nueva empresa formaría el 70% de producción y suministro en el mercado relevante.

Posteriormente, en la segunda fase, la Comisión verificó la inminente salida del mercado de Harburg Refinery y descartó la posibilidad de que Ergon fuese un comprador alternativo a Nynas. En la primera negociación entre Ergon y Shell en el año 2011, las partes no llegaron a un acuerdo y luego, cuando Nynas quiso absorber Harburg Refinery, Shell ofreció una renegociación a Ergon pero no aceptaron. Por lo tanto, resultaba evidente que los activos de Harburg Refinery estaban condenados a salir del mercado no solo porque no existía otro comprador sino porque, además, la refinería era económicamente insostenible y Shell ya había iniciado el proceso de demolición.

Por último, la Comisión expresó que, de prohibir la concentración, la producción de aceites de base nafténica en Europa disminuiría y los consumidores pagarían precios más altos debido a que tendrían que ser importados al mercado europeo, mientras que, si se autorizaba la concentración, se reducirían los costes variables y el consumidor resultaría beneficiado⁴⁸.

46 Decisión de la Comisión de 2 de septiembre de 2013 en el Asunto COMP/M.6360 Nynas/Shell/Harburg Refinery.

47 BRETZ O., GORE, D. and SCHALLENGERG, K.: "A new approach to the failing firm defence? The Nynas/Shell Harburg merger", *European Competition Law Review*, 35(10), 2014, p. 484.

48 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., pp. 112-113; y CASTALDO, G. and BOGDANOV, A.: "The Nynas case: The Interplay Between the Failing Firm Defence and the Counterfactual Method", *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 6, núm. 5, 2015, pp. 324-325.

Después de una década desde la publicación de las Directrices, este es el primer caso en que se autoriza la concentración aplicando la Excepción y el primer caso en su variante de *failing division defence* en la historia de la regulación de concentraciones en la UE⁴⁹.

4. Aegean/Olympic II (2013).

Ya en el año 2011 la Comisión consideró y la prohibió la concentración de Aegean Airlines y Olympic Air (ambas aerolíneas griegas) porque hubiera producido un cuasi-monopolio en el mercado del transporte aéreo en Grecia (Aegean/Olympic I)⁵⁰. Si se hubiera llevado a cabo la concentración, las tarifas comerciales hubieran aumentado para cuatro de los seis millones de consumidores griegos y europeos que viajaban cada año pasando por Atenas. Estas dos empresas juntas hubieran controlado más del 90% del mercado del transporte aéreo nacional de Grecia y la investigación de la Comisión no mostró perspectivas realistas de que una nueva aerolínea de un tamaño suficiente entrara en el mercado de sus rutas y restringiera sus tarifas comerciales⁵¹.

Posteriormente, el 9 de octubre de 2013, la Comisión reconsideró la concentración y la autorizó aplicando la Excepción (Aegean/Olympic II)⁵².

En un primer momento, se estableció que la concentración creaba un monopolio con efectos negativos en la competencia porque el competidor principal, Cyprus Airways, no ejercería suficiente presión competitiva y no se esperaba la entrada de nuevos competidores por las altas barreras de entrada al mercado. No obstante, a causa de la crisis en la que se encontraba Grecia, la demanda de transporte nacional cayó un 26%, por lo que la Comisión apreció el menoscabo en la situación financiera de Olympic Air y su inevitable salida del mercado en un futuro próximo. Aegean Airlines quedaría como único proveedor de servicio de transporte nacional aéreo, adquiriendo la cuota de mercado de Olympic Air, cuyos activos quedarían inutilizados y abandonarían el mercado. Por lo tanto, la Comisión estimó que la concentración no era la causa del deterioro de la competencia porque el escenario descrito se hubiera creado de todas formas con independencia de la autorización de la concentración⁵³.

La Comisión valoró en su fundamento la situación económica en que operaban las empresas, la crisis económica que sufría Grecia, el perjuicio para

49 BRETZ, O., GORE, D. and SCHALLENGER, K.: "A new ", cit., p. 486.

50 Decisión de la Comisión de 26 de enero de 2011 en el Asunto COMP/M.6796 Aegean/Olympic.

51 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-68_en.htm.

52 Decisión de la CE de 9 de octubre de 2013 en el Asunto COMP/M.6796 Aegean/Olympic II.

53 MIRANDA, L.: "El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea", *Revista de Derecho Mercantil*, 2014, p. 20; PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. 113.

los consumidores que hubiera causado la prohibición de la concentración y el menoscabo para la comunidad en general. Así pues, de este caso se desprende que, en ciertas ocasiones, la Excepción tiene un valor funcional como instrumento anticrisis que contribuye a conservar en el mercado empresas productivas que tienen problemas financieros acentuados por una crisis económica general; todo ello en beneficio de los consumidores y la comunidad en general⁵⁴.

5. Fundamento de la Excepción.

La Excepción se fundamenta en el propio sistema de economía social de mercado en el marco de la UE que requiere la existencia de empresas productivas, fuertes y eficientes (art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea, TUE). Por ello, el Derecho de la competencia flexibiliza sus mecanismos represores en concentraciones que, aunque restrictivas de la competencia, son el único medio de supervivencia de la empresa en crisis. De esta forma se logra el aprovechamiento de empresas eficientes y productivas, resultando beneficiado el conjunto de la sociedad⁵⁵.

La mayor parte de la doctrina que se centra en el análisis económico de la Excepción coincide en que su aplicación es más beneficiosa para la competencia y los consumidores que su prohibición⁵⁶. La concentración permite que la empresa adquirente aumente su capacidad de producción, reduzca sus precios y mejore la calidad y variedad de sus productos y servicios, lo que beneficia a los consumidores y mantiene la situación de competencia efectiva.

La doctrina destaca los tres argumentos más importantes empleados para justificar la Excepción. I) El primer argumento se centra en los beneficios económicos que ofrecen las concentraciones que absorben empresas en crisis (las llamadas concentraciones de saneamiento económico), pues son el medio más eficiente para conservar los activos afectados por una crisis económica y para suprimir o ahorrar en costes (fijos y variables) lo que permite una reducción de precios que beneficia al consumidor. II) El segundo argumento se basa en la protección de los intereses de los distintos sujetos perjudicados por la salida del mercado de la empresa en crisis, como son los trabajadores que pierden sus puestos de trabajo, los accionistas que no recuperan sus inversiones, los acreedores que no recobran sus préstamos e intereses y, en general, el colectivo de la sociedad donde la empresa opera. III) El tercer argumento se fundamenta en la neutralidad de la concentración para la competencia, es decir, la falta de relación causal entre la concentración y el deterioro de la competencia. Una empresa en crisis no se puede considerar una fuerza competitiva en el mercado, sobre todo si

54 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. 113; y MIRANDA, L.: "El control", cit., p. 21.

55 MIRANDA, L.: "El control", cit., p. 21.

56 MALINAUSKAITE, J.: "The Failing", cit., p. 313.

su salida del mercado es inminente, por lo que la concentración, de acuerdo con este argumento, carece en realidad de efectos restrictivos para la competencia⁵⁷.

La Excepción, como sugiere Posner, es uno de los más claros ejemplos del deseo que existe en el Derecho de la competencia de subordinar la competencia a otros valores⁵⁸.

IV. PROBLEMÁTICA SUBYACENTE DE LA EXCEPCIÓN: REQUISITOS Y CARGA DE LA PRUEBA.

Conviene recordar que la regla general es la prohibición de aquellas concentraciones que provocan un detrimento en la competencia y que para aplicar la Excepción las partes deben aportar suficientes pruebas que demuestren la concurrencia de todos sus requisitos, pues la Comisión atribuye la carga de la prueba de forma expresa a las partes⁵⁹.

El test se puede dividir en dos etapas o fases. En la primera etapa la Comisión verifica que la empresa se encuentra realmente en una crisis económica, analizando la contabilidad y, especialmente, las pérdidas sustanciales e incapacidad para hacer frente a sus obligaciones. Después la Comisión analiza el proceso de venta y, en particular, las negociaciones con compradores alternativos y porqué estas fracasaron, pues si existen compradores alternativos la Comisión debe confrontar los efectos de la operación alternativa con los de la propuesta. En la segunda etapa la Comisión investiga las consecuencias de la ausencia de la concentración como por ejemplo el cierre y liquidación de la empresa en crisis y sopesa si la liquidación de activos entre varios competidores es viable o si la concentración es la medida más efectiva para conservar la explotación de los activos⁶⁰.

Si se cumplen todos los requisitos la Comisión declara la concentración compatible con el mercado común, pues la concentración no sería la causa de la creación o refuerzo del poder de mercado de la nueva empresa. En caso de no cumplir cualquiera de los requisitos, la Comisión se vera obligada a prohibir la concentración por infringir el Reglamento 139/2004.

I. La empresa en crisis y su inminente salida del mercado.

Se requiere que la empresa en crisis esté condenada, a causa de sus problemas económicos, a abandonar el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra empresa. Esto implica que las partes intervinientes en la concentración deben

57 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. 118.

58 POSNER, R.: *Antitrust: cases, economic notes and other materials*, West Publishing, Minnesota, 1981, p. 472.

59 OECD, *Policy Roundtables Failing Firm Defence*, 2009, 183.

60 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. 111-112.

demostrar que la empresa no puede cumplir sus obligaciones financieras a corto plazo. No existe una fórmula específica para establecer este extremo, la Comisión lo evalúa caso por caso.⁶¹ Esta discrecionalidad hace complicada la tarea de prever en qué grado de dificultad financiera debe estar la empresa para beneficiarse de la Excepción⁶². La doctrina indica que el nivel de crisis que se debe apreciar irá en función del riesgo para la competencia que implica la concentración. Cuanto mayor sea el problema que provoca la concentración en la competencia, mayor será la exigencia de que la crisis sea cierta o inminente⁶³.

La empresa en crisis debe proporcionar información de su estado financiero (liquidez, beneficios y solvencia) que no será fácil recopilar y que la dejará aún más expuesta en un momento tan delicado⁶⁴. Además, también tendrá que proporcionar documentos internos que demuestren como han intentado solucionar los problemas financieros que se alegan y un análisis independiente preparado por un tercero⁶⁵. El objetivo es probar que la empresa no tiene acceso al capital necesario para mantenerse en el mercado⁶⁶. No se requiere que la empresa haya iniciado un procedimiento concursal, sino más bien demostrar que de no ser por la concentración, la empresa se encontraría en una situación de esta naturaleza en un futuro próximo, siempre que la situación en cuestión no ayude a la empresa a reorganizarse⁶⁷. Es decir, se debe demostrar que la empresa no atraviesa una situación transitoria de crisis, sino que sufre serios problemas financieros y que de no celebrarse la concentración se vería obligada a salir del mercado⁶⁸.

Igualmente, será difícil prever la aplicación de la normativa y demostrar la concurrencia de este requisito cuando la crisis económica sea generalizada, pues no será fácil establecer si la dificultad financiera se debe a la falta de financiación temporal causada por la crisis económica general o es inherente a la empresa⁶⁹.

2. La inexistencia de alternativas menos restrictivas para la competencia.

Se requiere que no exista una alternativa de compra menos restrictiva para la competencia que la concentración propuesta. La Comisión explora la existencia de alternativas de compra y analiza su posible resultado. Se analizan los efectos que

61 OECD, Policy Roundtables Failing Firm Defence, 2009, 184.

62 FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., p. 134.

63 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. 108.

64 FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., p. 142.

65 CLARK, E. AND FOSS, C.: "When the", cit., p. 324.

66 MALINAUSKAITE, J.: "The Failing", cit., p. 313; y FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., p. 133.

67 FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., p. 134.

68 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. 108.

69 OXERA AGENDA: "Failing, or just flailing? The failing-firm defence in mergers", 2009.

tendría para la competencia que otro comprador llevase a cabo la absorción de la empresa en crisis y si el resultado fuera menos restrictivo para la competencia existiría una preferencia por esta opción⁷⁰.

La Comisión no exige a la empresa en crisis que haya iniciado un proceso de licitación previo, sino que haya realizado toda negociación posible con terceros competidores. Es decir, que demuestre que ha mandado propuestas de adquisición al mayor número posible de operadores económicos y que les ha facilitado su participación en el proceso de negociación. La existencia de una oferta pública ayudará a mostrar este extremo. En ausencia de esta, se debe demostrar este extremo por cualquier otro medio. Esto exige a las partes demostrar que los escenarios alternativos presentan problemas para la competencia de al menos la misma entidad o que son económicamente inviables, lo que resulta un análisis muy complejo. La empresa en crisis tendrá que presentar información detallada sobre los posibles adquirentes, pero la única forma de tener acceso a toda esta información es negociando con varias empresas a la vez, lo cual retrasará la concentración poniendo en riesgo la propia existencia de la empresa en crisis. Como el tiempo es un factor importante, la rigidez en la verificación de este requisito se vincula al nivel de crisis que sufre la empresa. Así, la Comisión evita causar mayores problemas financieros incluso llegando a pronunciarse sobre la concentración, si fuera necesario, en un plazo menor⁷¹.

Cabe destacar que la experiencia del comprador en el sector de la empresa en crisis o su ámbito geográfico no justifica que sea la mejor alternativa de compra y por ende la prueba de concurrencia de este requisito para autorizar la concentración aplicando la Excepción (Blokker/Toys "R" Us)⁷².

La Comisión ha reconocido que es muy complicado demostrar la inexistencia de compradores alternativos con efectos menos restrictivos para la competencia⁷³. Solamente en una situación de crisis económica general, donde el capital externo disponible puede verse reducido por la existencia de menos compradores, será de *facto* menos complicado cumplir con este requisito y demostrar que no existe otra alternativa de compra menos anticompetitiva⁷⁴.

70 FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., p. 143.

71 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. 109; y FERNÁNDEZ C.: "La supervivencia", cit., p. 143.

72 Decisión de la Comisión de 26 de junio de 1997 en el Asunto IV/M.8900 Blokker/Toys "R" Us; y FERNÁNDEZ C.: "La supervivencia", cit., p. 136.

73 FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., pp.135-136.

74 MALINAUSKAITE, J.: "The Failing", cit., p. 313.

3. La inevitable salida del mercado de los activos.

Se requiere que la salida del mercado de los activos de la empresa en crisis sea inevitable de no darse la concentración. Este requisito implica que la Comisión evalúe si los activos permanecerán en el mercado o se liquidaran, sin descartar la posibilidad de que sean comprados tras su salida del mercado, para así determinar en que caso se les dará un uso más eficiente. En ocasiones, en lugar de que los activos permanezcan en manos de un solo competidor, es más beneficioso que sean divididos como unidades independientes y repartidos en el mercado⁷⁵.

Las partes tendrán que identificar los activos susceptibles de ser vendidos independientemente y analizar si la venta individual produciría efectos más beneficiosos que la concentración. Esto no es una tarea trivial. La concurrencia del requisito queda condicionada a demostrar que la venta de los activos por separado causa mayores problemas para la competencia que la concentración o que la venta de activos por separado no alcanza los beneficios de la concentración pues, de lo contrario, la concentración no se autorizará (casos JCI/Fiamm y SEB/Moulinex)⁷⁶.

Cuando el valor de los activos en unidad excede cuantiosamente su valor por separado, como es el caso de las plantas que utilizan un proceso de fabricación altamente integrado, este requisito no debería ser un problema. Parece que, de acuerdo con este requisito, el éxito de la concentración dependerá de las ventajas económicas o eficiencias resultantes de esta⁷⁷.

4. Las consecuencias y alternativas a la Excepción.

La práctica demuestra el éxito de la Excepción en algunos casos, incluso cuando se rechaza (Aegan/Olympic Air I, 2011) y cuando la situación financiera empeora se acepta (Aegan/Olympic Air II, 2013). En otros casos la Excepción es un beneficio inalcanzable, ya sea porque la crisis no es suficiente (Bertelsmann/Kirch/Premiere y Rewel/Meinl) o porque existen compradores alternativos (Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM; y Blokker/Toys "R" Us)⁷⁸.

Tras el análisis jurídico de la Excepción, la doctrina coincide que los requisitos son muy estrictos e imponen a las partes una excesiva carga de la prueba, por

75 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. III; y MALINAUSKAITE, J.: "The Failing", cit., p. 313.

76 Decisión de la Comisión de 10 de mayo de 2007 en el Asunto COMP/M.4381 JCI/FIAMM; Decisión de la Comisión de 11 de noviembre de 2003 en el Asunto COMP/M.2621 SEB/Moulinex; y FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., p.137.

77 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. III.

78 Decisión de la Comisión de 27 de mayo de 1998 en el Asunto IV/M.993 Bertelsmann/Kirch/Premiere; Decisión de la Comisión de 3 de febrero de 1999 en el Asunto IV/M.1221 Rewe/Meinl; Decisión de la Comisión de 10 de septiembre de 1997, Asunto IV/M.774 Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM; y Decisión de la Comisión de 26 de junio de 1997 en el Asunto IV/M.8900 Blokker/Toys "R" Us.

lo que su aplicación resulta infrecuente. No solo se exige prueba de que la concentración no es la causa del deterioro de la competencia, sino que, además, las partes deben demostrar otros factores⁷⁹. Las partes deben probar la crisis de la empresa, su inminente salida del mercado, los esfuerzos en buscar compradores alternativos, los beneficios de la concentración sobre las alternativas y que la salida del mercado de los activos es inevitable o más perjudicial que la concentración. Como consecuencia, se podría llegar a prohibir concentraciones beneficiosas para el bien común o a imponer remedios más problemáticos para la competencia a largo plazo. Igualmente, esto podría generar que las empresas en crisis busquen otros medios más peligrosos para el mercado o incluso ilegales para evitar su salida, como podría ser la formación de un cártel sobre precios o clientes.⁸⁰

Por otro lado, la Comisión ha llegado a autorizar concentraciones en base a un criterio distinto (análisis comparativo o *counterfactual analysis*), desviándose de la estricta aplicación de la Excepción, aun cuando una de las partes presentaba serios problemas económicos (Deloitte & Touche/Andersen UK; Enerst & Young/Andersen France; KLM/Martinair), en vista de que, de haberse considerado la Excepción, las concentraciones se hubieran prohibido⁸¹.

La doctrina considera la aplicación del análisis comparativo o *counterfactual analysis* como una alternativa a la Excepción. Las partes no estarían exentas de aportar pruebas, pero sería más sencillo centrarse en demostrar que el deterioro de la competencia tras la concentración no está causado por la misma, que demostrar la concurrencia de todos los requisitos de la Excepción. Este enfoque podría ser relevante cuando: i) la empresa sale del mercado por factores distintos a una crisis económica, como cuando la insuficiente rentabilidad no justifica que se aporte más inversión o que la empresa continúe operando; ii) la empresa no sale del mercado pero se reestructura reduciendo su actividad y su cuota de mercado, produciendo efectos en la competencia; iii) cuando la salida del mercado de todos los activos de la empresa no es inevitable; y iv) cuando la salida de la empresa del mercado no sea inminente pero se vaya a producir en un futuro⁸².

No obstante, será necesario estudiar los efectos que a largo plazo podría tener la aplicación del análisis comparativo o *counterfactual analysis* en los diversos escenarios que se plantean, ya que la razón por la que la Comisión no flexibiliza

79 LINDSAY A. and BERRIDGE, A.: "The EU Merger Regulation: Substantive Issues", *European Competition Law Review*, 39(1), 2018, p. 46.

80 Fernández, C.: "La supervivencia", cit., p. 137.

81 Decisión de la Comisión de 1 de julio de 2002 en el Asunto COMP/M.2816 Ernst & Young/Andersen France; Decisión de la Comisión de 29 de mayo de 2002 en el Asunto COMP/M.2810 Deloitte & Touche/Andersen UK; y Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2008 en el Asunto COMP/M.5141 KLM/Martinair; KYPRIANIDES, G.: "Assess the importance of the counterfactual in merger assessment with regards to the failing firm defence", *European Competition Law Review*, 33(12), 2012, p. 582.; y FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., p. 140.

82 CLARK, E. and FOSS, C.: "When the", cit., pp. 325-331.

los requisitos de la Excepción, ni siquiera en tiempos de crisis, es el potencial deterioro de la competencia a largo plazo.

V. CONCLUSIONES.

La Excepción es un mecanismo jurídico con fines económico-sociales que permite a la Comisión considerar compatible con el mercado común una concentración *-a priori* anticompetitiva- cuando una de las partes sufre problemas económicos y está condenada a salir del mercado, siempre que se demuestre que el deterioro de la competencia no se debe a la concentración. La Excepción se fundamenta en el sistema de economía social de mercado que requiere empresas productivas, fuertes y eficientes. Así, el Derecho de la competencia flexibiliza sus mecanismos represores y permite autorizar por medio de la Excepción aquellas concentraciones que son el único medio de supervivencia de la empresa en crisis.

Desde una perspectiva económica, la doctrina coincide que la aplicación de la Excepción es más beneficiosa para la sociedad y los consumidores que su prohibición. Además, si entendemos que una empresa en crisis no se puede considerar una fuerza competitiva en el mercado, no deberíamos atribuir a la concentración el posible deterioro que pueda sufrir la competencia.

Desde una perspectiva jurídica concluimos que a causa de los estrictos requisitos de aplicación y la elevada carga de la prueba que se impone a las partes, la aplicación de la Excepción queda limitada y las empresas en crisis raramente pueden aprovechar sus beneficios. Como consecuencia, pueden llegar a prohibirse concentraciones beneficiosas para el bien común y provocar que las empresas en crisis busquen remedios alternativos más problemáticos para para la competencia o incluso ilegales para así permanecer en el mercado.

Para concluir, la Comisión ha llegado a autorizar concentraciones desviándose de la estricta aplicación de la Excepción empleando el análisis comparativo o *counterfactual analysis* a pesar de que una de las partes presentaba problemas económicos en vista de que, de haberse considerado la Excepción, se hubieran tenido que prohibir. Parece que los argumentos que justifican la Excepción tienen más éxito en el análisis comparativo. Aun así, como las consecuencias a largo plazo son inciertas, no está claro si sería más apropiado aplicar el análisis comparativo o desarrollar la Excepción para hacerla más accesible. Será necesario realizar un ulterior estudio de estas dos opciones. Mientras tanto, la Excepción es un instrumento generalmente en desuso en el Derecho de la competencia de la UE, lo que nos lleva a cuestionar su utilidad.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, M.: "Confluencia y conflicto entre el derecho de la competencia y el derecho concursal", en *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación* (Ortiz L. y Entrena J.), Editorial Dykinson. Madrid, 2007.

BACCARO, V.: "Failing firm defence and lack of causality: doctrine and practice in Europe of two closely related concepts", *European Competition Law Review*, 25(1), 2004.

BRETZ, O., GORE, D. and SCHALLENGER, K.: "A new approach to the failing firm defence? The Nynas/Shell Harburg merger", *European Competition Law Review*, 35(10), 2014.

CASTALDO, G. and BOGDANOV, A.: "The Nynas case: The Interplay Between the Failing Firm Defence and the Counterfactual Method", *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 6, núm. 5, 2015.

CLARK, E. and FOSS, C.: "When the Failing Firm Defence Fails", *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 3, núm. 4, 2012.

FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia de las compañías en crisis (Failing Firm Defence)", en *El derecho de la competencia en tiempos de crisis* (Lage S. y Petitbo J.), Marcial Pons, Madrid, 2010.

HERNÁNDEZ, D.: "Excepción de la empresa en crisis: Ideas Generales sobre la Regulación de la Figura en el Derecho Comparado y su Aplicación en Colombia", *Revista E-Mercatoria*, núm. 13, 2014.

KOKKORIS, I.: "Failing firm defence in the European Union. A panacea for mergers?", *European Competition Law Review*, 27(9), 2006.

KYPRIANIDES, G.: "Assess the importance of the counterfactual in merger assessment with regards to the failing firm defence", *European Competition Law Review*, 33(12), 2012.

LINDSAY, A. and BERRIDGE, A.: "The EU Merger Regulation: Substantive Issues", *European Competition Law Review*, 39(1), 2018.

MALINAUSKAITE, J.: "The Failing firm defence in EU merger control: the story of Sisyphus?", *International Company and Commercial Law Review*, 23(9), 2012.

MIRANDA, L.: "El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea", *Revista de Derecho Mercantil*, 2014.

OXERA AGENDA: "Failing, or just flailing? The failing-firm defence in mergers", 2009.

PÉREZ, M.: "La excepción de la empresa en crisis (failing firm defence): La evaluación de las concentraciones de recuperación o saneamiento económico en la Unión Europea", *Proyecto de Investigación del MICINN*, 2016.

POSNER, R.: *Antitrust: cases, economic notes and other materials*, West Publishing, Minnesota, 1981.

Casos:

Decisión de la Comisión de 9 de octubre de 2013 en el Asunto COMP/M.6796 Aegean/Olympic II.

Decisión de la Comisión de 2 de septiembre de 2013 en el Asunto COMP/M.6360 Nynas/Shell/Harburg Refinery.

Decisión de la Comisión de 26 de enero de 2011 en el Asunto COMP/M.6796 Aegean/Olympic.

Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2008 en el Asunto COMP/M.5141 KLM/Martinair.

Decisión de la Comisión de 10 de mayo de 2007 en el Asunto COMP/M.4381 JCI/FIAMM.

Decisión de la Comisión de 11 de noviembre de 2003 en el Asunto COMP/M.2621 SEB/Moulinex.

Decisión de la Comisión de 1 de julio de 2002 en el Asunto COMP/M.2816 Ernst & Young/Andersen France.

Decisión de la Comisión de 29 de mayo de 2002 en el Asunto COMP/M.2810 Deloitte & Touche/Andersen UK.

Decisión de la Comisión de 11 de julio de 2001 en el Asunto COMP/M.2314 BASF/Eurodiol/Pantochim.

Decisión de la Comisión de 3 de febrero de 1999 en el Asunto IV/M.1221 Rewe/Meinl.

Decisión de la Comisión de 27 de mayo de 1998 en el Asunto IV/M.993 Bertelsmann/Kirch/Premiere.

Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998, Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 República Francesa c. Comisión y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y Entreprise minière et chimique (EMC) c. Comisión [1998] ECR I-1375.

Decisión de la Comisión de 10 de septiembre de 1997, Asunto IV/M.774 Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM.

Decisión de la Comisión de 26 de junio de 1997 en el Asunto IV/M.8900 Blokker/Toys "R" Us.

Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1993 en el Asunto IV/M.308 Kali-Salz/MdK/Treuhand.

Decisión de la Comisión de 2 de octubre de 1991 en el Asunto IV.M.053 Aerospatiale-Alenia/De Havilland.

United States v. General Dynamics Corp., 481 U.S. 239 [1987].

United States v. Blue Bell Inc., 395 F. Supp. 538 (M.D. Tenn. 1975).

United States v. Philips Petroleum Co., 367 F. Supp. 1226 (C.D. Cal. 1973).

Citizen Publishing Co v. United States, 394 U.S. 131 [1969].

United States v. Reed Roller Bit Co., 274 F. Supp 573 (W.D. Okla. 1967).

United States v. Lever Bros. Co., 216 F. Supp. 887 (S.D.N.Y. 1963).

International Shoe Co. v. FTC, 280 U.S. 291 [1930].

Otros recursos:

OECD, Policy Roundtables Failing Firm Defence, 2009.

OECD, Policy Roundtables Failing Firm Defence, 1995.

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-89-512_en.htm.

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-68_en.htm.

LOS LÍMITES JURÍDICOS A LA CONCESIÓN DE AMNISTÍAS

LEGAL LIMITS FOR GRANTING AMNESTIES

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 314-343



Valentín BOU
FRANCH

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de octubre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: Dedico el presente trabajo a analizar los eventuales límites que existen en el Derecho internacional contemporáneo a las proclamaciones o concesiones por los Estados de amnistías totales o de alcance general en el contexto de la denominada justicia transicional.

PALABRAS CLAVE: Amnistías, justicia transicional, crímenes internacionales, violaciones graves de los derechos humanos.

ABSTRACT: *I devote the present paper to analyse the eventual limits that may exist in current international law to State proclamations or granting of total amnesties or amnesties of general scope in the context of the so-called transitional justice.*

KEY WORDS: *Amnesties, transitional justice, international crimes, grave violations of human rights.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL PROTOCOLO ADICIONAL II DE 1977 A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949.- III. LAS NORMAS CONSUECUDINARIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.- 1. La obligación de investigar y procesar a los presuntos responsables de crímenes internacionales o de violaciones graves de los derechos humanos.- 2. La recomendación de conceder una amnistía amplia al cese de las hostilidades en un conflicto armado no internacional, salvo a las personas que hayan cometido crímenes internacionales o violaciones graves de los derechos humanos.- A) La recomendación de conceder amnistías.- B) La prohibición de conceder amnistías a las personas que hayan cometido crímenes internacionales o violaciones graves de los derechos humanos.- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Pese a que el origen de la concesión de amnistías se remota a la civilización griega, en los últimos dos siglos su uso se ha incrementado notablemente con unos peculiares objetivos políticos. Con el objetivo de adelantar el final de un conflicto armado interno o guerra civil que se ha prolongado durante años, junto o alternativamente a la intención de consolidar la paz al término del conflicto, la concesión de amnistías a los autores de graves violaciones de los derechos humanos y de las normas del Derecho internacional humanitario se ha convertido en uno de los mecanismos más recurrente de la denominada justicia transicional.

Con la creación de tribunales internacionales penales y el consiguiente desarrollo del Derecho internacional penal, en la década de los años noventa del siglo pasado comenzó a criticarse seriamente, con argumentos jurídicos, éticos y políticos, el uso de las amnistías para lograr la impunidad de los autores de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. Existen, incluso, importantes estudios que demuestran que el uso y la eficacia de las amnistías en los conflictos armados internos sucedidos en todo el mundo desde 1970 no han tenido ningún impacto demostrable en la consecución de la paz y de la seguridad, añadiendo que lo más que se ha conseguido con la concesión de amnistías es la desmovilización de algunos combatientes individuales y, muy excepcionalmente, de todo un grupo armado¹.

1 REITER, A. G.: "Examining the Use of Amnesties and Pardons as a Response to Internal Armed Conflict", *Israel Law Review*, 2014, vol. 47, núm. 1, pp. 133-147.

• Valentín Bou Franch

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, así como Catedrático Jean Monnet en la Universidad de Valencia (España). Autor de múltiples publicaciones e investigador principal en un número importante de Proyectos I+D+i de la Unión Europea, del Gobierno español y de la Generalidad Valenciana. Sus principales líneas de investigación abarcan: el régimen jurídico de la Antártida y del Océano Austral, Derecho Internacional del Mar; Derecho Internacional del Medio Ambiente, Procedimientos de solución de las controversias internacionales, Protección internacional del patrimonio cultural, Derecho de la Unión Europea, Derecho Internacional Penal y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Bouv@uv.es

Muchos Estados, cuando terminan un conflicto armado de carácter no internacional e inician una transición hacia la paz, se enfrentan a pocas opciones a la hora de exigir responsabilidades penales individuales por la comisión de atrocidades en el pasado inmediato. Algunos Estados, como Mozambique, optaron por conceder una amnistía incondicional. Otros Estados, como Sudáfrica, crearon una Comisión de la reconciliación y de la verdad, al mismo tiempo que concedieron una amnistía limitada; mientras que otros Estados, como Ruanda, juzgaron a los principales responsables del genocidio, de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad.

El presente estudio persigue, partiendo del análisis del Derecho internacional y de la jurisprudencia de los tribunales penales, internacionales y nacionales, analizar la validez y el alcance de la concesión de amnistías en nombre de la denominada justicia transicional, es decir, de determinar si al final de un conflicto armado de naturaleza no internacional se puede otorgar amnistías de conformidad con el Derecho internacional contemporáneo y, en caso de respuesta afirmativa, el alcance que deben tener estas amnistías.

II. EL PROTOCOLO ADICIONAL II DE 1977 A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949.

El marco jurídico internacional a este respecto está representado por el Protocolo Adicional II de 1977 a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, así como por las normas consuetudinarias del Derecho internacional humanitario.

El art. 6.5 del Protocolo Adicional II de 1977 a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional², tiene el siguiente tenor literal: “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

Una interpretación literal de esta norma fácilmente lleva a la conclusión de que esta disposición ni permite, ni mucho menos obliga, a la concesión de amnistías de alcance total, denominadas en ocasiones como amnistías generales, al término de las hostilidades armadas. Queda muy claro que la expresión “procurarán conceder” es distinto de “concederán”, al igual que “la amnistía más amplia posible” es una expresión distinta de la “amnistía total” o “amnistía general”. Esta disposición está redactada pensando que deben existir algunos límites a la concesión de amnistías,

2 Publicado en el BOE núm. 177, de 26 de julio de 1989, pp. 23.859 y ss. Su texto está igualmente disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ProtocollI.aspx>.

es decir, que no todos los comportamientos realizados durante un conflicto armado de carácter interno son susceptibles de ser perdonados o amnistiados.

Esta interpretación está corroborada por el propio Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). En sus Comentarios a esta disposición, el CICR señaló que: “el objeto de este apartado es alentar un gesto de reconciliación que contribuya a restablecer el curso normal de la vida en un pueblo que ha estado dividido”³. La expresión “alentar un gesto de reconciliación” es distinta de tener que dar obligatoriamente una amnistía a los principales responsables de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario al final de un conflicto armado no internacional.

III. LAS NORMAS CONSUETUDINARIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

Existe un sector doctrinal importante que considera que las amnistías “totales” o “generales” están prohibidas en el Derecho internacional contemporáneo, ya sea en virtud de normas consuetudinarias internacionales, ya sea por el carácter de *ius cogens* de las normas que establecen los crímenes internacionales⁴. No obstante, me parece conveniente destacar el gran papel que ha desempeñado el CICR a la hora de pronunciarse sistemáticamente y con gran precisión sobre la concesión de amnistías cuando ha analizado las normas consuetudinarias del Derecho internacional humanitario. Este problema el CICR lo ha tratado principalmente al examinar dos normas consuetudinarias que forman parte del Derecho internacional humanitario y que analizo en los siguientes epígrafes.

3 SANDOZ, Y.; SWINARSKI, C.; ZIMMERMANN, B., (Coords.): *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, CICR, Ginebra, 1998, Comentario 4618, disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm>.

4 Por ejemplo, WERLE, G.: *Principles of International Criminal Law*, 2ª ed., TMC Asser Press, 2009, p. 77, afirma que: “general amnesties for crimes under international law are impermissible under customary international law”. Para VAN DER WYNGAERT, C.; ONGENA, T.: “Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty”, en: A. CASSESE; P. GAETA; J.R.V.D. JONES (eds): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 727: “there is a customary international law prohibition against amnesty for crimes that come under the jurisdiction of the court, making such amnesties null and void and not binding upon the ICC”. DAL MASO JARDIM, T., “Les amnisties”, en: H. ASCENCIO; E. DECAUX; A. PELLET (eds): *Droit International Pénal*, 2ª ed., Pedone, Paris, 2012, p. 572, sostiene que: “si la répression des certain crimes internationaux est une norme impérative et qu’elle est à la nature d’une obligation erga omnes, cette règle est valable pour la Sierra Leone et, dès lors, sa loi d’amnistie devrait égalant être annulée quant à ces crimes”. RELVA, H. A.: “Three Propositions for a Future Convention on Crimes Against Humanity”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 16, 2018, pp. 857-875, p. 860, considera que: “International law has evolved over the last decades – in particular since the establishment of the ad hoc tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda in the early 1990s, and later the adoption of the ICC Statute – to consider amnesties for crimes against humanity, as well as for genocide and war crimes, not to be compatible with International Law”; etc.

I. La obligación de investigar y procesar a los presuntos responsables de crímenes internacionales o de violaciones graves de los derechos humanos.

El CICR realizó una primera mención a las amnistías en el Comentario de la norma consuetudinaria, identificada con el número 158, que afirma lo siguiente: “Norma 158. Los Estados deberán investigar los crímenes de guerra posiblemente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados. Deberán asimismo investigar otros crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados”⁵.

Al comentar esta norma consuetudinaria, el CICR recordó que los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 exigen a los Estados que busquen a las personas que presuntamente hayan cometido, u ordenado cometer, infracciones graves y que, a los presuntos responsables, los procesen o extraditen⁶. La obligación de investigar y procesar a las personas que presuntamente hayan cometido crímenes conforme al Derecho internacional figura igualmente en varios tratados internacionales que se aplican a los actos cometidos tanto en los conflictos armados internacionales, como en los no internacionales⁷.

La norma consuetudinaria que establece que los Estados deben investigar los crímenes de guerra y procesar a los presuntos culpables se expresa en numerosos manuales militares con respecto a las infracciones graves de los Convenios de

5 HENCKAERTS, J. M.; DOSWALD-BECK, L. (dirs.): *El Derecho Internacional humanitario consuetudinario, vol. I: Normas*, CICR, Ginebra, 2007, p. 687, disponible también en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/publication/pcustom.htm>.

6 Art. 49 del I Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Ginebra, 12 de agosto de 1949), publicado en el BOE núm. 236, de 23 de agosto de 1952, p. 3822 y ss.; art. 50 del II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Ginebra, 12 de agosto de 1949), publicado en el BOE de 23 de agosto de 1953; art. 129 del III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), publicado en el BOE núm. 249, de 5 de septiembre de 1952, p. 4045 y ss.; y art. 146 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), publicado en el BOE núm. 246, de 2 de septiembre de 1952.

7 Por ejemplo, en el art. VI de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948), publicada en el BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1969, pp. 1944-1945; el art. 28 de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (La Haya, 14 de mayo de 1954), publicada en el BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1960, pp. 16189-16194; el art. 7 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), publicada en el BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1987, pp. 33430-33436; el art. 7, párr. 1 de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (París, 13 de enero de 1993), publicada en el BOE núm. 300, de 13 de diciembre de 1996, pp. 37090-37150; el art. 14 del Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos según fue enmendado en Ginebra el 3 de mayo de 1996 a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (1980), publicado en el BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1998, pp. 36555-36564; el art. 9 de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (Oslo, 18 de septiembre de 1997), publicada en el BOE núm. 62, de 13 de marzo de 1999, pp. 10227-10234; y los arts. 15 a 17 del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (La Haya, 26 de marzo de 1999), publicado en el BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2004, pp. 13410-13417; etc.

Ginebra y sus Protocolos Adicionales, pero también de manera más amplia con respecto a los crímenes de guerra en general⁸. La mayoría de los Estados cumplen en la práctica la obligación de investigar los crímenes de guerra y de procesar a los presuntos responsables, estableciendo para ello la jurisdicción universal para esta clase de crímenes en su legislación nacional. De hecho, en la práctica se han llevado a cabo un elevado número de investigaciones y juicios a nivel nacional de presuntos criminales de guerra⁹. Sin embargo, el CICR reconoció que no es posible determinar si esta práctica ha surgido en cumplimiento de una obligación o meramente de un derecho. Pese a ello, el CICR afirmó que la obligación de investigar y procesar a los presuntos autores de crímenes internacionales figura explícitamente en otros ejemplos de práctica estatal, como son los acuerdos internacionales y las declaraciones oficiales, calificadas como actos unilaterales¹⁰.

La creación, desde la última década del siglo pasado, de diversos tribunales penales, internacionales o internacionalizados, ha contribuido a la consolidación de esta norma consuetudinaria internacional. Los Estados pueden también respetar su obligación de investigar la comisión de crímenes internacionales y, en su caso, enjuiciar a los presuntos responsables mediante la creación de tribunales penales internacionales o internacionalizados. El Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (ONU) estableció los Tribunales Internacionales Penales para la ex Yugoslavia (TIPY) y Ruanda (TIPR). El Tribunal Especial para Sierra Leona

- 8 Además de los que hacen referencia al régimen de infracciones graves, véanse los manuales militares de Alemania, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Burundi, Camerún, Canadá, Chad, Colombia, Costa de Marfil, Yibuti, Ecuador, España (en concreto, véase ESTADO MAYOR DEL EJÉRCITO, DIVISIÓN DE OPERACIONES, *Orientaciones. El Derecho de los Conflictos Armados*, Publicación OR7-004, 2 vols., 18 de marzo de 1996, vol. I, párrs. 11.8.b. [1], 1.1.d. [6] y 11.8.b.[2]), Estados Unidos, Federación Rusa, Filipinas, Francia, Israel, Italia, México, Nepal, Nueva Zelanda, Nigeria, Países Bajos, Perú, Reino Unido, República de Corea, República Dominicana, Sierra Leona, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Uganda, Ucrania y Yugoslavia. Las disposiciones relevantes de estos manuales pueden consultarse en inglés en la base de datos del CICR, en la siguiente dirección de Internet: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule158.
- 9 A título de ejemplo, véase la práctica judicial de Alemania (STS de Bavaria de 23 mayo 1997, asunto *Djajic*; STS Regional de Düsseldorf de 26 septiembre 1997, asunto *Jorgic*; Sentencia del Tribunal Federal de Justicia de 30 abril 1999 en este mismo asunto; Sentencia del Tribunal Regional de Aachen de 23 marzo 2010 en el asunto *Boere*, párrs. 233-235; etc.); Canadá (por ejemplo, STS de 22 mayo 2009, asunto *Munyanza*, párrs. 8, 58-60 y 64-65); Chile (p. ej. STS de 9 septiembre 1998, asunto núm. 469-98, *Pedro Poblete Córdoba*, párr. 9); Colombia (STC, Pleno, de 20 enero 2003, asunto *C-004/03*, pár. 27); España (STS de 9 junio 2009, asunto *Gaza*, FJ 3º; STS de 13 julio 2010, asunto *Couso* FJ 1º y 2º); Estados Unidos (STS de 31 julio 1942, asunto *Quirin*; STS de 4 diciembre 1947, asunto *Yamashita*); Israel (p. ej. STS de 14 diciembre 2006, asunto *Comité Público contra la tortura en Israel*, párr. 23); etc. Las disposiciones relevantes de estas sentencias también pueden consultarse en inglés en la base de datos del CICR, en la siguiente dirección de Internet: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule158.
- 10 Entre otros, véase el art. II del Memorandum de entendimiento sobre la aplicación del Derecho internacional humanitario entre Croacia y la República Federal Socialista de Yugoslavia (Ginebra, 27 de noviembre de 1991); el art. 5 del Acuerdo sobre la aplicación del Derecho internacional humanitario entre las Partes en el conflicto en Bosnia y Herzegovina (Ginebra, 22 de mayo de 1992); el art. III del Acuerdo global sobre derechos humanos entre el Gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (México, D. F., 29 de marzo de 1994); el Acuerdo entre las Fuerzas Políticas de Costa de Marfil (Linas-Marcoussis, 24 de enero de 2003); la declaración del Ministro de asuntos exteriores de Australia de 16 de noviembre de 2009; la declaración del Primer Ministro de Bangladesh de 25 de septiembre de 2010; la declaración del Primer Ministro de Bélgica de 25 de septiembre de 2007; la declaración del Presidente de la República Democrática del Congo de 8 de diciembre de 2010; la declaración del Presidente de la República Francesa de 4 de mayo de 2009; etc. Su texto puede consultarse en *ibid.*

(TESL) y las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática se establecieron mediante la celebración de un tratado internacional entre la ONU y Sierra Leona y Camboya, respectivamente. La Corte Penal Internacional (CPI) es el primer tribunal internacional de carácter penal que se estableció mediante la celebración de un tratado internacional, el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998¹¹, que tiene jurisdicción para juzgar todos los crímenes internacionales, sin estar vinculado a una situación concreta de conflicto. Todos estos tribunales penales, internacionales o internacionalizados, han demostrado ya, o lo siguen haciendo, que son medidas jurídicas apropiadas para luchar contra la impunidad de los máximos responsables de cometer crímenes internacionales, allí donde la jurisdicción nacional no ha sido capaz de llegar¹².

Existe de hecho jurisprudencia internacional que respalda la idea de que los crímenes internacionales no pueden ser objeto de amnistía. El primer pronunciamiento a este respecto lo realizó la Sentencia del TIPY en el asunto *Furundzija*, en 1998, con respecto a la tortura considerada tanto crimen de guerra como crimen contra la humanidad. En esta ocasión, el TIPY afirmó que la prohibición de la tortura tiene el carácter de norma imperativa del Derecho internacional (*ius cogens*)¹³ y, al extraer las consecuencias de esta afirmación, dejó muy claro que una eventual ley nacional que amnistiase actos de tortura, además de ser nula de pleno derecho, no podría nunca tener como efecto el de impedir la investigación y el enjuiciamiento, en su caso, de los responsables de este crimen internacional. De hecho, los efectos de que una norma nacional de amnistía contradiga una norma internacional de *ius cogens* son los siguientes: “(..) Si tal situación llegase a ocurrir, las medidas nacionales, en violación del principio general y de toda disposición convencional relevante, produciría los efectos jurídicos mencionados anteriormente y, además, no se le concedería reconocimiento jurídico internacional. Se podrían iniciar procedimientos judiciales por las víctimas potenciales si ellas tuvieran *locus standi* ante un órgano judicial nacional o internacional competente para pedirle que declare que la medida nacional es ilegal internacionalmente; o la víctima podría plantear una reclamación civil por daños ante un tribunal extranjero, al que por lo tanto se le pediría *inter alia* que ignorase el valor jurídico del acto nacional que la autorizó. Más importante aún es que los autores de la tortura que actuasen por cuenta de o beneficiándose de esas medidas nacionales pueden sin embargo ser declarados responsables penales de tortura, ya sea en un Estado extranjero

11 Publicado en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002, pp. 18824-18860.

12 De la abundante bibliografía que existe sobre estos tribunales, véanse BOU FRANCH, V. (dir.): *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 588; CASTILLO DAUDÍ, M.; SALINAS ALCEGA, S.: *Responsabilidad penal del individuo ante los tribunales internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 238; etc.

13 Sentencia de la Sala de Primera Instancia del TIPY, de 10 diciembre 1998, asunto *El Fiscal c. Anto Furundzija*, pár. 154. Su texto está disponible en la dirección de Internet: <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>.

o en su propio Estado bajo un régimen posterior. Expuesto más brevemente, a pesar de una eventual autorización nacional de un órgano legislativo o judicial en violación del principio que prohíbe la tortura, los individuos siguen obligados a cumplir ese principio. Como el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg señaló: «los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado del individuo».

Además, en el nivel individual, es decir, el de la responsabilidad penal, parece que una de las consecuencias del carácter de *ius cogens* que la comunidad internacional ha conferido a la prohibición de la tortura es que cualquier Estado está legitimado para investigar, perseguir y castigar o extraditar a los individuos acusados de tortura, que estén presentes en un territorio bajo su jurisdicción (...)"¹⁴.

Lo que el TIPY teorizó en los anteriores *obiter dicta*, fue aplicado por primera vez en la práctica por el TESL. El conflicto en Sierra Leona revistió algunos caracteres especiales. La guerra civil se inició en Sierra Leona el 23 de enero de 1992, cuando el Frente Revolucionario Unido (FRU), al mando del cabo *Foday Saybana Sankoh*, entró en Sierra Leona desde Liberia intentando derrocar al Gobierno militar. Tras años de hostilidades armadas, el 30 de noviembre de 1996 se adoptó el Acuerdo de paz de Abiyán entre el Gobierno de Sierra Leona y el FRU, cuyo art. 14 preveía una amnistía total para todos los miembros del FRU "a fin de consolidar la paz y promover la causa de la reconciliación nacional"¹⁵. Este Acuerdo fracasó inmediatamente, reanudándose las hostilidades armadas a gran escala. La situación empeoró a partir del 25 de mayo de 1997, cuando el Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas (CRFA) llevó a cabo un golpe de estado contra el Gobierno democrático elegido en 1996, aumentando de forma espectacular la comisión de crímenes internacionales (crímenes de violación, esclavitud sexual, niños soldados, ejecuciones sumarias, mutilación...). Situación que empeoró todavía más cuando, a partir de principios de enero de 1999, el FRU y el CRFA realizaron operaciones militares conjuntas para conquistar la capital (Freetown). Por segunda vez, el 7 de enero de 1999, se celebró un Acuerdo de paz de Lomé entre el Gobierno de Sierra Leona y el FRU, cuyo art. 9 estableció un indulto y amnistía totales para todos los miembros del FRU, CRFA y las Fuerzas de Defensa Civil (FDC), "a fin de lograr una paz duradera en el país"¹⁶. Pocos meses después, los recién amnistiados reanudaron las hostilidades militares, las hostilidades contra civiles y

14 *Ibid.*, párrs. 155 y 156.

15 Véase NU. Doc. S/1996/1034, de 11 de diciembre de 1996: *Carta de fecha 11 de diciembre de 1996 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Sierra Leona ante las Naciones Unidas*, en cuyo adjunto se reproduce el texto del Acuerdo de paz de Abiyán. Documento disponible en: https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SL_961130_PeaceAgreementSierraLeone-RUFSL%28esp%29.pdf.

16 NU. Doc. S/1999/777, de 12 de julio de 1999: *Carta de fecha 12 de julio de 1999 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Encargado de Negocios Interino de la Misión Permanente del Togo ante las Naciones Unidas*, en cuyo anexo se reproduce el Acuerdo de paz de Lomé.

llegaron incluso a secuestrar a más de 500 cascos azules de UNAMSIL. Fue en este contexto cuando, el 20 de septiembre de 2000, la ONU y Sierra Leona acordaron aprobar el Estatuto del TESL, cuyo art. 10 dispuso que: “La amnistía concedida a una persona respecto de la cual el Tribunal Especial tenga competencia en relación con uno de los crímenes a que se hace referencia en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto [es decir, los crímenes internacionales] no constituirá un impedimento para el procesamiento”.

Durante los diversos juicios que se celebraron ante el TESL, muy pronto varios procesados recurrieron en apelación contra sus respectivos enjuiciamientos, alegando que ya habían sido amnistiados por el Acuerdo de paz de Lomé, impugnando de esta manera la jurisdicción del TESL para enjuiciarlos¹⁷. El TESL respondió de la siguiente forma: “Cualesquiera que sean los efectos que la amnistía concedida en Lomé pueda tener sobre el enjuiciamiento de crímenes como los contenidos en los arts. 2 a 4 [del Estatuto del TESL, es decir, los crímenes internacionales] en los tribunales nacionales de Sierra Leona, esa amnistía no es capaz de remover la jurisdicción universal para juzgar a personas por esos crímenes que otros Estados tengan debido a la naturaleza de tales crímenes. Tampoco es capaz de privar de jurisdicción a un tribunal internacional, como lo es el TESL”¹⁸.

- 17 En el asunto del Fiscal contra el FRU, en el caso de *Morris Kallon* (finalmente condenado a 40 años de prisión), la Sala de Primera Instancia, mediante sus Órdenes de 29 septiembre (disponible en: <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/RUF/089/SCSL-03-07-PT-089.pdf>) y de 30 septiembre 2003 (disponible en: <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/RUF/07-090/SCSL-03-07-PT-050.pdf>), autorizó la presentación del recurso ante la Sala de Apelaciones sobre la validez de la amnistía concedida por el Acuerdo de Paz de Lomé. En el asunto del Fiscal contra el CRFA, la misma situación se reprodujo en dos casos. En el caso *Brima Bazzy Kamara* (condenado finalmente a 50 años de cárcel, aunque falleció de muerte natural tras 13 años de prisión), la presentación de un recurso prácticamente idéntico fue autorizada mediante la Orden de 9 octubre 2003 (disponible en: <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/AFRC/10-036/SCSL-03-10-PT-030.pdf>), de la Sala de Primera Instancia. Posteriormente, en el caso *Santigie Borbor Kanu* (condenado finalmente a 50 años de prisión) una Orden de 22 enero 2004 de la Sala de Primera Instancia (disponible en: <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/AFRC/13-040/SCSL-03-13-PT-040.pdf>) también autorizó la presentación del correspondiente recurso ante la Sala de Apelaciones. El último recurso de este tipo se presentó, dentro del asunto del Fiscal contra la FDC, en el caso *Allieu Kondewa* (condenado finalmente a 20 años de prisión). En esta ocasión la Sala de Primera Instancia, mediante Orden de 8 diciembre 2003 (disponible en: <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/CDF/12-053/SCSL-03-12-PT-053.pdf>), también autorizó la presentación del correspondiente recurso ante la Sala de Apelaciones sobre la validez de la amnistía del Acuerdo de Paz de Lomé.
- 18 TESL, Decisión (acumulada) de la Sala de Apelaciones de 13 marzo 2004, párr. 88. Debe tenerse en cuenta que la Sala de Apelaciones del TESL contestó los recursos presentados en los casos *Morris Kallon* y *Brima Bazzy Kamara* mediante su Decisión (acumulada) de 13 marzo 2004 sobre la validez de la amnistía del Acuerdo de paz de Lomé de 1999 (disponible en: <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/AFRC/Appeal/033/SCSL-04-16-PT-033.pdf>). Los recursos presentados en los casos *Santigie Borbor Kanu* y *Allieu Kondewa* fueron desestimados por sendas Decisiones de la Sala de Apelaciones del TESL, de 25 mayo 2004 (disponibles, respectivamente, en: <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/AFRC/Appeal/088/SCSL-04-16-PT-088.pdf> y <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/CDF/Appeal/128/SCSL-04-14-T-128.pdf>) Estas dos Decisiones rechazaron los dos recursos citados por los motivos ya expuestos en su Decisión (acumulada) de 1 marzo 2004, a la que la Sala de Apelaciones se remitió en su totalidad. Véase también WILLIAMS, S.: “Amnesties in International Law: The Experience of the Special Court for Sierra Leone”, *Human Rights Law Review*, 2005, vol. 5, núm. 2, pp. 271-309. Cabe resaltar que, en su Decisión (acumulada), párr. 70, el TESL también tuvo en cuenta la afirmación de la Corte Internacional de Justicia, principal órgano judicial de la ONU, acerca de que determinados tribunales internacionales tienen jurisdicción sobre los crímenes establecidos en el Derecho internacional. ICJ Reports, 14 February 2002: *Case concerning Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium)*, párr. 61.

También en el preámbulo del Estatuto de la CPI se subraya que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”. El art. 1 afirma que la CPI tiene “carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”. Es más, en su art. 17.1.a) especifica que la jurisdicción de la CPI es subsidiaria respecto de las jurisdicciones penales nacionales, toda vez que la CPI deberá decidir la inadmisibilidad de un asunto, cuando ese “asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”. Desde luego, el Estatuto de la CPI no contempla como causa de inadmisibilidad de un asunto la concesión de una amnistía nacional por crímenes que sean de su competencia. Por el contrario, conforme al art. 17.2.a), la CPI deberá declarar la admisibilidad de un asunto cuando “la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”¹⁹.

Cabe recordar que, tras abrir la situación en Uganda en julio de 2004, el 13 de octubre de 2005 la Sala II de Cuestiones Preliminares de la CPI hizo públicas las Órdenes de detención contra cinco altos mandos (*Joseph Kony, Vincent Otti, Raska Lukwiya, Okot Odhiambo y Dominic Ongwen*) del “Ejército de Resistencia del Señor” (*Lord’s Resistance Army, LRA*)²⁰. Cuando estas Órdenes de detención estaban todavía pendientes de ejecutarse, el Gobierno de Uganda inició negociaciones con los rebeldes del LRA. Como resultado, el Presidente de Uganda, *Yoweri Museveni*, desoyendo las Órdenes de detención de la CPI, anunció en julio de 2006 una amnistía “total” para los combatientes del LRA, con la condición de que los rebeldes renunciaran al terrorismo y aceptaran la paz. Tras ese ofrecimiento de amnistía, el Gobierno de Uganda y el LRA adoptaron un acuerdo de cese de las hostilidades, que entró en vigor el 29 de agosto de 2006²¹. La Sala II de Cuestiones Preliminares de la CPI, como no podía ser de otra forma, ignoró las amnistías concedidas y confirmó tanto la admisibilidad de este caso como las cinco Órdenes de detención emitidas previamente²². Todos los acusados permanecieron en

19 Véanse, entre otros: ARSANJANI, M.: “The International Criminal Court and National Amnesty Laws”, *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, 1999, vol. 93, pp. 65-68; STAHN, C.: “Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, vol. 3, pp. 695-720; etc.

20 Véase Doc. ICC-CPI-20051014-110: Press Release: 14 October 2005. *Warrant of Arrest unsealed against five LRA Commanders*.

21 Véanse SSENYONJO, M.: “Accountability of Non-State Actors in Uganda for War Crimes and Human Rights Violations: Between Amnesty and the International Criminal Court”, *Journal of Conflict and Security Law*, 2005, vol. 10, núm. 3, pp. 405-434; SSENYONJO, M.: “The International Criminal Court and the Lord’s Resistance Army leaders: Prosecution or amnesty?”, *International Criminal Law Review*, 2007, vol. 7, núm. 2-3, pp. 361-389; MALLINDER, L.: “Uganda at a Crossroads: Narrowing the Amnesty?”, en: INSTITUTE OF CRIMINOLOGY AND CRIMINAL JUSTICE, *Beyond Legalism: Amnesties, Transition and Conflict Transformation*, Queen’s University Belfast, March 1, 2009, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1531753>; etc.

22 Véase la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares confirmando la admisibilidad de este asunto, en Doc. ICC-02/04-01/05. Pre-Trial Chamber II (10 March 2009), *Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute*, 28 pp., disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_01678.

libertad durante una década hasta que, en enero de 2015, el sospechoso *Dominic Ongwen* se entregó voluntariamente a la CPI²³. El 23 de marzo de 2016, la Sala II de Cuestiones Preliminares confirmó las 70 acusaciones planteadas por el Fiscal contra *Dominic Ongwen*, en su condición de antiguo comandante de la Brigada *Sinia* del LRA y lo envió a juicio²⁴. Su juicio se inició ante la Sala IX de Primera Instancia de la CPI el día 6 de diciembre de 2016. Cabe señalar que la Sala II de Cuestiones Preliminares sólo decretó el final de las actuaciones procesales contra *Raska Lukwiya* y *Okot Odhiambo*, el 11 de julio de 2007 y el 10 de septiembre de 2015 respectivamente, tras recibir la confirmación forense de sus fallecimientos²⁵. Otros dos altos cargos del LRA, *Joseph Kony* y *Vincent Otti*, aún permanecen en libertad. La CPI, por lo tanto, también está enviando un mensaje claro acerca de que la promulgación o concesión de amnistías nacionales respecto de crímenes de su competencia no afectan el ejercicio de sus poderes de investigación y enjuiciamiento.

Además, el Consejo de Seguridad de la ONU ha reafirmado, en diversas ocasiones, las obligaciones tanto de investigar los crímenes de guerra, como de juzgar en su caso a los sospechosos en relación con los ataques al personal de mantenimiento de la paz y con los crímenes internacionales cometidos en los conflictos armados no internacionales de Afganistán, Bosnia y Herzegovina, Burundi, Croacia, Kosovo, República Democrática del Congo, Ruanda, etc.²⁶. En 1946, durante su primer período de sesiones, la Asamblea General recomendó que todos los Estados, incluidos los que no eran miembros de la ONU, detuviesen a los presuntos responsables de cometer u ordenar la comisión de crímenes de guerra en la II Guerra Mundial y los enviasen a los países donde habían cometido

PDF. Véase igualmente su confirmación por la Sala de Apelaciones en el Doc. ICC-02/04-01/05 OA 3 (16 de septiembre de 2009): *Traducción al español de Sentencia relativa a la apelación de la Defensa contra la decisión de 10 de marzo de 2009 relativa a la admisibilidad del caso con arreglo al párrafo 1 del artículo 19 del Estatuto*, disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_06388.PDF.

- 23 Doc. ICC-02/04-01/05-419 (22 January 2015): *Report of the Registry on the voluntary surrender of Dominic Ongwen and his transfer to the Court*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/04-01/05-419>.
- 24 Doc. ICC-02/04-01/15-422-Red. Pre-Trial Chamber II (23 March 2016): *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/04-01/15-422-Red>.
- 25 Doc. ICC-02/04-01/05-248. Pre-Trial Chamber II (11 July 2007): *Decision to terminate the proceedings against Raska Lukwiya*; y Doc. ICC-02/04-01/05-431. Pre-Trial Chamber II (10 September 2015): *Decision terminating proceedings against Okot Odhiambo*. Disponibles ambos en <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/04-01/05-248> y en <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/04-01/05-431&ln=en>, respectivamente.
- 26 Consejo de Seguridad, resoluciones núms. 978 (1995), de 27 de febrero, *Sobre el arresto y detención a las personas que han cometido actos comprendidos en la jurisdicción del Tribunal Internacional para Ruanda*, preámbulo y párrs. 1 y 5; 1193 (1998), de 28 de agosto, *La situación en Afganistán*, párr. 6; 1199 (1998), de 28 de agosto, *La situación humanitaria en todo Kosovo*, párr. 14; 1460 (2003), de 30 de enero, *Los niños y los conflictos armados*, preámbulo; etc. Declaraciones del Presidente del Consejo de Seguridad núms. 1994/21, de 30 de abril, *Ruanda*, p. 1; 1994/59, de 14 de octubre, *Ruanda*, pp. 2-3; 1994/ 82, de 22 de diciembre, *Burundi*, p. 1; 1995/43, de 7 de septiembre, *Bosnia y Herzegovina*, p. 1; 1995/44, de 7 de septiembre, *Croacia*, p. 2; 1997/24, de 30 de abril, *Situación en la región de los Grandes Lagos*, p. 2; etc. El texto de todas las resoluciones del Consejo de Seguridad puede consultarse en: <https://www.un.org/securitycouncil/es/content/documents>.

los crímenes para que fueran juzgados²⁷. Desde entonces, la Asamblea General ha reiterado, en varias ocasiones, la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para asegurarse de que se investiguen los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y, en su caso, se castigue a los responsables²⁸. Por lo que respecta a los casos de violencia sexual en las situaciones de conflicto armado, la Asamblea General también ha aprobado varias resoluciones por consenso en las que pide a los Estados que fortalezcan los mecanismos para investigar y castigar a los responsables de violencia sexual y someterlos a la justicia²⁹.

También la Comisión de Derechos Humanos de la ONU aprobó varias resoluciones, la mayoría por consenso, en las que solicitó que se investigase y enjuiciase a los sospechosos de haber cometido violaciones del Derecho internacional humanitario en el contexto de los conflictos armados de Burundi, Camboya, Chechenia, Liberia, Myanmar, República Democrática del Congo, Ruanda, Sierra Leona, Somalia, Sudán, la antigua República de Yugoslavia y los territorios árabes ocupados, incluida Palestina, entre otros³⁰. En una resolución sobre la impunidad, aprobada por consenso en 2002, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU también reconoció que debería juzgarse o extraditarse a los sospechosos de crímenes de guerra y de violaciones graves de los derechos

- 27 Asamblea General, Resolución 3 (I), de 13 de febrero de 1946, *Extradición y castigo de criminales de guerra*. El texto de todas las resoluciones de la Asamblea General puede consultarse en: <http://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/73>.
- 28 Asamblea General, resoluciones núms. 2583 (XXIV), de 15 de diciembre de 1969, *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad*, párr. 1; 2712 (XXV), de 15 de diciembre de 1970, *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad*, párrs. 2 y 5; 2840 (XXVI), de 18 de diciembre de 1971, *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad*, párr. 1; 3074 (XXVIII), de 3 de diciembre de 1973, *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad*, párr. 1; 49/50, de 9 de diciembre de 1994, *Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho internacional*, párr. 11; etc.
- 29 *Ibid.*, resoluciones núms. 50/192, de 22 de diciembre de 1995, *Agresión y violación de mujeres en las zonas de conflicto armado de la ex Yugoslavia*; 51/77, de 12 de diciembre de 1996, *Los derechos del niño*; 52/107, de 12 de diciembre de 1997, *Los derechos del niño*; 58/27 B, de 5 de diciembre de 2003, *Asistencia internacional de emergencia para la paz, la normalidad y la reconstrucción del Afganistán asolado por la guerra; la situación en el Afganistán y sus consecuencias para la paz y la seguridad internacionales*, párr. 15; 58/123, de 17 de diciembre de 2003, *Asistencia especial para la recuperación económica y la reconstrucción de la República Democrática del Congo*, párr. 6; etc.
- 30 Véanse, entre otras, las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU núms. 1994/77, de 9 de marzo, *Violación y abuso de mujeres en el territorio de la antigua Yugoslavia*, párr. 6; 1994/85, de 9 de marzo, *Situación de los derechos humanos en Myanmar*, párr. 8; 1995/77, de 8 de marzo, *Situación de los derechos humanos en Sudán*, párr. 17; 1995/91, de 8 de marzo, *Situación de los derechos humanos en Ruanda*, preámbulo y párr. 6; Res. 1996/71, de 23 de abril, *Situación de los derechos humanos en la República de Bosnia y Herzegovina, el Estado de Bosnia y Herzegovina, la República de Croacia y la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro)*, párrs. 2 y 6; 1996/76, de 23 de abril, *Situación de los derechos humanos en Ruanda*, párrs. 4 y 6; 1999/11, de 23 de abril, *Situación de los derechos humanos en Sierra Leona*, párr. 2; 1999/10, de 22 de abril, *Situación de los derechos humanos en Burundi*, párr. 8; 2000/58, de 25 de abril, *Situación en la República de Chechenia de la Federación Rusa*, párr. 4; 2003/6, de 15 de abril, *Cuestión de la violación de los derechos humanos en los territorios árabes ocupados, incluida Palestina*, párr. 8; 2003/78, de 25 de abril, *Asistencia a Somalia en materia de derechos humanos*, párr. 5; 2003/79, de 25 de abril, *Situación de los derechos humanos en Camboya*, párrs. 10 y 16; 2004/83, de 21 de abril, *Cooperación técnica y servicios de asesoramiento en Liberia*, párrs. 3 (e) y 5 (b); 2004/84, de 21 de abril, *Cooperación técnica y servicios de asesoramiento en la República Democrática del Congo*, párrs. 3 (e), 4 (c)-(d) y 5 (d); etc. El texto de todas las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos está disponible en: <http://ap.ohchr.org/documents/gmainec.aspx>.

humanos, para quienes no cabrían las amnistías³¹. En 2004, la Comisión de Derechos Humanos insistió en que “no se debe conceder la amnistía a quienes hayan cometido violaciones de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario que constituyan crímenes”, añadiendo que acogía “con satisfacción la supresión o la anulación de la amnistía y de otras clases de inmunidad o la renuncia a ellas”³². En 2005, la Comisión de Derechos Humanos profundizó en estas ideas, añadiendo que “reconoce también la conclusión del Secretario General de que los acuerdos de paz aprobados por la ONU nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra o de lesa humanidad o por infracciones graves de los derechos humanos”³³.

Una práctica similar también ha seguido el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, quien no ha dejado de afirmar la necesidad de investigar y enjuiciar a los presuntos responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario en el contexto de los conflictos armados de Camboya, Costa de Marfil, Darfur (Sudán), Líbano, Libia, Mali, Myanmar, República Centroafricana, República de Guinea, Siria, Somalia, Sudán del Sur, Territorio Palestino Ocupado, entre otros³⁴. En una Resolución de 2008, el Consejo de Derechos Humanos destacó la importancia de combatir la impunidad para impedir las violaciones graves de la normativa internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario cometidas contra la población civil en los

31 Resolución de la Comisión de Derechos Humanos, núm. 2002/79, de 25 de abril, *Impunidad*, párr. 1. En su párr. 2, la Comisión de Derechos Humanos afirmó que: “Subraya también la importancia de adoptar todas las medidas posibles y necesarias para que respondan ante la justicia los autores, incluidos los cómplices, de violaciones de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario; reconoce que no debería concederse la amnistía a quienes cometan violaciones del Derecho internacional humanitario y de la normativa de derechos humanos que constituyan delitos graves; e insta a los Estados a que actúen respetando las obligaciones que les corresponden conforme al Derecho internacional”. El párrafo transcrito fue repetido literalmente en la Resolución núm. 2003/72, de 25 de abril, *Impunidad*, párr. 2.

32 *Ibid.*, núm. 2004/72, de 21 de abril, *Impunidad*, párr. 3.

33 *Ibid.*, núm. 2005/81, de 21 de abril, *Impunidad*, párr. 3.

34 Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, núms. S-2/1, de 11 de agosto de 2006, *La grave situación de los derechos humanos en Líbano causada por las operaciones militares de Israel*, preámbulo; S-3/1, de 15 de noviembre de 2006, *Violaciones de los derechos humanos resultantes de las incursiones militares israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluidos la reciente incursión en la parte septentrional de Gaza y el ataque a Beit Hanún*, párr. 2; S-4/8, de 30 de marzo de 2007, *Situación de los derechos humanos en Darfur*, párr. 3; 6/33, de 14 de diciembre de 2007, *Seguimiento del informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar*, párr. 4; 6/35, de 14 de diciembre de 2007, *Grupo de Expertos del Consejo de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Darfur*, párr. 4; 9/15, de 24 de septiembre de 2008, *Servicios de asesoramiento y asistencia técnica para Camboya*, párr. 5 (c); 13/21, de 26 de marzo de 2010, *Fomento de la cooperación técnica y de los servicios consultivos en la República de Guinea*, párr. 5 (a); S-14/1, de 23 de diciembre de 2010, *Situación de los derechos humanos en Côte d'Ivoire en relación con la celebración de las elecciones presidenciales de 2010*, párr. 8; S-15/1, de 25 de febrero de 2011, *Situación de los derechos humanos en la Jamahiriya Árabe Libia*, párr. 7; S-16/1, de 29 de abril de 2011, *La situación actual de los derechos humanos en la República Árabe Siria en el contexto de los acontecimientos recientes*, párr. 4; 19/2, de 22 de marzo de 2012, *Promover la reconciliación y la responsabilidad en Sri Lanka*, párr. 2; 20/17, de 6 de julio de 2012, *Situación de los derechos humanos en la República de Mali*, párr. 2; 20/21, de 6 de julio de 2012, *Asistencia a Somalia en la esfera de los derechos humanos*, párrs. 6 y 11; S-20/1, de 20 de enero de 2014, *Situación de los derechos humanos en la República Centroafricana y asistencia técnica en la esfera de los derechos humanos*, párr. 1; S-26/1, de 14 de diciembre de 2016, *Situación de los derechos humanos en Sudán del Sur*, párrs. 1, 6, 7; etc. El texto de todas las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos está disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/Sessions.aspx>.

conflictos armados e instó, además, a los Estados a que enjuicien a los autores de tales crímenes de conformidad con sus obligaciones internacionales³⁵. Tras reiterar esta afirmación, en 2009 el Consejo de Derechos Humanos también tomó “nota con interés de la conclusión del Secretario General de que los acuerdos de paz respaldados por la ONU no pueden prometer jamás la amnistía por actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones graves de los derechos humanos” y, además, observó con satisfacción que un número cada vez mayor de Acuerdos de paz contienen disposiciones sobre los procesos de justicia de transición, como la búsqueda de la verdad, iniciativas de procesamiento, programas de reparación y reforma institucional, señalando expresamente que estos Acuerdos de paz “no prevén amnistías generales”³⁶.

En relación con los crímenes cometidos en los conflictos armados no internacionales, el CICR ha subrayado que es cierto que varios países han concedido amnistías por la comisión de crímenes de guerra. No obstante, indicó con acierto que, a menudo, los tribunales nacionales o regionales³⁷ han considerado ilegales esas amnistías y han sido criticadas por la comunidad internacional³⁸. El CICR también consideró que sí existe suficiente práctica, como he indicado en los párrafos precedentes, para establecer la obligación, en virtud del Derecho internacional consuetudinario, de investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos en conflictos armados no internacionales y juzgar a los sospechosos, si procede³⁹.

2. La recomendación de conceder una amnistía amplia al cese de las hostilidades en un conflicto armado no internacional, salvo a las personas que hayan cometido crímenes internacionales o violaciones graves de los derechos humanos.

La práctica de los Estados también establece esta regla como una norma consuetudinaria del Derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales. De hecho, el CICR la ha identificado como la norma

35 *Ibid.*, núm. 9/9, de 24 de septiembre de 2008, *Protección de los derechos humanos de la población civil en los conflictos armados*, párr. 4.

36 *Ibid.*, núm. 12/11, de 1 de octubre de 2009, *Derechos humanos y justicia de transición*, párrs. 7, 8 y 11.

37 Véase *infra*, el subepígrafe b), titulado “La prohibición de conceder amnistías a las personas que hayan cometido crímenes internacionales o violaciones graves de los derechos humanos”.

38 Véase la Resolución núm. 1315 (2000), de 14 de agosto, *La situación en Sierra Leona*, en la que el Consejo de Seguridad manifestó lo siguiente: “Reafirmando la importancia de cumplir el Derecho internacional humanitario, y reafirmando además que las personas que cometen o autorizan violaciones graves del Derecho internacional humanitario son responsables de tales violaciones a título personal y deben rendir cuentas al respecto, y que la comunidad internacional hará todo lo necesario por llevar a los responsables ante la justicia de conformidad con las normas internacionales de la justicia, la imparcialidad y el respeto de las garantías legales”. En la ya citada Resolución 2002/79, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también afirmó que: “Reconoce que los delitos como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la tortura son violaciones del Derecho internacional y que los Estados deben enjuiciar o extraditar a los culpables de esos crímenes, e insta a todos los Estados a que tomen medidas eficaces para cumplir su obligación de enjuiciar o extraditar a los culpables de esos crímenes”.

39 HENCKAERTS, J. M.; DOSWALD-BECK, L. (dirs.): *El Derecho*, cit., p. 689.

consuetudinaria del Derecho internacional humanitario número 159, y la ha formulado del siguiente modo: “Norma 159. Cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello”⁴⁰.

A) La recomendación de conceder amnistías.

La obligación de las autoridades en el poder de esforzarse por conceder la amnistía más amplia posible tras el cese de las hostilidades en un conflicto armado no internacional se establece en el Protocolo Adicional II⁴¹. Desde su aprobación, muchos Estados han proclamado o concedido amnistías a personas que han participado en los conflictos armados no internacionales mediante un tratado

40 *Ibid.*, p. 691.

41 Cabe destacar que el art. 6, párr. 5 del Protocolo Adicional II (1977) fue aprobado por consenso.

internacional específico⁴², mediante diversos instrumentos normativos nacionales⁴³ u otros actos unilaterales⁴⁴.

- 42 Véase, entre otros: el Acuerdo de Trípoli entre el Gobierno de la República de Filipinas y el Frente Moro de Liberación Nacional, de 23 de diciembre de 1976; la sección I (b) de los Acuerdos de Esquipulas II, de 7 de agosto de 1987; el art. 3 (I) del Acuerdo entre las Partes en el conflicto de Bosnia y Herzegovina, sobre la liberación y transferencia de prisioneros de 1 de octubre de 1992; el art. 19 del Acuerdo de Cotonú sobre Liberia, de 25 de julio de 1993; el art. 3 (c) del Acuerdo cuatripartito sobre el regreso voluntario de los refugiados de Georgia y las personas desplazadas, de 4 de abril de 1994; el art. VI del Acuerdo relativo a los refugiados y las personas desplazadas de 22 de noviembre de 1995, anexo a los Acuerdos de Dayton; los arts. 1, 2 y 6 de la Orden de proclamación de una amnistía general, anexa al Acuerdo de Paz de Sudán, de 21 de abril de 1997; el Acuerdo de Moscú sobre Tayikistán, de 23 de diciembre de 1996 y sus Protocolos complementarios; el art. IX del Acuerdo de paz entre el Gobierno de Sierra Leona y el RUF, de 7 de julio de 1999; el art. 2 (2) (c) del Protocolo II al Acuerdo de Arusha sobre paz y reconciliación en Burundi, de 28 de agosto de 2000; el art. 6 del Acuerdo global e inclusivo sobre la transición en la República Democrática del Congo, de 16 de diciembre de 2002: los párrs. 1 y 3i, así como el párr. VII.5 del Anexo al Acuerdo de Linas-Marcoussis entre las fuerzas políticas de Costa de Marfil, de 24 de enero de 2003; el preámbulo y el párr. VI.6.3 del Acuerdo político de Ouagadougou entre el Presidente de Costa de Marfil y las Nuevas fuerzas de Costa de Marfil, de 4 de marzo de 2007; etc. Muchos de estos textos están publicados en: HENCKAERTS, J. M.; DOSWALD-BECK, L.: (dirs.), *Customary International Humanitarian Law, vol. 2: Practice, Part I and II*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 4.411 p. No obstante, las disposiciones relevantes de todos ellos también pueden consultarse en inglés en la base de datos del CICR, en la siguiente dirección de Internet: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule159.
- 43 Véase, entre otros, los arts. 1 y 5 de la Ley de amnistía argentina, de 1973, así como los arts. 1 y 2 de la Ley que deroga la Ley de auto-amnistía de Argentina, de 1983; el art. 1 del Decreto-Ley sobre amnistía general de Chile, de 1978; el art. 2 de la Ley de amnistía de 1979 y el art. 2 de la Ley de amnistía (perdón general) de 1980, de Zimbabwé; los arts. 1 a 7 de la Ley de amnistía de Uruguay, de 1985; el art. 1 de la Ley de amnistía de Uruguay, de 1986; los arts. 1 y 3 de la Ley sobre amnistía para lograr la reconciliación nacional en El Salvador, de 1987; la Ley sobre el terrorismo de Perú, de 1987; el art. 1 del Decreto sobre amnistía de Colombia, de 1991; el art. 1 de la Ley de amnistía de Senegal, de 1991; el art. 1 de la Ordenanza sobre una amnistía general de Chad, de 1992; los arts. 1, 2 y 4 de la Ley de amnistía general para la consolidación de la paz de El Salvador, de 1993; el art. 49 (24) de la Constitución de Tayikistán, de 1994; el art. 1 de la Ley de la amnistía de Yibuti, de 1995; el art. 4 (c) de la Ley de promoción de la unidad nacional y de la reconciliación de Sudáfrica, de 1995; el art. 1 de la Ley de amnistía enmendada de la Federación de Bosnia y Herzegovina, de 1996; los arts. 1 y 3 de la Ley de amnistía general de Croacia, de 1996; el art. 1 de la Ley sobre la amnistía general de Yibuti, de 1996; los arts. 2 y 4 de la Ley de reconciliación nacional de Guatemala, de 1996; la Ley de amnistía para los oficiales retirados de las Fuerzas Armadas de 1996 y la Ley de amnistía para el personal civil y militar de 1996, ambas de Perú; el art. 31 de la Ley sobre el procesamiento del crimen de genocidio y de los crímenes contra la humanidad de Ruanda, de 1996; los arts. 1 a 4 de la Ley rusa de amnistía para los actos cometidos en el contexto del conflicto en Chechenia, de 1997; el art. 4 (I) (3) de la Ley del Instituto del recuerdo nacional de Polonia, de 1998; los arts. 1, 6 y 8 (b) y (c) de la Ley de amnistía general de Tayikistán, de 1998; el art. 3 de la Ley de reconciliación nacional de Argelia, de 1999; el art. 1 de la Ley de amnistía de la Federación de Bosnia y Herzegovina, de 1999; el preámbulo y los arts. 1 a 3 de la Resolución sobre la amnistía a los soldados de la oposición, adoptada por el Parlamento de Tayikistán en 1999; el art. 1 de la Ley de amnistía de Yibuti, de 2000; el art. 3 de la Ley de amnistía de Uganda, de 2000; los arts. 1 y 2 de la Ley de amnistía general de Venezuela, de 2000; los arts. 1 y 2 del Proyecto de ley sobre inmunidad provisional para los dirigentes políticos de Burundi, de 2001; el preámbulo de la Orden ejecutiva núm. 335 de Filipinas, de 2001; los arts. 1 a 6 y 9 de la Ley de amnistía de Costa de Marfil, de 2003; el art. 199 de la Constitución de transición de la República Democrática del Congo, de 2003; el art. 1 del Decreto-Ley sobre amnistía de la República Democrática del Congo, de 2003; el Preámbulo y la sección 26 de la Ley para establecer la Comisión de la reconciliación y la verdad de Liberia, de 2005; los arts. 1 a 5, 8 y 11 a 12 de la Ordenanza sobre la amnistía de Costa de Marfil, de 2007; los arts. 1 y 2 de la Ley especial de amnistía de Venezuela, de 2007; los arts. 1 a 4 de la Ley de amnistía nacional de Afganistán, de 2008; los arts. 5 a 7 y 10 de la Ley de amnistía de la República Centroafricana, de 2008; el art. 1 de la Ordenanza por la que se concede una amnistía a los firmantes de los Acuerdos de paz del Chad, de 2009; los arts. 1 a 3 y 5 de la Ley de amnistía de la República Democrática del Congo, de 2009; etc. El texto de todos ellos puede consultarse en *ibid.*
- 44 Véase, entre otros, la Declaración del Presidente de Malasia de 1955; la Oferta de amnistía realizada por el Presidente de Ruanda, *Ruhengeri*, a los combatientes del Frente Patriótico Ruandés el 14 de marzo de 1991; las secciones 4 y 5 de la Proclama núm. 10 A del Presidente de Filipinas, de 28 de julio de 1992, por la que se enmienda la Proclama núm. 10 por la que se concede la amnistía a las personas que hayan presentado solicitudes de amnistía conforme a la Orden ejecutiva núm. 350 de 1989; y por la que se crea la Comisión de Unificación Nacional; las secciones 1 y 4 de la Proclama núm. 347 del Presidente de Filipinas, de 25 de marzo de 1994, por la que se concede una amnistía a los rebeldes, los insurgentes y a cualquier otra persona que haya o pueda haber cometido crímenes contra el orden público, otros crímenes cometidos

La ONU, a través de su Consejo de Seguridad, ha fomentado la concesión de amnistías, por ejemplo, en relación con la lucha contra el *apartheid* en Sudáfrica y en los conflictos de Angola, Croacia y Sierra Leona⁴⁵. De manera similar, también la Asamblea General ha aprobado resoluciones en las que alentaba la concesión de amnistías en relación con los conflictos de Afganistán y Kosovo⁴⁶. Para reafirmar el carácter universal de esta norma consuetudinaria, conviene señalar que las resoluciones aprobadas por la ONU guardaban relación con Estados que no eran Estados Parte en el Protocolo Adicional II (Sudáfrica, que no ratificó el Protocolo hasta 1995, Afganistán, Angola y Sudán), y que no todos los países que votaron a favor de estas resoluciones eran Estados Parte en el Protocolo Adicional II. La Comisión de Derechos Humanos de la ONU también ha promovido la adopción de leyes de amnistía, habiendo aprobado resoluciones en las que “pid[ió] a la República Srpska y a la Federación de Bosnia y Herzegovina que aprueben leyes de amnistía” y “acog[ió] con satisfacción el anuncio hecho el 23 de agosto de 1995 por el Gobierno de Sudán de una amnistía nacional y de la puesta en libertad de presos políticos”⁴⁷.

Algunas organizaciones internacionales de ámbito regional han expresado su congratulación por la promulgación o concesión de este tipo de amnistías. Por ejemplo, en 1998 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa recomendó al Comité de Ministros que urgiese a la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) a aprobar una amnistía para los refugiados que desearan retornar a Kosovo; en 2001, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) celebró la decisión del Presidente y del Parlamento de Tayikistán de

en persecución de objetivos políticos y violaciones de los artículos sobre la guerra; y por la que se crea la Comisión nacional de la amnistía; y la Sección 1 de la Proclama núm. 348 del Presidente de Filipinas, de 25 de marzo de 1994, por la que se concede la amnistía a cierto personal de la AFP y del PNP que hayan o puedan haber cometido ciertos actos u omisiones castigables conforme al Código penal revisado, los artículos sobre la guerra y otras leyes especiales; el preámbulo y la sección 1 de la Proclama núm. 390 del Presidente de Filipinas, de 2000; el preámbulo y las secciones 1 a 4 de la Proclama núm. 1.377 del Presidente de Filipinas, de 2007; la Declaración del Presidente de la ex República Yugoslava de Macedonia, de 8 de octubre de 2001; etc. El texto de todos ellos puede consultarse en *ibíd.*

- 45 Consejo de Seguridad, resoluciones núms. 190 (1964), de 9 de junio, *Cuestión relativa a la política de apartheid del Gobierno de la República de Sudáfrica*, párr. 1 (c); 191 (1964), de 18 de junio, *Cuestión relativa a la política de apartheid del Gobierno de la República de Sudáfrica*, párr. 4 (b); 473 (1980), de 13 de junio, *Sudáfrica*, párr. 7; 581 (1986), de 13 de febrero, *Sudáfrica*, párr. 8; 1055 (1996), de 8 de mayo, *Sobre prorrogación del mandato de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Angola*, párr. 9; 1064 (1996), de 11 de julio, *Sobre prorrogación del mandato de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Angola*, párr. 9; y 1120 (1997), de 14 de julio, *Situación en Croacia (UNTAES)*, párr. 7; 1315 (2000), de 14 de agosto, *La situación en Sierra Leona*, preámbulo; así como las Declaraciones del Presidente del Consejo de Seguridad núms. 1997/4, de 31 de enero, *Situación en Croacia*, p. 2; y 1997/15, de 19 de marzo, *Situación en Croacia*, p. 2.
- 46 Asamblea General, resoluciones núms. 46/136, de 17 de diciembre de 1991, *Situación de los derechos humanos en el Afganistán*, párr. 9; 47/141, de 18 de diciembre de 1992, *Situación de los derechos humanos en el Afganistán*, preámbulo y párr. 8; 48/152, de 20 de diciembre de 1992, *Situación de los derechos humanos en el Afganistán*, preámbulo y párr. 12; 49/207, de 23 de diciembre de 1994, *Situación de los derechos humanos en el Afganistán*, preámbulo y párr. 14; 53/164, de 9 de diciembre de 1998, *Situación de los derechos humanos en Kosovo*, párr. 14 (d).
- 47 Comisión de Derechos Humanos, resoluciones núms. 1996/71, de 23 de abril, *Situación de los derechos humanos en la República de Bosnia y Herzegovina, el Estado de Bosnia y Herzegovina, la República de Croacia y la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro)*, párr. 24; y 1996/73, de 23 de abril, *Situación de los derechos humanos en el Sudán*, preámbulo y párr. 7.

aprobar una amnistía general para más de 19.000 detenidos; en 2002, el Alto Representante para la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea, Sr. *Javier Solana*, celebró la aprobación de una Ley de amnistía por el Parlamento de la antigua República Yugoslava de Macedonia⁴⁸; etc.

Tanto las resoluciones aprobadas por la ONU, como las declaraciones citadas de los órganos de organizaciones regionales, promueven la concesión de amnistías o la aprobación de las amnistías concedidas lo más amplias posibles. Ello significa que las autoridades públicas de un Estado no están obligadas en absoluto a conceder una amnistía al final de las hostilidades en el contexto de un conflicto armado no internacional, sino que lo que se les pide es que lo consideren detenidamente y se esfuercen por concederlas.

B) La prohibición de conceder amnistías a las personas que hayan cometido crímenes internacionales o violaciones graves de los derechos humanos.

El carácter exhortatorio de esta norma consuetudinaria del Derecho internacional humanitario tiene una excepción o límite importante. Cuando se aprobó el párrafo 5 del art. 6 del Protocolo Adicional II, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas declaró, en su explicación de voto, que no podía interpretarse esta disposición en el sentido de permitir a los criminales de guerra, u otras personas culpables de crímenes de lesa humanidad, la posibilidad de eludir un castigo severo⁴⁹. El CICR ha afirmado que también coincide con esta interpretación. En una declaración formulada en 1995, el CICR manifestó que, teniendo en cuenta los trabajos preparatorios y su contexto, el art. 6.5 del Protocolo Adicional II no podía invocarse en favor de la impunidad de los criminales de guerra, dado que esta disposición sólo se aplicaba al procesamiento por la mera participación en las hostilidades⁵⁰. En una carta de 1997, el Director de la División Jurídica del CICR afirmó que: "The «travaux préparatoires» of Article 6 (5) [AP II] indicate that this provision aims at encouraging amnesty, i.e., a sort of release at the end of hostilities. It does not aim at an amnesty for those having violated International humanitarian law... Anyway, States did not accept any rule in Protocol II obliging them to criminalize its violations... Conversely, one cannot either affirm that International humanitarian law absolutely excludes any amnesty including persons having committed violations of International humanitarian law, as

48 Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa núm. 1385, de 24 de septiembre de 1998, párr. 7 (i) (b); OSCE, Press Release, *OSCE welcomes granting of amnesty to detainees in Tajikistan*, 3 de septiembre de 2001; Comunicado núm. 0039/02, de 8 de marzo de 2002, del Alto Representante de la Unión Europea para la Política Exterior y de Seguridad Común. *Ibid.*

49 Declaración de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, *Actas Oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del Derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados*, Vol. IX, CDDH/ISR.64, 7 de junio de 1976, p. 319, párr. 85.

50 ICRC, *Statement at the Humanitarian Liaison Working Group*, Ginebra, 19 de junio de 1995 (reproducido en: HENCKAERTS, J. M.; DOSWALD-BECK, L. (dirs.): *Customary International*, cit., p. 4043, párr. 759).

long as the principle that those having committed grave breaches have to be either prosecuted or extradited is not voided of its substance"⁵¹.

Estas amnistías serían, además, incompatibles con la norma consuetudinaria del Derecho internacional humanitario, comentada anteriormente, que obliga a los Estados a investigar y, en su caso, enjuiciar a los sospechosos de haber cometido crímenes internacionales o violaciones graves de los derechos humanos.

La mayoría de las amnistías proclamadas o concedidas excluyen expresamente de su ámbito de aplicación a los sospechosos de haber cometido u ordenado cometer crímenes de guerra u otros crímenes específicamente delimitados en el Derecho internacional, así como violaciones graves de los derechos humanos. A título de ejemplo, cabe señalar que, entre las amnistías concedidas mediante tratados internacionales específicos, el art. 6 del Acuerdo global e inclusivo sobre la transición en la República Democrática del Congo, de 16 de diciembre de 2002, ya afirmaba que "para lograr la reconciliación nacional, se concederá una amnistía para los actos de guerra, los delitos políticos y los delitos de opinión, con la excepción de los crímenes de guerra, crimen de genocidio y crímenes contra la humanidad"⁵². Lo mismo ocurre con la gran mayoría de las amnistías proclamadas o concedidas mediante normas nacionales⁵³.

51 ICRC, *Letter from the Head of the ICRC Legal Division to the Department of Law at the University of California and the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, 15 de abril de 1997 (*ibid.*, párr. 760).

52 Véanse también los siguientes tratados: el art. 3 (l) del Acuerdo entre las Partes en el conflicto de Bosnia y Herzegovina, sobre la liberación y transferencia de prisioneros de 1 de octubre de 1992; el art. 3 (c) del Acuerdo cuatripartito sobre el regreso voluntario de los refugiados de Georgia y las personas desplazadas, de 4 de abril de 1994; el art. VI del Acuerdo relativo a los refugiados y las personas desplazadas de 22 de noviembre de 1995, anexo a los Acuerdos de Dayton; el art. 10 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, de 2000; el párr. VII.5 del Anexo al Acuerdo de Linas-Marcoussis entre las fuerzas políticas de Costa de Marfil, de 24 de enero de 2003; el art. 11 del Acuerdo entre la ONU y Camboya relativo al procesamiento de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática, de 2003; el art. 16 del Acuerdo entre la ONU y Líbano sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano, de 2007; el párr. VI.6.3 del Acuerdo político de Ouagadougou entre el Presidente de Costa de Marfil y las Nuevas fuerzas de Costa de Marfil, de 4 de marzo de 2007; etc. El texto de todas estas normas puede consultarse en la base de datos del CICR, en la siguiente dirección de Internet: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule159.

53 Entre la normativa nacional, véanse, entre otros muchos: el art. 1 del Decreto sobre amnistía de Colombia, de 1991, que excluye las atrocidades y los asesinatos cometidos en situaciones de no combate o tomando ventaja de la indefensión de la víctima; el art. 104 (18) de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (Argentina), de 1996, que exceptúa los crímenes de lesa humanidad; los arts. 1 y 3 de la Ley de amnistía general de Croacia, de 1996, que excluyen el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra; el art. 3 de la Ley de reconciliación nacional de Argelia, de 1999, que exceptúa los actos terroristas o subversivos; el art. 1 de la Ley de amnistía de la Federación de Bosnia y Herzegovina, de 1999, que excluye los crímenes contra la humanidad y otros crímenes del Derecho internacional; la Ley de Camboya sobre el establecimiento del Tribunal Especial para el procesamiento de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática, de 2001, que excluye el genocidio, los crímenes contra la humanidad y las infracciones graves de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; el art. 4 de la Ley de amnistía de Costa de Marfil, de 2003, que excluye las violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario, así como los crímenes contemplados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos; el art. 8 de la Ley de cooperación con la Corte Penal Internacional de Uruguay, de 2006, que excluye el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra; el art. 3 de la Ordenanza sobre la amnistía de Costa de Marfil, de 2007, que excluye los crímenes de Derecho internacional; el art. 4 de la Ley especial de amnistía de Venezuela, de 2007, que excluye los crímenes contra la humanidad, las violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes

También la jurisprudencia de los tribunales nacionales confirma esta aseveración. En el asunto *Videla*, en su Sentencia de 26 de septiembre de 1994, la Corte de Apelaciones de Santiago (Chile), sostuvo que los delitos que estaba examinando constituían infracciones graves de los Convenios de Ginebra que no admitían amnistías y añadió que la concesión de amnistías no es la manera apropiada de extinguir la responsabilidad criminal de quienes violan los derechos humanos y las leyes de la guerra. En el asunto *Mengistu y otros*, en 1995, en el que se juzgaba al Coronel *Mengistu Haile Mariam* y a otros antiguos miembros del Derg, acusados de haber cometido genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra durante el anterior régimen político en Etiopía entre los años 1974 y 1991, el Fiscal Especial de Etiopía declaró que era “una costumbre y una creencia bien establecidas que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad no pueden ser objeto de amnistía”. La SAN española de 15 de noviembre de 1998, en el asunto *Pinochet*, afirmó que el Decreto-Ley chileno 2.191 de 1978 de amnistía general no excluye el ejercicio de la jurisdicción universal de los tribunales penales españoles. En el asunto *Cavallo*, el Juez Federal de Argentina en una decisión de 2 de mayo de 2001, confirmó que no caben las amnistías con respecto a las violaciones graves de los derechos humanos y a los crímenes de lesa humanidad. En esta decisión, el Juez Federal argentino anuló dos leyes de 1987 que habían amnistiado a cientos de oficiales militares por las violaciones de los derechos humanos cometidas durante los años 1976 a 1983 de la dictadura. El Juez declaró que estas leyes de amnistía no respetaban las obligaciones del Estado argentino conforme al Derecho internacional de investigar y castigar las violaciones de los derechos humanos y de los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, en el asunto *Azapo* en 1996, relativo a la legalidad del establecimiento de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica interpretó que el párrafo 5 del art. 6 del Protocolo Adicional II contenía una excepción a la norma absoluta que prohíbe una amnistía en relación con los crímenes de lesa humanidad. No obstante, cabe señalar que la labor de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica no contempló la concesión de amnistías generales ya que, conforme al art. 3.1 de la Ley sudafricana de reconciliación y promoción de la unidad nacional de 26 de julio de 1995, tenía la obligación de divulgar todos los hechos pertinentes. En la STC colombiano de 18 de mayo de 2006, en el asunto *núm. C-370/06*, el pleno del alto tribunal consideró que las amnistías no son posibles respecto de los crímenes contra la humanidad y respecto de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. El 2 de marzo de 2007, la STC del Perú afirmó en el asunto

de guerra; el art. 2 de la Ley de amnistía de la República Centroafricana, de 2008, que excluye los crímenes internacionales que son competencia de la Corte Penal Internacional; el art. 172 del Código penal de Burundi, de 2009, que excluye el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra; la destrucción de los bienes culturales durante el conflicto armado, conforme al Convenio de La Haya de 1954; y los crímenes contra las personas protegidas internacionalmente, conforme al Convenio de Viena de 1961 de relaciones diplomáticas; el art. 162 del Código penal de la República Centroafricana de 2010, que excluye el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra; etc. *Ibid.*

Santiago Enrique Martín Rivas que las amnistías no son posibles cuando contrarían obligaciones internacionales dimanantes de tratados de derechos humanos y en casos de crímenes contra la humanidad; etc.⁵⁴.

En el ámbito de la ONU, el Consejo de Seguridad, en resoluciones relativas a Croacia, Sierra Leona y Guinea Bissau, confirmó que no pueden concederse amnistías para los crímenes de guerra. También en relación con los actos de violencia de género cometidos contra mujeres y niñas durante los conflictos armados, el Consejo de Seguridad ha afirmado con carácter general que las amnistías no son posibles⁵⁵. La Asamblea General ha insistido en varias de sus resoluciones en la necesidad de no conceder amnistías a quienes cometan crímenes contra los niños, en especial actos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra⁵⁶. En una resolución sobre la impunidad, aprobada sin votación en 2002, la Comisión de Derechos Humanos observó que las amnistías no deben concederse a quienes cometan crímenes graves resultantes de violaciones del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos⁵⁷, al igual que lo manifestó el Secretario General de la ONU en varios informes⁵⁸.

Algunos órganos de organizaciones internacionales de ámbito regional han declarado también que las amnistías no pueden abarcar los crímenes de guerra. Así lo hizo, a título de ejemplo, el Parlamento Europeo en relación con la antigua Yugoslavia⁵⁹.

Los órganos internacionales que garantizan o controlan el cumplimiento de los derechos humanos han declarado también que las amnistías son incompatibles con el deber de los Estados de investigar los delitos en virtud del Derecho internacional y las violaciones de los derechos humanos no derogables. El Comité

54 *Ibid.*

55 Consejo de Seguridad, resoluciones núms. 1.120 (1997), de 14 de julio, *Situación en Croacia (UNTAES)*, preámbulo y párr. 7; 1.315 (2000), de 14 de agosto, *La situación en Sierra Leona*, preámbulo y párrs. 2 y 3; y 1.580 (2004), de 22 de diciembre, *La situación en Guinea Bissau*, párr. 4. Véase también la Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad núm. 2007/5, de 7 de marzo, *Las mujeres y la paz y la seguridad*, pp. 2-3.

56 Asamblea General, resoluciones núms. 58/157, de 22 de diciembre de 2003, *Derechos del niño*, párr. 8; 59/261, de 23 de diciembre de 2004, *Derechos del niño*, párr. 25; 60/231, de 23 de diciembre de 2005, *Derechos del niño*, párr. 16; 61/146, de 19 de diciembre de 2006, *Derechos del niño*, párr. 18; 62/141, de 18 de diciembre de 2007, *Derechos del niño*, párr. 55; etc.

57 Comisión de Derechos Humanos, Resolución núm. 2002/79, de 25 de abril, *Impunidad*, párr. 2. La Comisión de Derechos Humanos insistió en la misma idea en sus resoluciones núms. 2003/72, de 25 de abril, *Impunidad*, párr. 2; 2003/85, de 25 de abril, *Derechos del niño*, párr. 6; 2004/88, de 4 de abril, *Derechos del niño*, párr. 6; 2004/72, de 21 de abril, *Impunidad*, párr. 3; 2005/44, de 19 de abril, *Derechos del niño*, párr. 7; 2005/81, de 21 de abril, *Impunidad*, párr. 3; etc.

58 NU. Doc. S/2000/915 (4 de octubre de 2000): *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona*, párrs. 22-24; y NU. Doc. S/2001/331 (30 de marzo de 2001): *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, párr. 10. Ambos Informes están disponibles, respectivamente, en: <https://undocs.org/es/S/2000/915> y <https://undocs.org/es/S/2001/331>.

59 Parlamento Europeo, Resolución de 12 de marzo de 1993 sobre los derechos humanos en el mundo y Política de derechos humanos de la Comunidad durante los años 1991/1992. Publicado en: DO C 115, de 26.4.1993, p. 214.

de Derechos Humanos de la ONU, por ejemplo, formuló en 1992 la siguiente declaración en su Observación General del art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes): “El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistía respecto de actos de tortura. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible”.

Posteriormente, en 2004, el mismo Comité de Derechos Humanos afirmó que no caben las amnistías para quienes cometan “las infracciones reconocidas como delitos en el Derecho internacional o en la legislación nacional, entre ellos la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), las privaciones de vida sumarias y arbitrarias (art. 6) y las desapariciones forzosas (arts. 7 y 9 y, frecuentemente, art. 6)”⁶⁰.

La misma actitud han mantenido los órganos regionales de control de la aplicación de los derechos humanos. En su Informe de 24 de septiembre de 1992, en el caso 10.287 (*El Salvador*), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CmIDH) sostuvo que la aplicación de la Ley salvadoreña de 1987 de amnistía para conseguir la reconciliación nacional constituía una violación clara de la obligación del Gobierno salvadoreño de investigar y castigar las violaciones de los derechos humanos de las víctimas en el asunto de *la Masacre de Las Hojas* en 1983 y de proporcionar una indemnización adecuada por los daños resultantes de estas violaciones de derechos⁶¹; también en su Informe de 27 de enero de 1999, en el asunto 10.480 (*El Salvador*), caso *Ignacio Ellacuría, S.J y otros*, la CmIDH sostuvo que la aplicación de la Ley salvadoreña de 1993 de amnistía general para la consolidación de la paz constituía una violación de las garantías judiciales y del derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas contemplados en los arts. 8.1 y 25 de la Convención americana de derechos humanos, así como del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y del art. 4 del Protocolo Adicional II, recomendando al Gobierno de El Salvador que anulara con efectos *ex tunc* la Ley de 1993⁶². En su Sentencia de 14 de marzo de 2001, relativa al caso *Barrios*

60 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observaciones generales núms. 20, de 10 de marzo de 1992: *Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7)*, párr. 15; y núm. 31, de 26 de mayo de 2004: *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, párr. 18. El texto de todas las Observaciones generales del Comité de Derechos Humanos puede consultarse en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11.

61 CmIDH, Informe núm. 26/92, caso 10.287, *El Salvador, Masacre de Las Hojas*, 24 de septiembre de 1992, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/92span/ElSalvador10.287.htm>.

62 CmIDH, Informe núm. 136/99, caso 10.488 (*El Salvador*), *Ignacio Martín Baró, S.J.; Joaquín López y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos*, 22 de diciembre de 1999, párrs. 122 y

Altos v. Perú, que trataba de la legalidad de las leyes peruanas de amnistía, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) sostuvo que las medidas de amnistía para violaciones graves de los derechos humanos como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y las desapariciones forzadas deben considerarse “todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho internacional de los derechos humanos”. La CtIDH añadió que: “Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables”⁶³.

Desde entonces, la CtIDH ha mantenido la misma doctrina judicial contraria a las amnistías para los supuestos de crímenes contra la humanidad⁶⁴.

De una manera similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el *asunto Ould Dah c. Francia*, tras afirmar que “la prohibición de la tortura tiene valor de norma imperativa, es decir, de *ius cogens*”, añadió que: “Por tanto, no se podría socavar la obligación de procesar dichos hechos acordando la impunidad a su autor por la adopción de una Ley de amnistía susceptible de ser considerada contraria al Derecho internacional. El TEDH señala además que el Derecho internacional no impide que una persona amnistiada antes del juicio en su Estado de origen pueda ser sin embargo procesada por otro Estado, lo que resulta por ejemplo del art. 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional que no incluye esta situación entre los casos de inadmisión de un asunto”⁶⁵.

También en su Sentencia de 2 de noviembre de 2004, en el *asunto Abdülsamet Yaman c. Turquía*, el TEDH subrayó que, cuando un funcionario del Estado es acusado de crímenes que implican tortura o malos tratos, resulta de la máxima importancia, para el propósito de determinar si existe un “remedio efectivo”, que

129, Capt. XI, párr. 2 y Capt. XII, párr. 1, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/El%20Salvador10.488.htm>.

63 CtIDH, *caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41-44. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/cfj/jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>.

64 CtIDH, Sentencias en los casos *La Cantuta vs. Perú*, de 29 de noviembre de 2006, párr. 225; *Almonacid Arellano et al. vs. Chile*, de 26 de septiembre de 2006, párr. 129; *Dos Erres vs. Guatemala*, de 24 de noviembre de 2009, párr. 129; *Gomes Lund vs. Brasil*, de 24 de noviembre de 2010, párr. 180; *Gelman vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011, párr. 225; etc. Véase también ESTEVE MOLTÓ, J. E.: “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía: un referente para la necesaria ‘fertilización’ trasatlántica”, *Eunomia, Revista en cultura de la legalidad*, 2016, vol. 9, pp. 105-123, disponible en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/issue/view/383>.

65 TEDH, Decisión de 17 de marzo de 2009 sobre la admisibilidad de la demanda núm. 13113/03, presentada por *Ely Ould Dah c. Francia*, disponible en la dirección de Internet: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22text%22%3A%22001-91980%22%7D>.

los procedimientos penales y la sentencia no se dilaten en el tiempo, añadiendo que en estos casos no se debería permitir la concesión de una amnistía o perdón⁶⁶.

En la misma línea se ha manifestado también la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). En el *asunto Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, la CADHP afirmó que “existe jurisprudencia internacional reiterada que sugiere que la prohibición de las amnistías para disfrutar de impunidad respecto de las violaciones graves de los derechos humanos se ha convertido ya en una norma de Derecho internacional consuetudinario”⁶⁷. Es más, en el *asunto Malawi African Association and Others v. Mauritania*, la CADHP expresó su opinión de que “una ley de amnistía adoptada con el propósito de anular las acciones judiciales u otro tipo de acciones que persigan la reparación de las víctimas o de sus beneficiarios, aunque esté vigente en el territorio nacional de Mauritania, no puede excusar a ese Estado de cumplir sus obligaciones internacionales conforme a la Carta [africana de derechos humanos y de los pueblos]”⁶⁸.

También los tribunales internacionales de carácter penal han considerado que el carácter de normas imperativas del Derecho internacional (*ius cogens*) que tienen las normas que prohíben los crímenes internacionales, tienen como consecuencia privar de relevancia jurídica a las medidas nacionales (leyes nacionales o acuerdos de paz entre un Gobierno y un movimiento revolucionario) que proclamen o concedan amnistías respecto de estos crímenes. Como afirmó el TIPY: “El hecho de que la tortura esté prohibida por una norma imperativa de Derecho internacional tiene otras consecuencias (...) En el nivel interestatal, ello sirve para deslegitimar internacionalmente cualquier acto judicial, administrativo o legislativo que autorice la tortura. Carecería de sentido argumentar, de un lado, que debido al valor de *ius cogens* de la prohibición de la tortura, los tratados o normas consuetudinarias que la permitan serían nulos y carecerían de valor *ab initio* y luego ignorar a un Estado que adoptase medidas nacionales autorizando o condonando la tortura o absolviendo a sus autores a través de una ley de amnistía”⁶⁹.

Ya hemos señalado anteriormente que el TESL también afirmó que, debido al carácter de normas imperativas de Derecho internacional (*ius cogens*) de los crímenes internacionales, existe la jurisdicción universal para su enjuiciamiento. De

66 TEDH, Sentencia de 2 de noviembre de 2004, *Abdülşamet Yaman c. Turquía*, párr. 55, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-67228%22%5D%7D>. ESTEVE MOLTÓ, J. E.: “Les droits de victimes de disparition forcée devant la Cour Européenne des Droits de l’Homme: la nécessité de la fertilisation croisée du système interaméricain”, *Annuaire Français de Droit International*, 2016, vol. 61, pp. 405-427.

67 CADHP, Decisión de 15 de mayo de 2006, *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, párr. 201, disponible en la dirección de Internet: http://www.achpr.org/files/sessions/39th/comunications/245.02/achpr39_245_02_eng.pdf.

68 CADHP, Decisión de 11 de mayo de 2000, *Malawi African Association and Others v. Mauritania*, párr. 83, disponible en: http://www.achpr.org/communications/decisions/54.91-61.91-96.93-98.93-164.97_196.97-210.98.

69 Véase la Sentencia ya citada de la Sala de Primera Instancia del TIPY, de 10 diciembre 1998, asunto *El Fiscal c. Anto Furundzija*, pár. 155.

ello dedujo que un Estado no puede privar a otro Estado de su jurisdicción universal para enjuiciar la comisión de crímenes internacionales mediante la concesión nacional de una amnistía, ni tampoco constituir un impedimento procesal para el ejercicio de la jurisdicción penal de un tribunal internacional⁷⁰.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

El art. 6.5 del Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 supuso, sin lugar a duda, el primer paso importante para restringir o limitar las amnistías concedidas o proclamadas en nombre de la justicia transicional al término de las hostilidades en un conflicto armado de naturaleza no internacional.

Ya sea tanto por las consecuencias jurídicas que se derivan del carácter de Derecho internacional imperativo (normas de *ius cogens*) que tienen en la actualidad las prohibiciones de realizar violaciones graves de los derechos humanos o de cometer u ordenar la comisión de crímenes internacionales, como por el carácter de normas consuetudinarias del Derecho internacional general que han adquirido estas prohibiciones, la conclusión es que la concesión o proclamación de amnistías “totales” o generales” en nombre de la denominada justicia transicional no es conforme al Derecho internacional contemporáneo. Lo cierto es que la práctica consistente de los Estados y de las Organizaciones internacionales, así como la jurisprudencia reiterada de las comisiones y tribunales nacionales, regionales e internacionales, demuestra la existencia de dos límites infranqueables a la hora de proclamar o conceder amnistías al término de las hostilidades en un conflicto armado no internacional. En primer lugar, la proclamación o concesión de amnistías al término de un conflicto armado no internacional no debe impedir en ningún caso la investigación y, en su caso, el procesamiento de los presuntos responsables de cometer u ordenar la comisión de crímenes internacionales o de violaciones graves de los derechos humanos. En segundo lugar, la proclamación o concesión de tales amnistías tampoco deben suponer en ningún caso la exoneración de responsabilidad penal de los individuos que hayan cometido u ordenado cometer tales atrocidades.

En el momento presente conviene no olvidar este doble límite a la soberanía de los Estados al proclamar o conceder amnistías o perdones en nombre de la justicia transicional. Actualmente, la Comisión de Derecho internacional está trabajando en la elaboración de un proyecto de tratado internacional sobre la prevención y el castigo de los crímenes contra la humanidad. Es de esperar que el resultado de este esfuerzo codificador refleje las dos normas consuetudinarias internacionales comentadas, concebidas como límites absolutos a la capacidad de

⁷⁰ Véase *supra* el epígrafe I, titulado “La obligación de investigar y procesar a los presuntos responsables de crímenes internacionales o de violaciones graves de los derechos humanos”.

los Estados de proclamar o conceder amnistías a quienes cometan u ordenen la comisión de este tipo de crímenes.

BIBLIOGRAFÍA

ARSANJANI, M.: "The International Criminal Court and National Amnesty Laws", *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, 1999, vol. 93.

BOU FRANCH, V. (dir): *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

CASTILLO DAUDÍ, M.; SALINAS ALCEGA, S.: *Responsabilidad penal del individuo ante los tribunales internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

DAL MASO JARDIM, T., "Les amnisties", en: H. ASCENCIO; E. DECAUX; A. PELLET (eds): *Droit International Pénal*, 2ª ed., Pedone, París, 2012.

ESTEVE MOLTÓ, J. E.: "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía: un referente para la necesaria 'fertilización' trasatlántica", *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, 2016, vol. 9.

ESTEVE MOLTÓ, J. E.: "Les droits de victimes de disparition forcé devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme: la nécessité de la fertilisation croisée du système interaméricain", *Annuaire Français de Droit International*, 2016, vol. 61.

HENCKAERTS, J. M.; DOSWALD-BECK, L. (dirs.): *El Derecho Internacional humanitario consuetudinario, vol. I: Normas*, CICR, Ginebra, 2007.

HENCKAERTS, J. M.; DOSWALD-BECK, L. (dirs.): *Customary International Humanitarian Law, vol. 2: Practice, Part I and II*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

MALLINDER, L.: "Uganda at a Crossroads: Narrowing the Amnesty?", en: INSTITUTE OF CRIMINOLOGY AND CRIMINAL JUSTICE, *Beyond Legalism: Amnesties, Transition and Conflict Transformation*, Queen's University Belfast, March 1, 2009.

REITER, A. G.: "Examining the Use of Amnesties and Pardons as a Response to Internal Armed Conflict", *Israel Law Review*, 2014, vol. 47, núm. 1.

RELVA, H. A.: "Three Propositions for a Future Convention on Crimes Against Humanity", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 16, 2018.

SANDOZ, Y.; SWINARSKI, C.; ZIMMERMANN, B., (Coords.): *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, CICR, Ginebra, 1998.

SSENYONJO, M.: "Accountability of Non-State Actors in Uganda for War Crimes and Human Rights Violations: Between Amnesty and the International Criminal Court", *Journal of Conflict and Security Law*, 2005, vol. 10, núm. 3.

SSENYONJO, M.: "The International Criminal Court and the Lord's Resistance Army leaders: Prosecution or amnesty?", *International Criminal Law Review*, 2007, vol. 7, núm. 2-3.

STAHN, C.: "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, 2005, vol. 3.

VAN DER WYNGAERT, C.; ONGENA, T.: "Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty", en: A. CASSESE; P. GAETA; J.R.W.D. JONES (eds): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

WERLE, G.: *Principles of International Criminal Law*, 2ª ed., TMC Asser Press, 2009.

WILLIAMS, S.: "Amnesties in International Law: The Experience of the Special Court for Sierra Leone", *Human Rights Law Review*, 2005, vol. 5, núm. 2.

LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS DE LOS PACIENTES
MENORES DE EDAD: ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN BALEAR

*ADVANCE DIRECTIVES OF UNDERAGE PATIENTS: ANALYSIS OF
THE BALEARIC LEGISLATION*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 344-367



Paula
CASADESUS
RIPOLL

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de noviembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: El aumento de la esperanza de vida puede en ocasiones conllevar el sometimiento de determinados pacientes a tratamientos agresivos. En este contexto, se genera un fuerte debate en relación con el derecho de los pacientes a rechazar el tratamiento en determinadas ocasiones, un debate que se acentúa cuando hablamos de pacientes menores de edad. Este artículo analiza la legislación balear sobre las voluntades anticipadas de estos pacientes menores.

PALABRAS CLAVE: Voluntades anticipadas; testamento vital; menores de edad; capacidad.

ABSTRACT: *The increase in life expectancy may imply that some patients have to undergo aggressive medical treatments. In this context, the right to refuse any treatment of this kind under certain circumstances has become a key issue, most specially when the patients are underage. This article analyzes the legislation of the Balearic Islands in relation to the advance directives of patients who are minors.*

KEY WORDS: *Advance directives; living will; minors; civil capacity.*

SUMARIO.- I. LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS.- I. Consideraciones generales.- II. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN BALEAR SOBRE LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS DE LOS PACIENTES MENORES DE EDAD.- 1. Contenido, requisitos y límites de las voluntades anticipadas.- 2. Edad y capacidad necesaria para otorgar el documento de voluntades anticipadas.- 3. Garantías de protección al paciente menor de edad en el ámbito de las voluntades anticipadas.- 4. Relación de la norma autonómica con la ley básica estatal.- 5. Conclusiones.

I. LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS.

I. Consideraciones generales.

El origen de los documentos de instrucciones previas lo encontramos en 1914 en Estados Unidos cuando un juez del Tribunal Supremo declaró que “cada ser humano de edad adulta y mente sana tiene el derecho de determinar qué se va a hacer con su propio cuerpo” de tal manera que realizar una determinada intervención sin el previo consentimiento del paciente “vulnera no solo la integridad física del paciente, sino también su derecho a la libre determinación”¹. Estos documentos son también el resultado de los muchos avances y descubrimientos científico-técnicos que se han ido produciendo durante los últimos años y que han permitido al ser humano superar determinadas enfermedades hasta ahora incurables, alargando así la esperanza de vida de las sociedades más desarrolladas. Sin embargo, en ocasiones dicho proceso puede llevar aparejado el sometimiento por parte del paciente a tratamiento agresivos, cuyo éxito no está siempre garantizado, e incluso el mantenimiento artificial de la vida de pacientes en situaciones terminales, cuestión que ha generado un fuerte debate ético-jurídico sobre la autonomía del paciente para decidir si aceptar o rechazar determinados tratamientos. Es en este contexto en el que se desarrollan los documentos de instrucciones previas, que permiten al paciente expresar su voluntad de manera anticipada y en previsión de que pueda darse una situación en la que no contará con las condiciones necesarias para expresar su opinión.

¹ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: “Una aproximación a la regulación española del documento de voluntades anticipadas o “testamento vital””, *Diario La Ley*, núm. 7334, 2010, pp. 1-22.

• Paula Casadesus Ripoll

Profesora Ayudante Derecho Civil. Universidad de las Islas Baleares. Correo electrónico: paula.casadesus@uib.es.

En España, ya contábamos con una regulación del denominado consentimiento informado en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad en la que se reconocía el derecho del paciente a rechazar un tratamiento si éste pudiera resultar inhumano o degradante. En la actualidad, es la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica la norma que contiene tanto la regulación básica sobre el consentimiento informado como la normativa estatal relativa a las instrucciones previas, también denominadas “voluntades anticipadas” o “testamento vital”. Tal y como se afirma en la exposición de motivos, dicha ley encuentra su antecedente legislativo en el Convenio de Oviedo, que entró en vigor en España el 1 de enero del año 2000 y trata sobre la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información.

No obstante, el marco constitucional del estado español, y más concretamente el art. 148.1.21 de la Constitución establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir la competencia en sanidad e higiene, lo que resulta en una vasta y heterogénea normativa sobre esta materia que a su vez puede generar ciertas desigualdades dentro del territorio del estado español. Uno de los puntos más conflictivos en relación con esta temática es la autonomía de los pacientes menores de edad en el ejercicio de sus derechos, su capacidad para otorgar el documento de voluntades anticipadas, no reconocida en la ley 41/2002 pero sí en algunas legislaciones autonómicas, y el respeto a las decisiones por éstos adoptadas.

Este artículo pretende, a partir del análisis de las últimas modificaciones de la ley balear 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas, arrojar cierta luz en torno a esta problemática.

II. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN BALEAR SOBRE LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS DE LOS PACIENTES MENORES DE EDAD.

I. Contenido, requisitos y límites de las voluntades anticipadas.

En el art. 2 de la ley balear 1/2006 de 3 de marzo, de Voluntades Anticipadas, se enumera el posible contenido de dicho documento. Así, establece el art. 2 que las voluntades anticipadas podrán contener: a) la manifestación de los objetivos vitales del otorgante así como sus valores personales; b) las indicaciones sobre cómo tener cuidado de su salud dando instrucciones sobre tratamientos terapéuticos que se quieran recibir o evitar, incluidos los de carácter experimental; c) las instrucciones para que, en un supuesto de situación crítica e irreversible respecto de la vida, se evite el padecimiento con medidas terapéuticas adecuadas, aunque éstas lleven implícitas el acortamiento del proceso vital, y que no se alargue la vida artificialmente ni se atrase el proceso natural de la muerte mediante tratamientos

desproporcionados; d) la decisión sobre el destino de sus órganos después de la defunción para fines terapéuticos y de investigación, sin requerir autorización de ninguna clase para la extracción y la utilización de los órganos dados; e) la designación de la persona o de las personas que representen al otorgante en los términos establecidos en la propia ley; f) la decisión sobre la incineración, la inhumación u otro destino del cuerpo después de la defunción.

En cuanto al contenido de las voluntades anticipadas que se regula en la ley balear, éste no difiere en exceso del establecido en otras leyes autonómicas ya que todas ellas permiten al otorgante expresar los criterios que deben guiar la actuación médica así como manifestar qué medidas terapéuticas desean o no que les sean aplicadas. Así mismo, la totalidad de las leyes autonómicas establecen la posibilidad de designar un representante para que garantice el cumplimiento de lo dispuesto por el otorgante del documento, si bien las facultades del representante varían en función de la norma autonómica de que se trate².

Respecto de los requisitos formales, la ley balear, siguiendo el precepto de la ley estatal, exige en su art. 3 que las voluntades anticipadas consten por escrito. Además, en el documento deberán figurar el nombre y los apellidos, el número del documento de identidad (DNI o equivalente) y la firma del otorgante, así como el lugar y la fecha del otorgamiento. En cuanto al proceso de formalización del documento de las voluntades anticipadas, la norma balear establece cuatro posibilidades: a) ante notario, b) ante personal funcionario habilitado al efecto por la consejería competente en materia de salud, c) ante la persona encargada del Registro de voluntades anticipadas o bien d) ante tres testigos que deberán ser mayores de edad con capacidad de obrar plena y deben conocer al otorgante. Cabe mencionar que el proceso de formalización que se regula en las distintas legislaciones autonómicas es similar, estableciéndose como norma generalizada la posibilidad de realizarlo ante notario, ante dos o tres testigos o funcionario o personal habilitado al respecto, exceptuándose Cataluña y Extremadura que no contemplan esta última opción³.

En cuanto al procedimiento de inscripción, el art. 3.4 de la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas establece que los documentos de voluntades anticipadas se inscribirán en el Registro de Voluntades Anticipadas y, en su caso, en el Registro de Donantes de Órganos, y se incorporarán a la historia clínica del interesado. En esta misma línea se expresa el art. 9.2 de la Ley 4/2015, de 23 de marzo, de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir, aprobada por el Parlamento de las Islas Baleares, que establece que una vez inscrita en el

2 NORIEGA RODRIGUEZ, L.: "Análisis de la legislación estatal y autonómica en materia de instrucciones previas o voluntades anticipadas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 20, 2016, pp. 29-71.

3 NORIEGA RODRIGUEZ, L.: "Análisis de la legislación estatal...", cit., pp. 29-71.

Registro de Voluntades Anticipadas de las Islas Baleares, la declaración de voluntad anticipada se incorporará a la historia clínica y al Registro nacional de instrucciones previas. Siguiendo lo establecido en el art. 3.4 de la Ley 1/2006, la inscripción en el Registro se efectuará a petición del otorgante, de uno de los testigos, con su consentimiento, que se presume excepto en caso de indicación contraria, o del notario, en caso de haberse otorgado el documento notarialmente. En esta misma línea, el Decreto 58/2007 de 27 de abril, por el que se desarrolla la Ley de voluntades anticipadas y del registro de voluntades anticipadas de las Illes Balears establece en su art. 7 que están legitimados para solicitar la inscripción ante el Registro de Voluntades Anticipadas, la persona que ha de otorgar las voluntades anticipadas, cualquiera de los testigos ante los cuales se haya emitido la declaración y el notario que la autoriza, especificando además en el punto 3 de dicho artículo que en aquellos casos en los que la declaración de voluntades anticipadas se haya emitido ante notario, éste debe solicitar la inscripción y debe remitir copia compulsada al Registro de Voluntades Anticipadas.

Llegados a este punto, cabe preguntar qué sucede con aquellas declaraciones que no han sido inscritas en el Registro, ya que según se desprende del texto de los artículos apenas analizados, solo el notario tiene la obligación clara de solicitar la inscripción del documento en el Registro. No parece igual de clara la posición del otorgante ni de los testigos en relación con el deber de solicitar su inscripción, ya que el otorgante puede manifestar su oposición a la inscripción de dicho documento por parte de uno de los testigos, quedando por lo tanto la inscripción en manos del otorgante, quien ya ha manifestado su rechazo a inscribirla.

Una de las funciones del Registro, de acuerdo con el art. 6 del Decreto 58/2007, es la de posibilitar el acceso y la consulta de los documentos de voluntades anticipadas inscritos, de manera ágil y rápida, por parte de los profesionales sanitarios encargados de la atención al paciente. Es más, el propio Decreto 58/2007 establece en su art. 10 y para los casos en que concurran circunstancias que no permitan al paciente expresar su voluntad que el médico o el equipo sanitario responsable de la asistencia al paciente tiene la obligación de dirigirse al Registro para tener conocimiento de la existencia o no de documento de voluntades anticipadas y su contenido, una obligación que carece de sentido si los documentos no han sido previamente inscritos, un paso además indispensable para su posterior incorporación a la historia clínica del paciente.

Surge aquí un interrogante en relación con la posibilidad de manifestar las voluntades anticipadas ante el médico, sea este nuestro médico de cabecera o el médico que nos está atendiendo en el hospital. Numerosos son los posibles motivos que pueden llevar a una persona a querer dialogar sobre este tema con un profesional de la medicina: bien por la relación de confianza que se genera

a lo largo del tiempo entre el médico de cabecera y el paciente, bien por la incomodidad que puede generarse al tratar este tema con familiares u otros seres queridos, o bien por tratarse de una persona que no cuenta con allegados u otras personas cercanas a las que hacer partícipe de su decisión. Además, parecería que los médicos, precisamente por su relación profesional con pacientes en centros hospitalarios, se encuentran en una posición más que adecuada para dar a conocer la posibilidad de otorgar un testamento vital así como de asesorar al paciente que desea expresar sus voluntades anticipadas⁴. Estas inquietudes se han visto reflejadas en algunos estudios⁵ en los que la mayoría de los pacientes encuestados ha manifestado que en el caso de cumplimentar el documento les gustaría hablarlo además de con familiares, con el médico de cabecera y con el médico del hospital. En cambio, otro estudio⁶ pone de manifiesto que la mayoría de los médicos de familia encuestados considera que sus conocimientos sobre el testamento vital son escasos o nulos y afirman no tener suficiente información para asesorar a sus pacientes en la elaboración del documento, a la vez que reconocen que la existencia de un testamento vital puede agilizar la toma de decisiones y que este debería incluirse en la historia clínica aunque consideran que la iniciativa de hablar sobre el tema debe partir del paciente. No parece sin embargo que la posibilidad de emitir la declaración de voluntades anticipadas ante el médico esté prevista legalmente, debiendo las personas interesadas acudir al Registro, Notario o realizarlo ante tres testigos, sin la certeza en este último caso de que cuente con todos los requisitos legales de validez.

Para el caso en el que el otorgante designe a uno o a más representantes, la ley balear establece que éstos deberán ser mayores de edad y contar con plena capacidad de obrar y se hará constar en el documento el nombre, los apellidos, el número del documento de identidad (DNI o equivalente) y la firma de la persona o personas designadas, con la aceptación expresa de serlo.

En cuanto al cumplimiento de las instrucciones, la ley balear regula en el art. 6 los límites legales para la aplicación y cumplimiento de las voluntades anticipadas manifestadas en el documento. Así y de conformidad con el resto de normativas autonómicas fija que las voluntades anticipadas no serán de aplicación en tres supuestos: a) cuando sean contrarias al ordenamiento jurídico, b) cuando sean contrarias a la buena práctica clínica o c) cuando no se correspondan exactamente con el supuesto de hecho que la persona ha previsto en el momento de emitir las.

4 LEAL HERNÁNDEZ, M; RIVAS BÁEZ, J. A.; MARTÍNEZ MONJE, F; LOZANO ESPINOSA, M.: "Papel del médico de familia en la cumplimentación y registro del documento de Instrucciones Previas", *Medicina de Familia. SEMERGEN*, vol. 41, núm. 3, 2015, pp. 164-167.

5 SANTOS DE UNAMUNO, C.: "Documento de Voluntades Anticipadas: actitud de los pacientes de atención primaria", *Atención Primaria*, vol. 32, núm. 1, 2003, pp. 30-35.

6 DE DIOS, R.: "Monográfico sobre Instrucciones Previas", Dirección General de Salud Pública, Consejería de Sanidad del Principado de Asturias, 2016.

2. Edad y capacidad necesaria para otorgar el documento de voluntades anticipadas.

La ley 1/2006 de 3 de marzo, de voluntades anticipadas, aprobada por el parlamento de las Islas Baleares, introduce en su última modificación en fecha de 28 de marzo de 2015, la posibilidad de que los menores emancipados o con 16 años cumplidos otorguen el documento de voluntades anticipadas, equiparando así la edad a la establecida por el legislador nacional para el consentimiento informado. Dicha modificación obedece a la creciente necesidad de reconocer a los menores de edad no solo la plena titularidad de derechos sino también una capacidad progresiva para ejercerlos, promoviendo así su autonomía y haciéndolos partícipes de su propio desarrollo, sin olvidar que se trata de sujetos altamente vulnerables necesitados todavía de cierta protección. Es precisamente en este contexto y con esta concreta finalidad que el legislador balear amplía a menores emancipados o con 16 años cumplidos la capacidad para expresar su voluntad en previsión de que en un futuro puedan concurrir circunstancias que no lo permitan.

Así, reza el art. 1 de la Ley 1/2006 que “las voluntades anticipadas consisten en una declaración de voluntad unilateral emitida libremente por una persona mayor de edad y plena capacidad de obrar, por menores emancipados o con 16 años cumplidos, mediante la cual se indica el alcance de las actuaciones médicas u otras que sean procedentes, previstas por esta ley, sólo en los casos en que concurren circunstancias que no le permitan expresar su voluntad”. Llama la atención en la redacción de dicho artículo que el legislador opte por enfatizar la necesidad de contar con plena capacidad de obrar en el caso de los mayores de edad, cuya plena capacidad de obrar se presume (Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad) y no haga mención alguna a la capacidad de menores emancipados ni de los menores con 16 años cumplidos. Si bien es verdad que estos menores tienen reconocido un amplio abanico de posibilidades de actuación en nuestro ordenamiento jurídico, este depende a menudo de su grado de desarrollo o madurez y en determinadas ocasiones de un complemento de capacidad que deberá prestar el representante legal.

Pueden, entre otras actuaciones, contraer matrimonio (art. 48 del Código Civil), otorgar testamento (art. 663.1 del Código Civil), ser testigo en un procedimiento civil (art. 361 Ley Enjuiciamiento Civil), usar determinadas armas de fuego (RD 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el reglamento de armas), conducir ciclomotor (RD 772/1997, de 30 de mayo, por el que se aprueba el reglamento general de conductores), ser contratados y trabajar (RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Estatuto de los trabajadores), aceptar o repudiar herencias o legados a su favor (art. 166.2 y 3 conforme LO 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor), realizar actos de administración ordinaria sobre los bienes que hubiera adquirido con su trabajo o industria (art. 164.3

Código Civil). Para otras actuaciones, sin embargo, es necesario un complemento de capacidad: para otorgar y modificar capitulaciones matrimoniales es necesario el concurso y consentimiento de sus representantes legales (art. 1329 Código Civil), para otorgar donaciones es necesario el concurso y consentimiento de sus representantes legales (art. 1388 Código Civil), para constituir y formar parte de una Asociación es necesario el previo consentimiento de los representantes legales (LO 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de Asociación), para participar en ensayos clínicos es necesaria la intervención de padres o tutores.

Con la redacción del nuevo artículo y siguiendo el ejemplo de otras autonomías el legislador balear establece por tanto la presunción legal de que el menor emancipado y el menor mayor de 16 años tienen capacidad natural, es decir, cuentan con el suficiente grado de madurez para ejercer sus derechos en el ámbito de las voluntades anticipadas e incluso expresar sus deseos en relación a la aplicación o rechazo de tratamientos terapéuticos de carácter experimental, obviando el legislador balear que el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos dispone en su art. 7.3 a) que si el sujeto del ensayo es menor de edad se obtendrá el consentimiento informado previo de los padres o del representante legal del menor y en aquellos casos en los que el menor tenga 12 años cumplidos, deberá éste prestar también su consentimiento para participar en el ensayo. Aunque el real decreto regula la figura del consentimiento informado en relación a tratamientos terapéuticos de carácter experimental en un momento presente, es de difícil aceptación que no se requiera la autorización de los padres cuando se trata de las voluntades expresadas anticipadamente por un menor en relación a los mismos tratamientos experimentales.

Otras Comunidades Autónomas han optado también por permitir que determinados menores puedan otorgar el documento de instrucciones previas. Así, Andalucía permite que los menores emancipados y los incapacitados judicialmente (siempre que la sentencia de incapacitación no disponga lo contrario) otorguen las últimas voluntades; Aragón permite que los menores emancipados, los menores mayores de 14 años y los incapacitados judicialmente (siempre que la sentencia de incapacitación no disponga lo contrario) otorguen las últimas voluntades; Navarra permite que los menores a los que se les reconoce capacidad suficiente otorguen dicho documento; Valencia permite que lo hagan los menores emancipados. Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla La Mancha, Castilla y León, Catalunya, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid, Murcia y País Vasco exigen la mayoría de edad⁷.

Es una idea plenamente aceptada en el panorama doctrinal actual que en el ejercicio de los derechos de la personalidad es la capacidad natural del individuo, es

7 NORIEGA RODRIGUEZ, L.: "Análisis de la legislación estatal...", cit., pp. 29-71.

decir el grado efectivo de madurez, el criterio que debe seguirse para determinar que se es suficientemente maduro para adoptar decisiones en este ámbito. A diferencia de la capacidad de obrar, cuya plenitud se obtiene al cumplir la mayoría de edad, la capacidad natural o grado de madurez real constituye uno de los aspectos de la capacidad y se trata de una cuestión de hecho que puede definirse como “la capacidad de entendimiento y juicio necesarias para comprender el alcance y consecuencias del acto de que se trate y adoptar una decisión responsable”⁸.

Así lo ha entendido también el legislador estatal quien en el art. 162.1 del Código Civil, tras la reforma del año 1981, excluye de la representación legal por parte de los padres “los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”. Este precepto casa también con el espíritu de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en cuya exposición de motivos se reconoce la plena titularidad de derechos por parte de los menores de edad y una progresiva capacidad para ejercerlos como el mejor enfoque para la protección de la infancia y la adolescencia.

La capacidad natural real es por tanto una cualidad personal de cada individuo por lo que deberá ser valorada y tenida en cuenta en cada caso concreto y para cada distinta actuación, elevando o reduciendo el grado de capacidad exigible dependiendo del acto de que se trate y de las consecuencias que de dicho acto puedan derivarse. En este sentido, DE LAMA AYMÁ desaconseja fijar una edad a partir de la cual se presume la capacidad natural o madurez de personas menores de edad, ya que las amplias posibilidades de ejercicio de los derechos de la personalidad en situaciones tan diversas podría vulnerar la dignidad y personalidad del menor que a pesar de no haber alcanzado la edad fijada es suficientemente maduro y a su vez dejar desprotegido aquél menor que habiendo cumplido la edad establecida, carece de la capacidad natural necesaria⁹. Es por todo lo expuesto que en el ámbito de los derechos de la personalidad, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito patrimonial, creemos que debe prevalecer el criterio casuístico frente al cronológico ya que no puede ni debe primar la seguridad sobre el respeto a la personalidad y dignidad del individuo¹⁰.

Parece que el legislador balear ha optado por equiparar la edad necesaria para otorgar las voluntades anticipadas a la establecida en el art. 11.1 de la ley 41/2002 por el legislador nacional para el consentimiento informado en un intento por ofrecer cierta coherencia legislativa, al entender probablemente que la forma tan

8 SANTOS MORÓN, M. J.: “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 15, 2011, pp. 63-93.

9 DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

10 SANTOS MORÓN, M. J.: “Menores y derechos de la personalidad...”, cit., pp. 63-93; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I.: “La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas”, X Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario, 2003.

diferente en la que el legislador estatal ha decidido regular las dos instituciones jurídicas carecía de sentido. En esta línea, la técnica legislativa utilizada en la Ley 41/2002 ha sido fuertemente criticada por parte de la doctrina que la ha calificado de incoherente si se tiene en consideración que en el art. 9.4 el legislador afirma que en el caso de menores emancipados o con 16 años cumplidos no cabe prestar el consentimiento por representación, es decir, deberán prestar el consentimiento informado ellos mismos. BERROCAL LANZAROT afirma que “lo procedente para seguir en la línea marcada por el legislador cuando regula el consentimiento, debe ser, a nuestro juicio, el reconocer, tanto al menor emancipado, como a los mayores de dieciséis años y a los que han obtenido el beneficio de la mayor edad la posibilidad de manifestar por sí mismo y válidamente sus instrucciones previas como forma de expresión anticipada del consentimiento a cualquier tratamiento o intervención, o de rechazo, si fuera el caso, a los mismos”¹¹; PLAZA PENADÉS no entiende por qué la Ley estatal no ha reconocido a menores emancipados o con 16 años cumplidos capacidad para expresar sus instrucciones previas o voluntades anticipadas cuando, en cambio, tienen derecho a expresar su consentimiento informado¹²; OLIVA BLÁZQUEZ afirma que la restricción de uso del documento de Voluntades Anticipadas a los mayores de dieciocho años “carece de cualquier explicación en términos jurídicos, más allá del posible temor del legislador a que el menor pueda adoptar decisiones que impliquen una disposición sobre su propia vida. Sin embargo, no puede olvidarse que el documento de Voluntades Anticipadas es un instrumento a través del cual se ejercita el derecho a la autodeterminación libre y voluntaria del paciente, derecho que como hemos visto se reconoce al paciente menor de edad siempre y cuando tenga la madurez necesaria”¹³.

No sólo establece el legislador nacional una presunción de madurez para dichos menores sino que en el art. 9.3c de la misma ley establece el consentimiento por representación de aquellos menores que no sean capaz intelectualmente ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. A sensu contrario se desprende que el legislador, siguiendo la idea de que es la madurez real del individuo y no el dato cronológico aquello relevante en este ámbito no fija límite de edad alguno sino que establece que por debajo de los 16 años hay que estar al caso concreto, de tal manera que si se considera que el menor es suficientemente maduro para decidir y actuar en la concreta situación, es el menor el quien debe decidir. Siguiendo lo establecido en el art. 9 de la ley 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, en el que se regula el derecho a ser oído y escuchado, cuando un menor haya cumplido los 12 años, con independencia del grado de

11 BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Análisis de los criterios jurídicos en la normativa estatal y autonómica sobre cuidados paliativos e instrucciones previas. El papel del médico en su aplicación”, Comunicación libre al XII Congreso Nacional de la Sociedad Española de Derecho Sanitario, Madrid, 2005.

12 PLAZA PENADÉS, J.: “La ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562, 2002.

13 OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “El menor maduro ante el derecho”, *Eidon*, núm. 41, 2014, pp. 28-52.

capacidad que haya desarrollado, es considerado suficientemente maduro para ejercitar por sí mismo este derecho. Por debajo de la barrera de los 12 años, la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto, ex art. 9.2 de dicha ley. Esta idea la encontramos también en el Informe Explicativo al Convenio de Oviedo, en cuyo punto número 60, relativo a los deseos expresados anteriormente o voluntades anticipadas, se afirma que la previsión del Convenio sobre esta materia está prevista “para los casos en que las personas con capacidad de entender hayan expresado con anterioridad su consentimiento (ya sea asentimiento o rechazo) en relación a situaciones previsibles en las que ya no se encontrarían en condiciones de expresar su opinión sobre la intervención”. De esta manera, también el Convenio de Oviedo prioriza la “capacidad de entender” de las personas y no su capacidad jurídica cuando se trata de expresar las instrucciones previas¹⁴.

Desde esta óptica cuesta entender que el legislador nacional no reconozca la posibilidad a menores emancipados o con 16 años cumplidos de manifestar su voluntad anticipadamente como una forma de consentimiento o rechazo al tratamiento, pero expresado con anterioridad a que ocurra el hecho que lo incapacita para tomar decisiones y, por tanto, previo al momento en que se tendrá que aplicar el tratamiento o practicar la intervención. Otra parte de la doctrina no ve incoherencia alguna y afirma que la mayor exigencia por parte del legislador en el caso de las instrucciones previas se debe a la proximidad de éstas a la posible disposición sobre la propia vida¹⁵, unas cautelas que no se adoptan en cambio a la hora de reconocer la capacidad de menores emancipados o con 16 años cumplidos para otorgar el consentimiento a un determinado tratamiento o intervención en el mismo momento en que debe practicarse, independientemente de que el hecho de consentir en el tiempo presente pueda poner igualmente en riesgo la vida del paciente menor de edad.

En este sentido, nos parece acertada la decisión del legislador balear de acercar la edad para otorgar las voluntades anticipadas a la ya establecida por el legislador nacional para el consentimiento informado, al tratarse en nuestra opinión de dos instituciones claves en el ámbito de la autonomía del paciente, una autonomía cuyas limitaciones deberán interpretarse en el caso de los menores de edad de forma restrictiva y siempre en el interés superior del menor, ex art. 2.1 de la ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

14 JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: “Una aproximación a la regulación...”, cit., pp. 1-22.

15 PARRA LUCÁN, M. Á.: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2003; SANTOS MORÓN, M. J.: “Menores y derechos de la personalidad...”, cit., pp. 63-93.

3. Garantías de protección del paciente menor de edad en el ámbito de las voluntades anticipadas.

No compartimos en cambio que el legislador balear no ofrezca en la Ley 1/2006 suficientes garantías en cuanto a la constatación de la capacidad del sujeto ni la inexistente referencia a los representantes legales del menor, ya que si bien es verdad que no ejercen funciones de representación en el ámbito de los derechos de la personalidad siguen siendo los titulares de la obligación de velar por el interés superior del menor. En esta línea y siguiendo el planteamiento del legislador nacional en cuanto al consentimiento informado, al permitir la ley balear que los menores emancipados o con 16 años cumplidos otorguen un documento tan sensible como es el documento de últimas voluntades, ésta debería incluir ciertas garantías de protección de los pacientes menores de edad sobre todo en el caso de actuaciones límite o de grave riesgo para la vida del individuo.

La efectiva capacidad de los menores de edad para tomar decisiones en este ámbito es una cuestión conflictiva. Se ha demostrado que el cerebro de los jóvenes adolescentes no está plenamente desarrollado, existiendo determinadas áreas cuyo desarrollo completo no se produce hasta bien entrada la edad adulta, lo que demostraría que los adolescentes no son aún seres plenamente autónomos¹⁶. En este contexto, creemos necesario incluir alguna previsión legal para aquellos casos límite o de grave riesgo para la vida del menor en los que el individuo ha dejado plasmada su voluntad de manera anticipada, tal y como se incluye en la ley 41/2002, cuyo art. 9.4 dispone que cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, siempre según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta su opinión. Así, bastaría con incluir una previsión similar y solo informar a los padres o representantes legales en los casos en los que la voluntad expresada por el menor conllevara un grave riesgo para su salud o incluso vida¹⁷. Esta previsión contenida en la ley estatal no está tampoco exenta de crítica, ya que al exigir no sólo que la opinión del menor sea oída, sino también tenida en cuenta, plantea ciertas dudas acerca del peso y la importancia que debe darse a dicha opinión.

Sin embargo, otra parte de la doctrina considera que limitar la validez de la opinión expresada por el menor a los supuestos en los que la decisión tomada por éste le beneficia y, en cambio, sustituir la voluntad del menor en aquellos casos en los que un tercero (padres, representante legal, médico) cree que dicha decisión no supone un beneficio para el interés del menor no es compatible con el previo

16 OLIVA DELGADO, A.: "Desarrollo cerebral y asunción de riesgos durante la adolescencia", *Apuntes de Psicología*, vol. 25, núm. 3, 2007, pp. 239-254.

17 COMISIÓN ASESORA DE BIOÉTICA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS: "Informe CABéPA 4 – Las Instrucciones Previas: Sujetos y capacidad para otorgarlos", *Portal de salud del Principado de Asturias*, 2013, Oviedo.

reconocimiento de capacidad¹⁸. En esta línea, defienden que si se ha considerado que el menor cuenta con la suficiente capacidad de discernimiento y madurez para tomar una determinada decisión, no se le puede negar dicha autonomía “a posteriori” en aquellos casos en los que la decisión del menor no es compartida por sus representantes legales y proponen como garantía elevar las exigencias de capacidad a medida que aumente la complejidad del tratamiento y los riesgos que éste pueda conllevar.

La ley balear, por su parte, poco dice en relación a la constatación de la capacidad del menor y no contempla en absoluto la posible intervención de los representantes legales del menor en casos concretos en los que la voluntad expresada anticipadamente por el menor pueda suponer un riesgo para su propia vida. Así, en el art. 3 establece que compete al personal funcionario público ante el que se formaliza el documento la constatación de la personalidad y la capacidad de la persona autora del documento. Nada dice la ley acerca de la constatación por parte de los otros individuos ante los que puede formalizarse dicho documento: notario, más habituado a procedimientos de constatación de capacidad; la persona encargada del Registro de voluntades anticipadas, de la que no se especifica si debe proceder a la constatación de la capacidad del individuo o simplemente se limita a realizar la inscripción en el Registro; y finalmente, tres testigos mayores de edad con capacidad de obrar plena y que deben conocer al otorgante, sin especificar cómo pueden los testigos acreditar la capacidad del individuo. Cabe acudir al Decreto 58/2007 para esclarecer estos puntos. Así, en el art. 8.2 se establece que en aquellos casos en los que la declaración de voluntades anticipadas se hubiese otorgado ante el encargado del Registro, este ha de comprobar el cumplimiento de los requisitos de personalidad y capacidad previamente a la recepción de la declaración de voluntades anticipadas. Para los casos de documentos de voluntades anticipadas emitidos ante testigos, establece el art. 8.3 que a la solicitud de inscripción se ha de adjuntar el documento original de voluntades anticipadas, una copia compulsada del DNI o de un documento de identidad equivalente de la persona otorgante y de todos los testigos, así como la declaración de cada uno de los testigos de que se encuentran en pleno uso de su capacidad de obrar, así como que conocen a la persona otorgante del documento de voluntades anticipadas, y que firmó el documento ante estos en pleno uso de sus facultades, libremente y sin coacciones.

Uno de los inconvenientes que plantea la evaluación de la capacidad del menor de edad es que herramientas que se han demostrado eficaces para valorar el déficit cognitivo en adultos con determinadas patologías no permiten analizar

18 SANTOS MORON, M. J.: “Menores y derechos de la personalidad...”, cit., pp. 63-93; ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pp. 264-291.

satisfactoriamente cuando un individuo ha adquirido la madurez suficiente para actuar con plena autonomía¹⁹.

Tradicionalmente, para determinar el grado de discernimiento y madurez de un individuo se ha tenido en cuenta su capacidad para comprender la información proporcionada, apreciar la situación en la que se encuentra, manejar racionalmente los datos de que dispone y comunicar su decisión, procedimiento que se ha mostrado ineficaz para el ámbito concreto que nos ocupa. Por este motivo, algunos autores²⁰ proponen un método alternativo y no basado en posturas ideológicas que otorgan un valor absoluto a uno u otro bien aparentemente contrapuestos (vida del menor/poder de decisión o autonomía). Este enfoque se centra en la visión en primera persona que tiene el propio menor de su situación personal y sobre todo en las razones que invoca para tomar una determinada decisión. Según esta propuesta, existen una serie de bienes primarios como la propia vida, la salud, la ausencia de dolor, entre otros, cuyo valor es objetivo o “moralmente neutral” por lo que su pérdida causa un daño objetivo, independientemente de las convicciones ideológicas del individuo. Partiendo de esta concepción, los autores defienden que el rechazo a un tratamiento por parte de un menor de edad no se puede valorar si no se analizan las razones que aporta el menor y proponen un método para evaluar de modo objetivo dichos motivos y según el cual puede afirmarse que determinados juicios son objetivamente correctos, ya que tras analizar con detalle todos y cada uno de los aspectos relevantes, cualquier persona que se encontrara en la situación del menor llegaría a la misma conclusión, tomando en consecuencia la misma decisión. Este método, pensado para determinar si el consentimiento informado de un menor sería válido, no deja de ser complejo y habría que ver cómo podrían analizarse en el momento en que debe realizarse la intervención o tratamiento los motivos que han llevado a un menor a manifestar su voluntad anticipadamente y que no se encuentra en situación de dar más explicaciones al respecto.

Es en este contexto que cobra especial importancia la figura del representante que haya podido ser designado por el otorgante del documento de instrucciones previas: para interpretar las voluntades anticipadas expresadas y asegurar su cumplimiento por parte del equipo médico. Cabe aquí distinguir dos tipos de situaciones en las que puede darse (o no) la necesidad de interpretar el documento. En la primera de ellas, la situación prevista por el otorgante coincide con la situación real en la que éste se encuentra por lo que no es necesario interpretar el contenido de las instrucciones previas. Así, el papel del representante, siempre que haya sido designado, se limitará a asegurar el cumplimiento de los deseos

19 OJEDA RIVERO, R.: “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, 2015.

20 OJEDA RIVERO, R.: “El rechazo del tratamiento médico...”, cit.

expresados por el individuo. En la segunda de las situaciones que podrían darse, aquello previsto por el otorgante del documento no coincide o coincide solo en parte con su situación real y se hace necesario interpretar aquello expresado con anterioridad por el individuo para entender qué desearía en la situación concreta en la que se encuentra.

Es preciso apuntar que influye también en el contenido de las instrucciones previas el estado de salud del declarante en el momento de otorgar el documento ya que las instrucciones serán mucho más precisas si éste ha iniciado ya algún proceso patológico o padece ya alguna enfermedad y cuenta con un pronóstico más claro sobre el posible desenlace de la situación, mientras que si el declarante goza de buena salud es difícil que sea capaz de prever en sus instrucciones previas los múltiples escenarios que pueden darse en relación a su salud, siendo el contenido del documento será más general y hará énfasis en sus creencias, valores y objetivos vitales²¹.

Como no podría ser de otra manera, tanto la legislación estatal como autonómica exige que el representante conozca al otorgante, aunque algunas autonomías no permiten que los parientes más cercanos (hasta el segundo grado) ejerzan dicha función. Se supone pues que el representante conoce no solo los ideales, valores, creencias y objetivos personales del individuo en cuestión sino también su voluntad de tal manera que puede ser su voz en aquellos casos en los que el contenido de las instrucciones previas no sea suficiente. Existe, sin embargo, un debate en torno a la figura del representante, sus funciones y sus límites. Para algunos autores, el representante no ejerce funciones de representación propiamente dicha sino que es un simple interlocutor entre el declarante y el médico que debe seguir las instrucciones previas, de tal manera que si éstas son suficientemente claras no se requerirá su intervención y en ningún caso puede la voluntad del representante sustituir a la del otorgante²². Para otros autores en cambio, la voluntad del representante puede sustituir a la del declarante, llegando incluso a prevalecer en caso de conflicto y si así se ha manifestado en el documento de instrucciones previas²³.

En relación a la designación de un representante para que llegado el caso intervenga en la interpretación del documento otorgado cabe mencionar que la ley estatal nada dice sobre la necesidad de aceptación del cargo por parte de la persona designada. Así, se entiende que la designación es válida desde el mismo

21 TUR FAUNDEZ, M. N.: "El documento de Instrucciones Previas o Testamento Vital. Régimen Jurídico", en AA.VV.: *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García* (coord. por GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P), Tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España / Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4865-4885.

22 JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: "Una aproximación a la regulación...", cit., pp. 1-22.

23 TUR FAUNDEZ, M. N.: "El documento de Instrucciones Previas...", cit. pp. 4865-4885.

momento en que se realiza pero no vincula al representante hasta que éste acepta o no el encargo²⁴. En cambio, la ley balear establece como requisito de validez de la designación la expresa aceptación por parte de la persona designada.

4. Relación de la norma autonómica con la ley básica estatal 41/2002.

Analizado el contenido de la ley balear, es preciso estudiar el encaje de dicha ley en el marco fijado por la ley estatal 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La ley estatal afirma su carácter de legislación básica en su disposición adicional primera y de conformidad con lo establecido en el art. 149.1.1ª y 16ª de la Constitución española. El art. 149 de la Constitución española regula las competencias exclusivas del estado. En su apartado primero establece que compete al estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Asimismo, en el apartado 16 del mismo artículo, establece que compete al estado la regulación sobre las bases y coordinación general de la sanidad.

Siguiendo la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 25/1985 de 7 de abril), “las bases manifiestan los objetivos, fines y orientaciones generales sobre todo el Estado exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros”. Son, por tanto, “el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas dentro del ejercicio de su competencia”. Las bases normativas consisten, pues, en el contenido normativo material que se considera fundamental y que debe ser común a toda España por su carácter básico para la regulación de la materia²⁵. A su vez, la ley autonómica balear justifica en la exposición de motivos su promulgación amparándose en aquello dispuesto en su estatuto de autonomía, concretamente los art. 27.2, relativo a la promulgación de leyes por parte del Parlamento balear y los arts. 10.14ª y 23ª, según los cuales la Comunidad Autónoma tiene la competencia exclusiva en materia de sanidad y de conservación y desarrollo del derecho civil.

Introducido brevemente el tema de las competencias, es fácil intuir la problemática que plantea la existencia de una ley autonómica que contradice aquello establecido por el legislador estatal en una ley básica en cuanto a la edad necesaria para otorgar el documento de instrucciones previas, un elemento fundamental para garantizar la igualdad de derechos de todos los ciudadanos del

24 JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: “Una aproximación a la regulación...”, cit., pp. 1-22.

25 MOLAS, I.: *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998.

territorio del Estado español. Dicha problemática se agrava si tenemos en cuenta que la ley básica tiene vocación de aplicación universal y la única mención que hace dicha ley sobre la capacidad normativa de las comunidades autónomas es sobre la libertad a la hora de regular la forma, siempre que sea escrita, motivo por el cual es difícil aceptar la constitucionalidad de una ley autonómica que regula un elemento esencial como es la edad necesaria del otorgante en contra de lo establecido en la ley básica²⁶.

Como se ha expuesto, la ley 41/2002 afirma que las instrucciones previas manifestadas por el paciente deben desplegar su eficacia y ser respetadas en todo el territorio español, motivo por el cual se establece la creación del Registro nacional de instrucciones previas pero, dada las discrepancias no solo entre la ley balear y la ley básica, sino también entre las leyes de las diferentes Comunidades Autónomas, ¿cuál es la ley que debe prevalecer y que deberá ser aplicada por el médico responsable de cumplir con las instrucciones previas de un menor en cuestión?; ¿Qué sucede si las instrucciones previas han sido manifestadas por un menor cuya ley autonómica le permite hacerlo pero deben ser aplicadas por el personal sanitario de una comunidad cuya ley exige la mayoría de edad? Éstas y algunas otras cuestiones las plantea también TUR FÁUNDEZ quien defiende que su respuesta dependerá de si nos encontramos ante una cuestión civil o administrativa²⁷. A su entender, la legislación estatal relativa a las instrucciones previas regula un negocio jurídico y se trata por tanto de materia civil por lo que será la vecindad civil del individuo el criterio que determinará la ley aplicable. En cambio, la mayoría de leyes autonómicas se aplican atendiendo al criterio de territorialidad, ya que la mayoría de ellas regulan diferentes cuestiones administrativas que afectan a los centros de salud que se encuentran dentro de su territorio. Tal y como apunta la autora, la aplicación en este caso concreto del criterio territorial podría generar situaciones altamente complicadas ya que, para empezar, deberíamos ser capaces de prever en qué Comunidad Autónoma enfermaremos para otorgar así el documento de instrucciones previas de acuerdo con su legislación, ya que de no ser así podría no tener validez.

Cabe recordar que al amparo del art. 149.1.8 de la Constitución Española corresponde al estado dictar las normas sobre conflicto de leyes, no teniendo las Comunidades Autónomas competencia para ello. En esta línea, es difícil aceptar el criterio territorial para determinar la legislación aplicable al documento de voluntades anticipadas.

Otra de las cuestiones a tener en cuenta son los requisitos formales del documento, ya que si bien es verdad que son similares en la mayoría de Comunidades

26 COMISIÓN ASESORA DE BIOÉTICA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS: "Informe CABéPA 4...", cit.

27 TUR FÁUNDEZ, M. N.: "El documento de Instrucciones Previas...", cit., pp. 4865-4885.

Autónomas, algunas de ellas presentan sus particularidades. No es esta cuestión baladí, al afectar directamente el núcleo de la autonomía de la voluntad, por lo que entendemos que, tal y como se afirma en la ley estatal 41/2002, las voluntades anticipadas que hayan sido formalizadas conforme a lo establecido en la ley de la Comunidad Autónoma tendrán validez en todo el país y deberán ser respetadas por el médico encargado y siguiendo el procedimiento establecido por el servicio de salud de que se trate, tal y como establece la ley básica en su art. 11.2.

Además, tanto en la legislación estatal como en la autonómica se prevé la inscripción del testamento vital en un Registro especial creado a tal efecto. Es de entender que los documentos inscritos en el Registro habrán pasado un control formal previo, facilitando así la tarea de determinar si cumplen o no con las formalidades exigidas. Se discute también cuál es el valor de dicha inscripción: ¿es este constitutivo y, por tanto, carecen de validez aquellos documentos de últimas voluntades no inscritos en ningún registro? A nuestro entender, la finalidad del Registro tiene que ser la de facilitar el conocimiento de las inscripciones a terceros interesados y la de garantizar la autenticidad del documento así como que ha sido otorgado con todas las garantías necesarias²⁸.

Otra cuestión mucho más compleja y que nada tiene que ver con las formalidades del documento, es la desigualdad que se genera en cuanto a la edad y, por tanto, capacidad necesarias para otorgarlo al regular algunas leyes autonómicas este aspecto para el que no tienen competencia. El legislador balear se ampara en la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma relativa a la conservación y desarrollo del derecho civil, sin tener en cuenta la Ley estatal declara su condición de básica y, consecuentemente, es el Estado el único que puede regular las materias que en ella se contienen. Así la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma queda vinculada a lo establecido por el legislador estatal y, por lo tanto, no puede invadir el marco preestablecido en la ley básica, según el cual se exige la mayoría de edad para poder otorgar las instrucciones previas, como garantía de igualdad entre los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos. Así lo afirma también SANTOS MORÓN, quien defiende que la ley 41/2002 ha sido dictada al amparo de la competencia exclusiva del Estado para determinar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos constitucionales por lo que las comunidades autónomas que habrían asumido competencias en esta materia deben legislar dentro de los límites establecidos por el legislador nacional²⁹.

El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas lo realiza el Tribunal Constitucional en lo relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones

28 TUR FAUNDEZ, M. N.: "El documento de Instrucciones Previas...", cit., pp. 4865-4885.

29 SANTOS MORÓN, M. J.: "Menores y derechos de la personalidad...", cit., pp. 63-93.

normativas con fuerza de ley y la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se trata de normas reglamentarias, tal y como establece el art. 153 a) y c) de la Constitución Española. Asimismo, la propia constitución prevé en su art. 161.2 un mecanismo mediante el cual el Gobierno puede impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, quedando éstas suspendidas hasta que el Tribunal ratifique o levante dicha suspensión en un plazo no superior a cinco meses. Ahora bien, con la finalidad de resolver los posibles problemas de vacíos o conflictos de normas, la Constitución contiene en el art. 149.3 la cláusula de prevalencia, destinada a asegurar la unidad del ordenamiento jurídico y según la cual las normas del Estado prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas”, quedando la norma autonómica automáticamente desplazada si ésta existía con anterioridad a la promulgación de la ley básica estatal³⁰.

5. Conclusiones.

La ley estatal 41/2002 no permite que los menores de edad emancipados o con 16 años cumplidos expresen sus voluntades anticipadas cuando, en cambio, sí les permite manifestar su consentimiento o rechazo a un tratamiento en el mismo momento en que éste debe practicarse. Como se ha expuesto, esta decisión del legislador nacional es difícil de entender si tenemos en cuenta que reconoce la autonomía de estos menores para actuar en el ámbito sanitario, por lo que nos parecería más coherente con el espíritu de la propia ley que se les permitiera también expresar sus voluntades de manera anticipada. Sin embargo, la ley balear junto con otras leyes autonómicas permiten a dichos menores otorgar el documento de instrucciones previas. La convivencia de estas leyes genera una multitud de problemas interpretativos y de aplicación ya estudiados, ya que la ley nacional proclama su condición de básica y tiene vocación de universal dentro del territorio del estado español, lo que choca con el criterio de territorialidad invocado por las leyes autonómicas. A modo de conclusión, creemos que al regular un negocio jurídico y por tanto tratarse de materia civil debe utilizarse el criterio de la vecindad civil para determinar la ley aplicable. Otra cuestión es si las comunidades autónomas gozan de competencias para regular dicha materia, al invadir el marco preestablecido en la ley básica estatal. Entendemos que existen multitud de motivos para defender la posible inconstitucionalidad de las mismas, siendo el más claro que la propia ley 41/2002 establece su condición de básica en su disposición adicional primera lo que significa que la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas queda vinculada a lo establecido por el legislador estatal y, por lo tanto, no puede invadir el marco preestablecido en la ley básica. Esta es la confusa situación legislativa en la que se encuentran actualmente los

30 Así lo afirma también PARRA LUCÁN, M. Á.: “La capacidad del paciente...”, cit.

documentos de instrucciones previas, lo que nos lleva a preguntarnos si no sería más sencillo que existiera una única ley estatal de aplicación en todo el territorio del estado y que permitiera a los menores emancipados o con 16 años cumplidos otorgar el testamento vital tal y como se les permite con el consentimiento informado.

BIBLIOGRAFÍA

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015.

BARTOLOMÉ TUTOR, A.: *Los derechos de la personalidad del menor de edad. Su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación*. Aranzadi, Navarra, 2015.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "Análisis de los criterios jurídicos en la normativa estatal y autonómica sobre cuidados paliativos e instrucciones previas. El papel del médico en su aplicación", Comunicación libre al XII Congreso Nacional de la Sociedad Española de Derecho Sanitario, Madrid, 2005, Web de la Asociación Española de Derecho Sanitario (www.aeds.org/documentos).

COMISIÓN ASESORA DE BIOÉTICA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS: "Informe CABéPA 4 – Las Instrucciones Previas: Sujetos y capacidad para otorgarlos", 2013, Oviedo, Portal de salud del Principado de Asturias (<https://www.astursalud.es/noticias/-/noticias/informes-de-la-comision-asesora-de-bioetica>)

DE DIOS, R.: "Monográfico sobre Instrucciones Previas", Dirección General de Salud Pública, 2016, Consejería de Sanidad del Principado de Asturias (https://www.asturias.es/Astursalud/Ficheros/AS_Salud%20Publica/Estrategias/Estrategia%20Cronicidad/Monografia%20Instrucciones%20Previas.pdf).

DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: "Una aproximación a la regulación española del documento de voluntades anticipadas o "testamento vital"", *Diario La Ley*, núm. 7334, 2010.

LEAL HERNÁNDEZ, M.; RIVAS BÁEZ, J. A.; MARTÍNEZ MONJE, F.; LOZANO ESPINOSA, M.: "Papel del médico de familia en la cumplimentación y registro del documento de Instrucciones Previas", *Medicina de Familia. SEMERGEN*, vol. 41, núm. 3, 2015.

MOLAS, I.: *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998.

NORIEGA RODRÍGUEZ, L.: "Análisis de la legislación estatal y autonómica en materia de instrucciones previas o voluntades anticipadas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 20, 2016.

OJEDA RIVERO, R.: "El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo", *InDret, Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, 2015.

OLIVA BLÁZQUEZ, F.: "El menor maduro ante el derecho", *Eidon*, núm. 41, 2014.

OLIVA DELGADO, A.: "Desarrollo cerebral y asunción de riesgos durante la adolescencia", *Apuntes de Psicología*, vol. 25, núm. 3, 2007.

PARRA LUCÁN, M. Á.: "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2003 (www.aranzadidigital.es).

PLAZA PENADÉS, J.: "La ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562, 2002.

SANTOS MORON, M. J.: "Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 15, 2011.

SANTOS DE UNAMUNO, C.: "Documento de Voluntades Anticipadas: actitud de los pacientes de atención primaria", *Atención Primaria*, vol. 32, núm. 1, 2003.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I.: "La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas", X Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid, 2003.

TUR FÁUNDEZ, M. N.: "El documento de Instrucciones Previas o Testamento Vital. Régimen Jurídico", en AA.VV.: *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García* (coord. Por GONZÁLEZ PORRAS, J. M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P), Tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España / Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004.

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO



ESPECIALIDADES CONTEMPLADAS EN LA LEGISLACION
ESPAÑOLA RESPECTO DE LA EJECUCIÓN DE LA DEUDA
TRIBUTARIA EN LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA
PÚBLICA

*SPECIALTIES CONTEMPLATED IN THE SPANISH LEGISLATION
ABOUT THE EXECUTION OF A TAX DEBT IN CRIMES AGAINST PUBLIC
TREASURY*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 370-391



Antonio FERRER
GUTIÉRREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de noviembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: En el tratamiento del delito fiscal, el procedimiento penal podía determinar la paralización de cualquier acción de la Hacienda Pública en orden al cobro de la deuda tributaria, lo que al margen de generar la idea errónea de que esta deuda se integraba estrictamente en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito, dificultaba su ejecución determinando un importante agravio comparativo respecto al mero infractor, e incluso frente a un deudor ordinario, adoptándose por ello en nuestra legislación una serie de medidas para paliar dicha dificultad.

PALABRAS CLAVE: Proceso penal; delito fiscal; deuda tributaria; liquidación de la deuda tributaria; ejecución de la deuda tributaria; introducción en el proceso.

ABSTRACT: *In the adjudication of a tax offense, a court injunction could prevent the Public Treasury from collecting a tax debt in certain cases. This could, however, generate the incorrect impression that there is no longer any liability for the debt on the part of the criminal offender. Several measures in our legislation will soon be adopted to compensate for this anomaly in the execution of tax debts.*

KEY WORDS: *Criminal offender; tax offense; tax debt; execution of tax debt; court injunction; liability for debt.*

SUMARIO.- I. REGULACIÓN LEGAL DEL DELITO FISCAL.- II. LA DEUDA TRIBUTARIA.- III. REGULARIZACIÓN DE LA DEUDA TRIBUTARIA.- IV. REGULARIZACIÓN TARDÍA DE LA DEUDA TRIBUTARIA.- V. EJECUCIÓN DE LA DEUDA TRIBUTARIA.- I. Antecedentes legislativos.- 2. Deuda tributaria y responsabilidad civil.- 3. Suspensión de la ejecución de la deuda tributaria.- 4. Efectos de la suspensión respecto de las medidas ya acordadas.- VI. INTERESES DE DEMORA Y MORA PROCESAL.

I. REGULACIÓN LEGAL DEL DELITO FISCAL.

El delito fiscal aparece regulado dentro de nuestro país en el Título XIV del Libro II del Código Penal bajo la denominación “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social” en sus arts. 305 a 310 bis.

El delito fiscal propiamente aparece contemplado en el primero de los artículos citados, castigando al “que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma”, siempre que el importe defraudado o en palabras de la ley “la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados” exceda de la cantidad de 120.000 €, referida a cada periodo impositivo o en su caso de ser un periodo inferior, referida a un año natural, o en su defecto a cada uno de los conceptos por los que un hecho imponible es susceptible de liquidación.

Tipo básico que lleva aparejada una pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la cantidad defraudada, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

Resultando igualmente punibles estas conductas cuando la elusión del pago o disfrute indebido de algún beneficio afecte a la Hacienda de la Unión Europea, si bien en este caso la cantidad defraudada exigible para la apreciación del tipo básico

• Antonio Ferrer Gutiérrez

Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia. Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad CEU Cardenal Herrera, tanto en el Grado en Derecho como en el Máster Universitario en Abogacía. Participación en Proyectos de Investigación nacionales y europeos. Entre las publicaciones: monografías, capítulos de libro y artículos en revistas científicas. Cargos de gestión ostentados en la Universidad: Directora de Departamento, Secretaria Académica de la Facultad de Derecho, Empresa y Ciencias Políticas, Decana de la Facultad de Derecho, Empresa y Ciencias Políticas; en la actualidad, Adjunta al Secretario General de la Universidad y Coordinadora del Máster Universitario en Abogacía. Correo electrónico: rpascual@uchceu.es

se reduce a 100.000 €. Contemplándose junto a él un subtipo atenuado cuando la cantidad defraudada oscila entre los 100.000 y los 10.000€ para el que las penas se limitan a prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años.

Contemplando igualmente el art. 306 a aquellos que por acción u omisión defrauden los presupuestos generales de la Unión Europea el pago de cantidades que se deban ingresar, dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados u obteniendo indebidamente fondos falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, siempre que dichas conductas no tengan encaje dentro de las conductas contempladas por el art. 305. Distinguiendo dos tipos uno básico si la cuantía defrauda excede de los 50.000 € en cuyo caso se prevé una pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. Así como un tipo atenuado si la cantidad defraudada oscila entre los 4.000 y los 50.000 € en el que la pena se reduce a prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años.

Contemplándose dentro de este título igualmente las defraudaciones a la Seguridad Social y la obtención indebida de alguna de sus prestaciones, así como la indebida obtención de ayudas y subvenciones de la administración pública.

II. LA DEUDA TRIBUTARIA.

Como puede observarse claramente a través de la anterior descripción de las diferentes modalidades de delito fiscal, siempre va a ser esencial la determinación del importe defraudado desde el momento que la frontera del ilícito penal viene determinada por el hecho de haber eludido el pago una cantidad que excede de cierto límite económico. El cual de ordinario, en un principio vendrá determinado por la propia inspección tributaria, de forma que la correspondiente querrela se basará en el informe y liquidación paralela que dicho servicio haya realizado.

Al respecto la Ley General Tributaria (LGT) establece en su art. 107.1 que “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 motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario”. Estableciéndose

así una presunción de certeza, que podría hacer pensar que cualquier actuación posterior de nuestros tribunales, tanto en el ámbito estrictamente tributario como en el penal, necesariamente han de partir de los datos que esa acción inspectora nos ofrece, produciéndose una inversión de la carga de la prueba que haría que fuera precisamente el obligado tributario quien debiera demostrar que dichos datos son inexactos.

Sin embargo ya nuestro Tribunal Constitucional a través de su ya vieja sentencia de 26 de abril de 1990 ¹se encargo de precisar su verdadero alcance, visto que en definitiva estamos hablando de un derecho sancionador al que necesariamente se la ha de dar cabida a la presunción de inocencia consagrada constitucionalmente (art. 24.2 CE²).

Dicha sentencia marca el contenido y alcance que debe darse a dicha presunción, estableciendo una doctrina que han venido aplicando nuestros tribunales de forma reiterada desde su publicación. Según la cual nuestra legislación no otorga a la Hacienda Pública una presunción de veracidad absoluta, sino que puede ceder frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas. Ahora ello tampoco significa que se produzca una inversión de la carga de la prueba, sino que las actas levantadas por la inspección tributaria tienen el valor equivalente a un medio de prueba más de los aportados por las partes, y en esa consideración deben ser valoradas. La carga que determina, es que ante la imposición de la correspondiente sanción el contribuyente se ve obligado a recurrir, pudiendo obviamente basarse la impugnación en la falta de prueba de los hechos imputados o de la culpabilidad necesaria, ya que esta previsión legal en modo alguno supone que desaparezca la presunción de inocencia que rige en todo el derecho sancionador y que comporta la carga de acreditar cualquier hecho en que se pretenda fundar una sanción.

Por lo que en conclusión las actas de inspección no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en derecho, por lo que no prevalecen frente a otras pruebas de las que puedan obtenerse unas conclusiones distintas, ni condicionan la valoración que del conjunto de la prueba pueda hacer el juzgador. Lo que paralelamente, también significa que no tienen la consideración de simples denuncias, sino que son susceptibles de valorarse como prueba, por lo que pueden servir para destruir la presunción de inocencia sin necesidad de reproducir todas aquellas diligencias y comprobaciones practicadas en el expediente administrativo y permitieron adoptar las conclusiones plasmadas en la correspondiente acta.

Doctrina de la que naturalmente se ha hecho eco nuestro Tribunal Supremo en materia penal, donde la presunción de inocencia se muestra de una manera

1 STC núm. 76/1990, de 26 de abril de 1990 (CENDOJ - ROJ: STC 76/1990 - ECLI:ES:TC:1990:76).

2 Constitución española.

más sensible. Pasando así a constituir jurisprudencia consolidada la consideración de la cuota tributaria defraudada como un elemento objetivo del tipo, que habrá de ser fijado por la jurisdicción penal, mediante la aplicación de la legislación fiscal vigente, pero sin vinculación alguna a cualquier otro criterio distinto de la ley. De forma que la deuda que haya podido fijarse en el ámbito administrativo no pasa al debate judicial como un dato predeterminado, intangible e invariable, inmune a la contradicción procesal, sino que será la sentencia penal la que determine su cuantía tras la valoración de la prueba practicada durante el juicio oral, adquiriendo tras ello autoridad de cosa juzgada, sin que por aplicación del principio de preferencia de la jurisdicción penal quepa la posibilidad de una posterior revisión administrativa. Por lo que en conclusión no existe cuestión prejudicial administrativa, ni compete a la Administración fijar la cuota defraudada (ATS 18 enero 2016; STS 5 diciembre 2012; STS 10 julio 2006, entre otras³).

Por tanto, como vemos, el acta levantada por los servicios de inspección tributaria, tras ser sometida durante el juicio oral a la debida contradicción tendrá el valor de un medio probatorio más, y por tanto sometida a la libre valoración del tribunal. Mas en este aspecto no puede dejarse de reconocer el especial valor que adquiere el informe, ya que no podemos dejar de lado que está elaborado por una institución estatal, representada por unos funcionarios públicos que acceden a ella a través de un específico sistema de selección que garantiza sus especiales conocimientos, a lo que se une que si acceden a esa información o inician esas tareas revisoras es estrictamente por razón de su cargo, lo que en su conjunto les dota de unas especiales garantías de profesionalidad e imparcialidad, que naturalmente hace que sus conclusiones -en la práctica ordinaria- gocen de un especial valor, de forma paralela a lo que suele ocurrir con las declaraciones de los agentes de policía en relación a los hechos de los que tienen conocimiento por razón de su cargo.

Como contrapartida la práctica ordinaria igualmente nos enseña, que habitualmente se trata de supuestos sencillos de elusión de ciertos ingresos o partidas que una vez detectadas determinan la presencia del delito. Mas ello no excluye que en ocasiones se trate de una cuestión compleja en el que el importe de la deuda tributaria depende de una multiplicidad de factores que se complementan entre sí, o dicho de otro modo, constituyen los diferentes sumandos que vienen a determinar el importe de la deuda reclamada, por lo que una vez se consigue cuestionar tan solo uno de ellos, el importe total queda igualmente cuestionado, de tal forma que si la inspección tributaria no ha presentado actas alternativas para el caso de que progresara la tesis de la defensa, quedara la acusación carente de

3 ATS 18 enero 2016, Recurso: 20844/2015 (CENDOJ-ROJ: ATS 909/2016-ECLI:ES:TS:2016:909A). STS núm. 974/2012, 5 diciembre 2012 (CENDOJ-ROJ: STS 8701/2012-ECLI:ES:TS:2012:8701). STS núm. 827/2006, de 10 de julio 2006 (CENDOJ-ROJ: STS 6188/2006-ECLI:ES:TS:2006:6188).

la prueba esencial, ya que podrá haber defraudación pero se ignorara hasta que punto sobrepasara el límite inferior del delito.

III. REGULARIZACION DE LA DEUDA TRIBUTARIA.

A nadie se le escapa que el interés primordial del Estado, más que la represión penal de estos hechos, es lograr el cobro regular de sus tributos, de tal manera que por estas razones de política criminal se tiende a favorecer que las personas pueden eludir o atenuar su responsabilidad aceptando la liquidación efectuada por la administración y procediendo al pago de la deuda correspondiente.

Como primera medida en esta línea, nos encontramos con lo preceptuado por el art. 305.4 CP⁴, que permite una regularización tardía de la deuda, cuando el obligado tributario la reconoce y satisface (cuyas condiciones y requisitos son objeto de regulación en el art. 252 LGT). Ahora el precepto le impone un claro límite temporal, ya que ese pago se ha de producir antes de que la administración tributaria le haya notificado el inicio de actuaciones de investigación y comprobación de la deuda, o bien de no existir tales actuaciones, antes de que se interponga querrela o denuncia contra él, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. Regularización que tiene una amplia trascendencia, ya que paralelamente impide que se le pueda perseguir por las irregularidades contables o falsedades que en relación a la deuda tributaria objeto de regularización haya podido cometer con anterioridad.

En relación a esta posibilidad de eludir la acción penal resulta interesante la STS 13 febrero 2019⁵ que viene a analizar el precepto (art. 305.4 CP) comentado, poniendo de manifiesto que lo que persigue el legislador a través del mismo es fomentar la regularización espontánea de la deuda tributaria antes de que el infractor sea consciente de que su defraudación ha sido detectada, ya que solo así se puede entender su razón de ser. Desde el momento que otra interpretación podría incluso producir el efecto contrario, es decir, más defraudaciones, y menos recaudación, ya que el contribuyente poco escrupuloso podría verse invitado a defraudar, al tener la garantía de que si su maniobra es detectada, siempre podría eludir la pena pagando lo adeudado cuando reciba una citación o notificación que le alerte de ello.

Por lo que en esta medida se erige en un elemento esencial la espontaneidad del infractor, de manera que desde el mismo momento que este recibe esa citación esta posibilidad queda bloqueada de forma automática. Lo que plantea la

4 Código Penal.

5 STS núm. 746/2018, de 13 de febrero de 2019 (CENDOJ-RO): STS 392/201-ECLI:ES:TS:2019:392).

duda en orden al contenido que ha tener esa notificación para producir ese efecto, es decir hasta qué punto ha de ser precisa y detallada en relación con la concreta defraudación. Lo que la referida sentencia, poniendo el acento en esa idea de espontaneidad como criterio valorativo, señala que será válida a estos efectos aun cuando no sea totalmente precisa o no esté detallada en todos sus términos, ya que no es admisible que el infractor se refugie en una ignorancia deliberada, o si se prefiere puramente fingida, ya que al ser perfectamente conocedor de su comportamiento o de sus actuaciones previas, está en situación de deducir de forma segura que sólo a esos hechos puede referirse.

De esta forma el legislador pasa a presumir esa falta de espontaneidad mediante el establecimiento de diversas causas de bloqueo, entre las que encontramos: a) la notificación de actuaciones inspectoras por parte de la Administración; b) la notificación de la interposición de querrela o denuncia por parte del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local que corresponda; y c) la notificación de la iniciación de una investigación penal. Las cuales tienen como denominador común que desvelan al defraudador que su acción ilícita está siendo investigada y, por tanto, en vías de ser detectada.

Para concluir este apartado he de señalar que el alcance y contenido de la regularización de la deuda nos lo ofrece el art. 252 de la LGT, que a su vez nos remite a su art. 58 que incluye de un lado “la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta” que vendría a constituir el principal de la misma, al que habría que añadir los siguientes conceptos: el interés de demora; los recargos por declaración extemporánea; los recargos del período ejecutivo, y; los recargos exigibles legalmente sobre las bases o las cuotas, a favor del Tesoro o de otros entes públicos.

Surgiendo la duda de hasta qué punto pese a esa regularización puede imponerse algún tipo de sanción administrativa. Lo que se encarga de precisar el propio art. 58, al señalar que las sanciones administrativas que puedan imponerse en aplicación de dicha Ley no se integran dentro del concepto de deuda tributaria.

Respecto a esta última cuestión debe tenerse en consideración que el comentado art. 252 LGT se integra dentro de su Título VI bajo la denominación de “actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delito contra la Hacienda pública”, lo que excluiría su sumisión a un procedimiento administrativo sancionador, remitiéndonos al art. 305.4 CP que comienza señalando que esa regulación tendrá por consecuencia que “se considerará regularizada la situación tributaria”, lo que igualmente determinara la imposibilidad de que posteriormente la administración pueda iniciar un expediente sancionador en ese ámbito. No olvidemos que conforme a lo antes expuesto esta posible

regularización obedece a razones de política criminal, tendiendo a premiar la decisión del infractor de satisfacer espontáneamente la deuda antes de tener conocimientos de la persecución de unos hechos que pueden determinar la apreciación de un delito.

IV. REGULARIZACION TARDIA DE LA DEUDA TRIBUTARIA.

Dentro de esa política de favorecer el pago de la deuda tributaria el art. 305.6 CP otorga al defraudador una segunda oportunidad de beneficiarse de una ventaja condicionada al pago de la deuda, aunque sea tardío, que si bien no le supone la regularización de su situación tributaria sí que le permite beneficiarse de una importante reducción de la pena procedente.

En este supuesto más que primar esa espontaneidad a que antes aludía, se tiende a primar la colaboración activa del infractor, que una vez descubierto, o sencillamente una vez iniciada ya la investigación, por lo que tiene visos de haber sido detectada su defraudación, opta por poner fin al proceso reconociendo los hechos y por supuesto abonando íntegramente la deuda tributaria. Lo que en el presente caso, a fin de eludir el efecto perverso a que antes me refería, de que lejos de evitar el fraude una medida de esta naturaleza podría favorecerlo ante la confianza de que si acaso es detectado podrían evitarse sus consecuencias abonando la deuda. El precepto de un lado le atribuye un efecto limitado, ya que aquí no podrá eludir el proceso, pero sí que le supondrá una importante reducción de la pena, ya que esta podrá ser reducida en uno o dos grados, y de otro lado se le impone un límite temporal, ya que si bien lo permite tras el inicio del procedimiento penal, solo es válido si se realiza antes de que trascurren dos meses desde que el infractor reciba la citación como imputado, en definitiva desde que tiene conocimiento formal de que se ha iniciado un procedimiento en su contra, o cuanto menos que se ha iniciado una investigación por unos hechos de los que en principio pudiera aparecer como responsable, lo que igualmente tendería a evitar dicho efecto negativo, ya que al aparecer limitado con arreglo a un criterio puramente temporal, le impedirá al sujeto tomar su decisión en atención al resultado o evolución de la instrucción, es decir, en atención a las pruebas que se hayan podido recoger en su contra. Por lo que, en este caso por ese interés en lograr la efectiva satisfacción de la deuda, se premia la colaboración del sujeto, que, sin esperar la conclusión del proceso, acepta los hechos y liquida su deuda, haciendo innecesaria su prosecución, con todo el costo que ello pueda determinar, tanto desde el punto de vista material como de tiempo.

Dentro de esa finalidad de lograr una rápida reparación del quebranto de la Hacienda Pública igualmente se ofrece idéntica reducción de la pena a aquellos otros partícipes que sin ser autores ofrezcan información que conduzcan a un completo esclarecimiento de los hechos. Opción que en primer lugar se define de

forma negativa, ya que únicamente se pueden beneficiar de ella aquellos que no sean ni los obligados tributarios, ni los autores del delito, para los que entiendo estarían reservadas las posibilidades ya comentadas. En segundo lugar se abre un amplio abanico de posibilidades de colaboración, ya que la otorga a quien aporte pruebas que conduzcan tanto al esclarecimiento de los hechos, como a la identificación y detención de sus autores, aspecto este último, en el que precisamente por ese afán de lograr recuperar la cantidad defraudada se incluye la aportación de elementos que contribuyan a la averiguación del patrimonio de esas personas, lógicamente con el fin de lograr el resarcimiento de la deuda por vía ejecutiva.

Dentro de este apartado se plantea la cuestión de cómo introducirlo procesalmente en la causa, dado que aquí se está ya hablando de un proceso ya iniciado y de una reducción de pena, lo que necesariamente determina su conclusión mediante sentencia condenatoria. Lo que naturalmente supondría la necesidad una acusación formal y que esta se ventile en el correspondiente juicio oral.

El artículo alude expresamente a que “los jueces y tribunales podrán imponer al obligado tributario o al autor del delito”, por lo que ante esta redacción no sería obligada la existencia de una previa petición del Ministerio Fiscal para apreciarlo, es decir que a pesar de no haber sido solicitado expresamente por este en su escrito de acusación, podrá ser apreciada si a la vista del conjunto de las pruebas practicadas el juzgador entiende que concurren los requisitos necesarios para apreciarlo. Naturalmente en el caso inverso, es decir, de haber sido solicitada su aplicación por la acusación, si que estará vinculado por esta petición, por exigencia del principio acusatorio que impide que pueda imponerse una pena superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal.

Por tanto, esta petición o este beneficio deberá insertarse normalmente en el curso del proceso a través de sus cauces ordinarios. Así desde el momento que está sometido a unos ciertos condicionamientos puede ser objeto de debate contradictorio durante el juicio oral, si la acusación no admite la concurrencia de dichos requisitos, por tanto no forzaría su alegato la conclusión inmediata del proceso, especialmente cuando también junto ese reconocimiento y pago se está previendo también respecto de aquel tercero que colabora al esclarecimiento de los hechos, lo que implicaría una necesaria continuación del proceso tanto para depurar la responsabilidad del autor principal como para comprobar la eficacia a de esa colaboración. Ahora entiendo que este debate no necesariamente debe suponer que cuando menos lo deba introducir la defensa en su correspondiente escrito, pudiendo perfectamente formular unas conclusiones provisionales genéricas negando su responsabilidad, para luego introducirla a lo largo del

debate e incluso en trámite de conclusiones como petición alternativa, y es más, al redundar en beneficio del reo entiendo que incluso podría el tribunal apreciarlo de oficio si entiende concurren los condicionamientos precisos para ello.

Sin olvidar por supuesto que desde el momento que implica un reconocimiento y pago en muchos casos forzara la conclusión inmediata de la causa, a través de las vías de conformidad que previene nuestra legislación procesal (art. 787 LECr⁶).

V. EJECUCION DE LA DEUDA TRIBUTARIA.

A este particular se refiere el apartado 5° del art. 305 CP, que se encarga de prever las consecuencias que el inicio de un proceso penal por delito puede tener respecto de la deuda tributaria, ya que anteriormente se le otorgaba una plena preferencia a este último haciendo que toda la cuestión relativa a su pago quedara supeditada a él, de tal suerte que se paralizaba toda acción de la administración tendente al cobro, con el efecto perjudicial que la práctica demostró que ello determinaba.

Así actualmente, de un lado, se le otorga a la Administración Tributaria plena libertad respecto de aquellos conceptos y cuantías que no se vean afectadas por el posible delito fiscal, de tal forma que puede proceder de forma separada respecto de aquellas partidas que, si puedan verse afectadas, continuando su liquidación curso ordinario sujeta a todos los recursos que previene la normativa tributaria.

Mientras que aquellas partidas que puedan estar vinculadas a la comisión de un delito contra la Hacienda Pública, una vez separadas, continúan también su liquidación e incluso podrá proceder a su ejecución, si bien su importe final en cualquier caso quedará condicionado a lo que se pueda resolver dentro del ámbito de la jurisdicción penal.

Consagrando así el precepto un principio general de ejecución de la deuda tributaria, es decir de no paralización de la acción tendente a su cobro a pesar de la existencia del proceso por delito. Siendo excepcional su paralización si así lo decide el Juez penal, siempre previa prestación de la correspondiente garantía, salvo que el afectado no pueda prestarla y se aprecie que la ejecución le puede ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

Principio general de ejecutividad que paralelamente viene a desarrollarse normativamente a través de los arts. 621 bis y 621 ter LECR, donde ya pasa a regularse con más detalle haciendo posible su aplicación con todas sus consecuencias.

6 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

I. Antecedentes legislativos.

De ordinario se venía entendiendo que la mejor manera de ejecutar la deuda tributaria era a través del mismo procedimiento penal en el que se perseguía un eventual delito contra la Hacienda Pública, mas la practica vino a demostrar lo contrario, dado que en muchas ocasiones esa materialización del pago se dilataba notablemente, a lo que se unía que dentro del ámbito de la jurisdicción penal no se contaban con los mismos medios para su realización, lo que llegaba a dificultarla. Sin olvidar que en muchas ocasiones esta mera paralización de la ejecución suponía una ventaja para el deudor; generando un agravio comparativo respecto al mero infractor e incluso frente al contribuyente ordinario, respecto a los que de inmediato si iba a proceder por la vía de apremio con todas sus consecuencias legales una vez vencidos los plazos correspondientes.

A lo que entre otras cosas se trato de poner remedio mediante la reforma que se introdujo en el art. 305 del Código Penal mediante la Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre, por la que se incluían una serie de medidas en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal, con cuyo fin se hizo una revisión de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (Libro II, Título XIV, arts. 305 a 310 bis CP) con la que se pretendía: la creación de un tipo agravado que ofrezca una mejor respuesta a los fraudes de especial gravedad; posibilitar la persecución de las tramas organizadas de fraude fiscal; introducir mejoras técnicas en la regulación de las defraudaciones a la Hacienda y a los Presupuestos de la Unión Europea; evitar la denuncia ante los Juzgados de aquellos infractores que han regularizado su situación tributaria, y; en lo que a nosotros interesa, introdujo un nuevo apartado dentro del art. 305 del CP, el comentado numero 5º, que permite continuar con el procedimiento administrativo de cobro de la deuda tributaria pese a la pendencia del proceso penal, lo que a la vez era una exigencia Comunitaria en lo que se refiere a aquellas que constituyan recursos propios de la Unión Europea.

La menciona reforma sin embargo no cumplió totalmente las expectativas propuestas, lo que siguiendo la línea ya iniciada de intensificación de las medidas de prevención y lucha contra el fraude, determino la publicación de la Ley 34/2015 de 21 de septiembre de modificación parcial de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003 de 17 de diciembre), por la que se vino a incorporar nuevas figuras sustantivas y procedimentales para cubrir los vacíos legales existentes y superar ciertas dudas o conflictos interpretativos entre la administración y los órganos jurisdiccionales. Lo que hacía necesario que tuviera un adecuado reflejo dentro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que vino a solucionar en nuestro país la Disposición Final de la mencionada Ley 34/2015 mediante la introducción en nuestra ley procesal de los arts. 621 bis y 621 ter, dispuestos sistemáticamente en

el Título X bis, Libro II bajo el título: “De las especialidades en los delitos contra la Hacienda Pública”, que igualmente se crea, en los que ratificando ese principio general de ejecutividad inmediata de la deuda, viene a solventar dichas carencias.

Así en el preámbulo de la repetida Ley 34/2015 se indica que partiendo de la base de que la norma general es la práctica de la liquidación y el desarrollo de las actuaciones recaudatorias precisas para su cobro, se detectó la necesidad de establecer un procedimiento administrativo que permitiera efectuar esa liquidación y proceder a su cobro, acabando con el trato diferente e injustificado dispensado al presunto autor de un delito contra la hacienda pública, frente al mero infractor a quien se le imponía la obligación de pagar o garantizar la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo. Reiterando que son dos autoridades del Estado las que intervienen en el ámbito que le es propio ante una defraudación de naturaleza delictiva, la administrativa y la judicial. De las cuales tiene preferencia esta última en dos aspectos, de una parte, le corresponde al juez penal la posibilidad de suspender las actuaciones administrativas de cobro, permitiendo así el acceso a una justicia cautelar frente a la ejecutividad de la liquidación tributaria, y de otro lado, por el obligado ajuste final de la liquidación tributaria a los hechos que declare probados el juez penal.

En lo que a nosotros ahora interesa observamos que en un principio se estableció esa ejecutividad de la deuda tributaria y la posibilidad de que el juez penal lo suspendiera, pero sin embargo no se reguló el procedimiento y condiciones en que esa suspensión se podría acordar, en concreto lo atinente a la necesaria garantía para evitar su ejecución, así como los efectos que una vez acordada tendría respecto a las medidas ejecutivas que hasta el momento pudiera haber llevado a cabo la Administración Tributaria, aspectos que se encargan de regular los arts. 621 bis y 621 ter, respectivamente, que la referida Ley 34/2015 introduce.

2. Deuda tributaria y responsabilidad civil.

Siendo interesante a este respecto la STS 5 diciembre 2012⁷, que juzga el caso de un despacho de abogados especializado en el mercado inmobiliario que ofrecía a sus clientes, fundamentalmente extranjeros, diversos mecanismos con objeto de propiciar inversiones en nuestro país ahorrando gastos fiscales, lo que hacía, entre otros procedimientos, mediante la creación de sociedades patrimoniales de responsabilidad limitada en España, participadas por estas personas, bien directamente, o bien por medio de otra sociedad extranjera. Logrando así que se facilitara en el tiempo esa transmisión de bienes a la par que el cliente podría no aparecer en las escrituras ni en los registros públicos, con la consiguiente posibilidad

7 STS núm. 974/2012, de 5 de diciembre de 2012 (CENDOJ-ROJ: STS 8701/2012-ECLI:ES:TS:2012:8701).

de poder obtener ventajas fiscales, así como dificultar una eventual inspección fiscal. A la par de detectarse casos en que contribuyo al blanqueo de capitales procedentes de distintas actividades delictivas. Que concluyo con la condena del principal acusado como autor de un delito continuado de blanqueo de capitales y de un delito contra la Hacienda Pública, que nuestro Tribunal Supremo ratifica, si bien respecto al primer delito reduce el importe de las cantidades ilícitas blanqueadas y respecto al segundo, las rentas no declaradas a la Hacienda Pública, y con ello la cuota tributaria defraudada. Se trata de una sentencia realmente compleja recaída en el llamado caso “ballena blanca”, investigado en Marbella (Málaga) con una gran repercusión social. La cual realmente desborda lo pretendido con este artículo, pero resulta de enorme interés el voto particular que formula uno de los integrantes de la Sala⁸, por las críticas que efectúa a la tendencia de integrar la deuda tributaria dentro del concepto de la responsabilidad civil, lo que además hace en un momento en que la reforma legislativa arriba comentada no era más que un proyecto en fase de discusión parlamentaria.

Dicho voto particular centra sustancialmente su discrepancia con la Sala en torno al problema de la idoneidad del delito de defraudación tributaria para erigirse en presupuesto del delito de blanqueo de capitales. Señalando, entre otros particulares y centrándonos ya en el tema que nos ocupa, que la cuota que se deja de pagar no constituye un enriquecimiento del sujeto, sino que a consecuencia de omitir el pago debido se determina un indebido no empobrecimiento, es decir un ahorro, no un lucro emergente. Determinando la equiparación que de estos aspectos se produce al integrarse dentro del concepto de responsabilidad civil, que se retuerza la naturaleza de las cosas, generando paradojas solo resolubles -según sus palabras- “voluntariosamente y no sin cierto artificio”. Considerando así que, si se fuerza el lenguaje, entendiendo que los bienes procedentes del delito fiscal vienen constituidos por la cuota defraudada, se acabará teniendo que sostener que cualquier elemento del patrimonio del autor, hasta que alcance el monto de la cuota, es un bien proveniente del delito. O planteárenos hasta qué punto es posible hablar de la presencia de estos delitos cuando el sujeto carece de bienes. Cuestionando así la dificultad, cuando no imposibilidad, de individualizar la cuota defraudada dentro del patrimonio del deudor tributario. Con lo que enlaza con lo que enlaza con el tema que ahora nos ocupa.

Considerando que concebido el delito contra la Hacienda Pública como un tipo cuya conducta nuclear consiste en el impago de una deuda, su apreciación no debería arrastrar una condena al abono de la cuota defraudada como responsabilidad civil, ya que no se trata de una deuda nacida del delito, sino que

8 STS núm. 974/2012, de 5 de diciembre de 2012. Voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García (CENDOJ-ROJ: STS 8701/2012-ECLI:ES:TS:2012:8701).

por el contrario sus perfiles subjetivos y cuantitativos ya están definidos antes de su comisión. Condena que además puede determinar que se alteren sus términos, convirtiendo en obligado tributario a quien no lo era, ya que no necesariamente debe este coincidir con el autor u otros partícipes en el delito, piénsese por ejemplo en el caso de que el obligado tributario sea una persona jurídica y se entienda responsable del delito a su administrador o representante.

Razonando así que la deuda tributaria no es la consecuencia del delito, sino que este se limita a perpetuarla, por lo que la pendencia de la causa no tiene porque determinar necesariamente la paralización del proceso administrativo para su cobro. De la misma forma que el seguimiento de un procedimiento por un delito de alzamiento de bienes o insolvencia punible no tiene por qué constituir un obstáculo para que el proceso civil en el que se pudo haber eludido un embargo continúe su tramitación, como tampoco la existencia de terceros partícipes ha de alterar los términos subjetivos de la deuda civil cuyo pago se elude. En el delito contra la Hacienda Pública los perfiles de la deuda tributaria eludida ya están definidos antes de la comisión del delito, por lo que este no debería alterarlos. Por tanto, la deuda tributaria no es una obligación derivada de delito, lo que no excluye que haya supuestos en que pueda surgir una responsabilidad civil nacida del mismo, pero que no afectará, ni objetiva, ni subjetivamente a la deuda tributaria, por lo que nada impide que se exija al margen del proceso penal. El falso mito de que un proceso penal es el mecanismo más eficaz para el cobro la deuda, movió primero a la jurisprudencia y luego al legislador a anudar a la comisión de los delitos contra la Hacienda Pública el pago de la cuota defraudada como responsabilidad civil, a pesar de que este delito no genera “bienes” y por tanto no obliga a restituirlos o a indemnizar, lo que ha traído como consecuencia negativa que haya de esperarse al final del proceso penal para conseguir el pago, produciéndose a la par una cierta alteración de la deuda tributaria, que de ser una obligación legal regida por las normas tributarias, con sus propios plazos de caducidad o prescripción y unas personas responsables, pasaba a convertirse en responsabilidad civil *ex delicto* con otros plazos de prescripción y otros responsables que desplazan a los reales. Planteamiento de equiparación que primero se impuso en la jurisprudencia y que luego tuvo plasmación legal expresa, primero a través de la Disposición Adicional décima de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y más adelante a través de la reforma introducida en el art. 305 CP a través de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que paso a contemplarlo en su número 5 (actual N° 7) al señalar que “en los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya podido liquidar ...”.

Disfunciones que han llevado a que ahora se sostenga que no estamos ante un problema de responsabilidad civil derivada del delito, sino de ejecución en el proceso penal de una deuda tributaria, ya que esta no puede transformarse al someterla al régimen de los art. 109 y siguientes del Código Penal, lo que avala la reforma comentada que, particularmente en el art. 305.6, diferencia entre el obligado tributario y el autor del delito; y habla de satisfacer la deuda tributaria y no la obligación civil nacida de delito, dando por supuesto que cuando el autor del delito no coincide con el obligado tributario a aquél no se le podrá exigir el pago de la deuda.

3.- Suspensión de la ejecución de la deuda tributaria.

Como he señalado más arriba, con el fin de no colocar al investigado por la eventual comisión de un delito contra la Hacienda Pública en mejor posición que a un mero infractor, o incluso que a un deudor ordinario, el art. 305, 5 CP previene que la incoación de una causa penal, no impide la ejecución de la deuda liquidada por la Administración Tributaria, cuyo impago u ocultación por parte del obligado, ha motivado la incoación de la causa en su contra. Esa ejecución de la deuda le corresponde de forma directa a la Administración Tributaria que la llevara a cabo con arreglo a las normas que le son propias. Sin embargo, acorde al hecho de que en cualquier caso la jurisdicción penal es preferente, el Juez encargado de la investigación tiene la posibilidad de acordar la suspensión de la misma, previa prestación de la correspondiente garantía que asegure su ejecución final, salvo que excepcionalmente se entienda que existen meritos para adoptar otra decisión. Contemplándose en el art. 621 bis LECr el trámite a través del cual se va a acordar esa suspensión:

- Solicitud: Cabe que esa suspensión se acuerde tanto de oficio, como a petición de parte, tal como de forma expresa se encarga de precisar el propio precepto, conclusión a la que podría haberse llegado pese a una eventual omisión de esta precisión, dado que la jurisdicción penal es preferente y acorde a ese hecho la decisión del juez es discrecional, pudiendo si así lo estima pertinente limitar o exonerar de la prestación de la correspondiente garantía, por lo que en esta medida entiendo que también podría acordar directamente de oficio esa suspensión si considera que también concurren circunstancias que lo justifiquen. A pesar de lo cual no puede dejar de mencionarse que por la propia colaboración activa que exige del deudor, lo ordinario será que se acuerde a petición de parte, y lo excepcional que se haga de oficio. Debe tenerse en cuenta que la incoación de este tipo de procedimientos aparece precedida de una cierta actividad inspectora por parte de la Hacienda Pública que delimita la cuestión, y aun cuando la veracidad y exactitud de esa deuda no esta exenta de prueba, ni goza a su favor de ningún

tipo presunción de corrección, no por ello deja de constituir un sólido principio de prueba que aporta una racional sospecha de criminalidad.

- Tramitación: efectuada la petición, como única tramitación el precepto previene la concesión de un traslado al Ministerio Fiscal y a la Administración perjudicada con objeto de que en el término de 10 días se pronuncien sobre la eventual suspensión, así como el alcance de la garantía que a su juicio resulta procedente solicitar.

- Resolución: Una vez evacuado el anterior tramite, o vencidos los diez días concedidos a tales efectos, el juez en el término de 10 días deberá resolver si accede o no a la suspensión, debiendo en su caso fijar la correspondiente garantía y el plazo dentro del cual deberá ser prestada, que en ningún caso podrá ser superior a dos meses. Esa garantía deberá cubrir no solo el importe de la deuda tributaria, sino también los eventuales intereses y recargos a que pudiera dar lugar el retraso en la ejecución, para lo cual será esencial la colaboración de la Administración Tributaria, al ser quien de mejor manera puede contribuir a su determinación.

- Ejecución: Para que pueda ejecutarse la resolución por la que se acuerda la suspensión es esencial la prestación de la garantía fijada, hasta el extremo que el hecho de que trascurra el término fijado sin prestarla determina que de forma automática quede sin efecto lo acordado, siguiendo la ejecución su trámite ordinario. A lo que hemos de añadir que esta resolución exclusivamente afectara al deudor investigado respecto del que se haya acordado, no impidiendo la liquidación de la deuda respecto de aquellas otras personas que también puedan resultar obligados.

- Supuesto excepcional: en caso de concurrir circunstancias especiales que lo puedan justificar, el juez podrá exonerar de forma total o parcial al deudor de su obligación de prestar esta garantía, lo que entiendo, visto que lo ordinario es la ejecución y lo excepcional la suspensión bajo garantía, suprimir o limitar esta supondría una excepción sobreañadida, que solo razones suficientemente caracterizadas, perfectamente individualizadas y acreditadas lo pueden justificar, si de ellas puede afirmarse que de liquidarse esa deuda le seguiría un perjuicio irreparable al deudor.

- Recurso: contra esta decisión, tanto en lo que se refiere a la suspensión en si misma, como a la garantía fijada, cabe interponer recurso de apelación, que será admitido en un solo efecto, no impidiendo por tanto su ejecución.

4.- Efectos de la suspensión respecto de las medidas ya acordadas.

Como ya se ha señalado, el auto por el que se acuerda la suspensión de la deuda no surtirá efectos hasta que no se haya prestado la correspondiente garantía, momento a partir del cual estos se retrotraerán a la fecha en que se hubiera solicitado la suspensión. Por tanto, si antes de que se haya dictado ese auto, o paralelamente, la Administración Tributaria ha seguido los tramites oportunos en orden a la satisfacción de la deuda, lo que puede haber determinado que se hayan adoptado una serie de medidas de ejecución (embargos, retención de bienes, etc.), surge la duda del destino que haya de tener posteriormente lo obtenido a través de ese apremio, ya que no podemos olvidar que si se ha acordado esta suspensión es porque previamente se ha garantizado el importe de la deuda con sus correspondientes intereses y recargos, por los que estas medidas de ejecución carecerían ya de sentido. Aspecto que se encarga de regular el art. 62I ter LECR:

A) En primer término, podemos entender que los embargos que se hayan podido practicar, una vez prestada la correspondiente garantía se levantarán, manteniéndose hasta que efectivamente se preste esta y consecuentemente comience el auto a desplegar sus efectos.

B) En segundo término, estos embargos y demás medidas de ejecución pueden a instancias del Ministerio Fiscal o de la Administración Tributaria pasar a constituir la garantía exigible, si se entiende que aseguran de una mejor manera la ejecución de la deuda, en cuyo caso naturalmente se mantendrán.

C) En tercer lugar, en lo referente a los pagos a cuenta que se hayan podido realizar, el precepto se ocupa de regular su destino en el caso de que se haya exonerado al deudor de prestar la correspondiente garantía, en cuyo caso previene que se mantendrán, sin que le afecte el periodo de retroacción del auto, es decir el que media entre la solicitud y el momento en que se acuerda la suspensión. Lo que nos lleva a pensar, interpretando el precepto a sensu contrario, que cuando no se haya producido esa exoneración los pagos producidos dentro del periodo de retroacción, en principio, quedaran sin efecto, debiendo en cualquier caso matizarse esta afirmación, ya que en ultima instancia su suerte dependerá del contenido del auto, o mejor dicho de los limites que este haya determinado.

Por tanto, observamos que puede darse el caso de que a pesar de haberse acordado la suspensión se mantengan los bienes embargados durante el periodo en que la ejecución de la deuda se inicio, eventualidad ante la que el precepto ordena de forma terminante que no pueda procederse a su realización hasta que la liquidación de la deuda, tras la correspondiente sentencia, adquiera firmeza. Estableciendo sin embargo una serie de excepciones en que el juez podrá acceder a esa venta, así concretamente cabra: caso de ser bienes perecederos; en caso de

abandono; si los gastos de conversación son superiores al valor del bien; si puede derivarse un riesgo para la salud o seguridad pública; eventual depreciación por el transcurso del tiempo. El importe de la venta naturalmente hemos de entender que quedara igualmente sometido a la resultancia del proceso, pasando a sustituir al bien embargado en su momento. De esta relación el precepto excluye aquellos bienes embargados que a la par sean piezas de convicción, salvo que se trate de bienes perecederos o cuya conservación sea excesivamente costosa.

Por último, este precepto previene que las decisiones en orden a la suspensión y a la naturaleza e importe de la garantía podrán ser modificadas o revocadas en caso de que varíen las circunstancias en base a las cuales fueron acordadas. Lo que por otro lado es habitual en este tipo de medidas cautelares y de hecho entiendo que, por ello, aun cuando no se hubiera hecho esta previsión, por la propia naturaleza de la resolución igualmente podría hacerse. Llamando la atención su disposición sistemática, ya que quizá hubiera sido más correcto, en vez de contemplarlo en el art. 621 ter, fundamentalmente referido a la subsistencia de los embargos acordados antes de la suspensión, incluirlo en el art. 621 bis, que precisamente aborda la decisión y condiciones de la suspensión.

VI. INTERESES DE DEMORA Y MORA PROCESAL

Realmente hoy la cuestión relativa a si la condena penal ha de incluir los intereses de demora es una cuestión perfectamente resuelta por nuestra legislación, ya que de un lado, el art. 58 LGT incluye dentro del concepto de deuda tributaria, al margen del principal: el interés de demora; los recargos por declaración extemporánea; los recargos del período ejecutivo, y; los recargos exigibles legalmente sobre las bases o las cuotas, a favor del Tesoro o de otros entes públicos, y de otro lado el art. 305.7º CP alude expresamente a que la responsabilidad civil incluirá la deuda tributaria no liquidada por la administración, dentro de la que expresamente señala que se incluirán estos intereses.

Sin embargo, se ha llegado a plantear hasta que punto ello no implica una doble sanción, ya que tras el procedimiento penal se le ha impuesto al sujeto la pena correspondiente por lo que imponerle a la par esos intereses reformados, que por el recargo que suponen podríamos entender poseen un carácter punitivo, nos podríamos plantear hasta que punto no determina una punición excesiva. Sin olvidar que en cualquier caso la cantidad vendrá reforzada por los intereses moratorios procesales que contempla el art. 576 LECv⁹ y que en cualquier caso serían de aplicación general.

9 Ley de Enjuiciamiento Civil.

Criterio que incluso ha llegado a mantener nuestro Tribunal Supremo, por ejemplo en la STS 30 abril 2003¹⁰, que sostiene que en la medida que según nuestra legislación tributaria el interés de demora es equivalente al interés legal del dinero incrementado con un importante recargo del 25%. A lo que se une que a pesar de que lo determinante para la apreciación del delito es el importe de la cuota defraudada, va a resultar a la vista de los recargos que impone el art. 58 LGT, que la deuda tributaria siempre va a ser siempre superior a aquella. Lo que hace que se le atribuya a estos recargos y más concretamente a ese interés de demora un carácter puramente sancionador, inadmisibles por el principio de *non bis in idem*, que impediría que una sanción administrativa se superponga a la sanción penal. Por lo que si consideramos que la responsabilidad civil *ex delicto* (arts. 109 y ss. CP) abarca los daños y perjuicios causados por la ejecución del delito, debemos deducir que el interés que debe ser impuesto es estrictamente el legal del dinero no ingresado desde el día que concluyó el plazo de declaración del tributo, al ser ese el perjuicio adicional que se le causa a la Administración por la ejecución del delito.

Criterio respecto al que nuestro Tribunal Supremo ha tenido una cierta vacilación, ya que por ejemplo la STS 26 diciembre 2001¹¹, pese a ser anterior a la antes comentada sigue un criterio diverso y entiende que deben incluirse los cuestionados intereses. Sin embargo, actualmente hemos de entender superada la cuestión existiendo un criterio firme favorable a la incorporación de esos intereses de demora.

A este respecto resulta interesante la STS 12 diciembre 2018¹², que considera que este debate es una cuestión que legalmente ya está resuelta, señalando que habiéndose considerado siempre el delito fiscal como una norma penal parcialmente en blanco, que debe necesariamente complementarse por la normativa tributaria, es lógico que ello afecte también a la determinación del importe que el defraudador debe abonar desde el vencimiento de la deuda tributaria. Por lo que en esta medida siendo una cantidad que según su concepto se le va a exigir “a los obligados tributarios y a los sujetos infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo o de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar una vez finalizado el plazo establecido al efecto en la normativa tributaria, del cobro de una devolución improcedente o en el resto de casos previstos en la normativa tributaria”(art. 26 LGT). No resulta razonable colocar en mejor posición a quien en definitiva es un delincuente fiscal, frente a un obligado tributario ordinario

10 STS, núm. 539/2003, de 30 de abril de 2003 (CENDOJ-ROJ: STS 2957/2003-ECLI:ES:TS:2003:2957).

11 STS, núm. 2476/2001, de 26 de diciembre de 2001 (CENDOJ-ROJ: STS 10342/2001-ECLI:ES:TS:2001:10342).

12 STS núm. 632/2018, de 12 de diciembre de 2018 (CENDOJ-ROJ: STS 4176/2018-ECLI:ES:TS:2018:4176).

que ha podido cometer una pequeña irregularidad en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales.

A lo que añade haciendo alusión a esa relativa vacilación jurisprudencial, que hoy en día es un criterio consolidado entender que deben ser incluidos los comentados intereses, citando en apoyo de esa afirmación diversas resoluciones que así lo consideran (STS 24 octubre 2013; 25 junio 2010; 8 abril 2008¹³). Reconocimiento que incluso lleva a la comentada resolución a hacer un interesante estudio sobre el carácter irretroactivo de un cambio jurisprudencial.

Añadiendo que igualmente hoy es una visión totalmente superada el entender que estos intereses poseen un carácter netamente sancionador; habiendo pasado a entenderse tanto en el ámbito contencioso administrativo, como por nuestro propio Tribunal Constitucional (STC 26 abril 1990¹⁴) como meramente reparadores del perjuicio ocasionado por el retraso en el pago.

Cuestión diferente es la relativa a los intereses moratorios procesales, es decir los contemplados con carácter general por el art. 576.I LECv que en modo alguno quedan excluidos por el juego de los intereses de demora. Debemos tener en cuenta que se trata de unos intereses que vienen impuestos por una disposición legal expresa, poseyendo un estricto carácter procesal, que vienen justificados por la dilación en el cumplimiento del mandato judicial, de tal manera que por así preverlo la norma se devengarán desde el momento en que se dicte sentencia en primera instancia, determinando que nazcan sin necesidad de una previa petición de parte.

13 STS núm. 832/2013, de 24 de octubre de 2013 (CENDOJ- ROJ: STS 5811/2013-ECLI:ES:TS:2013:5811). STS, núm. 606/2010, de 25 de junio de 2010 (CENDOJ-ROJ: STS 3873/2010-ECLI:ES:TS:2010:3873). Principio del formulario
Final del formulario
STS, núm. 163/2008, de 8 de abril de 2008 (CENDOJ-ROJ: STS 1336/2008-ECLI:ES:TS:2008:1336)

14 STC núm. 76/1990, 26 de abril 1990 (CENDOJ - ROJ: STC 76/1990 - ECLI:ES:TC:1990:76).



LAS COSTAS EN LOS CASOS DE ALLANAMIENTO DE
LA ADMINISTRACIÓN: NUEVO CRITERIO DEL TRIBUNAL
SUPREMO

*THE LEGAL COSTS WHEN ADMINISTRATION ACCEPTS THE CLAIM:
NEW SUPREME COURT CRITERIA*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 392-405



Fernando
HERNÁNDEZ y
Vicente GOMAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de noviembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: El presente estudio analiza las costas en los procesos contencioso-administrativos, concretamente, en los casos de allanamiento de la Administración dentro del plazo para contestar la demanda. Sobre esta cuestión la normativa sufrió una modificación que ha hecho que ya no se aplique la LEC como norma supletoria, sino que el art. 139 LJCA determine que, dicho allanamiento, equivalga al vencimiento del particular y, en consecuencia, proceda las costas a la Administración.

PALABRAS CLAVE: Allanamiento; costas procesales; Administración Pública; doctrina del Tribunal Supremo.

ABSTRACT: *The present study analyzes the STS 84/2018, of June 3, which has declared the nullity of the quantification of legal costs in the contentious-administrative procedure provided for in the article 51.2 of Royal Decree 520/2005, of May 13, in subject matter of administrative review, in its wording given by Royal Decree 1073/2017, of December 29. For this, we also lay out the direct resource that has been the route used by the Spanish Association of Tax Advisors to challenge the mentioned regulation.*

KEY WORDS: *Direct lawsuit; legal costs; legal security; nullity of regulation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. REGULACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.- III. SITUACIÓN ANTERIOR A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE JULIO DE 2019.- IV. FIJACIÓN DE CRITERIO POR EL TRIBUNAL SUPREMO: SENTENCIAS DE 17 DE JULIO DE 2019.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo vamos abordar la cuestión relativa a la condena en costas. Concretamente, en el escenario en el que la Administración se allana ante el recurso interpuesto por los particulares. Esta materia ha sufrido muchas modificaciones a lo largo de la historia y, recientemente, el Alto Tribunal ha dictado una sentencia que ha fijado doctrina.

Para hablar de las costas, conviene hacer referencia antes a los gastos del proceso jurisdiccional. En este sentido, los gastos del proceso con todos los costes que en él tienen su causa. Sean éstos los producidos al aparato del Estado (Administración de Justicia y Órganos jurisdiccionales) o para las partes que concurren en el pleito (procurador, letrado, peritos, etc.). Dentro de todos estos gastos, se encuentran las costas del proceso.

Las costas serán los gastos procesales “cuyo pago recae sobre las partes que intervienen en un proceso determinado. Son gastos, por tanto, que tienen su causa inmediata o directa en un proceso concreto y que han de ser soportados por las partes”¹. Y, por tanto, serán una porción de los gastos del proceso.

¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de Derecho Procesal, Civitas, 2001, p. 443.*

• **Fernando Hernández Guijarro**

Profesor de la Universitat Politècnica de València. Magistrado Suplente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Máster en Teoría y Práctica Fiscal por la Universidad Antonio de Nebrija. Abogado y Economista, no ejerciente. 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; *Casos de Éxito ante Hacienda*, Ediciones Francis Lefebvre, 2017 y coautor de los Formularios Prácticos Fiscal de Francis Lefebvre de los años 2005 a 2019. Correo electrónico: fernandohernandez@icav.es.

• **Vicente Gomar Giner**

Profesor de la Universidad Católica de Valencia. Máster en Asesoría Fiscal por la Universidad a Distancia de Madrid. Abogado y Economista. Ha trabajado en despachos profesionales de reconocido prestigio como Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, y KPMG Abogados. Autor de varios artículos, entre otros: “Incentivos fiscales a la responsabilidad de la empresa con el bien común”, publicado en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, ISSN: 2386-4567, pp. 719-734, y “Breve panorama de la negligencia y la responsabilidad por productos defectuosos en Estados Unidos”, publicado en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, ISSN 2386-4567, pp. 509-522. Correo electrónico: vicentegomar@icav.es.

Es importante destacar que la doctrina siempre ha hecho referencia a estos gastos como un obstáculo para ejercer el derecho de acceso a la justicia. No en vano, en ocasiones, la falta de medios económicos, impide a parte de la población acceder a la tutela judicial efectiva como consecuencia de la necesidad de abordar estos gastos previamente a la resolución del conflicto.

En el ámbito contencioso-administrativo, en ocasiones, los gastos del proceso son un freno en la impugnación de los actos administrativos. Por ejemplo, en materia tributaria o sancionadora, resoluciones dictadas por importes inferiores a los 2.000 euros, prácticamente no son impugnadas dado que las costas del proceso para la parte recurrente, pueden alcanzar dicho importe. Por lo que ante un vencimiento procesal, el importe ahorrado de la liquidación tributaria o sanción sería destinado al pago de dichos gastos.

Junto a lo anteriormente expuesto, existe la práctica por parte de algunas Administraciones Públicas, por virtud de la cual, desestimado el recurso en vía administrativa de forma expresa o por silencio administrativo, cuando se interpone el recurso contencioso-administrativo, dicha Administración, se allana ante las pretensiones de la parte. Y siguiendo la doctrina de la jurisdicción civil, el proceso termina sin una condena expresa de las costas a la Administración allanada. Todo lo cual produce a los interesados la satisfacción por el vencimiento procesal pero el quebranto por haber incurrido en los gastos tanto del procurador como abogado en la formulación e interposición de la demanda.

Es precisamente, este escenario, al que ha querido reaccionar la sentencia que seguidamente vamos a comentar.

II. REGULACIÓN DE LA CONDENAS EN COSTAS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

En el ámbito de las costas procesales en la jurisdicción contencioso-administrativa, el art. 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), establece los siguientes criterios:

“1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad.

2. En los recursos se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

3. En el recurso de casación se impondrán las costas de conformidad con lo previsto en el artículo 93.4.

4. La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima.

5. Para la exacción de las costas impuestas a particulares, la Administración acreedora utilizará el procedimiento de apremio, en defecto de pago voluntario.

6. En ningún caso se impondrán las costas al Ministerio Fiscal.

7. Las costas causadas en los autos serán reguladas y tasadas según lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Con ello, partiendo de la estimación o desestimación, total o parcial, de las pretensiones, se puede concluir que la regla general es que, en los casos de estimación total del recurso, las costas se imponen a la parte que ha visto desestimada todas sus pretensiones, con la excepción de que el caso presente serias dudas, tanto "de hecho" como "de derecho", siempre y cuando se encuentren correctamente razonadas.

Por otra parte, en aquellos casos en que la estimación sea parcial, la regla general es la no imposición de costas a ninguna de las dos partes, por lo que cada parte deberá abonar las que le corresponda. En este caso, la excepción a la regla general no es la existencia de dudas "de hecho" o "de derecho", sino la presencia de temeridad o mala fe.

Así, como afirma MARTÍN CONTRERAS, rige el criterio de la concurrencia de temeridad o mala fe como requisito subjetivo que condiciona la imposición de las costas en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa².

2 MARTÍN CONTRERAS, L.: "Las costas procesales en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 394, Editorial Aranzadi S.A.U., 1999.

Por tanto, si bien existe un criterio general en relación a la condena en costas en la LJCA, no existe una regulación específica respecto a las consecuencias que se derivan en materia de condena en costas en aquellos supuestos en los que el procedimiento finaliza como consecuencia del allanamiento de una de las partes.

Por su parte, en virtud de la Disposición final primera de la LJCA, se establece que:

“En lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil”.

Con ello, acudiendo a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), concretamente al art. 395, se regula que:

“1. Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado.

Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación.

2. Si el allanamiento se produjere tras la contestación a la demanda, se aplicará el apartado 1 del artículo anterior”.

Así, si bien en la LJCA no se hace ninguna referencia expresa a qué ocurre con las costas en aquellos casos en los que se produce el allanamiento en el plazo de contestación a la demanda, en la LEC sí que existe una regulación específica en este sentido.

Con ello, en la LEC se fija un criterio claro, esto es, si el allanamiento tiene lugar antes de la contestación a la demanda no procede, como norma general, la condena en costas. En cambio, si se produce tras la contestación a la demanda, aplica, como regla general, la norma de la imposición de costas a la parte que ve rechazadas todas sus pretensiones.

Con esta regla de la imposición se pretende responder de forma satisfactoria a aquellos casos en los que el demandado, preparado para cumplir la prestación a que viene obligado, se vea sorprendido por la interposición de la demanda sin que haya mediado una reclamación previa³.

3 HERRERO PEREZAGUA, J. F.: “Comentario al artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Condena en costas en caso de allanamiento”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Aranzadi S.A.U., 2001.

Por tanto, dado que la LJCA no regula expresamente la condena en costas en los casos de allanamiento en el plazo de contestación a la demanda, mientras que la LEC, aunque de manera subsidiaria, sí que lo regula, no ha existido un criterio claro sobre esta cuestión, existiendo interpretaciones muy dispares en la jurisprudencia.

III. SITUACIÓN ANTERIOR A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE JULIO DE 2019.

La jurisprudencia, con carácter previo al nuevo criterio mencionado del TS, se mostraba mayoritariamente partidaria de aplicar en la jurisdicción contencioso-administrativa el criterio previsto en la LEC.

Así, el Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 1ª, S 29-06-2015, rec. 404/2014; ECLI: ES:TS:2015:2915, recoge expresamente:

“La consecuencia de todo ello es que este segundo supuesto, que es el que se ha producido en este caso, ha de entenderse incluido en las previsiones del referido art. 139.1 primer párrafo, como modalidad de rechazo en su totalidad de las pretensiones ejercitadas por el demandado que se allana y, por lo tanto, procede la imposición de las costas según el criterio principal de vencimiento establecido en el mismo, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le concede el nº 3 del citado precepto, limita a 3.000 euros la cantidad máxima, por todos los conceptos, a reclamar por la parte recurrente.

Debe señalarse que este planteamiento viene avalado por el legislador en la regulación que al efecto se establece en la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463), cuyo art. 395, al regular de forma específica las costas en el allanamiento, distingue el caso de que se produzca antes de la contestación a la demanda, en el que no procede la imposición de costas, y el caso que se produzca tras la contestación de la demanda, que remite al apartado 1 del art. 394, de similar contenido al nº 1, párrafo primero del art. 139 de la LJCA (EDL 1998/44323), con imposición de costas según criterio del vencimiento, con la misma salvedad de apreciación por el Tribunal de serias dudas de hecho de derecho”.

En el mismo sentido, numerosos tribunales superiores de justicia sentencian que no procede la condena en costas a la Administración cuando ésta se allana en el plazo de contestación a la demanda, con independencia de que se hayan estimado totalmente las pretensiones de la contraparte.

Ejemplo de ello es, por ejemplo, la sentencia del TSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 5ª, S 31-05-2017, núm. 546/2017, rec. 1203/2015; ECLI: ES:TSJM:2017:5567, que establece que:

“A pesar de la estimación total del recurso no procede hacer imposición de costas, ya que la Administración se allanó a las pretensiones de la parte actora dentro del plazo para contestar la demanda, y la entidad Unión Fenosa Gas Comercializadora S.A. se allanó de forma parcial, por lo que no han sido rechazadas todas sus pretensiones, todo ello conforme al art. 139.I de la Ley de esta Jurisdicción”.

En el mismo sentido, la sentencia del TSJ Castilla y León (Valladolid) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 18-03-2019, núm. 401/2019, rec. 1447/2018; ECLI: ES:TSJCL:2019:1162, considera que:

“No procede imponer las costas del proceso, en virtud de lo dispuesto en el art. 139.I LJCA, en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, aquí aplicable, teniendo en cuenta que el allanamiento ha tenido lugar dentro del plazo para contestar a la demanda y antes incluso de que adquiriera firmeza la primera sentencia dictada sobre un asunto idéntico, por lo que no puede considerarse que la parte demandada haya mantenido de forma injustificada el proceso porque conociera su inviabilidad e ineficacia y mediante el allanamiento temprano se beneficia tanto el justiciable como la propia Administración de Justicia”.

El TSJ Castilla y León (Valladolid) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 05-12-2018, núm. 1105/2018, rec. 623/2018; ECLI: ES:TSJCL:2018:4664 prevé que:

“No procede imponer las costas del proceso, en virtud de lo dispuesto en el art. 139.I LJCA (EDL 1998/44323), en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre (EDL 2011/222122), aquí aplicable, teniendo en cuenta que el allanamiento ha tenido lugar dentro del plazo para contestar a la demanda y al mes siguiente en que ha adquirido firmeza la primera sentencia dictada sobre un asunto idéntico en el P.O. nº 434/17, acordada por decreto de 3 de septiembre de 2018, después de haberse formalizado la demanda en el presente recurso (el 23 de julio de 2018), por lo que no puede considerarse que la parte demandada ha mantenido de forma injustificada el proceso porque conociera su inviabilidad e ineficacia y mediante el allanamiento temprano se beneficia tanto el justiciable como la propia Administración de Justicia”.

Incluso, algún tribunal se ha mostrado todavía más benévolo con la Administración al considerar que no es el último día del plazo para contestar a la demanda el factor diferencial a la hora de determinar si procede o no condenarla

en costas, sino el día señalado para votación y fallo. En este sentido, TSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 5ª, S 15-12-2015, núm. 1168/2015, rec. 1271/2014; ECLI: ES:TSJM:2015:14370 establece que:

“Pues bien, procede aplicar la doctrina del Tribunal Supremo sobre dicho art. 139.1 en los supuestos de allanamiento y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no procede imposición de costas, siguiendo el criterio expresado por el Tribunal Supremo entre otras, en sentencia de 2 de diciembre de 2013 (recurso 237/2013) cuando expresa que para que no proceda imposición de costas a la demandada ‘Hubiere sido necesario que aquel órgano hubiera desarrollado otra conducta previa al día señalado para votación y fallo como el allanamiento a la pretensión’, es decir, el Tribunal Supremo entiende que el momento decisivo para considerar si procede o no la imposición de costas es que el allanamiento se haya producido antes o después del día señalado para votación y fallo, por lo que en el presente caso al haberse allanado la Administración demandada antes del señalamiento para votación y fallo no sería procedente la imposición de costas a la Administración demandada. Es decir, el Tribunal Supremo en la sentencia citada parece entender que no puede considerarse que se rechace pretensión alguna de la Administración cuando ésta se allana antes del día señalado para votación y fallo”.

En cualquier caso, es criterio pacífico a la hora de determinar si procede la condena en costas, analizar si concurre temeridad o mala fe.

En este sentido, el TSJ Región de Murcia Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 12-11-2018, núm. 475/2018, rec. 143/2018; ECLI: ES:TSJMU:2018:2173 considera que:

“En materia de costas, no se aprecian circunstancias suficientes para imponerlas a la Administración demandada pues no se advierte que se haya actuado procesalmente con temeridad o mala fe (art. 139 de la Ley Jurisdiccional). Es cierto que el allanamiento se produjo una vez finalizado el plazo para contestar a la demanda sin embargo no se aprecia mala fe en la actuación Administración demandada (art. 395 LEC); asimismo, desde que se dictó Diligencia dando por precluido el trámite de contestación y la presentación del escrito de allanamiento transcurrió un breve tiempo, lo cual es manifestativo de la buena fe procesal mostrada por la Administración demandada”.

Igualmente, el TSJ Región de Murcia Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 25-01-2019, núm. 21/2019, rec. 413/2017; ECLI: ES:TSJMU:2019:83

“En materia de costas, no se aprecian circunstancias suficientes para imponerlas a la Administración demandada pues no se advierte que se haya

actuado procesalmente con temeridad o mala fe (art. 139 de la Ley Jurisdiccional) y el allanamiento se produjo antes de haber finalizado el plazo para contestar a la demanda, dentro del periodo de suspensión del curso de los autos solicitado por la Administración y concedido en virtud de Decreto”.

Por tanto, resulta claro que el criterio principalmente acogido por la jurisprudencia en materia de condena en costas a la Administración en los casos de allanamiento en la jurisdicción contencioso-administrativa es el regulado en el art. 395 LEC, esto es, que, como regla general, si el allanamiento se produce en el plazo de contestación a la demanda, no procede la condena en costas a la Administración, mientras que si dicho allanamiento se produce en un momento posterior, sí que procedería la condena en costas a la Administración⁴.

IV. FIJACIÓN DE CRITERIO POR EL TRIBUNAL SUPREMO: SENTENCIAS DE 17 DE JULIO DE 2019.

El TS, en las sentencias con número de recurso 5145/2017 y 6511/2017, se pronuncia sobre diversas cuestiones, destacando la fijación de criterio en relación a la condena en costas en los casos de allanamiento en el plazo de contestación a la demanda.

En primer lugar, en dichas sentencias se planteaban dudas sobre si podía revisarse en vía casacional los pronunciamientos sobre costas en la primera o única instancia o si, por el contrario, este tipo de pronunciamientos no podían revisarse en vía casacional.

En este sentido, si bien en la mayoría de ocasiones los pronunciamientos relativos a las costas no pueden ser, en principio, revisables en casación, dado que son los propios tribunales de instancia los que deben apreciar y valorar, en cada caso concreto, si existen “serias dudas”, “temeridad” o “mala fe”, entre otras cuestiones, el TS afirma que, con la nueva regulación del recurso de casación introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, puede ocurrir que en ciertas ocasiones, como ocurre en estas sentencias, se considere que tiene interés casacional.

Por tanto, el TS, tras la modificación mencionada, considera que sí que procede en este caso la revisión casacional de los pronunciamientos sobre costas en la primera o única instancia.

⁴ Sobre esta cuestión: DOMINGO ZABALLOS, M.: “La condena en costas en el orden contencioso-administrativo”, *Diario la Ley*, 2015.

En segundo lugar, el TS entra a valorar sobre el carácter completo o no de la regulación de las costas en el caso de allanamiento producido en la primera o única instancia.

El TS, haciendo referencia a que ya se ha pronunciado en dos sentencias de dos secciones de la misma Sala de lo Contencioso sobre costas en materia de allanamiento y en materia de satisfacción extraprocésal, establece que, el punto de partida, es la aplicación del principio del derecho *lex specialis derogat generalis*, que en este caso se traduce en que la LJCA deroga a la LEC, ya que la LJCA contiene una regulación completa de la materia, representada por distintos artículos.

En cualquier caso, el TS también afirma que ello no quiere decir que no resulte, aunque con carácter supletorio, aplicable la LEC, tal como se desprende de su art. 4, en cuya virtud “en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”, y, asimismo, de la disposición final primera de la propia LJCA.

Por tanto, el TS confirma que, tratándose, como es el caso, de allanamiento, se debe acudir a lo previsto en el articulado de la propia LJCA, no siendo procedente acudir a lo dispuesto en el art. 395 LEC.

Por último, el Pleno no considera equiparable el desistimiento y el allanamiento, y, por tanto, tampoco estima aplicable analógicamente a este, la solución legal prevista para aquel. Con ello, siguiendo con el razonamiento de que la LJCA da una respuesta completa a las costas procesales, concluye que la solución se halla en el art. 139 LJCA que acoge el criterio del vencimiento y, por tanto, también en caso de allanamiento.

Por todo ello, el TS fija el contenido interpretativo de la sentencia, declarando que la regla objetiva del vencimiento es la que deriva de lo dispuesto en el art. 139.I LJCA, tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, y, por consiguiente, resulta procedente la imposición de costas, salvo criterio subjetivo del juzgador, quien habrá de atender a las circunstancias concurrentes en cada caso y quien, igualmente, podrá también acudir al apartado 3 y 4 del art. 139 LJCA.

V. CONCLUSIONES.

En el presente estudio hemos partido de que las costas procesales son los gastos en los que incurre la parte para hacer frente a un proceso jurisdiccional.

En aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil los Tribunales de lo contencioso-administrativo, históricamente, habían resuelto que el allanamiento de la Administración tras la presentación de la demanda no implicaba pronunciamiento expreso de condena en costas dado que se regía por el art. 395 LEC, y sólo precedían las mismas si el Tribunal apreciaba mala fe. En este sentido, hemos citado varias sentencias en las que en los Órganos jurisdiccionales entendían que no procedía imponer las costas del proceso teniendo cuenta que, el allanamiento, había tenido lugar dentro del plazo para contestar a la demanda. En algunos casos, incluso, habiéndose contestado la misma pero habiéndose allanado ésta antes de señalamiento para votación y fallo.

Sin embargo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo ha querido recalcar que en materia de ley procesal, rige como norma especial la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, en este sentido, la reforma de la misma operada en el año 2011, debe interpretarse de forma de que el allanamiento administrativo es comparable al vencimiento del interesado y, por lo tanto, ante esta circunstancia procede la condena en costas expresamente a la Administración.

Entendemos que el nuevo criterio del Pleno del Tribunal Supremo es del todo procedente y va en la dirección de suprimir una práctica indebida (a la vez que injusta) de ciertas Administraciones que, haciendo uso de la inactividad o mala *praxis*, abusan de las prerrogativas que les otorga la presunción de legalidad o el silencio administrativo, hasta que se ven en la obligación de defenderse ante los Tribunales. Y es en este escenario donde aceptan lo solicitado por los particulares allanándose, dado que entienden que es conforme a Derecho. Sin embargo, y como resulta obvio, llegar a la jurisdicción ha supuesto para éstos la asunción de gastos como procurador, abogado, peritos, etc.

Esperemos que este nuevo pronunciamiento incentive el deber legal de resolver de las Administraciones Públicas y que se valore cabalmente en la revisión administrativa la procedencia o no de las pretensiones de los interesados.

BIBLIOGRAFÍA

DOMINGO ZABALLOS, M.: “La condena en costas en el orden contencioso-administrativo”, *Diario la Ley*, 2015.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de Derecho Procesal*, Civitas, 2001.

HERRERO PEREZAGUA, J. F.: “Comentario al artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Condena en costas en caso de allanamiento”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Aranzadi S.A.U., 2001.

MARTÍN CONTRERAS, L.: “Las costas procesales en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 394, Editorial Aranzadi S.A.U., 1999.

**EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL DERECHO
A RECIBIR INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL EN CASO DE
AMENAZA PARA LA SALUD O EL MEDIO AMBIENTE. ESPECIAL
REFERENCIA AL CONSEJO DE EUROPA***

***INTERNATIONAL RECOGNITION OF THE RIGHT TO RECEIVE
ENVIRONMENTAL INFORMATION IN CASE OF THREAT TO HEALTH
OR THE ENVIRONMENT. SPECIAL REFERENCE TO THE COUNCIL OF
EUROPE***

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 406-429



Jorge Antonio
CLIMENT
GALLART

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de octubre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: A lo largo del presente artículo se analiza el reconocimiento internacional al derecho a recibir información medioambiental, especialmente en aquellos casos en que se dé una amenaza para la salud o para el medio ambiente. La última parte se centra en el estudio de la legislación dictada en el Consejo de Europa y en la jurisprudencia del TEDH y las decisiones del CEDS.

PALABRAS CLAVE: Información; medio ambiente; salud; vida; riesgo.

ABSTRACT: *In this article, the international recognition of the right to receive environmental information is analyzed, especially in cases where there is a threat to health or the environment. The last part focuses on the study of the legislation passed in the Council of Europe and the jurisprudence of the ECHR and the decisions of the ECSR.*

KEY WORDS: *Information; environment; health; life; risk.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. DISTINCIÓN ENTRE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRO DE LA INFORMACIÓN DE OFICIO O A INSTANCIA DE PARTE Y SU RELACIÓN CON LOS EJERCICIOS PASIVO Y ACTIVO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN.- III. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.- 1. Antecedentes al Convenio de Aarhus.- 2. Convenio de Aarhus.- 3. Unión Europea.- IV. DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL EN EL SENO DEL CONSEJO DE EUROPA.- 1. Consejo de Europa.- 2. Convenio Europeo de Derechos Humanos.- 3. Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria.- 4. Jurisprudencia del TEDH.- 5. Carta Social Europea.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En las siguientes páginas vamos a analizar uno de los derechos que ha ido adquiriendo un mayor peso en la legislación internacional, como es el derecho a recibir información medioambiental por parte de las Administraciones Públicas, pero referido principalmente a aquellos supuestos en que se pueda dar una amenaza para la salud o el medio ambiente. Para ello, en primer lugar, diferenciaremos claramente entre la obligación, para el Estado, de suministrar la información de oficio y a instancia de parte. También traeremos a colación la normativa internacional (incluida la comunitaria) habida al respecto. Y, por último, ya nos centraremos en la reglamentación nacida en el seno del Consejo de Europa, así como en la jurisprudencia del TEDH y en las decisiones del CEDS.

II. DISTINCIÓN ENTRE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRO DE LA INFORMACIÓN DE OFICIO O A INSTANCIA DE PARTE Y SU RELACIÓN CON LOS EJERCICIOS PASIVO Y ACTIVO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN.

Para entender bien el objeto de estudio, cabe empezar por delimitar, de manera precisa, estas dos obligaciones, pues ello se encuentra en la base del desarrollo normativo internacional.

La obligación de suministro de información de oficio supone para el Estado la necesidad de, en primer lugar, recoger, y luego difundir, información medioambiental relevante, sin que sea necesario que medie petición previa alguna.

• Jorge Antonio Climent Gallart

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Valencia. Doctorado con mención "cum laude". Actualmente abogado no ejerciente. La labor investigadora llevada a cabo se ha centrado en la defensa de los Derechos Humanos, especialmente de los llamados Derechos de Primera Generación. Sobre este tema han sido publicados diversos trabajos en revistas nacionales e internacionales. Responsable de la Sección de jurisprudencia del TEDH del Instituto de Derecho Iberoamericano.

Sin embargo, en la obligación de suministro a instancia de parte, el origen del deber de informar se encuentra en la existencia de una petición de información previa por parte de algún ciudadano.

Es decir, en el primer caso, el público adopta una actitud pasiva, no realiza petición expresa alguna, debiendo ser la Administración Pública la que, activamente, de oficio, difunda la información medioambiental. Sin embargo, en el segundo caso es al revés, la Administración solo actuará cuando alguien le solicite activamente acceder a dicha información. Por tanto, mientras no medie dicha petición, la Administración mantendrá una actitud pasiva.

Es importante tener clara esta distinción, porque es lo que nos permitirá distinguir entre los ejercicios activo y pasivo del derecho a la información medioambiental por parte de la ciudadanía. Así pues, el público ejercita activamente este derecho cuando expresamente solicita dicha información al Estado, el cual, hasta ese momento, ha mostrado una actitud pasiva. Y, del mismo modo, el público ejercita pasivamente este derecho cuando se limita simplemente a recibir una información que debe proveerle activamente la Administración de oficio, sin que medie solicitud previa alguna. Como vemos, nos encontramos ante el anverso y el reverso de una misma relación jurídica. La obligación de suministro de oficio se corresponde con el ejercicio pasivo del derecho a la información, y la obligación de suministro a instancia de parte se corresponde con el ejercicio activo del derecho.

III. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

I. ANTECEDENTES AL CONVENIO DE AARHUS.

En el ámbito internacional, en relación con el tema de estudio, el hito fundamental es el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Fue firmado en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998 (en adelante, Convenio de Aarhus), en el seno de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa. Sobre el mismo, nos pronunciaremos en el siguiente punto.

Con carácter previo al Convenio de Aarhus, se produjeron diferentes manifestaciones, en los foros internacionales, en las que, con mayor o menor amplitud, ya se venía a reconocer el derecho a la información medioambiental.

En 1972, en Suecia, se celebró la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (también conocida como la Primera Cumbre de la Tierra). En su seno se adoptó la Declaración de Estocolmo, que está considerada como la simiente del Derecho Internacional del Medio Ambiente. En el principio 19 del meritado texto, se reconoce la indispensable labor educativa para lograr

una opinión pública bien informada sobre cuestiones medioambientales y el papel esencial de los medios de comunicación en la protección medioambiental¹. La idea de la difusión de la información medioambiental también viene reflejada en la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, la cual fue adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 37/7, de 1982². Cabe traer a colación, sin lugar a dudas, la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, adoptada en el seno de la Segunda Cumbre de la Tierra, en cuyo art. 10³ se recogen los tres derechos que luego reconocerá, vía tratado, el Convenio de Aarhus.

Estos textos generales a las que nos acabamos de referir como precedentes del Convenio de Aarhus se caracterizan precisamente por no ser vinculantes jurídicamente (*soft law*). Además de ellos, cabe destacar otros que, por su naturaleza convencional, sí que son jurídicamente vinculantes. Pero a diferencia de los anteriores, se caracterizan por su carácter sectorial, no general⁴. En cada uno de ellos hay referencias al derecho a la información medioambiental, pero referida al objeto del acuerdo en concreto⁵.

- 1 Declaración de Estocolmo (1972), Principio 19: "Es indispensable una labor de educación en cuestiones ambientales, dirigida tanto a las generaciones jóvenes como a los adultos y que preste la debida atención al sector de población menos privilegiado, para ensanchar las bases de una opinión pública bien informada y de una conducta de los individuos, de las empresas y de las colectividades inspiradas en el sentido de su responsabilidad en cuanto a la protección y mejoramiento del medio en toda su dimensión humana. Es también esencial que los medios de comunicación de masas eviten contribuir al deterioro del medio humano y difundan, por el contrario, información de carácter educativo sobre la necesidad de protegerlo y mejorarlo, a fin de que el hombre pueda desarrollarse en todos los aspectos".
- 2 Carta Mundial de la Naturaleza, Principio General 15. Los conocimientos relativos a la naturaleza se difundirán ampliamente por todos los medios, en especial por la enseñanza ecológica, que será parte de la educación general.
- 3 Declaración de Río de Janeiro (1992), Principio 10: "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".
- 4 El 10 de mayo de 2018, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución 72/277 titulada «Hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente». El objetivo principal de esta resolución es la consecución de un tratado internacional general sobre la materia, que permita abordar de manera integral y coherente los problemas planteados por la degradación del medio ambiente en el contexto del desarrollo sostenible.
- 5 Pretender establecer un listado completo de todos los tratados internacionales sobre medio ambiente en los que haya alguna referencia al derecho del público a la información sería una labor que desbordaría, con mucho, el objetivo del presente trabajo. Ello no obstante, sí que creemos oportuno traer a colación algunos, siendo todos los aquí referidos anteriores al Convenio de Aarhus y habiéndolos ordenado temporalmente:
El primer tratado antecedente al Convenio de Aarhus que debemos traer a colación es la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, de 3 de marzo de 1973. En su art. VIII.8 hace referencia a la obligación de los Estados Parte de poner a disposición del público la información relativa al comercio de determinadas especies.
El Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, de 25 de febrero de 1991 recoge, en su art. 3.8 que los Estados Parte interesados velarán por que el público del Estado Parte afectado en las zonas que podrían verse afectadas reciba información sobre la actividad propuesta y tenga la oportunidad de formular observaciones o plantear objeciones con respecto a la actividad propuesta y de transmitir estas observaciones y objeciones a la autoridad competente del Estado

2. Convenio de Aarhus.

En este Tratado Internacional se reconocen los tres pilares sobre los que se asienta la denominada democracia medioambiental: el derecho de acceso a la información, el derecho del público a participar en la toma de decisiones y el derecho del público a acceder a la justicia en materia medioambiental. De este Convenio quizás lo más interesante sea la ligazón que establece en el Preámbulo entre estos derechos y el derecho/deber de proteger el medio ambiente, como requisito imprescindible para el bienestar humano y para el goce real y efectivo de otros derechos fundamentales, como, por ejemplo, el derecho a la vida. Además, no solo establece este derecho/deber de protección del medio ambiente en interés de las generaciones presentes, sino también de las futuras⁶.

Parte de origen, bien sea directamente a la propia autoridad o, cuando proceda, por intermedio del Estado Parte de origen.

El Convenio sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, de 17 de marzo de 1992, establece, en su art. 9.1, que las Partes se asegurarán de que se dé al público información suficiente en las zonas que puedan verse afectadas por un accidente industrial resultante de una actividad peligrosa.

El Convenio sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, de 17 de marzo de 1992, en su art. 16 recoge que las Partes Ribereñas velarán por que el público pueda consultar la información sobre el estado de las aguas transfronterizas las medidas adoptadas o previstas para prevenir, controlar y reducir el impacto transfronterizo y la eficacia de esas medidas. A tal efecto, establece que las Partes Ribereñas velarán por que se haga pública la siguiente información: Los objetivos de calidad del agua; las autorizaciones concedidas y los requisitos exigidos para su concesión; los resultados de los muestreos de las aguas y los efluentes realizados con fines de vigilancia y evaluación, así como los resultados de la verificación del cumplimiento de los objetivos de calidad del agua o de los requisitos para la concesión de la autorización. Por último, mandata que las Partes Ribereñas velarán por que el público pueda consultar dicha información en todo momento oportuno y de manera gratuita, y ofrecerán medios suficientes para que cualquier persona pueda obtener de las Partes Ribereñas copias de esa información, previo pago de una tasa razonable.

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 9 de mayo de 1992, en su art. 6 a) ii, recoge expresamente que los Estados Parte promoverán y facilitarán el acceso del público a la información sobre el cambio climático y sus efectos.

El Convenio sobre la diversidad biológica, de 5 de junio de 1992, establece, en su art. 13 a), que los Estados Parte promoverán y fomentarán la comprensión de la importancia de la conservación de la diversidad biológica y de las medidas necesarias a esos efectos, así como su propagación a través de los medios de información, y la inclusión de esos temas en los programas de educación.

Por último, traemos a colación, como uno de los antecedentes de Aarhus, el Convenio sobre la prevención de accidentes industriales mayores, de 22 junio 1993. Este tratado recoge, en su art. 9 (d) (ii) que respecto a cada instalación expuesta a riesgos de accidentes mayores, los empleadores deberán establecer y mantener un sistema documentado de prevención de riesgos de accidentes mayores en el que se prevean planes y procedimientos de emergencia que comprendan el suministro de información sobre los accidentes posibles y sobre los planes de emergencia in situ a las autoridades y a los organismos encargados de establecer los planes y procedimientos de emergencia para proteger a la población y al medio ambiente en el exterior de la instalación. Así mismo, el art. 16 establece que la autoridad competente deberá velar por que: (a) se difunda entre los miembros de la población que estén expuestos a los efectos de un accidente mayor, sin que tengan que solicitarlo, la información sobre las medidas de seguridad que han de adoptarse y sobre la manera de comportarse en caso de accidente mayor, y por que se actualice y se difunda de nuevo dicha información a intervalos apropiados; (b) se dé la alarma cuanto antes al producirse un accidente mayor; y (c) cuando las consecuencias de un accidente mayor puedan trascender las fronteras, se proporcione a los Estados afectados la información requerida en los apartados a) y b) con el fin de contribuir a las medidas de cooperación y coordinación.

- 6 Preámbulo del Convenio de Aarhus: "Reconociendo que una protección adecuada del medio ambiente es esencial para el bienestar humano, así como para el goce de los derechos fundamentales, en particular el derecho a la vida, Reconociendo también que toda persona tiene el derecho a vivir en un medio ambiente que le permita garantizar su salud y su bienestar, y el deber, tanto individualmente como en asociación con otros, de proteger y mejorar el medio ambiente en interés de las generaciones presentes y futuras, Considerando que para estar en condiciones de hacer valer este derecho y de cumplir con ese deber, los ciudadanos deben tener acceso a la información, estar facultados para participar en la toma de decisiones

Del mismo modo, reconoce que un mejor acceso a la información y una mayor participación del público ayudan a sensibilizar a este respecto de los problemas medioambientales, viéndose más involucrado en ellos, así como en sus posibles soluciones⁷.

Amén de lo anterior, mediante el reconocimiento de estos tres derechos se pretende garantizar una mayor transparencia en la gestión pública de aquellas cuestiones relacionadas con el medio ambiente, la cual es imprescindible para que tenga plena efectividad la idea del buen gobierno⁸.

En relación, con el derecho de acceso a la información, el Convenio de Aarhus distingue entre el derecho del público a que el propio Estado difunda información medioambiental sin que medie solicitud previa alguna, y el derecho a tal información, siempre previa petición expresa.

En cuanto al ejercicio pasivo del derecho a la información medioambiental, vamos a centrarnos en el art. 5, titulado "recogida y difusión de informaciones sobre medio ambiente". El mismo fija la obligación de la Administración Pública de recoger la información de carácter medioambiental, así como de difundirla per se y sin que medie solicitud previa alguna, y muy especialmente, y de manera inmediata, en caso de amenaza inminente para la salud o el medio ambiente. Veamos lo que nos indica, de manera expresa, el art. 5.1 c), al respecto: "Cada parte procurará que, en caso de amenaza inminente para la salud o el medio ambiente, tanto imputable a actividades humanas como debida a causas naturales, se difundan inmediatamente y sin demora entre los posibles afectados todas las informaciones que puedan permitir al público tomar medidas para prevenir o limitar los daños eventuales y que se encuentren en poder de una autoridad pública". Esta es, sin lugar a dudas, la obligación que alcanza un mayor peso significativo, pues aquí no se trata simplemente de mantener a la población informada, con carácter general, de los diferentes aspectos relacionados con el medio ambiente, sino de advertir a la ciudadanía, a la mayor prontitud posible, de los riesgos o amenazas inminentes para su salud o el medio ambiente.

y tener acceso a la justicia en materia medioambiental, y reconociendo a este respecto que los ciudadanos pueden necesitar asistencia para ejercer sus derechos".

- 7 Ibidem: "Reconociendo que, en la esfera del medio ambiente, un mejor acceso a la información y una mayor participación del público en la toma de decisiones permiten tomar mejores decisiones y aplicarlas más eficazmente, contribuyen a sensibilizar al público respecto de los problemas medioambientales, le dan la posibilidad de expresar sus preocupaciones y ayudan a las autoridades públicas a tenerlas debidamente en cuenta".
- 8 Ibidem: "Pretendiendo de esta manera favorecer el respeto del principio de la obligación de rendir cuentas y la transparencia del proceso de toma de decisiones y garantizar un mayor apoyo del público a las decisiones adoptadas sobre el medio ambiente, Reconociendo que es deseable que la transparencia reine en todas las ramas de la administración pública e invitando a los órganos legislativos a aplicar en sus trabajos los principios del presente Convenio".

El ejercicio activo del derecho a la información medioambiental vendría regulado en el art. 4 del Convenio, titulado "Acceso a la información sobre el medio ambiente". En él se establece la obligación positiva para las autoridades públicas de facilitar la información medioambiental que les sea solicitada por el público, sin que este tenga la necesidad de justificar interés particular alguno. El propio Convenio establece una serie de cuestiones procedimentales (como son los plazos⁹ o la posibilidad de exigir una contraprestación económica razonable por el ejercicio de este derecho¹⁰), que deberán ser tenidas en cuenta por los Estados a la hora de regular cómo hacer efectivo este derecho. Así mismo, se recogen, de forma tasada, aquellos supuestos en los que se podría denegar dicha información¹¹. En todo caso, se establece la obligación de fundamentar la resolución denegatoria de la información, así como que la misma sea comunicada expresamente al solicitante, a fin de que este pueda impugnar, en virtud del art. 9 del mismo Convenio (que regula el acceso a la justicia), dicha denegación.

9 Art. 4.2 Convenio de Aarhus: "Las informaciones sobre el medio ambiente (...) serán puestas a disposición del público tan pronto como sea posible y a más tardar en el plazo de un mes a contar desde la fecha en que se haya presentado la solicitud, a menos que el volumen y la complejidad de los datos solicitados justifiquen una prórroga de ese plazo hasta un máximo de dos meses a partir de la solicitud. Se informará al solicitante de toda prórroga del plazo y de los motivos que la justifican".

Art. 4.7 Convenio de Aarhus: "La denegación de una solicitud de información se notificará por escrito si la solicitud se ha hecho por escrito o si su autor solicita una respuesta escrita. En la notificación de denegación la autoridad pública expondrá los motivos de la denegación e informará al solicitante del recurso de que dispone en virtud del artículo 9. La denegación de la solicitud se notificará lo antes posible y en el plazo de un mes a más tardar, a menos que la complejidad de las informaciones solicitadas justifique una prórroga de ese plazo hasta un máximo de dos meses a partir de la solicitud. Se informará al solicitante de toda prórroga del plazo y de los motivos que la justifican".

10 Art. 4.8 Convenio de Aarhus: "Cada Parte podrá autorizar a las autoridades públicas que faciliten informaciones a percibir un derecho por este servicio, pero ese derecho no deberá exceder de una cuantía razonable. Las autoridades públicas que tengan la intención de imponer el pago de un derecho por las informaciones que faciliten comunicarán a los solicitantes de información las tarifas de los derechos que hayan de pagarse, indicando los casos en que las autoridades pueden renunciar a la percepción de esos derechos y los casos en que la comunicación de informaciones está sujeta a su pago anticipado".

11 Art. 4.3 Convenio de Aarhus.: "Podrá denegarse una solicitud de información sobre el medio ambiente si: a) La autoridad pública de la que se soliciten no dispone de las informaciones solicitadas; b) la solicitud es claramente abusiva o está formulada en términos demasiado generales; o c) la solicitud se refiere a documentos que estén elaborándose o concierne a comunicaciones internas de las autoridades públicas, siempre que esta excepción esté prevista en el derecho interno o en la costumbre, habida cuenta del interés que la divulgación de las informaciones solicitadas tenga para el público".

Art. 4.4 Convenio de Aarhus: "Podrá denegarse una solicitud de información sobre el medio ambiente en caso de que la divulgación de esa información pudiera tener efectos desfavorables sobre: a) el secreto de las deliberaciones de las autoridades públicas, cuando ese secreto esté previsto en el derecho interno; b) las relaciones internacionales, la defensa nacional o la seguridad pública; c) la buena marcha de la justicia, la posibilidad de que toda persona pueda ser juzgada equitativamente o la capacidad de una autoridad pública para efectuar una investigación de índole penal o disciplinaria; d) el secreto comercial o industrial cuando ese secreto esté protegido por la ley con el fin de defender un interés económico legítimo. En ese marco deberán divulgarse las informaciones sobre emisiones que sean pertinentes para la protección del medio ambiente; e) los derechos de propiedad intelectual; f) el carácter confidencial de los datos y de los expedientes personales respecto de una persona física si esa persona no ha consentido en la divulgación de esas informaciones al público, cuando el carácter confidencial de ese tipo de información esté previsto en el derecho interno; g) los intereses de un tercero que haya facilitado las informaciones solicitadas sin estar obligado a ello por la ley o sin que la ley pueda obligarle a ello y que no consienta en la divulgación de tales informaciones; o h) el medio ambiente a que se refieren las informaciones, como los lugares de reproducción de especies raras".

3. Unión Europea.

En el ámbito de la UE también se han dictado diferentes normas referidas al derecho a la información medioambiental. En este caso, debe tomarse como fecha de referencia la de 25 de junio de 1998, pues es el momento en que fue ratificado el Convenio de Aarhus por la propia UE.

Con carácter previo a dicha ratificación, en 1990, se aprobó la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente. A través de la misma, se establecieron las primeras medidas para el ejercicio del derecho de acceso del público a la información medioambiental en el ámbito de la UE de carácter general.

Posteriormente ya a la ratificación, y en relación en concreto con el derecho a la información medioambiental, debemos destacar las siguientes normas:

El Reglamento (CE) 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Dicho Reglamento tenía como objetivo adaptar el funcionamiento de las instituciones y organismos comunitarios a las exigencias derivadas del Convenio de Aarhus.

La Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo. Esta norma sí que va dirigida a los propios Estados, debiendo estos transponerla a su Derecho interno. La misma supuso una profundización y mejora en la regulación del derecho a la información medioambiental de la Directiva 90/313/CEE del Consejo.

Cabe destacar que, en relación con aquellos supuestos en los que se pueda dar una situación de amenaza inminente para la salud humana, la vida o el medio ambiente, el Reglamento también prevé cuál debe ser el proceder de las instituciones comunitarias. Así, su art. 8 indica literalmente que: “En caso de amenaza inminente para la salud humana, la vida o el medio ambiente provocada por actividades humanas o por causas naturales, las instituciones y organismos comunitarios colaborarán con las autoridades públicas conforme a lo dispuesto en la Directiva 2003/4/CE, previa petición de estas, y les ayudarán a difundir inmediatamente al público que pueda resultar afectado toda la información medioambiental que le permita la adopción de medidas para prevenir o limitar los daños provocados por la amenaza, en la medida en que dicha información obre en poder de las instituciones y organismos comunitarios y/o de las autoridades

públicas mencionadas o la posean otros en su nombre”. En el mismo sentido, y referido a las obligaciones que tienen las autoridades de los Estados miembros para con sus ciudadanos, cabe destacar el art. 7.4 de la Directiva 2003/4/CE, que versa como sigue: “Sin perjuicio de cualquier obligación específica de informar derivada del Derecho comunitario, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en caso de amenaza inminente para la salud humana o el medio ambiente provocada por actividades humanas o por causas naturales, se difunda inmediatamente y sin demora toda la información que obre en poder de las autoridades públicas o de otras entidades en su nombre que permita al público que pueda resultar afectado la adopción de medidas para prevenir o limitar los daños provocados por la amenaza”.

Como vemos, la obligación de informar de oficio, sobre aquellas situaciones que puedan suponer una amenaza inminente para la salud humana o el medio ambiente, viene reforzada en la legislación comunitaria, tal y como así mismo se recogía en el Convenio de Aarhus.

Por último, simplemente señalar que existen otras directivas que también hacen referencia a la obligación de informar. Nos estamos refiriendo, entre otras, a las conocidas como Seveso, que regulan la prevención de accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas. No obstante, entendemos que su estudio se excede el propósito del presente trabajo.

IV. DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL EN EL SENO DEL CONSEJO DE EUROPA.

I. Consejo de Europa.

Esta organización internacional se crea en Londres, en 1949, con el objetivo fundamental de facilitar una unión más estrecha entre sus miembros basada en la cooperación internacional que favorezca el progreso económico y social y en la promoción de una serie de valores como son la democracia (liberal), el Estado de Derecho y el respeto a los Derechos Humanos.

Para comprender mejor la razón última que justifica la creación de esta organización internacional, debemos tener en cuenta el momento histórico en que nace: tras la Segunda Guerra Mundial. Los principales dirigentes de Europa Occidental pretendían evitar que los horrores que se padecieron en el viejo continente bajo la bota del nazismo y del fascismo se pudieran volver a repetir. Para ello entendieron que era fundamental crear instrumentos supraestatales que, a través de la promoción de aquellos valores, facilitaran la integración de los pueblos y con ello garantizaran la paz entre los mismos. Es en este contexto en el que en 1950 nace el CEDH, como la herramienta útil que pudiera ayudar a alcanzar

dichos objetivos. Dado que el CEDH recogía fundamentalmente derechos civiles y políticos, los miembros del Consejo de Europa entendieron oportuno adoptar también otro tratado que reconociese los derechos de carácter social. Ello lo realizarán en Turín, en 1961, con la firma de la Carta Social Europea.

En relación, en concreto, con la promoción y defensa del medio ambiente, cabe señalar que, aunque no formen parte de los objetivos de la organización como tal, sí que han sido objeto de diferentes pronunciamientos, tanto en forma convencional, como en forma de resoluciones o recomendaciones de su Asamblea Parlamentaria. Ello se explica atendiendo a que el mandato de cooperación internacional de la Organización ha sido entendido como una obligación de carácter genérico. En consecuencia, los miembros del Consejo de Europa deberán cooperar en cualesquiera ámbitos que sirvan para dar cumplimiento a sus fines, excepto en una materia que le queda expresamente excluida: la defensa nacional, pues así lo establece el art. 1 d) del Estatuto de Londres¹².

Entre los diferentes tratados que se han dictado en el seno del Consejo de Europa sobre medio ambiente¹³, y relacionados ya de manera directa con el derecho a la información medioambiental, merecen ser destacados los siguientes.

El Convenio sobre la Conservación de la vida silvestre y los hábitats naturales, de 1979, en su art. 3.3, establece la obligación para cada Parte Contratante de promover la educación y difundir información general sobre la necesidad de conservar las especies de flora y fauna silvestres y sus hábitats.

El Convenio Europeo del Paisaje, firmado el año 2000, aunque quizás de un modo más liviano que el anterior, también establece, en su art. 6 B c, la obligación de cada Estado de promover cursos escolares y universitarios que aborden los valores vinculados a los paisajes y cuestiones relacionadas con su protección, gestión y planificación.

El tratado que, de un modo mucho más detallado, se pronuncia sobre el derecho a la información medioambiental es el Convenio sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, firmado en Lugano, el 21 de junio de 1993. Así, todo el Capítulo III del tratado se dedica al acceso a la información. Aun cuando no pretendemos ser exhaustivos, sí que creemos oportuno tener en cuenta que aquí se establece un sistema de acceso a la información, en su modalidad activa (es decir, a instancia de parte) bastante

12 El Estatuto de Londres es el tratado internacional constituyente del Consejo de Europa.

13 Convenio sobre la Conservación de la Vida Silvestre y los hábitats naturales, firmado en Berna, 19 septiembre 1979; Convenio sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, firmado en Lugano, 21 junio 1993; Convenio sobre la protección del medio ambiente a través del Código Penal, firmado en Estrasburgo, 4 noviembre 1998; Convenio Europeo del Paisaje, firmado en Florencia, 20 octubre 2000.

similar al que, años más tarde, vendrá recogido por el Convenio de Aarhus. En su art. 14.1 señala que cualquier persona, tras presentar su solicitud, y sin que tenga que demostrar interés particular en el asunto, tendrá acceso a la información relacionada con el medio ambiente en poder de las autoridades públicas. Por tanto, como vemos, se configura un derecho de acceso a la información medioambiental de carácter general¹⁴. En los puntos segundo y tercero de dicho art. 14 se recogen, al igual que ocurre en el Convenio de Aarhus, los supuestos en que dicho derecho puede ser restringido. Y en los puntos cuarto y quinto del art. 14, de nuevo como ocurría en el Convenio anteriormente citado, se indica que la Administración tendrá un plazo de 2 meses para contestar la solicitud, y en caso de no facilitarse la información, se deberán señalar las razones en las que se fundamenta dicha denegación. En todo caso, se establece la posibilidad de que dicha decisión sea objeto de recurso administrativo o judicial. Y, por último, establece la posibilidad de que el ejercicio de dicho derecho pueda estar sometido a una contraprestación económica que, en todo caso, debe ser razonable.

En relación con este mismo convenio, no queremos terminar sin traer a colación el art. 16, que establece el derecho de la persona que haya podido sufrir un daño a solicitar judicialmente al operador¹⁵ que le proporcione la información medioambiental que esté en su posesión y que sea necesaria para poder interponer una reclamación indemnizatoria de conformidad con el Convenio.

Terminamos este apartado indicando que las resoluciones y recomendaciones dictadas por la Asamblea Parlamentaria serán tratadas más adelante, de manera individualizada.

2. Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Cabe empezar recordando que el CEDH no recoge derechos medioambientales, sino principalmente derechos de carácter civil y político o, como también son conocidos por la doctrina, derechos de primera generación. Ello es lógico, atendiendo a que el objetivo de este texto internacional era el reconocimiento de los derechos fundamentales más ligados precisamente a la dignidad del ser humano. Además, a mediados del siglo XX no existía la concienciación por las cuestiones medioambientales que se iría desarrollando con posterioridad. Si bien esta es la explicación que justifica que en 1950 no se recogieran derechos de carácter medioambiental, también es cierto que con el paso del tiempo tampoco se han incorporado vía enmienda o vía protocolo adicional al CEDH. Esa es una de las principales diferencias entre este texto y los de otras latitudes. Así, tanto el

¹⁴ En todo caso, debemos enmarcar los derechos que se recogen en el tratado (incluido el derecho a la información), en el objeto del mismo, esto es, la regulación de la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente.

¹⁵ Art. 2.5 Convenio de Lugano: "Operador" significa quien ejerce el control de la actividad peligrosa.

Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que son muy posteriores al CEDH, sí que recogen el derecho a un medio ambiente sano.

En todo caso, ello no debe conducirnos a la desesperanza, pues el TEDH, máximo órgano encargado de su interpretación, sí que ha llevado a cabo una construcción jurisprudencial conocida doctrinalmente como “ecologización de los derechos humanos”. Conforme esta tesis, sí que se está dando cobertura, aunque sea indirectamente, al derecho a disfrutar de un medio ambiente sano. Para llegar a tal conclusión, se parte de la siguiente premisa: dado que la agresión al medio en el que se desenvuelve la persona pueda llegar a afectar a sus derechos reconocidos en el CEDH (y en sus protocolos), la protección que otorgue el TEDH a esos derechos tiene como consecuencia indirecta la protección del medio agredido. Por tanto, sí que podemos afirmar que la Corte Europea otorga una cobertura indirecta al derecho a un medio ambiente sano. Pero debe quedar claro que dicha cobertura se da como consecuencia indirecta de la protección del derecho humano concreto reconocido en el CEDH (o en sus protocolos). Por consiguiente, en modo alguno, podremos interponer una demanda ante el TEDH fundándola en la vulneración de dicho derecho a un medio ambiente sano, sino en la violación de uno de los derechos sí positivizados.

En relación, en concreto, con el derecho a la información medioambiental, este podría ser encuadrable, en abstracto, en el art. 10 CEDH, ya que el mismo protege no solo al emisor, sino también al receptor de la información¹⁶. Sin embargo, el TEDH no se ha manifestado a favor de reconocer un pretendido derecho general a la información medioambiental, como se recoge en el Convenio de Aarhus y en la legislación comunitaria previamente reseñada, sino que solo le reconoce trascendencia convencional cuando la falta de dicha información ha podido incidir en otros derechos reconocidos en el CEDH. No obstante, ello lo veremos más adelante.

3. Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria.

La Asamblea Parlamentaria se ha pronunciado expresamente a favor de la positivización de esta figura autónoma del derecho al disfrute de un medio ambiente sano, bien vía enmienda del CEDH, bien mediante la aprobación de un Protocolo Adicional al mismo. Así, merecen ser destacadas las Recomendaciones números 1431 (1999), titulada “Futuras medidas que deberá adoptar el Consejo

16 Art. 10.1 CEDH: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”.

de Europa en el ámbito de la protección del medio ambiente"¹⁷, y 1885 (2009), denominada "Redacción de un protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a un medio ambiente sano"¹⁸. Sin embargo, estas propuestas no dieron el fruto esperado.

En relación, en concreto, con el derecho a recibir información medioambiental, creemos oportuno traer a colación, en primer lugar, la Resolución 1087(1996), dictada por la Asamblea Parlamentaria, con ocasión del décimo aniversario del desastre de Chernobyl. Más allá de las consideraciones sobre el accidente de la central nuclear, resulta fundamental leer su art. 4, pues en el mismo se indica que el acceso del público a una información (medioambiental) clara y completa debe considerarse como un derecho humano básico. Podemos comprobar, por tanto, la importancia que le otorga la Asamblea Parlamentaria al derecho objeto del presente estudio.

Más adelante, y ya de una manera más exhaustiva, dicho órgano dictó la Recomendación 1614 (2003), denominada "Medio Ambiente y Derechos Humanos".

En su parte expositiva, el texto hace referencia a la necesidad de proteger el medio ambiente, y cómo los derechos de carácter procedimental reconocidos en el Convenio de Aarhus, pueden resultar útiles para conseguir tal propósito. Así mismo, apuesta claramente porque el Consejo de Europa no se quede atrás en la lucha contra la degradación medioambiental. En relación con el tema objeto de estudio, recomienda a los Estados miembros que garanticen los derechos de acceso a la información, de participación pública en la toma de decisiones y de acceso a la justicia en cuestiones medioambientales. Así mismo, recomienda al Comité de Ministros elaborar un protocolo adicional al CEDH, mediante el cual se reconozcan los derechos antedichos, tal y como se hace en el Convenio de Aarhus. A pesar de ello, tampoco esta recomendación ha dado los frutos esperados.

Por último, queremos traer a colación la Resolución 1430 (2005), también de la Asamblea Parlamentaria, denominada "Riesgos industriales". Del mismo modo que la UE dictó en su momento las conocidas como directivas Seveso, también el Consejo de Europa se mostró preocupado por los riesgos derivados de determinadas actividades industriales que pueden suponer un peligro para aquellas personas que viven cerca de las factorías, especialmente en caso de accidente. Entre las múltiples solicitudes que realiza a los Estados miembros, requiere que los

17 Art. 11.2.b) Recomendación 1431 (1999) de la Asamblea Parlamentaria: "La Asamblea Parlamentaria recomienda al Comité de Ministros que redacte una enmienda o un protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho de las personas a un medio ambiente sano y viable".

18 Art. 10.1 Recomendación 1885 (2009) de la Asamblea Parlamentaria: "La Asamblea Parlamentaria recomienda al Comité de Ministros que elabore un protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconozca el derecho a un medio ambiente sano y viable".

mismos mejoren la difusión de información sobre buenas prácticas en materia de prevención y limitación (de los efectos) de accidentes graves.

4. Jurisprudencia del TEDH.

En el presente apartado, y tras una lectura profusa de las sentencias del TEDH, creemos oportuno exponer las conclusiones a las que hemos llegado, y que reflejarían la doctrina jurisprudencial de la Corte Europea sobre el derecho a la información medioambiental.

En primer lugar, cabe destacar que, para el TEDH, el art. 10 no garantiza un derecho de la ciudadanía a recibir, con carácter general, información medioambiental. De hecho, solo en aquellos casos en los que, como consecuencia de esa falta de información, se haya podido poner en peligro la vida de las personas o se pueda haber afectado a su vida privada o familiar, la Corte Europea considerará que, efectivamente, se han vulnerado los arts. 2 u 8 CEDH. Pero, insistimos, no lo fundamenta en el art. 10 CEDH.

En este sentido, merece ser recordado el caso Guerra y otros contra Italia¹⁹, en el cual hubo una discrepancia entre los miembros de la Comisión y los del TEDH sobre la aplicabilidad del art. 10 CEDH. Así pues, para la Comisión, que las autoridades públicas no faciliten a la ciudadanía información sobre situaciones en las que el medio ambiente corre peligro sí que puede suponer una vulneración del art. 10, pues el mismo recoge no solo el derecho del emisor a difundir información, sino también el derecho del público a recibirla, y más si tenemos en cuenta la trascendencia de la materia. La Comisión llega a sostener que la protección otorgada a través del art. 10 tiene una función preventiva en caso de daños al medio ambiente, entrando en juego incluso antes de que pueda cometerse cualquier infracción directa de otros derechos fundamentales como el derecho a la vida o a la privacidad²⁰. Sin embargo, el TEDH no se mostró de acuerdo con esta tesis, pues entendió que el derecho a recibir información del art. 10 CEDH básicamente supone, para el Estado, una obligación negativa, de no hacer, más que una positiva, de hacer. Así, indicó que este mandato prohíbe a un Gobierno restringirle a alguien la posibilidad de recibir información que otros desean proporcionarle. Por ello, el derecho del público a recibir información ha sido reconocido por el Tribunal, en varias ocasiones, en casos relacionados con restricciones a la libertad de prensa, como corolario de la función específica de los periodistas, cual es difundir información e ideas sobre asuntos de interés público. Sin embargo, para el TEDH, este derecho a recibir información, encuadrado en el art. 10 CEDH, no se puede interpretar como como una obligación positiva

19 STEDH (Gran Sala) 19 febrero 1998, caso Guerra y otros contra Italia.

20 *Ibidem*, párrafo 52.

impuesta al Estado consistente en difundir la información medioambiental de oficio²¹. De este modo, asume el criterio de la República Italiana, según el cual, si existiera una obligación positiva de proporcionar información basado en el art. 10 CEDH, sería extremadamente difícil de cumplir, debido a la necesidad de determinar cómo y cuándo se divulgaría la información, qué autoridades serían las responsables de divulgarla y quién tendría derecho a recibirla²².

Ello no obstante, la Corte Europea sí que ha reconocido este derecho a la información medioambiental, pero fundamentándolo en los arts. 2 y 8 CEDH. En ambos casos, el TEDH asume la doctrina de la obligación positiva, es decir, que los Estados deben tomar todas las medidas apropiadas para salvaguardar los derechos de aquellos que se encuentran bajo su jurisdicción, siendo que esta obligación es exigible en el contexto de cualquier actividad, sea pública o no, en la que puedan estar en juego los bienes jurídicos protegidos²³. En este caso, dicha obligación positiva se concreta en el deber del Estado de facilitar la información medioambiental de que disponga.

El encaje en el art. 2 CEDH se lleva a cabo asumiendo que el derecho a la vida también puede lesionarse cuando la misma es puesta en grave peligro, sin que las autoridades informen a los posibles lesionados sobre dicho riesgo²⁴. Es decir, se considerará conculcado el art. 2 no solo en aquellas situaciones en las que la persona haya fallecido, sino también en aquellas otras en las que, aunque haya sobrevivido, su vida hubiese estado en peligro²⁵. Lo mismo cabría decir para justificar el amparo del art. 8 CEDH en aquellos supuestos en los que lo que pueda resultar afectado no sea solo la salud de las personas, sino también su bienestar en un sentido amplio (pleno disfrute de la vida privada y familiar sin injerencias ajenas), sin que la Administración les haya informado de los riesgos existentes al respecto²⁶. Consecuentemente, en ambos casos, al no haberles comunicado dichos peligros, el Estado les habría sustraído la posibilidad de evaluarlos y decidir libremente qué es lo que deseaban hacer, viéndose forzados, además, a asumir unas consecuencias que les eran desconocidas²⁷.

21 *Ibidem*, párrafos 53 y 54.

22 *Ibidem*, párrafo 51.

23 *Ibidem*, párrafo 58; STEDH (Gran Sala) 30 noviembre 2004, caso Öneriyıldız contra Turquía, párrafo 71.

24 STEDH (Sección Primera) 18 junio 2002, caso Öneriyıldız contra Turquía, párrafo 84. Ratificada por la STEDH (Gran Sala) 30 noviembre 2004, párrafos 89 y 90.

25 STEDH (Sección Primera) 28 febrero 2012, Caso Kolyadenko y otros contra Rusia, párrafo 151; STEDH (Sección Primera) 20 marzo 2008, caso Budayeva y otros contra Rusia, párrafo 146.

26 STEDH (Gran Sala) 19 febrero 1998, caso Guerra y otros contra Italia, párrafo 60; STEDH (Sección Tercera) 10 noviembre 2004, caso Taşkın y otros contra Turquía, párrafo 113.

27 Incluso hay algún supuesto en el que se considera que se han vulnerado ambos arts., el 2 y el 8 CEDH. Por ejemplo, la STEDH (Sección Quinta) 24 julio 2014, caso Brincat y otros contra Malta, en la que se pronuncia sobre la falta de información respecto de los efectos del amianto, a los operarios que estuvieron trabajando con este material durante años, a pesar de que el Estado ya los conocía, o, cuanto menos, los debía conocer. Así, respecto de los ya fallecidos, reconoce una violación del art. 2, y en relación al resto, del art. 8.

La transparencia a la hora de comunicar la información es fundamental. Así pues, el público debe poder acceder a todos los informes, estudios y demás, de que disponga la Administración, para así poder conocer y evaluar los riesgos medioambientales existentes para su vida, salud o bienestar²⁸.

En otro orden de cosas, el TEDH se ha pronunciado a favor del derecho del público a ser informado por parte de las autoridades tanto de oficio como a instancia de parte. Incluso ha entendido que la inexistencia de un procedimiento preestablecido efectivo y accesible que permita al ciudadano acceder a la información puede suponer también una vulneración de este derecho.

Respecto del deber de informar de oficio, el TEDH se ha mostrado especialmente contundente cuando las propias autoridades públicas eran conocedoras de los graves e inminentes riesgos a los que podía estar sometida la población. En tales casos, la obligación de informar inmediatamente de oficio se torna en perentoria, no debiendo esperar a que sean los propios habitantes los que les hayan de solicitar dicha información. Queda claro, por tanto, que la obligación de informar de oficio recae sobre la Administración, es decir, esta es la que debe hacer todo lo posible, motu proprio, y en el menor plazo posible, para que los ciudadanos puedan ser conscientes de los riesgos a los que se enfrentan y tomar las decisiones oportunas²⁹.

La vulneración del derecho de acceso de la información a instancia de parte se dará cuando, a pesar de haberse cursado una solicitud, la Administración no suministre tal información y no concurra causa legítima que pudiera justificar dicha denegación³⁰.

El TEDH también ha configurado como una obligación positiva, cuyo cumplimiento corresponde a las Administraciones Públicas, la provisión de un procedimiento efectivo y accesible que permita el acceso de los ciudadanos a las informaciones medioambientales pertinentes y apropiadas, en supuestos de riesgos graves para la vida o la integridad física de las personas que fueran conocidos por las propias autoridades públicas³¹.

Para el TEDH, otro de los motivos que justifica la importancia dada al derecho a la información se halla en el malestar, incluso ansiedad o estrés, que puede

28 STEDH (Sección Tercera) 2 noviembre 2006, caso *Giacomelli contra Italia*, párrafo 83; STEDH (Sección Tercera) 7 abril 2009, caso *Brandușe contra Rumanía*, párrafos 63 y 74; STEDH (Sección Tercera) 27 enero 2009, caso *Tătar contra Rumanía*, párrafos 113 a 116.

29 STEDH (Sección Primera) 18 junio 2002. Caso *Öneryıldız contra Turquía*, párrafos 86 a 88.

30 STEDH (Sección Tercera) 27 enero 2009, caso *Tătar contra Rumanía*, párrafos 114 y 123.

31 STEDH 9 junio 1998, caso *McGinley y Egan contra Reino Unido*, párrafo 102; STEDH (Gran Sala) 19 octubre 2005, caso *Roche contra Reino Unido*, párrafo 167. No obstante, en el primero se consideró que sí que existía un procedimiento que permitía el acceso a la información, siendo los demandantes quienes optaron por no hacer uso del mismo.

provocar la falta de la misma. Ello es especialmente relevante en aquellas personas que puedan haber estado sometidas a determinados ensayos³² o que han padecido una calamidad medioambiental³³. En estos casos, el acceso a dicha información puede aliviar la ansiedad, la incertidumbre, los temores que puede provocar el saber que se ha estado involucrado en tales pruebas o se ha sido víctima de un desastre ecológico, sin conocer cuáles son sus posibles consecuencias. Cuanto más tarde la autoridad pública en revelar la información, mayor afectación en la salud mental de dicha persona, y por extensión, en su bienestar, se podrá producir.

Por último, y respecto precisamente de los desastres ecológicos, el TEDH ha mantenido que el deber de informar se puede dar en dos momentos distintos: En primer lugar, con carácter previo a que el mismo ocurra, siempre y cuando los poderes públicos estén en disposición de prever que tal calamidad pueda darse³⁴. En este caso, la información sirve como instrumento para que la población pueda tomar todas las medidas precautorias o preventivas necesarias que, de haberla desconocido, no habrían podido adoptar. En segundo lugar, tras el desastre. En este supuesto, como ya hemos visto previamente, se debe informar, a la mayor prontitud posible, de las consecuencias que se puedan derivar de dicha catástrofe medioambiental, a fin de, primero, mitigar la incertidumbre propia del desconocimiento, y segundo, permitir a los afectados tomar las medidas adecuadas para eliminar o, al menos, mitigar las consecuencias dañosas o perjudiciales derivadas de tal desastre ecológico³⁵.

5. Carta Social Europea.

La Carta Social Europea (CSE) es el referente continental, por excelencia, en materia de derechos sociales. Sin embargo, si algo caracteriza y diferencia fundamentalmente este texto del CEDH es que en este sus firmantes no quisieron otorgar a los particulares la posibilidad de interponer demandas individuales. No obstante, mediante el Protocolo adicional, de 9 de noviembre de 1995, se introdujo el sistema de reclamaciones colectivas, que permite solo a determinados sindicatos y asociaciones de empleadores, así como a unas ONGs concretas³⁶, plantear esta reclamación colectiva frente al Estado en cuestión por aplicación insatisfactoria de la Carta.

32 STEDH 9 junio 1998, caso McGinley y Egan contra Reino Unido, párrafo 97; STEDH (Gran Sala) 19 octubre 2005, caso Roche contra Reino Unido, párrafo 155. Ambos casos se refieren a ensayos militares.

33 STEDH (Sección Tercera) 27 enero 2009, caso T□tar contra Rumanía, párrafo 122.

34 STEDH (Sección Primera) 20 marzo 2008, caso Budayeva y otros contra Rusia, párrafos 131, 132 y 137; STEDH (Sección Primera) 28 febrero 2012, Caso Kolyadenko y otros contra Rusia, párrafo 185.

35 STEDH (Sección Tercera) 27 enero 2009, caso T□tar contra Rumanía, párrafo 122.

36 Arts. 1 y 2 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que prevé un sistema de reclamaciones colectivas.

En relación con la cuestión medioambiental, merece ser destacado que el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)³⁷, ha entendido que el derecho a un medio ambiente sano, si bien no se encuentra directamente reconocido en la Carta, sí que sería incardinable en el derecho a la protección de la salud recogido en el art. 11³⁸. De nuevo, nos encontramos ante una visión antropocéntrica (compartida por el TEDH) de la protección medioambiental. Así, señala el art. 11 que:

“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines:

1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente.

2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma.

3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras”.

En relación, en concreto, con la importancia del derecho a la información medioambiental, merecen ser traídas a colación dos decisiones del Comité. La primera, que supone el *leading case* sobre la materia, es la que resuelve el caso *Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) contra Grecia*. Este asunto trata sobre la contaminación (especialmente atmosférica) sufrida por la población griega, derivada de la explotación minera, así como del uso de centrales de energía anticuadas. Para el Comité, atendiendo a todas las pruebas presentadas, no cabe duda de que la contaminación denunciada ha tenido una incidencia en la salud de la población, dado que los datos revelan una mayor presencia de enfermedades respiratorias, tales como rinitis o bronquitis crónica, e incluso de enfermedades cardiovasculares o cánceres, en la gente que vive cerca de las centrales o de las minas³⁹.

El órgano de control consideró que Grecia había vulnerado el derecho a la protección de la salud de los habitantes de las zonas contaminadas, entre otros motivos, por cuanto entendió que se había dado una falta de información⁴⁰ y de formación educativa⁴¹ sobre los riesgos que comportaba seguir viviendo en

37 El CEDS es un órgano de control del cumplimiento de la Carta Social Europea. Juega un papel similar, aunque con algunas salvedades, al que realiza el TEDH respecto del CEDH.

38 CEDS, Decisión 6 diciembre 2006, caso *Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) contra Grecia*, párrafo 195.

39 *Ibidem*, párrafo 200.

40 *Ibidem*, párrafos 211, 216, 217, 218, 219.

41 *Ibidem*, párrafo 219.

aquellas zonas afectadas por la contaminación⁴². En consecuencia, consideró que el Estado no había desarrollado una estrategia adecuada, a través de la información y la formación educativa, que hubiese servido para prevenir y combatir los riesgos para la salud derivados de la contaminación.

Esta tesis vendrá refrendada años más tarde, en la decisión que resuelve el caso *International Federation for Human Rights (FIDH) contra Grecia*⁴³. En este supuesto nos encontramos ante una situación de vertidos industriales en un río y la subsiguiente contaminación medioambiental que se produce, llegando a afectar a la salud de las personas. El Comité, tras analizar las alegaciones de cada una de las partes, llega a la conclusión que la información sobre los riesgos que corrían los afectados, o directamente fue inexistente, o cuando existía, era parcial, defectuosa o tardía⁴⁴. En este sentido, y por su contundencia, creemos oportuno hacer uso de la cita literal: “A este respecto, el Comité considera que la magnitud de la contaminación de la región de Oinofyta y sus efectos en la salud humana, así como el hecho de que estos problemas han sido conocidos y reconocidos por las autoridades griegas competentes durante mucho tiempo, debieron haber requerido el diseño y la implementación de un programa sistemático de información y sensibilización para la población interesada, con la contribución activa y regular de todas las instituciones administrativas interesadas (a nivel nacional, regional y local)”⁴⁵. Consecuencia de esas carencias, el Comité considera que el Estado heleno ha vulnerado el derecho a la protección de la salud de los habitantes de la zona afectada por la contaminación.

De la lectura de ambas decisiones, queda claro que, para el Comité Europeo de Derechos Sociales, el cumplimiento de la obligación de informar (y de educar) sobre todas aquellas cuestiones medioambientales que puedan afectar a la salud se convierte en un elemento nuclear a la hora de evaluar si el Estado ha respetado el mandato derivado del art. 11 de la Carta.

V. CONCLUSIONES.

Tras el estudio realizado, podemos concluir, básicamente, que el derecho a recibir información medioambiental, hoy en día, se encuentra plenamente reconocido tanto por la legislación internacional como por la comunitaria.

En el ámbito más concreto del Consejo de Europa, el TEDH no ha amparado el derecho a recibir información medioambiental de carácter general, bajo el art. 10 CEDH. Ello resulta criticable, dado que la ecología es, en estos tiempos, un

⁴² Lo cual incluye también cuando dicha información o formación educativa es parcial, defectuosa o tardía.

⁴³ CEDS, Decisión 23 enero 2013, caso *International Federation for Human Rights (FIDH) contra Grecia*.

⁴⁴ *Ibidem*, párrafos 156 y 157.

⁴⁵ *Ibidem*, párrafo 157.

tema de evidente interés público. No obstante, sí que ha reconocido que, cuando la falta de información medioambiental pudiera afectar a los bienes jurídicos vida o vida privada y familiar, entonces sí que se podría apreciar una vulneración de los arts. 2 y 8 CEDH. En tales casos, el TEDH entiende el mandato de informar como una obligación positiva, debiendo, por tanto, el Estado, realizar todas aquellas actuaciones que sean idóneas para hacerla real y efectiva.

Tampoco la CSE reconoce un derecho a la información medioambiental como tal, pero el CEDS, siguiendo la pauta del TEDH, ha incardinado dicho derecho en el art. 11 CSE, que recoge el derecho a la protección de la salud. Así pues, cuando la falta de información medioambiental, que debe ser provista por las autoridades públicas, pueda incidir negativamente en la salud de los ciudadanos, el CEDS considerará que el art. 11 ha sido conculcado por el Estado correspondiente.

JURISPRUDENCIA CITADA

STEDH (Gran Sala) 19 febrero 1998, caso Guerra y otros contra Italia (ECLI:CE:ECHR:1998:0219JUD001496789)

STEDH 9 junio 1998, caso McGinley y Egan contra Reino Unido

(ECLI:CE:ECHR:1998:0609JUD002182593)

STEDH (Sección Primera) 18 junio 2002, caso Öneriyıldız contra Turquía

(ECLI:CE:ECHR:2002:0618JUD004893999)

STEDH (Sección Tercera) 10 noviembre 2004, caso Taşkın y otros contra Turquía

(ECLI:CE:ECHR:2004:1110JUD004611799)

STEDH (Gran Sala) 30 noviembre 2004 caso Öneriyıldız contra Turquía

(ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999)

STEDH (Gran Sala) 19 octubre 2005, caso Roche contra Reino Unido

(ECLI:CE:ECHR:2005:1019JUD003255596)

STEDH (Sección Tercera) 2 noviembre 2006, caso Giacomelli contra Italia

(ECLI:CE:ECHR:2006:1102JUD005990900)

STEDH (Sección Primera) 20 marzo 2008, caso Budayeva y otros contra Rusia

(ECLI:CE:ECHR:2008:0320JUD001533902)

STEDH (Sección Tercera) 27 enero 2009, caso Tătar contra Rumanía

(ECLI:CE:ECHR:2009:0127JUD006702101)

STEDH (Sección Tercera) 7 abril 2009, caso Branduşe contra Rumanía

(ECLI:CE:ECHR:2009:0407JUD000658603)

STEDH (Sección Primera) 28 febrero 2012, Caso Kolyadenko y otros contra Rusia

(ECLI:CE:ECHR:2012:0228JUD001742305)

STEDH (Sección Quinta) 24 julio 2014, caso Brincat y otros contra Malta

(ECLI:CE:ECHR:2014:0724JUD006090811)

CEDS, Decisión 6 diciembre 2006, caso Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) contra Grecia

(cc-30-2005-dmerits-en)

CEDS, Decisión 23 enero 2013, caso International Federation for Human Rights (FIDH) contra Grecia.

(cc-72-2011-dmerits-en)

LA FERTILIZACIÓN INVITRO HETERÓLOGA EN CUBA.
VALORACIONES EN EL ÁMBITO DE LA FILIACIÓN.*

*INVITRO HETEROLOGOUS FERTILIZATION IN CUBA. VALUATIONS IN
THE FIELD OF FILIATION.*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 430-453

* El presente trabajo es resultado de la actividad científica desarrollada por los autores en el marco del Grupo de Investigación: "El Derecho frente a los nuevos retos sociales", del Departamento de Derecho de la Universidad de Matanzas, Cuba.



Lisandra SUÁREZ
y Luis PÉREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de octubre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: La fertilización in vitro es una de las técnicas de reproducción asistida que más se emplea en los últimos años en Cuba, sin embargo, no encuentra regulación en el ordenamiento jurídico familiar, pese a que, su variante heteróloga, mediante la participación de donantes de material genético, trastoca las bases de la filiación sobre las que se erige el Código de Familia, álgido de reformulación en aras de tutelar los derechos de los sujetos involucrados.

PALABRAS CLAVE: Fertilización in vitro heteróloga; filiación; familia.

ABSTRACT: *In vitro fertilization is one of the most widely used assisted reproduction techniques in Cuba; however, it is not regulated by the legal system. The participation of donors of genetic material upsets the bases of filiation as it is conceived in the Cuban Family Code. Currently, a modification is required in the Code that protects the rights of the subjects involved in the application of this technique.*

KEY WORDS: *Heterologous in vitro fertilization; filiation; family.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. SISTEMA INSTITUCIONAL PARA EL ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.- III. DISPOSICIONES EN EL ORDEN MÉDICO-ADMINISTRATIVO.- IV. ENFOQUE ACTUAL DEL ORDENAMIENTO SUSTANTIVO FAMILIAR EN MATERIA FILIATORIA.- I. Anteproyectos de código de familia: un examen de lege ferenda.- V. PROYECCIONES PARA EL RECONOCIMIENTO DE EFECTOS FILIATORIOS PRODUCTO A LA FECUNDACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO ACTUAL.- VI. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

En Cuba cerca de un 20% de las parejas en edad reproductiva experimentan dificultades con su fertilidad, lo cual ha conllevado a potenciar múltiples alternativas de atención a la infertilidad conforme al procedimiento indicado en el Programa Nacional de Atención a la Pareja Infértil redactado por el Ministerio de Salud Pública, identificado por sus siglas (MINSAP), poniendo de manifiesto la posición priorizada que se le concede estatalmente. El acceso a algunas de estas técnicas requiere cumplir con una serie de parámetros que establece el MINSAP, algunos de los cuales, resultan contraproducentes respecto a las vetustas instituciones reguladas en el Código de Familia vigente.

Entre las principales técnicas terapéuticas para tratar la infecundidad en el país, se encuentran la inseminación artificial y la fertilización *in vitro*¹, siendo esta última en su variante heteróloga, referente de estudio de la presente investigación. Los cambios sociales, tecnológicos, médicos, los discursos académicos, los pronunciamientos judiciales y las fisuras legislativas, se alzan como exhortación a un acercamiento de la temática en Cuba, nación que además de ser un paradigma en

I En lo adelante identificadas con las siglas FIV. Las técnicas en sentido genérico y la FIV en especial, pertenecen propiamente a la esfera de los derechos reproductivos, entendidos como el derecho a decidir sobre si procrear o no, a la aplicación de medidas de anticoncepción o contracepción, tratamientos seguros para fertilidad, infertilidad, información actualizada sobre medicamentos, tecnologías y tratamientos médicos, en función de la fecundación. Vid. ÁVALOS CAPIN, J.: *Derechos reproductivos y sexuales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer, México DF, 2013, p. 2268.

• Lisandra Suárez Fernández

Es profesora e investigadora de la Universidad de Matanzas, Cuba. MsC. en Derecho de Familia. Doctoranda de la Universidad de La Habana. Notario público de la República de Cuba. Ha realizado 8 publicaciones en diversas revistas especializadas en Derecho, tanto nacionales como extranjeras. Coautora en el Libro Retos del Derecho ante el envejecimiento poblacional merecedor del Premio de la Academia de Ciencias, Cuba, 2018. Ponente en congresos internacionales y nacionales en los últimos años. Correo electrónico: lisisf85@gmail.com.

• Luis Pérez Orozco

Es profesor e investigador de la Universidad de Matanzas, Cuba. Asesor jurídico de la Universidad de Matanzas. Ha realizado publicaciones en diversas revistas especializadas en Derecho de España, México y Uruguay. Ponente en diversos eventos nacionales e internacionales. Correo electrónico: luisperezorozco1994@gmail.com

cuanto a los servicios médicos, no está ajena a esas transformaciones, sin embargo, su realidad como la de otros muchos países apunta a una carente regulación en relación al impacto de esta técnica en las relaciones paterno-filiales.

Si bien es válido referenciar los intentos legislativos contenidos en los Anteproyectos del Código de Familia, puntualmente el del año 2008, por dedicar todo una Sección a abordar el tema de las técnicas de reproducción humana asistida, destaca el hecho de no hacer alusión expresa a la fertilización *in vitro*, demostrando la prevalencia de un pensamiento conservador en el legislador y la vitalidad de consolidar una ideología capaz de impulsar una reforma coherente al respecto, cuestión sobre la que han incursionado académicos patrios de las ciencias jurídicas como PÉREZ GALLARDO, VALDÉS DÍAZ, MESA CASTILLO y HUNG GIL, secundados desde el área de la Medicina por LUGONES BOTELL, DÍAZ BERNAL y GARCÍA JORDÁ, quienes reflexionan particularmente sobre la infertilidad y el sistema de salud cubano.

Con motivo de las anteriores inquietudes científicas se motiva el estudio al respecto, con la pretensión de proponer pautas sustantivas familiares para la tuición en Cuba de los sujetos beneficiarios de la fertilización *in vitro* heteróloga, los donantes y la descendencia obtenida por esta técnica.

II. SISTEMA INSTITUCIONAL PARA EL ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Como parte de los tratamientos especializados en Cuba existe una red de instituciones médicas que atienden a las personas que presentan dificultades para procrear. Según información difundida ante la Asamblea Nacional del Poder Popular² más de 100.000 parejas tienen alguna dificultad para la reproducción y alrededor de 1.500 están a la espera de técnicas de reproducción asistida de alta tecnología, incluida la fertilización *in vitro*.

“Actualmente la dirección del MINSAP ha retomado esta tarea como un elemento prioritario, lo que expresa la voluntad política de nuestro país de solucionar los problemas de infertilidad”³, pues representa un perjuicio para la estabilidad y desarrollo de la familia, así como para el remplazo poblacional. El interés estatal ha estado enfocado en facilitar los servicios médicos a las personas afectadas y en el desarrollo de la tecnología, cuestión que se corrobora en el aumento de las consultas de infertilidad en los municipios y en la expansión en

2 Presentación a la Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba, julio de 2017. Disponible en: <https://www.parlamentocubano.cu>, Consultado: 4 de marzo de 2018.

3 RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, K. y MÉNDEZ VIDAL, J.: “Factores clínico-terapéuticos que influyen en el logro de embarazo en pacientes tratadas por fertilización *in vitro*”, *Revista Cubana de Endocrinología*, vol. 26, núm. 2, 2015, p. 110.

las provincias del país de centros de reproducción asistida de alta tecnología, incorporando novedosamente la ovodonación como nueva técnica⁴.

Recientemente, en el Balance del Ministerio de Salud Pública cubano correspondiente al año 2017 se anunció que se avanza en la búsqueda de tratamientos más efectivos para las parejas con problemas de infertilidad, con el propósito de que puedan tener descendencia, a lo que se agregó que este tema es hoy objetivo priorizado del Ministerio a través del Programa Nacional de Atención a la Pareja Infértil.

El galeno ÁLVAREZ FUMERO, especialista en pediatría y jefe del Departamento de Atención a la pareja infértil, apunta que la atención desarrollada en ese programa “es integral y tiene por objetivo modificar el panorama demográfico cubano que se caracteriza por baja natalidad, bajo número de hijos promedios por mujer y bajo nivel de hijas hembras [...]”⁵. El programa concibe el inicio de la atención en el nivel primario de salud donde se realiza el diagnóstico y se ofrece consejería sobre infertilidad. La atención secundaria abarca las técnicas de baja tecnología que se emplean a nivel hospitalario. Comprende el diagnóstico definitivo, estimulación de la ovulación amplia, el tratamiento quirúrgico de factores uterinos y peritoneales, cirugía conservadora y capacitación del semen con determinados recursos para multiplicar su capacidad. Finalmente, existen también para las personas que lo requieran procedimientos de alta tecnología, pertenecientes a la atención terciaria, donde se incluyen la fertilización *in vitro*, la donación de óvulos, el banco de espermatozoides y el diagnóstico genético pre-interpretativo.

Queda expuesto que el problema de la infertilidad es una realidad en suelo cubano, siendo las técnicas de reproducción humana asistida ampliamente difundidas; convocando al Derecho, a ganar sincronía con la ciencia, en aras de evitar situaciones de conflicto en el sensible ámbito familiar y especialmente filiatorio. Reflexionar sobre el tema invoca recordar a VALDÉS DÍAZ cuando alega que “el acceso a esas técnicas, su ámbito de aplicación, la capacidad requerida para ello, el consentimiento informado para su posible aplicación, la protección de los derechos inherentes a la personalidad que pudieran ser vulnerados, tales como la propia vida, la integridad física, la libertad, la intimidad, la identidad personal, la responsabilidad que se asume con su práctica y, sobre todo, los derechos del nuevo ser que nace, especialmente su filiación, son aspectos que el Derecho

4 En el 2015 los centros provinciales eran cinco más que el año anterior, mientras que en el 2016 se consolidan los servicios municipales de atención a la pareja infértil, se fortalece la red de centros provinciales y el desarrollo de cuatro centros territoriales de alta tecnología. Quedó extendido desde 2017 el programa de ovodonación a los Centros de Alta Tecnología territoriales de los Hospitales Ramón González Coro, Gustavo Aldereguía y Vladimir Ilich Lenin, iniciando la vitrificación de embriones los hospitales Hermanos Ameijeiras y González Coro en los meses de agosto/septiembre.

5 CARRASCO, J.: *Cuba tiene un programa para los hijos del amor*, Disponible en: <http://mesaredonda.cubadebate.cu/mesa-redonda/2013/02/15/cuba-tiene-un-programa-para-los-hijos-del-amor/> Consultado: 20 de mayo de 2018.

Civil debe considerar y regular afinando «el sentido común», para salvaguardar los intereses de la persona y de la sociedad, sin poner innecesarios cortapisas al desarrollo de la ciencia, pero sin olvidar los límites necesarios para una armónica convivencia, donde la dignidad humana debe ocupar el primer plano⁶.

III. DISPOSICIONES EN EL ORDEN ADMINISTRATIVO.

En lo tocante a la regulación administrativa de las técnicas de reproducción humana asistida sólo se pueden referenciar la Ley de Salud Pública, su Reglamento, la Resolución número 219 del año 2007 y la Resolución número 61 del año 2014, todas emitidas por el MINSAP. Su examen devela que en relación con la fertilización *in vitro* las mismas no regulan este procedimiento médico de modo individualizado.

Por tanto, el protocolo implementado sigue los fundamentos de la Ley de Salud Pública donde se expresa que la organización y la prestación de los servicios que a ella corresponden se basan, entre otros, en el reconocimiento y garantía del derecho de toda la población a que se atienda y proteja apropiadamente su salud en cualquier lugar del territorio nacional, así como la aplicación adecuada de los adelantos de la ciencia y de las técnicas médicas mundiales. En relación a los métodos de diagnóstico que impliquen riesgos, e intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos, se tiene como fundamento la aprobación de los pacientes⁷. Tales cuestiones, propiamente hacia el área de la medicina involucrada, se replican en su reglamento, entiéndase Decreto número 139 del año 1988, al estipular que “el Sistema Nacional de Salud creará las condiciones para asegurar la atención ginecológica, promoverá y realizará acciones para el diagnóstico y tratamiento de los aspectos de la reproducción humana, la infertilidad y regulación de la fecundidad, de acuerdo con las normas y regulaciones establecidas por el Ministerio de Salud Pública”⁸.

Por su parte y más recientemente la Resolución número 61 del año 2014 regula la ovodonación, como una técnica excepcionalísima de reproducción asistida de alta complejidad, consistente en la aspiración folicular en una mujer donante, que puede ser familiar o anónima y la implantación folicular de ese material genético en una mujer receptora, paciente del Servicio de Reproducción Asistida del Sistema Nacional de Salud. Este procedimiento incluye sólo un momento de la fertilización *in vitro*, y de este, únicamente una arista: la participación femenina en la donación de material genético, no existiendo regulación legal para el caso de gametos masculinos.

6 VALDÉS DÍAZ, C. DEL C.: “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. 31, 2014, p. 461.

7 Cfr. arts. 4, incisos a) y e), 18 y 19 de la Ley número 41 de 1983 del Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba.

8 Cfr. art. 36 de la Ley número 41 de 1983 del Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba.

Sus postulados establecen que “la donación de ovocitos sólo ocurrirá con donante conocida cuando esta sea familiar de primer grado y hasta segundo grado de consanguinidad; empleando una donante anónima en los casos de pacientes en tratamiento de reproducción asistida, cuya reserva ovárica permita garantizarle al menos nueve óvulos para su tratamiento y que, previa autorización expresa y por escrito, autorice donar los óvulos supernumerarios”⁹. Cuando la donación sea anónima, “la donante tiene que manifestar expresamente y por escrito, debidamente firmado, su voluntad de aceptar donar sus óvulos de manera altruista y no retribuida; renunciando al derecho de filiación sobre los óvulos donados y de reclamación legal posterior al procedimiento”¹⁰. Tal regulación, en los casos de ovodonación, disipa los conflictos filiatorios en relación a quién es realmente la madre, entre quien aporta los gametos y quien lleva a cabo la gestación, en tanto, la Resolución no otorga primacía a la filiación genética.

Especial referencia amerita, como parte de las polémicas que se generan para los beneficiarios de esta técnica del dictado de la norma administrativa, el empleo del término: “la pareja”. Superar esta concepción implica retomar la imbricación entre el principio de igualdad y los derechos reproductivos, en tanto, la Constitución cubana dedica íntegramente un capítulo a regular lo concerniente al principio de igualdad, vista además de principio, como basamento económico, social y político que permite la materialización real de los demás derechos y como presupuesto que condensa una igualdad de posibilidades y de trato sin discriminación¹¹; enlazando obviamente la libertad de adoptar decisiones relativas a la reproducción con la libre elección del modelo familiar a constituir sin sufrir discriminación alguna.

Sin embargo, la práctica de estas técnicas se ciñe no sólo a la pareja, sino a la pareja heterosexual, con lo cual, las uniones del mismo sexo o las mujeres sin concurso de varón, se excluyen del derecho a tener descendencia, desconociendo la posibilidad de la familia monoparental e imponiendo un modelo de familia con la necesaria presencia de dos progenitores, cuestión que debe replantarse en función de la concreción del principio de igualdad, fusionando el derecho a la implementación de la técnica, con el derecho a formar una familia y el reconocimiento de nuevas modalidades familiares que desean ejercer su rol de paternidad y/o maternidad, en aras de que los derechos reproductivos evolucionen

9 Cfr. art. 7 de la Resolución número 61 de 2014 del Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba.

10 Cfr. art. 8, apartado 6 de la Resolución número 61 de 2014 del Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba.

11 VILLABELLA ARMENGOL, C.: “Los Derechos Humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana”, en AA.VV.: *Temas de Derecho Constitucional Cubano* (coord. L. PÉREZ HERNÁNDEZ y M. PRIETO VALDÉS), Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p. 322.

a la par de la libertad de fundar una familia, que “implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos”¹².

Otro de los puntos neurálgicos del análisis de esta Resolución se refiere a la ausencia de un profesional del Derecho en la obtención del consentimiento, delegando al médico no sólo la función de facilitar información clara, objetiva, suficiente y apropiada a la persona, especificando la finalidad con que se van a obtener los datos genéticos, de qué forma se obtendrán, y cómo se van a utilizar y conservar esos datos, la descripción de riesgos y consecuencias, sino también la incidencia de este proceder en el conocimiento del origen genético¹³ y en la filiación.

Hasta este punto del análisis puede decirse que la regulación más atinente al tema de las técnicas de reproducción asistida descansa en las referidas normativas administrativas sin una correlativa expresión en el ámbito sustantivo familiar. Al respecto resume PÉREZ GALLARDO que “muy a lamentar, no existe en Cuba norma alguna en el orden legal, tuitiva de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, las que desde hace más de dos décadas se practican, con éxito, en Cuba. Es verdaderamente insólito que en un país como Cuba que va a la cabeza en avances de las ciencias médicas en el continente, haya una total ausencia del menor resquicio de regulación jurídica en este orden. Las técnicas de reproducción humana asistida ya no constituyen novedad ni en el orden médico ni en el jurídico. A pesar de todo lo que se ha escrito en los últimos años por la doctrina jurídica y de la necesidad de que este proceder médico esté dotado de seguridad jurídica (...), no se ha hecho el menor intento por dotar de una norma jurídica, a un proceder médico que ha cambiado desde hace más de tres décadas los postulados tradicionales en los que se ha sustentado la filiación”¹⁴.

12 Vid. Comité de los Derechos Humanos, Observación General núm. 19 en RODRÍGUEZ ITURBURU, M.: “La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad”, *Reproducción*, vol. 30, núm. 4, 2015, p. 147. En relación a la imbricación de los derechos sexuales y reproductivos con otros derechos y principios vid. VALDÉS DÍAZ, C. DEL C.: “El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: Crónica de una vida anunciada”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Nueva Época, vol. 11, núm. 39, enero-junio de 2017, pp. 9-23.

13 En relación a este elemento se dispone la confidencialidad de los datos genéticos humanos asociados con una persona identificable, los que “no serán utilizables por terceros, salvo razones relevantes a la seguridad pública o cuando se haya obtenido el consentimiento previo, libre, informado y expreso de esa persona, siempre que éste sea conforme al derecho interno y al derecho internacional relativo a los derechos humanos”. Una interpretación amplia de su contenido, hace colegir que el hijo procreado mediante fertilización *in vitro* heteróloga podría acceder a la ficha clínica del donante, si con ello puede prevenir o curar enfermedades o anomalías hereditarias propias. La normativa, no está dirigida específicamente a los donantes de material genético, sino que engloba todos los supuestos de recolección de datos sobre ADN. De su articulado se desprende el sistema de anonimato relativo, que permite al hijo cierta y limitada accesibilidad a los datos biogenéticos del donante al existir razones de peso para salvaguarda intereses superiores del nacido, o pueda ser autorizado por autoridad judicial cuando existan motivos fundados, y lógicamente, sin que este conocimiento establezca relación alguna de filiación. Esta solución armoniza tanto el derecho a la vida y salud del hijo, como el de la intimidad del donante. Cfr. arts. del 3 al 26 de la Resolución número 219 de 2007 del Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba.

14 PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Luces y sombras en torno a la regulación jurídica de la filiación en Cuba”, *Revista Universitas*, núm. 122, enero-junio de 2011, pp.434-435.

Surge así, un nuevo dilema para el Derecho de Familia, puesto que el Estado, tiene el deber de tutelar y defender las prerrogativas fundamentales y garantías de las personas que se someten a tratamientos de reproducción humana asistida, así como de los concebidos mediante estos procedimientos en cuanto al establecimiento de vínculos filiatorios y de parentesco. Se necesita de un avance legislativo en el orden sustantivo familiar; pues particularmente la FIV implica desconectar el fenómeno reproductor humano del ejercicio de la sexualidad, desbordando las estructuras jurídicas existentes. Las Resoluciones antes analizadas, si bien, demuestran una postura de las instituciones de salud al respecto, puede decirse que no son vinculantes ni coherentes con lo dispuesto en el Código de Familia, más bien se contraponen. Teniendo en cuenta este panorama, se analizará a continuación la posición asumida por el ordenamiento jurídico familiar respecto a las líneas fundamentales reguladas por el Ministerio de Salud Pública.

IV. ENFOQUE DEL ORDENAMIENTO SUSTANTIVO FAMILIAR EN MATERIA FILIATORIA.

Los preceptos del Código de Familia, normativa encargada de proteger y defender los diferentes factores y elementos integradores que rodean las relaciones jurídicas familiares, revelan que, el *Code*, no determina con exactitud, los derechos y obligaciones de los sujetos beneficiarios y donantes, involucrados en el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, especialmente de la FIV con material genético de terceras personas, aún y cuando de ella se derivan cuestiones asociadas a la determinación de la paternidad, la identidad y filiación del nuevo ser.

Ergo, ante la ausencia de una regulación legal de las técnicas de reproducción humana asistida en el ordenamiento jurídico familiar patrio, urge una regulación especial que las contemple, para establecer los límites dentro de los cuales deben ser aplicadas y utilizadas y, fundamentalmente, para conocer con exactitud las relaciones jurídicas que ellas originan entre los sujetos que las utilicen, máxime cuando su práctica se encuentra sólidamente establecida en nuestras instituciones de salud.

En el ámbito de la maternidad las polémicas pudieran resultar mínimas, en tanto, en función de las presunciones establecidas la maternidad se presume y queda probada por el hecho del parto y la identidad del hijo, prevaleciendo el aforismo latino *mater sempercertaest*. Por tanto, queda vedada la posibilidad de conflicto de maternidades (genética y gestante), pues el hecho del parto reservado a la madre gestante, pese a haber empleado material genético ajeno, consagra la filiación materna. Con ello, puede afirmarse que, el actual sistema de filiación jurídicamente establecido, no genera contradicción en relación al modo en que opera la técnica, en tanto, hasta el momento ha sido reservada a la pareja heterosexual, de tal forma que, madre es la que ha dado a luz, y no la que donó

el óvulo. Con base en lo expresado la técnica se favorece con el principio que asevera que la maternidad gestante determina la filiación, sin lugar a posteriores impugnaciones reclamando o negando la filiación.

Cuestión diversa se presenta en el caso de la filiación paterna, dado que, nuestra legislación proclama según el art. 75 que la filiación paterna del recién nacido se acredita mediante presunciones *juris tantum* de paternidad que tienen como elementos constitutivos el *nomen* (cuando pueda inferirse de la declaración del padre formulada en documento indubitado), el *tractatus* (cuando hubieren sido notorias las relaciones maritales con la madre durante el período en que pudo tener lugar la concepción) y la fama (cuando la condición de hijo se halla hecho ostensible por actos del propio padre o de su familia). Sin embargo, estas pueden ser destruidas de plano frente a la filiación genética, cuando se ha aplicado la FIV con material masculino de terceras personas, en tanto, la presunción protege la paternidad que se origina de la interacción sexual entre una pareja que, con la implementación de la técnica quede desvirtuada, siendo entonces siempre susceptible de impugnación aquella paternidad surgida de la FIV heteróloga, cuando el consentimiento del donante únicamente se contiene en documento administrativo. Su emisión frente a otros funcionarios daría importantes garantías, que a juicio de los autores, no se completan frente a especialistas médicos, que sin el conocimiento acabado de temas como la filiación, pueden dejar abierta la brecha a su revocación o la impugnación de la filiación, cuestión salvada si se delegaran tales atribuciones a funcionarios públicos, en tanto, quedaría sentada jurídicamente la imposibilidad de impugnar la paternidad; con apoyo del principio de no retractarse de sus propios actos (*venirefactum contra proprium*)¹⁵.

Del examen de las presunciones del Código de Familia se evidencia que las mismas, especialmente en el caso de la paternidad, están basadas en el hecho de que toda fecundación proviene de un hecho social, la cohabitación¹⁶ y un acto biológico¹⁷, entendido como la relación sexual que se supone debió darse entre la pareja. No obstante, esta concepción no se corresponde con el caso de la FIV

15 Los actos propios "(...) son aquellos que como expresión de libre y espontánea decisión se realizan con el fin de crear, extinguir o modificar algún derecho, luego entonces la teoría del acto propio tiene como esencia la de que, así como nadie puede ser perjudicado por actos ajenos, tampoco ninguna persona puede ir válidamente contra sus propios actos, y ello porque si bien toda persona es libre de realizar o no un acto, al realizarlo y reconocer algún derecho a favor de tercero surge una relación jurídica entre ambos que no puede después ser arbitrariamente destruida por actos posteriores (...)". Vid. Sentencia número 534 de 30 de julio del 2004. Cuarto Considerando. Ponente Acosta Ricart y Sentencia número 751 de 25 de noviembre del 2005. Primer Considerando. Ponente Acosta Ricart, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo de la República de Cuba, en PÉREZ GALLARDO, L. B.: *Código Civil de la República de Cuba anotado y concordado*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2011, p. 17.

16 Con las FIV heteróloga, la no cohabitación dejaría de ser prueba plena de la no paternidad. El cónyuge pudo no tener contacto con su mujer durante la época en que se presume la concepción y sin embargo ser el padre del hijo concebido mediante esta técnica siempre que lo haya consentido.

17 En tono de avance y en sede jurisprudencial cubana la Sentencia número 153 de 29 de mayo del 2009 del Tribunal Supremo Popular de Cuba, Ponente María Carrasco Casi, Único Considerando se reconoció expresamente que el fin del Código de Familia es adaptar el régimen jurídico a la realidad biológica.

heteróloga, situación que supone una ruptura a estas presunciones, puesto que, biológicamente el miembro masculino de la dupla puede no ser el padre genético del hijo que ha nacido dentro de la relación, por lo que, de intentar una acción de impugnación de paternidad, tal y como actualmente está regulado en el Código de familia, esta pudiera prosperar atendiendo a lo estrictamente concebido en ley.

El esquema legal actual, construido sobre la base del convencimiento y creencia indiscutida de que la relación sexual, es el único modo por la que se produce la fecundación de un nuevo ser, no puede funcionar en estos casos. Ello conlleva a la reflexión de que es necesario expandir los cimientos de la filiación teniendo en cuenta que "(...) hoy existe una nueva realidad, es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna, y sin que las personas que desean asumir la paternidad hayan aportado el material genético"¹⁸. El Código al no contemplar las técnicas de fecundación asistida heteróloga silencia todo tipo de respuesta sobre la filiación que se origina a partir de estas prácticas absolutamente extendidas en Cuba, negando la moderna teoría genética de la filiación, que en la actualidad está imponiéndose a la clásica teoría romanista, a la cual se aferra la legislación familiar patria.

La variante heteróloga perfila un nuevo concepto de paternidad por el cual es considerado padre no al que tuviera vínculos genéticos con el menor, sino a quien asume la responsabilidad con la carga de derechos y obligaciones que ello entraña, donde la decisión de tener descendencia es el punto de partida. Puede observarse, que la admisibilidad de la técnica de fecundación asistida, con gametos provenientes de un tercero, distorsiona el criterio imperante, según el cual la filiación quedaba condicionada a la existencia de una cohabitación fecundante. En otras palabras, el acto sexual no quedaba disociado del efecto generativo, y la consecuencia procreativa obraba en principio, al arbitrio de la naturaleza, sin que interviniera ningún proceso de manipulación¹⁹. Hoy, con el auge de la

18 SOTO LAMADRID, M.: *Biogenética, filiación y delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p.76.

19 Sentencia núm. 724 de 18 de noviembre de 2003 del TSP, Ponente: Carmen Hernández Pérez, Segunda Sentencia, Único Considerando: "que si bien el demandado JCEB, ciudadano español, reconoció como suya, mediante inscripción de nacimiento, a la menor M, hija de la también demandada YM, ello se realizó faltando a la verdad, toda vez que en el periodo que pudo haber ocurrido la concepción de la menor estas personas no se encontraron y por ende no tuvieron posibilidades reales de cohabitar, (...) de todo lo que se colige que no existe relación biológica de padre e hija entre uno y otra". Sentencia núm. 635 de 11 de agosto de 2006 del TSP, Ponente: Marta Acosta Ricart, Único Considerando. "... luego el examen del conjunto de todo el material probatorio (...) quedó demostrada la existencia de relaciones públicas y notorias entre las partes, durante el período en que pudo tener lugar la concepción de la menor cuya filiación paterna se interesó...". Sentencia núm. 716 de 25 de octubre de 2006 del TSP, Ponente: Marta Acosta Ricart, Segundo Considerando. "en lo referente al parecido de la menor con el recurrente apreciado por los testigos de su contraria es de señalar que los mismos no se limitaron a exponer sobre el particular cuando la menor era recién nacida, sino que aseguraron que el mencionado parecido físico aún se mantiene y es visto que ya la menor tiene más de diez años de edad, pero además fueron contestes en cuanto a los actos del inconforme durante el periodo de gestación de la no recurrente, que denotaban el reconocimiento por su parte, en relación con la paternidad respecto al fruto de ese embarazo". Sentencia núm. 791 de 28 de noviembre de 2006 del TSP, Ponente: Marta Acosta Ricart, Segundo Considerando: "de las actuaciones consta acreditado que en realidad entre el inconforme y su contraria en el pleito existió una unión marital, que aunque breve en el tiempo contó con la singularidad, y notoriedad suficiente, lo cual incluso admite el

implementación de la reproducción humana asistida heteróloga, es lo contrario, ya que se ponen en entredicho, las categorías jurídicas conceptuales vigentes, de forma arraigada hasta la actualidad en las relaciones familiares y concretamente en las relaciones paterno/materno filiales.

En este sentido el acto desencadenante de fecundación, la copulación, que, como consecuencia directa, atribuí a la progenitura a los cohabitantes, no resulta necesario, es más, la paternidad y maternidad actúan independientemente a ella. Es por ello que *a priori* se percibe una despersonalización, porque el acto en sí mismo considerado deja de ser íntimo de la pareja, para convertirse en externo, plural, en el sentido de que en el proceso intervienen otros agentes que lo manipulan y propician. En ese caso se encuentran los especialistas médicos que con su actuación viabilizan el acto de fecundación, y los donantes como sujetos vitales, en tanto, intervienen necesariamente en la FIV, aportando el material germinativo, con lo cual se colige con facilidad que el acto procreativo deja de pertenecer intrínsecamente a la pareja.

Ante los aspectos mencionados, se hace posible, configurar un término, que permitiría, garantizar y clasificar una nueva fuente de filiación a través de la técnica de reproducción humana asistida, denominada "filiación inducida"; caracterizada por ser una fecundación extrauterina que excede la previsión tenida en cuenta por el legislador, especialmente en el ámbito de la presunción de la paternidad del cónyuge, establecida específicamente en los arts. 75 y siguientes del Código de Familia, dejando a la deriva la seguridad que ameritan las relaciones filiatorias.

Tales polémicas se extienden a la facultad de impugnación del *status filii* consignada en el art. 78, la cual se supedita a la imposibilidad de los cónyuges de haber procreado el hijo²⁰. Sin embargo, en el ámbito de las FIV heteróloga, "la

mismo, coincidiendo la existencia de esa unión con el momento en que según los especialistas pudo tener lugar la concepción".

- 20 Muy interesantes resultan dos sentencias del máximo órgano judicial cubano. En ambos casos, el Tribunal le otorgó mayor credibilidad a la prueba testifical y pericial frente a la documental que acreditaba la imposibilidad para procrear como causa para impugnar la filiación ya establecida. *Vid.* Tercer Considerando de la Sentencia número 510 de 31 de octubre del 2013 del Tribunal Supremo Popular, siendo ponente Isabel Arredondo Suárez, donde comenta que: "el impugnante sustenta la inconformidad que relata, en inequívoco criterio personal valorativo de los elementos de prueba obrantes en las actuaciones, de manera que sobreestima el resultado de las pruebas de documentos consistentes en resultados de espermograma que se le practicara por el Departamento de Biología Reproductiva del Hospital "Eusebio Hernández" y certificado médico emitido por facultativa, cuando por su contenido no resultan contundentes, en tanto no determinan su imposibilidad física para procrear, constatándose como las pruebas de testigos y de reconocimiento de personas practicada a instancia de su contraria en el pleito, aportan elementos de juicio diametralmente opuestos a los que pretende hacer valer". En igual sentido razona la Sentencia número 895 de 23 de diciembre de 2014 del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba siendo Ponente Marta Acosta Ricart. *Vid.* su Segundo Considerando donde se alega que: el inconforme "sostiene el infundado criterio de que se han valorado erróneamente las documentales que oportunamente presentó en relación con el resultado de un estudio que se le realizó, denominado espermograma, lo que en realidad no acontece, pues en los razonamientos en que se sustenta la decisión impugnada, si se evalúa dicho extremo, pero no se le concede virtualidad suficiente para descartar la probabilidad de la procreación, debido a la fecha posterior en que se realizó, fuera del período en que tuvo lugar la fecundación, pero

imposibilidad de procreación” no es suficiente para derribar el vínculo filiatorio, de manera que también debería ser considerado la invalidez del consentimiento como una causa para lograrlo. De manera que, para impugnar la paternidad, el cónyuge debe demostrar que la técnica fue llevada a cabo por su esposa sin su válido o vigente consentimiento, por lo tanto, no se le pueden atribuir responsabilidades en relación a ese hijo.

En definitiva, en términos presuntivos la imputación de la paternidad o maternidad resultaría para los miembros de la pareja comitente al acto en que consenten formalmente la técnica, cual si se tratara de una presunción *iure et de iure*, al ser irrefutable cuando se demostrase que el varón consintió la fecundación *in vitro*, y que la concepción se produjo como consecuencia directa de la técnica, toda vez que el consentimiento otorgado comporta la aceptación del vínculo y de las funciones paterno filiales.

Es necesario también redimensionar el art. 81, mediante el cual la persona que se considere con derecho a inscribir como suyo, al hijo reconocido previamente por otra persona, en virtud de considerarse su verdadero progenitor, podrá en cualquier tiempo establecer la acción conducente a ese fin. En este sentido, la disociación de la figura de la paternidad de la aportación genética, devenida de la utilización de la reproducción humana asistida heteróloga, redefine el papel del progenitor biológico que sólo será identificado como dador de material genético, por tanto, quien actúa constantemente como padre se convierte simultáneamente en progenitor en el ámbito jurídico.

El rol de padre, por tanto, debe ser asumido por quien voluntariamente aceptó serlo, y no por el donante o progenitor biológico, quien únicamente participo aportando su material genético sin ninguna voluntad de paternidad. Así habría que diferenciar el concepto de padre, del de progenitor biológico, refiriéndose el primero a quien voluntariamente ha asumido ese rol, con la función, potestades facultades que ello conlleva, distinguiéndose del segundo que simplemente alega un endeble derecho de paternidad fundamentado en la cesión de su propio patrimonio genético, por lo cual, la ley que en un futuro reglamente estas técnicas, deberá limitar cualquier planeamiento de acciones de reclamación o impugnación de paternidad o maternidad atendiendo los razonamientos alegados²¹.

además, porque resultaron de mayor peso y credibilidad, las pruebas de testigos y la pericial consistente en examen antropológico comparativo”.

- 21 Los términos padre y progenitor son indistintamente utilizados por el Tribunal Supremo cubano, así se evidencia en la Sentencia núm. 527 de 11 de agosto de 2006, Ponente: Orlando González García, Primera Sentencia, Primer Considerando: “la acción encaminada al reconocimiento de hijos que consagra el artículo 77 del Código de Familia, en virtud de la cual resultan legitimados para su ejercicio los propios hijos y el progenitor que ya los hubiere reconocido respecto al que aún no lo hubiere hecho, no desvirtúa la procedencia de la acción dirigida a demostrar la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 75 del propio texto legal en presencia de las cuales cabe presumir la paternidad por el padre que,

I. Anteproyectos de Código de Familia: un examen de lege ferenda.

Ante este contexto en el que se encuentra el Código de Familia cubano, los esfuerzos legislativos han intentado hallar soluciones salomónicas. En mayo de 2008 fue promovido un Anteproyecto por la Federación de Mujeres Cubanas y la Unión Nacional de Juristas de Cuba. La versión emitida en fecha 26 de mayo de 2008, idéntica a la del 19 de marzo respecto al tema, regula entre los supuestos fácticos en los que se presume la filiación, la derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida.

Al aceptar las técnicas de fecundación asistida como presunción filiatoria el Anteproyecto se funda en el respeto a la autonomía de la voluntad²², y más precisamente a la autonomía de la voluntad procreacional, que permite y justifica tener un proyecto de vida autodeterminado. No obstante, los autores de esta investigación estiman que el legislador fue demasiado generalizador, y olvidó legislar algunas de las particularidades que conlleva cada técnica y en especial la fecundación *in vitro* heteróloga.

En este sentido se advierte que al estipular que “cuando una mujer y un hombre, unidos en matrimonio formalizado o no, acuerden voluntaria y expresamente la utilización de alguna de las técnicas de reproducción asistida para lograr el embarazo de la mujer, con el aporte del semen de otro hombre; la pareja de ésta no puede impugnar la paternidad del hijo o hija así concebido; ni la mujer reclamarla al donante” se concibe únicamente la donación de semen para la fecundación heteróloga, desconociendo que también se ha reconocido la donación de óvulos en la ya citada Resolución número 61 de 2014 del Ministerio de Salud Pública.

El Anteproyecto si bien dedica una Sección entera a la reproducción asistida explica que no resulta conveniente en este texto especificar las particularidades y características de la reproducción asistida y su implementación, y que el sistema de salud cubano, al ser rector de todas las acciones médicas asistenciales, determinará en su momento su regulación concreta. Ante tal dictado los autores se permiten discordar, en tanto, si bien corresponde al sector de la medicina regular el proceder médico, en ningún caso, sus implicaciones en el ámbito de las relaciones familiares

ante la negativa de la madre del menor, pretende acreditar su condición”. Vid. Boletín del Tribunal Supremo Popular, La Habana, 2006, pp. 139-140.

22 En el ámbito en cuestión, esta autonomía se evidencia “en los derechos de (...) tomar decisiones racionales sobre el propio cuerpo; decidir y actuar en ausencia de cualquier tipo de coacción y presión externa; consentir o rechazar informadamente cualquier tratamiento médico (...)”. VALDÉS, E.: “Bioderecho, genética y derechos humanos. Análisis de los alcances jurídicos del bioderecho europeo y su posible aplicación en Estados Unidos como fuente de derechos humanos de cuarta generación”, *Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 17, enero de 2013, p. 143.

pueden quedar excluidas del fuero de la norma sustantiva familiar; criterio que se avala del estudio de las nuevas tendencias normativas a nivel internacional.

Aunque el legislador prefirió no realizar especificaciones, los autores se afilian al criterio de incluir la regulación en relación a la instrumentación del consentimiento, ya que este es el que da origen al vínculo filiatorio, aunque sus determinaciones técnicas y procedimentales puedan desarrollarse en disposiciones especiales según el funcionario frente a quien se realice la declaración sea notarial o judicial. Por tanto, fijar normativamente su valor y trascendencia en materia filiatoria corresponde inexcusablemente en primer orden al ordenamiento sustantivo familiar.

De los anteceditos análisis se concluye que el sistema jurídico nacional se ha quedado rezagado si se compara con las proyecciones legislativas de otras naciones. La regulación de los principios y efectos de la fecundación asistida heteróloga en el Código de Familia permitirían dotar a los donantes, a los sujetos beneficiarios y a los descendientes resultantes de esta técnica de seguridad jurídica en el ámbito de la filiación, previniendo así las complejas disputas que se puedan generar entre los involucrados.

“La medicina moderna agita los fundamentos de la filiación y la significación de sus reglas jurídicas. A las interrogantes de fondo se suma un difícil debate sobre los medios del Derecho: qué se debe hacer ¿Legislar? En qué plano ¿constitucional, civil, social, administrativo, penal? ¿Dejar el problema en manos de comité de ética permitiendo una regulación abierta y flexible? ¿Esperar a que la jurisprudencia nos proporcione las soluciones, inevitablemente parciales, que la imaginación de los jueces pueda descubrir en los arcanos del Derecho vigente?”²³ Ante esta tormenta de interrogantes sólo corresponde, a criterio de los autores, un juicio profundo pero eminente, pues dilatar lo inevitable, en aras de una solución en definitiva siempre perfectible y sometida a constante evolución por la propia naturaleza del tema, no puede hacernos caer en el dislate de desproteger derechos que tocan en lo más determinante a la familia.

V. PROYECCIONES SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE EFECTOS FILIATORIOS PRODUCTO A LA FECUNDACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO ACTUAL.

Una vez expuesto el estado de la cuestión de la filiación derivada de la fecundación asistida heteróloga en el ordenamiento jurídico cubano, el tratamiento que presta la ley familiar a la filiación y las regulaciones médico-administrativas sólo

23 BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 1, 2018. Disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-4-una-filiacion-tres-modalidades-de-establecimiento-la-tension-entre-la-ley-la-biologia-y-el-afecto>, Consultado: 20 de mayo de 2018.

resta brindar algunas ideas que, a juicio de los autores, pudieran dotar de certera y eficaz protección jurídica en sede sustantiva familiar a la filiación derivada de la fecundación asistida heteróloga.

Para ello es válido aclarar que las pautas presentadas no pretenden crear algo absolutamente original; por el contrario, para ello se ha tenido en cuenta los avances operados en otros países que vienen ocupándose del tema desde hace varios años.

Con tal propósito se desea partir del criterio certero de la profesora cubana MESA CASTILLO cuando reconoce que: "no hay nada más difícil que legislar en materia de familia, las concepciones son diferentes, las propuestas son contradictorias, reformar un Código que se ocupe de las relaciones familiares es una engorrosa e incómoda tarea. Así, es un gran reto decidir acerca de la especial psicología e idiosincrasia de la población para regular sobre los aspectos más íntimos de la moral ciudadana. Es necesario no desconocer sus costumbres en cuanto a la organización familiar, aun cuando las propuestas de cambio se hagan bajo los dictados del progreso. Se recomienda actuar con cautela, con prevención, pues no se puede correr el riesgo de que lo que se legisle, no sólo suscite la hostilidad, sino que quede en definitiva sin aplicación, al imponerse las convenciones sociales sobre la obligatoriedad formal de las normas jurídicas"²⁴.

Cualquier iniciativa de una regulación patria de las técnicas de reproducción asistida, comienza con la inevitable promulgación de una norma jurídica especial que reglamente e integre el conjunto de dichas técnicas y sus efectos. No es suficiente una aleatoria Resolución del Ministerio de Salud Pública con tal propósito, sino que se impone un enmarque legal, con principios y soluciones propias. Se impone una norma que ampare con fundamentos bioéticos, aquellos aspectos que exceden la medicina para inmiscuirse en el ámbito de la filiación, tales como: los derechos y deberes de los sujetos beneficiarios y de los donantes, las responsabilidades de las instituciones o centros de salud, el rol de los comités de bioética, el estatuto del embrión y todo cuanto le concierne en el marco de la fertilización *in vitro*.

Esa futura legislación especial debería estar fundamentada en la posibilidad de su acceso a todas las tipicidades familiares, particularmente a las parejas del mismo sexo y a las mujeres en solitario por elección, legitimando nuestra vocación humanista en relación a la igualdad de los diversos proyectos familiares.

24 MESA CASTILLO, O.: "La experiencia de una justicia familiar en Cuba: validación de la naturaleza social y el enfoque interdisciplinario del Derecho de Familia", en *Revista Cubana de Derecho*, IV Época, núm. 41, enero-junio 2013, p.15.

Los problemas que surgen del uso de las técnicas de reproducción humana asistida no se identifican con las otras formas de filiación, en particular cuando se utiliza material genético externo al proyecto familiar; sea de un donante anónimo o no. Por tanto, se estima que el Código de Familia debería regular en una Sección denominada “De la Reproducción Asistida”, tal y como sucede en los Anteproyectos, entendida como un tercer tipo de filiación: la inducida o por voluntad procreacional, como quiera nombrarsele.

En esa Sección dedicada a este tipo filial uno de sus pilares debería ser el consentimiento, otorgado de forma previa, informada y libre, en tanto, constituye el núcleo duro del régimen filial derivado de todas las técnicas de reproducción humana asistida. Una inspiración a seguir lo constituye el Código Civil de Argentina al regular que “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil, con independencia de quién haya aportado los gametos”²⁵.

Además, ese consentimiento debe contenerse en un documento resultante del actuar de un funcionario público. De ese modo se concibe en el párrafo primero del art. 311-20 del Código Civil francés modificado por la Ley número 94-653 de 29 de junio de 1994, en cuya Sección III nombrada “De la asistencia médica a la reproducción”, dispone que los cónyuges o concubinos que, para procrear, recurran a un donante deberán previamente dar su consentimiento al Juez o la Notario. Frente a esta dualidad de posibilidades en cuanto al funcionario autorizante los autores consideran que la participación de la judicatura es innecesaria, a pesar de que este procedimiento en Cuba pudiera ser tramitado por la jurisdicción voluntaria²⁶. Al respecto se considera que esta no es la solución apropiada, siendo más congruente la intervención del notario quien además de sus múltiples beneficios, aporta la labor asesora, de la que adolece la figura del juez.

En primer lugar, en cuanto a la factibilidad de realizar tal proceso por la vía de la jurisdicción voluntaria, puede alegarse que la Ley ritaria cubana atribuye esta jurisdicción a los órganos judiciales porque se trata de actos que requieren especiales garantías de autoridad en los órganos a que se confían y que precisan por sus características de un control fiscalizador fuerte como los asuntos de adopción.

25 *Cfr.* art. 562 del del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (modificado en el 2014).

26 “La jurisdicción voluntaria es aquella función que ejercen los jueces con el objeto de integrar, constituir, o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas, y que siendo ajena al específico cometido de los jueces que consiste en la resolución de litigios entre partes, aún se mantiene dentro de su competencia por la alta probabilidad de que estos procesos se conviertan en contenciosos; así como, por la conveniencia de que ciertos actos de los particulares - en razón de la trascendencia de sus efectos- sean objeto de una previa y segura comprobación o fiscalización”. CHINEA GUEVARA, J.: “Jurisdicción voluntaria y función notarial”, artículo inédito. *Cfr.* art. 578 de la Ley número 7 de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

Visto así la formalización del consentimiento informado no resultaría cauce adecuado para todos los asuntos que se tramitan utilizando tal procedimiento.

Es así, que el notario se convierte en un agente colaborador eficiente del logro de seguridad jurídica a las partes que ante él acuden. El notario certifica o da fe de que hay legitimidad en el derecho que se ejerce, legalidad en el acto de voluntad, licitud en los hechos observados, capacidad en los sujetos que pretenden beneficiarse de la fertilización *in vitro*, idoneidad en el objeto materia del acto y un juicio de identidad de los sujetos que actúan e intervienen.

A ello se añade que estos funcionarios en Cuba ya tienen experiencia en la participación de actos que involucran asuntos médicos. La donación de órganos y tejidos, actualmente requiere su formalización mediante escritura pública notarial²⁷, haciendo más arduo y delicado el quehacer de este funcionario. “La atribución al notario, cada día, de nuevas competencias por razón de la materia es viva expresión de la confianza que depositan las instituciones públicas, estatales y gubernamentales en el cometido que le viene dado por ley (...) Las autoridades gubernativas recaban la presencia notarial. Confían en la mesura y prudencia de su actuar, en el *covere*, en ese perfil de la labor del notario, dirigido esencialmente a la prevención (...) Nuevamente resulta la pieza clave en la seguridad jurídica preventiva que reclama un Estado de derecho. Se acude a él por la confianza que éste deposita, por su solvencia intelectual, por su probidad y por ser baluarte de la legalidad en todo acto jurídico en el que interviene. Los ojos del notario lo ven a él mismo y a los de cada miembro de la sociedad en donde se desenvuelve y por la cual ha nacido la institución que representa”²⁸.

Por otra parte, el sistema actual de presunciones para atribuir la maternidad y la paternidad no puede ser aplicable a la reproducción asistida, pues se sustenta en el hecho biológico de la relación sexual y la cohabitación, por tanto, de mantenerse su redacción actual se tendría que dejar claro su excepcionalidad en la fecundación asistida heteróloga. La legislación especial debe establecer el período de tiempo en que los embriones pueden estar en conservación porque de ello dependerá la futura validez de la presunción matrimonial del art. 74, incisos a y b.

Un referente de regulación legal es la posición asumida por el Código Civil de Cataluña al consignar que “el período legal de concepción comprende los primeros ciento veinte días del período de gestación, que se presume de un máximo de trescientos días, salvo que pruebas concluyentes demuestren que el período de

27 Cfr. arts. 4 y 15 de la Resolución número 857 de 2015 del Ministerio de Salud Pública, e Indicación Metodológica número 5 de 2015 a todos los Notarios del país por conducto de los Jefes de Departamentos o secciones de notarías provinciales, del municipio especial Isla de la Juventud, y de los Directores generales de Consultoría Jurídica Internacional, Bufete Internacional, CONABI, LEX, y la notaría adscrita al MINJUS.

28 PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Nueva Época, núm. 36, junio-diciembre de 2015, pp. 201-202.

gestación ha durado más de trescientos días”.²⁹ También es acertada la forma en la que el Código Civil argentino lo ha hecho preceptuando que “excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre”³⁰.

En interés a la estabilidad de la relación familiar y custodiando el carácter generalmente anónimo de esta técnica, se debe tener como línea de regulación la limitación de la investigación de la paternidad o maternidad genética, evitando que se le imputen así al donante obligaciones o responsabilidades paterno-filiales por el mero hecho de ser progenitor. La revelación de la identidad del donante de material genético si fuera necesaria por razones excepcionales, no conllevará en ningún caso el establecimiento del *status filii* hacia él. Su publicidad estará supeditada a un interés superior previamente apreciado por autoridad competente.

Por último, cabe destacar como otra línea teórica a tener en cuenta como consecuencia inexcusable y propia de la filiación derivada de fecundación asistida heteróloga, inherente al consentimiento como exteriorización de la voluntad procreacional, la imposibilidad de interponer acción de impugnación cuando se trata de filiación por esta técnica y se ha prestado el debido consentimiento informado, según los requisitos que se establezcan en la legislación especial. Así lo regula el *Code* catalán al disponer que “si la filiación se deriva de la fecundación asistida de la madre, la acción de impugnación no puede prosperar si la persona cuya paternidad o maternidad se impugna consintió la fecundación, y tampoco, en ningún caso, si es progenitor biológico del hijo”³¹.

Ese consentimiento sólo podría ser rebatido cuando se evidenciase alguno de los supuestos de ineficacia del acto jurídico que establezca consecuentemente el Código Civil, tal y como regula el Código Civil francés al establecer en su articulado aquellas circunstancias que particularmente privan de efecto al consentimiento. Su articulado refiere que deja sin valor el consentimiento dado para la realización de la técnica “en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación de cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Igualmente será privado de efecto cuando el hombre o la

29 Cfr. art. 235-4 de Ley 25/2010, de 29 de julio, Libro Segundo del Código civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, Boletín Oficial Español número 203, 21 de agosto de 2010 Sección I, p. 73.429.

30 Cfr. art. 566 del del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (modificado en el 2014).

31 Cfr. art. 235-27 apartado 2 de Ley 25/2010, de 29 de julio, Libro Segundo del Código civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, Boletín Oficial Español núm. 203, 21 de agosto de 2010 Sección I, p. 73.429.

mujer lo revoque, por escrito y antes de la realización de la reproducción asistida, ante el médico encargado de comenzar esta asistencia”³².

De la redacción de la ley sustantiva civil de Francia debe tenerse en cuenta que para este país la separación de cuerpos es causal de divorcio, situación que no acontece en Cuba. En cuanto a la disolución del vínculo matrimonial debería valorarse si en todo caso implicaría la ineficacia del consentimiento, pues es posible que se decida mantener su eficacia aún sin la persistencia de la unión. En estos casos los autores, pese a respetar criterios en contra, no se afilian a la ejecución de la técnica, pues aún y cuando la separación haya sido en el mejor de los términos, se realizará sobre una relación siempre afectivamente mellada. Más complejo aún sería definir su validez si un miembro de la pareja fallece y previamente asintió tal procedimiento médico, pero un análisis de esta índole sería susceptible de una investigación autónoma³³.

En resumen, los autores reconocen que es necesaria una mención a la fertilización *in vitro* heteróloga en caso de una reforma del Código de Familia cubano, aunque también debería existir un precepto que permita incluir otras técnicas que el propio desarrollo de la Biotecnología pueda alcanzar.

Para concluir el análisis se ha preferido hacerlo con las palabras del jurista cubano GÓMEZ TRETO quien colige que “la reelaboración actualizadora del Código de Familia tiene que partir de los éxitos obtenidos con su preceptiva actual para no ya conservarlos sino desarrollarlos al máximo; pero tiene también que incorporar soluciones normativas a viejos problemas no totalmente resueltos así como a problemas nuevos que puedan haber brotado en el camino recorrido en el proceso de desarrollo del país (...) a fin de que la ley, como instrumento político de normación de conductas y de educación social, coadyuve más eficientemente a la finalidad de perfeccionar nuestro régimen legal de la familia, de modo que nuestras familias cumplan con la función social que le está asignada (...)”³⁴.

VI. REFLEXIONES FINALES.

La filiación derivada de la fertilización *in vitro* heteróloga es una tipicidad novedosa que cobra mayor virtualidad a medida que cambian los paradigmas del

32 Cfr. arts. 340-2 a 340-6 del Código Civil francés, modificado por la Ley núm. 94-653, de 29 de junio de 1994, Sección III De la asistencia médica a la reproducción.

33 Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 20, 2007, pp. 139-163. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222932009>. Consultado el 1 de octubre de 2017.

34 GÓMEZ TRETO, R.: “¿Hacia un nuevo Código de Familia?”, *Revista Cubana de Derecho*, Año XII, núm. 34, 2007. Disponible en: <http://vlex.com/vid/hacia-nuevo-codigo-familia-50069405>. Consultado: 27 de mayo de 2018.

Derecho de Familia, centrando el reconocimiento de efectos jurídicos al proyecto parental a partir de la manifestación de la voluntad procreacional.

Su implementación en Cuba de forma institucionalizada, no ha logrado un despliegue teórico suficiente ni ha trascendido con efectividad a realidad legislativa, lo que evidencia el estado de desprotección de las personas involucradas en ese procedimiento médico, especialmente en el ámbito de la filiación.

El ordenamiento jurídico familiar cubano requiere vertebrar el reconocimiento de la filiación derivada de la fertilización *in vitro* heteróloga de modo que la voluntad procreacional sea considerada como una nueva fuente para alcanzar el proyecto parental, sugiriendo su formalización en escritura pública notarial. El sistema de presunciones existente debe declarar su inaplicabilidad frente a esta técnica, debiendo atemperar sus basamentos, concediendo al consentimiento informado la condición de documento impeditivo para el ejercicio de acciones filiatorias.

BIBLIOGRAFÍA

ÁVALOS CAPÍN, J.: *Derechos reproductivos y sexuales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer, México DF, 2013.

ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, A. M.: "Retos del Derecho de Familia. Autonomía y unidad", *Revista Cubana de Derecho*, IV Época, núm. 47, enero-junio 2016.

BLADILO, A.; DE LA TORRE, N. y HERRERA, M.: *Las técnicas de reproducción asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis*, Disponible: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-inst-ciencias_juripuebla/article/viewFile/31734/28723.

BLANCO-MORALES LIMONES, P.: "Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto", *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 1, 2018, Disponible: <http://www.millenniumdipr.com/ba-4-una-filiacion-tres-modalidades-de-establecimiento-la-tension-entre-la-ley-la-biologia-y-el-afecto>.

CARRASCO, J.: *Cuba tiene un programa para los hijos del amor*, Disponible: <http://mesaredonda.cubadebate.cu/mesa-redonda/2013/02/15/cuba-tiene-un-programa-para-los-hijos-del-amor/>.

CHINEA GUEVARA, J.: "Jurisdicción voluntaria y función notarial", artículo inédito.

DÍAZ MAGRANS, M. M.: "La persona individual", en AA.VV.: *Derecho Civil Parte General* (coord. por C. del C. VALDÉS DÍAZ), Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

GÓMEZ TRETÓ, R.: "¿Hacia un nuevo Código de Familia?", *Revista Cubana de Derecho*, Año XII, núm. 34, 2007. Disponible: <http://vlex.com/vid/hacia-nuevo-codigo-familia-50069405>.

LAMM, E.: "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista Bioética y Derecho*, núm. 24, enero de 2012.

MESA CASTILLO, O.: "La experiencia de una justicia familiar en Cuba: validación de la naturaleza social y el enfoque interdisciplinario del Derecho de Familia", en *Revista Cubana de Derecho*, IV Época, núm. 41, enero-junio 2013.

MONTEJO RIVERO, J. M. y HERNÁNDEZ SOSA, L. M.: "Aproximación a la definición de interés superior del niño", *Revista Justicia y Derecho*, Año 9, núm. 16, junio de 2011.

PABÓN MANTILLA, A. P.; UPEGUI TOLEDO, Ó. A.; ARCHILA JULIO, J. J. y OTERO GONZÁLEZ, M. A.: "El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los derechos sexuales y reproductivos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Justicia*, núm. 31, enero-junio 2017.

PÉREZ GALLARDO, L. B.:

- *Código Civil de la República de Cuba anotado y concordado*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

- "Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial", *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Nueva Época, núm. 36, junio-diciembre de 2015.

- "Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana", *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 20, 2007.

- "Luces y sombras en torno a la regulación jurídica de la filiación en Cuba", *Revista Universitas*, núm. 122, enero-junio 2011.

RODRÍGUEZ ITURBURU, M.: "La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad", *Reproducción*, vol. 30, núm. 4, 2015.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, K. y MÉNDEZ VIDAL, J.: "Factores clínico-terapéuticos que influyen en el logro de embarazo en pacientes tratadas por fertilización *in vitro*", *Revista Cubana de Endocrinología*, vol. 26, núm. 2, 2015.

SOTO LAMADRID, M.: *Biogenética, filiación y delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.

VALDÉS, E.: "Bioderecho, genética y derechos humanos. Análisis de los alcances jurídicos del bioderecho europeo y su posible aplicación en Estados Unidos como fuente de derechos humanos de cuarta generación", *Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 17, 2013.

VALDÉS DÍAZ, C. DEL C.:

- "Del derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos, ¿configuración armónica o lucha de contrarios?" *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas*, Año VI, No. 29, enero-junio, Puebla, México, 2012.

- "El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: Crónica de una vida anunciada", *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Nueva Época, vol. 11, núm. 39, enero-junio 2017.

- "La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas", *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. 31, 2014.

- "La relación jurídica civil", en AA.VV.: *Derecho Civil Parte General* (coord. por C. del C. VALDÉS DÍAZ), Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

VILLABELLA ARMENGOL, C.: "Los Derechos Humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana" en AA.VV.: *Temas de Derecho Constitucional Cubano* (coord. L. PÉREZ HERNÁNDEZ y M. PRIETO VALDÉS), Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.

LA JURISPRUDENCIA DEL ZEROING EN LA ORGANIZACIÓN
MUNDIAL DEL COMERCIO

*THE JURISPRUDENCE OF ZEROING IN THE WORLD TRADE
ORGANIZATION*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 454-469



Gerardo Enrique
LUPIÁN MORFÍN

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de octubre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: En la Organización Mundial de Comercio (OMC), la diferencia que ha resaltado principalmente la falta de obligatoriedad de su jurisprudencia en materia del zeroing, es la DS344 donde México demanda a Estados Unidos porque éste hace uso del zeroing, el cual está prohibido por el Órgano de Apelación de la OMC. Es un precedente en el que por primera vez un Grupo Especial no se apegó a la jurisprudencia del Órgano de Apelación, ya que se espera que, en un futuro no lejano, ésta sea vinculante.

PALABRAS CLAVE: Jurisprudencia; órgano de apelación; reducción a 0; Organización Mundial del Comercio (OMC).

ABSTRACT: *In the World Trade Organization (WTO), the difference that has highlighted mainly the lack of binding of its jurisprudence in the matter of zeroing, is the DS344 where Mexico demands the United States because it makes use of zeroing, which is prohibited by the WTO Appellate Body. It is a precedent in which for the first time a Panel did not adhere to the jurisprudence of the Appellate Body, since it is expected that, in the not too distant future, it will be binding.*

KEY WORDS: *Jurisprudence; appellate body, zeroing, World Trade Organization (WTO).*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. TERMINOLOGÍA.- III. LA REALIDAD.- IV. ANTECEDENTES ANTE LA OMC.- I. Cuestiones jurídicas.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El incremento en el número de investigaciones antidumping en los años posteriores al término de la Ronda Uruguay, ha puesto de manifiesto la necesidad de revisar la normatividad en materia de *dumping*¹, razón por la que los países miembros de la OMC se reunieron en Doha, Qatar en noviembre de 2001 para lanzar una nueva ronda global de negociaciones comerciales². Entendemos por *dumping*, la venta de productos para exportación a precios inferiores a los que se cobran a los compradores nacionales.

Cabe señalar que un grupo de miembros liderado por Japón denominados *Friends of Antidumping Negotiations* (en español, Amigos de las Negociaciones Antidumping) (en adelante, FANS)³, ha manifestado su preocupación por el incremento en el número de investigaciones antidumping y por la imposición de cuotas compensatorias muy elevadas y en ocasiones desproporcionadas como el *zeroing*⁴.

El objetivo de FANS es constituirse como un grupo consciente de la importancia de reforzar y mejorar las disciplinas en la materia que permitan que el Acuerdo Antidumping (en adelante, AA) cumpla de manera más adecuada con la función

-
- 1 LUPIÁN MORFIN, G.: *La OMC y el TLCAN. Los mecanismos de apelación*, Umbral, Guadalajara, 2015, p. 236.
 - 2 BARRAGÁN FERNÁNDEZ, M.: *El Antidumping como un instrumento efectivo de protección industrial contra las importaciones en condiciones desleales*, Porrúa, México, 2005, pp. 18 y 19.
 - 3 CONDON, B.: *El derecho de la Organización Mundial de Comercio, Tratados, jurisprudencia y práctica*, Cameron May, London, 2007, p. 414. Los otros miembros del grupo son Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Hong Kong, China, Israel, México, Noruega, Singapur, Corea de Sur, Suiza, Taiwan, Tailandia y Turquía.
 - 4 LUPIÁN MORFIN, G.: *La OMC*, cit., p. 261.

• **Gerardo Enrique Lupián Morfín**

Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana Campus Guadalajara, México. Obtuvo el grado de Maestro en Derecho Corporativo por la Universidad de Guadalajara, México. Es Master en Seguridad y Prevención por la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Es Doctor en Derecho Público Global por la Universidad Autónoma de Barcelona, España, programa de doctorado adaptado al Nuevo Marco del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES). Profesor de Tiempo Completo del Departamento de Ciencias Jurídicas y del Posgrado en Derecho de la Universidad de Guadalajara, México. Profesor de Cátedra del Departamento de Derecho del Tec de Monterrey Campus Guadalajara, México. Autor del Libro "La OMC y el TLCAN. Los mecanismos de apelación.", Editorial Umbral, Guadalajara, 2015. Correo electrónico: gerardo.lupian@academicos.udg.mx.

que le corresponde. Por lo tanto, este grupo constituye el pilar más importante para realizar las modificaciones y adecuaciones en la legislación antidumping⁵.

Es importante reconocer que México ha colaborado al sistema antidumping mundial, su participación la apreciamos en los órganos de solución de diferencias de la OMC⁶, en donde México ha tenido una participación activa; como reclamante 25 casos, como demandado 14 casos y como tercero 84 casos⁷.

De la misma manera, cabe señalar que emplear el sector del acero para analizar la efectividad del sistema antidumping de la OMC resulta interesante, ya que es uno de los sectores más activos en lo que se refiere a medidas antidumping.

La protección que brindan los sistemas antidumping especialmente en EE.UU. es motivo de crítica en los círculos académicos e incluso gubernamentales, debido al hecho de que la imposición de barreras a la importación de mercancías, especialmente el *zeroing* constituye un objetivo contrario a las políticas de liberación comercial, ya que menoscaba el funcionamiento eficaz del sistema de solución de diferencias de la OMC y socava su seguridad y previsibilidad.

El presente artículo plantea las siguientes cuestiones jurídicas: ¿los Grupos Especiales están o no obligados a seguir los informes del Órgano de Apelación previamente adoptados que traten el mismo tema?, la de ¿si el Órgano de Apelación debe seguir su interpretación previa al examinar un informe de un Grupo Especial que desestimó esa interpretación?

II. TERMINOLOGÍA.

La guía del glosario de términos de la OMC, el término *zeroing* lo define de la siguiente manera: “se denomina *zeroing* a la práctica consistente en desestimar o asignar un valor nulo a los casos en que el precio de exportación es superior al precio en el mercado interno”⁸. Esta práctica infla de manera artificial los márgenes de dumping”. Como podemos apreciar, la misma OMC ya define al *zeroing* como “una práctica que infla los márgenes de dumping.

En el informe del Grupo Especial⁹ de la diferencia DS344, la expresión *zeroing*, se refirió al cálculo del promedio ponderado del margen de dumping de una manera

5 BARRAGÁN FERNÁNDEZ, M.: *El Antidumping*, cit., pp. 19-22.

6 PIEROLA, F.: *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y perspectivas*, Cameron May, London, 2008, p.68.

7 OMC, recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm. (Fecha de consulta el 18 de junio de 2018).

8 http://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/zeroing_s.htm. (Fecha de consulta el 21 de enero de 2017).

9 El Informe del Grupo Especial DS344 Estados Unidos – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, p. 17.

que no refleja plenamente los precios de exportación que están por encima del valor normal. Los EE.UU. argumentaron que la legislación estadounidense no contiene la expresión *zeroing* utilizadas por México para describir las medidas en litigio en el presente procedimiento¹⁰.

Cabe señalar que la expresión *zeroing*, efectivamente no figura en la legislación estadounidense, como tampoco figura en el AA, pero se le atribuye a EE.UU. por el hecho de que el *zeroing* se lleve a cabo por el USDOC.

Los EE.UU. poseen un sistema retrospectivo de fijación de derechos. Con arreglo a ese sistema, la orden de imposición de derechos antidumping pronunciada después de una investigación no constituye necesariamente la cantidad definitiva que los importadores que importan el producto objeto de investigación a los EE.UU. deben satisfacer. El importador deposita una garantía en efectivo en el momento de la importación. A continuación, el importador puede anualmente, pedir al USDOC que calcule la cantidad definitiva que el importador debe satisfacer por las importaciones realizadas durante el año anterior. Esto se denomina, en la legislación de los EE.UU., “examen periódico” o “examen administrativo”¹¹.

III. LA REALIDAD.

Varios casos en la OMC han golpeado al *zeroing*, que fue un tema de peso en las negociaciones de la Ronda de Doha para abrir el comercio mundial, enfrentando a EE.UU. con México, la Unión Europea, Japón, China, India, Brasil y muchos otros países.

Como principal característica y objetivo, al sistema de solución de diferencias de la OMC le corresponde aportar seguridad y previsibilidad, por lo tanto, los miembros saben que el sistema de solución de diferencias de la OMC es un instrumento para preservar sus derechos y obligaciones derivados del Acuerdo sobre la OMC y de sus acuerdos comerciales multilaterales.

Los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación constituyen las dos instancias que pueden realizar el análisis fáctico, técnico y jurídico de las diferencias planteadas en la OMC.

Los Grupos Especiales¹² se forman de manera *ad hoc* para las diferencias concretas y están integrados generalmente por 3 miembros que las partes de

10 Primera comunicación escrita de los EE.UU., nota 38, del El Informe del Grupo Especial DS344 Estados Unidos – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México.

11 Informe del Grupo Especial, DS344 Estados Unidos- Acero inoxidable (México) párrafo 7.98.

12 SOREL, señala que “el pedido de conformación de un Grupo Especial es unilateral, pues emana del querellante. Debe precisar si se realizaron consultas, cuál es el objeto del litigio, el fundamento jurídico de la denuncia (con exigencias de precisión, pues está en juego un papel esencial para determinar el objeto del

la diferencia consideran idóneas pudiendo ampliarlos a 5 y cuando no se logran poner de acuerdo los designa el Director General de la OMC en consulta con los presidentes del Órgano de Solución de Diferencias y de los Consejos o Comités correspondientes.

La creación del Órgano de Apelación surgió como una contrapartida a la eliminación del consenso positivo para la toma de decisiones importantes sobre diferencias¹³. Un proceso de apelación pretende minimizar errores por apreciación diferente de la materia controvertida¹⁴ y en el contexto de la OMC, este objetivo se hace más necesario con la eliminación del veto que de otra forma era percibido por los miembros como un filtro para evitar decisiones desacertadas.

Durante la Ronda de Uruguay se insistió en la creación de una "sólida protección institucionalizada contra el error judicial" en torno a una segunda instancia: el Órgano de Apelación¹⁵. Éste se encuentra compuesto por siete miembros, de los cuales solo tres actúan para cada diferencia y conforman una sección. Se selecciona, para conocer de cada apelación, una sección integrada por tres miembros del Órgano de Apelación; cada sección elige a su presidente. El procedimiento de selección de las secciones está destinado a garantizar los principios de la selección aleatoria, imprevisibilidad de la selección y oportunidad de actuar de todos los miembros con independencia de su origen nacional.

Con objeto de garantizar la uniformidad y coherencia en la adopción de decisiones, las secciones intercambian opiniones con los demás miembros del

litigio y la delimitación de la competencia del grupo) e indicar el mandato del Grupo Especial. Al respecto vid. SOREL, J.: *Resolución de litigios de la OMC* (traducción de M. Valeria Battista), Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 77.

13 JACKSON, J.: "The WTO Dispute Settlement Understanding: Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation", en CAMERON J y CAMPBELL K.: *Dispute Resolution in the World Trade Organization*, Cameron May, Londres, 1998, p. 125.

14 "... the primary for introducing appeal has been that of avoiding mistakes in the legal findings by panels...". Vid. SACERDOTI, G.: "Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of the WTO Appellate Review", en E.U. PETERSMANN (ed.): *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System, Studies in Transnational Economic Law*, La Haya, Kluwer Law International, vol. 11, 1997, p. 247.

15 ZAPATERO, P.: *Derecho del Comercio Global*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2003, p. 52. La composición del primer Órgano de Apelación fue la siguiente: James Bacchus de Estados Unidos (un abogado especialista en cuestiones de comercio internacional, Miembros de la Cámara de Representantes de 1991 a 1994 y nombrado en la Comisión Especial de Coordinación de Política Comercial); Christopher Beeby de Nueva Zelanda (un diplomático de carrera especializado en casos económicos y jurídicos, y que fue embajador de Nueva Zelanda en Francia y Representante Permanente en la OCDE); Claus-Dieter Ehlermann de Alemania (un ex funcionario de la Comisión Europea- Director General de la Competencia y titular de la cátedra de Derecho Internacional Económico en el Instituto Internacional Europeo de Florencia); Said El-Naggar de Egipto (un catedrático universitario en Economía, Director Adjunto de Investigación en la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo CNUCED y luego Administrador del Banco Mundial); Florentino Feliciano de Filipinas (un juez de la Corte Suprema de Filipinas, que participa en numerosos arbitrajes comerciales internacionales); Julio Lacarte-Muró de Uruguay (un diplomático de carrera que participó en todas las Negociaciones Comerciales Multilaterales NCM en el marco del GATT, Secretario Ejecutivo Adjunto del GATT en 1947-1948, representante de Uruguay de 1961 a 1966 y de 1982 a 1992); Mitsuo Matsushita de Japón (un catedrático de Derecho especialista en Derecho Internacional Económico). Vid. SOREL, J.: *Resolución de*, cit., pp. 99 y 100.

Órgano de Apelación antes de finalizar los informes de este Órgano. La conducta de los sus miembros se rige por las normas de conducta para la aplicación del Entendimiento sobre Solución de Diferencias¹⁶ (en adelante, ESD).

A diferencia del carácter *ad hoc* de los Grupos Especiales, el Órgano de Apelación establecido por el Órgano de Solución de Diferencias (en adelante, OSD) tiene un carácter permanente, así lo regula el art. 17.1 del ESD. Por el carácter permanente, no existen problemas análogos a los que acontecen con la composición de los Grupos Especiales en cuanto a la elección de aquellos que deben decidir la controversia, o a las posibles exclusiones por razones de nacionalidad entre las partes en la diferencia y los miembros del Órgano de Apelación¹⁷.

La diferencia entre los Grupos Especiales con el Órgano de Apelación, es que éste sólo tiene la función jurisdiccional, así lo dispone el art. 17.6 del ESD, al señalar que “la apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe el Grupo Especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste”.

En el marco de la solución de diferencias de la OMC, en la diferencia DS322, Estados Unidos-Medidas relativas a la reducción a cero y los exámenes por extinción (Reclamante: Japón), (en adelante DS322) Japón utilizó la expresión *zeroing* para referirse al método con arreglo al cual el Departamento de Comercio de Estados Unidos (en adelante, USDOC) “no tiene en cuenta, en su programa informático utilizado para calcular el margen de dumping y otros programas afines, los márgenes de dumping negativos intermedios para establecer el margen de dumping global para todo el producto”¹⁸.

En este orden de ideas, el Órgano de Apelación de la OMC, en su informe de la diferencia DS344 Estados Unidos-Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México (en adelante DS344), el fondo de este asunto no difirió de casos anteriores sobre el problema de la compatibilidad del método del *zeroing* utilizado por el USDOC para obtener los márgenes de dumping. Lo novedoso de este caso es que el Grupo Especial que emitió el informe apelado por México llegó a conclusiones contrarias a las que ya había llegado el Órgano de Apelación en casos anteriores.

16 www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_members_descrp_s.htm. (Fecha de consulta: el 28 de agosto de 2009).

17 PIEROLA, F.: *Solución*, cit. p. 78.

18 El Informe del Órgano de Apelación DS322, Estados Unidos-Medidas relativas a la reducción a cero y los exámenes por extinción (Reclamante: Japón), pie de página 3.

En relación con el problema en cuestión, el Órgano de Apelación prefirió no pronunciar una declaración específica de incompatibilidad con los Acuerdos, alegando que ya había corregido los razonamientos jurídicos que llevaron al Grupo Especial a conclusiones erróneas. Sin embargo, dedicó algunos párrafos a la cuestión del precedente, donde afirmó que, si bien no existía una obligación jurídica de tal carácter, sí hay una expectativa de que los Grupos Especiales sigan las conclusiones del Órgano de Apelación en diferencias anteriores, sobre todo cuando las cuestiones son las mismas. Es más, el Órgano de Apelación sostuvo que esta regla sólo podía dejarse de lado cuando existan razones imperativas que lo justifiquen. Por lo tanto es de gran interés jurídico, político y económico analizar el informe emitido por el Órgano de Apelación en esta diferencia, recordando que “las normas de la OMC deben prevalecer sobre cualquier política proteccionista nacional”¹⁹.

Para entender la metodología del *zeroing*, es importante tener en cuenta las medidas antidumping, por lo que veremos sus aspectos más importantes. En el AA no se establece una definición literal del *dumping*, sólo en su art. 2.I se determina su existencia al establecer lo siguiente: “se considerará que un producto es objeto de *dumping*, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador”.

Para que un producto importado sea calificado como sujeto a *dumping*, su precio debe ser debajo de valor normal del país de origen, causando o amenazando con causar un daño a la industria del país importador, y el establecimiento del vínculo causal entre el precio y el daño o amenaza del mismo, a por lo menos, el 25% de la industria nacional²⁰.

De acuerdo al Órgano de Apelación el concepto de *dumping* y *márgenes de dumping*, se refieren a un *producto* y a un exportador o productor extranjero; el *dumping* y los *márgenes de dumping*, deben determinarse con respecto a cada exportador o productor extranjero examinado de que se tenga conocimiento; sólo se pueden percibir derechos antidumping cuando las importaciones objeto de *dumping* causan o amenazan causar un daño importante a la rama de producción nacional que produce productos similares; y sólo se pueden percibir

19 CHO S.: *The World Trade Constitutional Court, 2009t*” Expresso Disponible en : http://works.bepress.com/sungjoon_cho/48. (Fecha de consulta: el 10 de enero de 2010).

20 GONZÁLEZ DE COSSIO, F.: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado: Discriminación de precios, dumping y depredación. Tres disciplinas, un fenómeno económico*, número 115, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009.

derechos antidumping, por una cuantía que no sea superior al margen de *dumping* establecido para cada exportador o productor extranjero²¹.

Cuando el *dumping* causa daño a la industria nacional del país importador, las reglas de la OMC permiten al país importador imponer únicamente tres tipos de medidas (las medidas provisionales, los compromisos relativos a los precios y los derechos antidumping) para contrarrestar el impacto del *dumping*, después de haber hecho una investigación con arreglo al AA. Para imponer medidas antidumping, hemos visto que la investigación tiene que determinar: que hay *dumping* y que hay daño.

De acuerdo con la OMC, el análisis de daño, debe considerar los aspectos adversos en la producción nacional en el país importador, tomando en cuenta que las importaciones en condiciones de *dumping* pueden ocasionar efectos desfavorables en términos de precios y/o cantidades²². Es importante reiterar que un derecho antidumping permanece en vigor durante el tiempo necesario para contrarrestar el *dumping* que esté causando daño, un máximo de cinco años. Las autoridades examinan la necesidad de mantener el derecho por propia iniciativa o a petición de parte²³.

IV. ANTECEDENTES ANTE LA OMC.

A continuación exponemos el resumen de las principales constataciones de la diferencia DS344 que la OMC dio a conocer²⁴:

El 26 de mayo de 2006, México solicitó la celebración de consultas con los EE.UU. en relación con una serie de determinaciones antidumping definitivas formuladas por el USDOC respecto de importaciones de chapas y tiras de acero inoxidable en rollos procedentes de México, correspondientes al período comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004.

México alegó que las leyes, reglamentos, prácticas administrativas, metodologías y determinaciones en cuestión de los E.E.UU. son incompatibles con la legislación de la OMC.

El 20 de diciembre de 2007, se distribuyó a los miembros el informe del Grupo Especial. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que el *zeroing* no es incompatible con la legislación de la OMC. El 31 de enero de 2008, México

21 DS322 Estados Unidos-Medidas relativas a la reducción a cero y los exámenes por extinción (Reclamante: Japón), el Informe del Órgano de Apelación, párrafo 114.

22 Arts. 3.1, 3.2 y 3.4 del Acuerdo Antidumping.

23 CONDON, B.: *El derecho*, cit. p. 18.

24 http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds344_s.htm. (Fecha de consulta: el 6 de enero de 2018).

notificó su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación contra determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por éste.

I. Cuestiones jurídicas.

La DS344 es un precedente en el que por primera vez un Grupo Especial no se apegó a la jurisprudencia²⁵ emitida por el Órgano de Apelación en dos importantes constataciones de *zeroing*: a) DS294: EE.UU.- Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping (*zeroing*) Reclamante: Comunidades Europeas (en adelante, DS294) y b) DS322.

En la presente diferencia en estudio DS344, México instó al Grupo Especial en adoptar las dos interpretaciones anteriormente señaladas, negándose éste a adoptarlas, tomando en su lugar el razonamiento desarrollado por el Grupo Especial en la DS322, el 20 de septiembre de 2006, una línea de argumentación jurídica que el Órgano de Apelación rechazó, posteriormente, en ese caso²⁶.

De la misma manera que México, Chile como tercero participante, señaló que existen constataciones previas del Órgano de Apelación sobre el *zeroing* y que esta cuestión al haber sido objeto de negociación en la Ronda de Doha son circunstancias "que deben ser ponderadas en su debida dimensión pero no servir de justificación para que el Órgano de Apelación se abstenga de ejercer las funciones que le han sido encomendadas"²⁷.

La participación de las Comunidades Europeas, (en adelante, CE) como tercero se centró principalmente en la jurisprudencia de la OMC sobre el *zeroing*, y abordó en detalle la importancia de los informes del Órgano de Apelación adoptados para Grupos Especiales de la OMC que se ocupan de cuestiones jurídicas similares. También las CE resumieron constataciones anteriores de Grupos Especiales y del Órgano de Apelación sobre el *zeroing*, con un énfasis especial en el Órgano de Apelación, y señalaron que todas las cuestiones planteadas por México en la presente diferencia ya han sido debatidas por el Órgano de Apelación y que ha surgido una línea relativamente uniforme de jurisprudencia²⁸.

Las CE abordaron el principio del *stare decisis*, esto es, el efecto vinculante de decisiones judiciales anteriores sobre casos posteriores. En este sentido, las CE analizaron primero ese principio en el contexto de los sistemas jurídicos nacionales

25 CHO, S., LYNN.: "Antidumping Row Roils WTO, Isolates U.S.", *Reuters*, Jan, 10, 2008.

26 Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos-Zeroing (Japón), párrafos: 108-111.

27 Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos-Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, párrafo 41.

28 *Ibidem*, párrafo 7.19.

y observaron que, a diferencia de las jurisdicciones de *common law*, en las que los tribunales de nivel inferior deben seguir las decisiones de los tribunales superiores en cuestiones jurídicas similares, en las jurisdicciones de tradición romanística la función principal de los tribunales es aplicar los textos jurídicos escritos a los hechos presentados en un caso concreto²⁹.

Por consiguiente, las CE señalaron que el Grupo Especial incurrió en error al no seguir las constataciones que el Órgano de Apelación había formulado con anterioridad sobre las mismas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas que se tratan en la presente diferencia. Al obrar de ese modo, el Grupo Especial atribuyó a anteriores constataciones del Órgano de Apelación que habían sido adoptadas por el OSD el mismo valor jurídico que a anteriores constataciones de Grupos Especiales que el Órgano de Apelación había revocado, por lo que con ello se trastorna la estructura jerárquica prevista en el ESD, que otorga al Órgano de Apelación la última palabra en relación con las cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas formuladas por los Grupos Especiales.

En este orden de ideas, los Grupos Especiales deberían estar obligados a seguir las constataciones del Órgano de Apelación cuando éste ha interpretado las mismas cuestiones jurídicas, lo que es coherente con la necesidad de aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio, así como con la necesidad de que las diferencias se solucionen con prontitud.

Los integrantes de Grupos Especiales pueden no estar siempre de acuerdo con las constataciones del Órgano de Apelación sobre cuestiones jurídicas determinadas, pero la función del Órgano de Apelación consiste en sacar las dificultades e inconvenientes que impiden el arreglo de una negociación sobre cuestiones de derecho. Por consiguiente, el Órgano de Apelación debería reafirmar que no sólo se espera que los Grupos Especiales sigan las constataciones a que ha llegado en relación con la cuestión del *zeroing*, sino que están "obligados" a hacerlo³⁰.

La principal cuestión planteada en la apelación fue confrontar si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el *zeroing* no es incompatible con la legislación de la OMC. Las alegaciones de México para hacer esta confrontación se basaron en una línea coherente de razonamientos y constataciones desarrollada por el Órgano de Apelación.

29 Ídem.

30 Vid. el Informe del Órgano de Apelación, en la DS344 Estados Unidos-Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, párrafo 50.

Chile, las CE, Japón y Tailandia apoyaron la apelación de México y sostuvieron que el Órgano de Apelación debería constatar que el *zeroing* es, en sí mismo, incompatible con la legislación de la OMC³¹.

El 30 de abril de 2008, se distribuyó a los Miembros el informe del Órgano de Apelación, el cual revocó la constatación del Grupo Especial y *constató*, en su lugar, que el *zeroing* es, en sí misma, incompatible con la legislación de la OMC.

V. CONCLUSIONES.

Al igual que México y Japón sostenemos que la negativa del Grupo Especial a seguir anteriores informes del Órgano de Apelación en los que se trataron “exactamente las mismas medidas y alegaciones” equivale a no haber realizado una evaluación objetiva del asunto conforme a lo que exige el art. 11 del ESD³².

Sabemos que no hay ninguna norma que exija a los Grupos Especiales de la OMC a seguir las decisiones adoptadas por el Órgano de Apelación, y que dichas decisiones son vinculantes únicamente para las partes en el procedimiento y en relación con la diferencia de que se trate. A pesar de ello, podemos observar que, en la práctica, los Grupos Especiales siguen las decisiones del Órgano de Apelación cuando abordan cuestiones jurídicas similares.

A través de sus decisiones, el Órgano de Apelación procura armonizar su jurisprudencia citando sus decisiones anteriores, cuando procede. De acuerdo con las CE, esto tiene por objeto aportar “seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio”, conforme a lo que establece el párrafo 2 del art. 3 del ESD³³.

Como lo hemos señalado, aunque en términos estrictos no son obligatorias, las constataciones anteriores del Órgano de Apelación “crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC”³⁴ y, por lo tanto, se espera que los Grupos Especiales sigan las conclusiones anteriores del Órgano de Apelación, sobre todo cuando las cuestiones son las mismas.

Tailandia hizo hincapié en que el hecho de que un Grupo Especial no se atenga a la relación jerárquica entre los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación, en

31 Comunicación presentada por Chile en calidad de tercero participante, página 2; comunicación presentada por las CE en calidad de tercero participante, párrafo 69; comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero participante, párrafo 110; y comunicación presentada por Tailandia en calidad de tercero participante, párrafo 38.

32 *Ibidem*, párrafo 57.

33 *Vid.* el Informe del Grupo Especial, Estados Unidos-Zeroing (México), párrafo 7.21.

34 Comunicación presentada por Tailandia en calidad de tercero participante, párrafo 13, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, Japón - Bebidas alcohólicas II, página 18.

especial cuando el Órgano de Apelación ha decidido de manera reiterada sobre la misma cuestión, menoscaba el funcionamiento eficaz del sistema de solución de diferencias de la OMC y socava su seguridad y previsibilidad³⁵. Por su parte el Órgano de Apelación para evitarse confrontaciones se negó a determinar si el Grupo Especial había violado el ESD, atribuyendo las conclusiones del Grupo a una comprensión errónea de las disposiciones legales en cuestión.

En este orden de ideas, la OMC existe y el sistema de solución de diferencias funciona correctamente, es cierto que persisten muchas imperfecciones en la regulación de sus normas, ya que sería falso confirmar que el sistema ha alcanzado su perfecta madurez, por lo que serán necesarios muchos años, largas negociaciones y bastante paciencia para que el sistema pueda ser considerado totalmente fiable, 561 casos en 23 años demuestran que la confianza en el sistema de resolución de litigios existe.

Los Grupos Especiales en términos estrictos no están obligados a seguir las conclusiones a que ha llegado el Órgano de Apelación en diferencias anteriores, pero es de gran relevancia jurídica el seguir sus lineamientos ya que los informes anteriores del Órgano de Apelación crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y es coherente con la necesidad de aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio, así como con la necesidad de que las diferencias se solucionen con prontitud.

Por lo tanto, el Órgano de Apelación debe seguir su interpretación previa al examinar un informe de un Grupo Especial que desestimó esa interpretación, ya que el Órgano de Apelación debe armonizar y uniformar su jurisprudencia para aportar seguridad y previsibilidad en cuestiones de derecho y en las interpretaciones jurídicas de los acuerdos abarcados.

La cuestión del *zeroing* se ha planteado en apelación en numerosas ocasiones en diferentes contextos. El Órgano de Apelación ha examinado la compatibilidad con las normas de la OMC del método de *zeroing* y en cada contexto, el Órgano de Apelación ha declarado que el *zeroing* es incompatible con las disposiciones pertinentes del GATT de 1994 y del Acuerdo Antidumping.

La jurisprudencia del Órgano de Apelación como recomendación formal en ausencia de su obligatoriedad, crea una deficiencia técnica poniendo en duda la estabilidad, uniformidad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio, por lo tanto, mientras no haya una solución global y definitiva de esta práctica

35 Vid. el Informe del Órgano de Apelación, en la DS344 Estados Unidos-Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, párrafo 58.

del zeroing infractora del Acuerdo Antidumping, habrá nuevas impugnaciones y probablemente nuevas decisiones que condenen la utilización de esa práctica.

No existe ningún avance legislativo significativo sobre la práctica ilegal del zeroing, debido a la gran influencia jurídica y económica que tiene EE.UU. en la OMC³⁶, sin embargo y en un futuro cercano las normas de la OMC deberán prevalecer sobre cualquier política proteccionista nacional.

36 Grupo de Negociación sobre las Normas: Reunión informal abierta con altos funcionarios de fecha 25 de noviembre de 2009. TN/RL/W/246 27 de noviembre de 2009. Consultada el 18 de enero de 2010.

BIBLIOGRAFÍA

BARRAGÁN FERNÁNDEZ, M.: *El Antidumping como un instrumento efectivo de protección industrial contra las importaciones en condiciones desleales*, Porrúa, México, 2005.

CHO, S., LYNN.: "Antidumping Row Roils WTO, Isolates U.S.", *Reuters*, Jan, 10, 2008.

CONDON, B.: *El derecho de la Organización Mundial de Comercio, Tratados, jurisprudencia y práctica*, Cameron May, London, 2007.

GONZÁLEZ DE COSSIO, F.: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado: Discriminación de precios, dumping y depredación. Tres disciplinas, un fenómeno económico*, número 115, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009.

JACKSON, J.: *The WTO Dispute Settlement Understanding: Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation*, en CAMERON, J y CAMPBELL, K.: *Dispute Resolution in the World Trade Organization*, Cameron May, Londres, 1998.

LUPIÁN MORFÍN, G.: *La OMC y el TLCAN. Los mecanismos de apelación*, Umbral, Guadalajara, 2015.

PIEROLA, F.: *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y perspectivas*, Cameron May, London, 2008.

SACERDOTI, G.: "Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of the WTO Appellate Review", E.U. PETERSMANN (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System, Studies in Transnational Economic Law*, La Haya, Kluwer Law International, vol. 11, 1997.

SOREL, J.: *Resolución de litigios de la OMC*, traducción de María Valeria Battista, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004.



EL CONTROL SOCIAL EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA*
SOCIAL CONTROL IN THE BOLIVIAN LEGAL SYSTEM

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 470-487

* Se agradece a la Profesora de la Universidad Libre de Berlín Juliana Ströbele-Gregor, por haber aportado con sus observaciones en la redacción del presente artículo, así como a la politóloga Giovanna María Aldana por haber participado en la revisión de la elaboración final del texto



J. Harry
CLAVIJO
SUNTURA

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de septiembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: En la presente investigación se realizó un estudio de la figura del control social en la legislación boliviana y sus efectos en la sociedad civil boliviana. En ese marco, a manera de introducción se efectuó una exploración sobre los antecedentes del tema, luego de ello, se efectuó un análisis del contenido del control social en la Constitución, así como su relación entre el control social, la democracia participativa, la sociedad civil y los movimientos sociales. Se concluye el trabajo, señalando que el control social establecido en la carta magna se constituye en una nueva cultura jurídica constitucional de control. Para aproximarse al objeto en estudio, se utilizarán los métodos analítico, interpretativo y comparativo.

PALABRAS CLAVE: Constitución Política del Estado; Bolivia; control social; democracia participativa; sociedad civil; movimientos sociales.

ABSTRACT: *The paper concentrated on researching the social control in the Bolivian legal system and and its effects on Bolivian civil society. In this context, an approach on the background of the subject was undertaken as an introduction, then followed a study on the content of social control in the Constitution. The paper then dealt with the relationship between social control, participatory democracy, civil society and social movements. The study concluded by emphasizing that the social control in the Constitution establishes a new constitutional legal culture of control. With reference to methodology legal analysis, legal interpretation and comparative method was used.*

KEY WORDS: *Political Constitution; Bolivia; social control; participatory democracy; civil society; social movements.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY DE PARTICIPACIÓN Y CONTROL SOCIAL.- III. EL CONTROL SOCIAL Y LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.- IV. EL CONTROL SOCIAL, LA SOCIEDAD CIVIL Y LOS MOVIMIENTOS SOCIALES.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo, se toma como punto de referencia el 20 de abril de 1994, fecha en que fue promulgada la Ley de Participación Popular en Bolivia (LPPB)¹, norma que tuvo como finalidad la participación de los pueblos, comunidades indígenas, y juntas vecinales en la vida jurídica, política y económica del país².

En su momento, los actores no concibieron una interpretación uniforme en cuanto al ámbito de aplicación de esta Ley. El Estado por una parte, enfocaba la participación popular de acuerdo al modelo de democracia liberal, y por otra, los sectores beneficiados pretendían su aplicación respetando sus usos y costumbres³,

-
- 1 Esta Ley fue abrogada por la Ley núm. 031, marco de autonomías y descentralización "Andrés Ibáñez de 19 de julio de 2010.
 - 2 En ese sentido, el art. 8 de la Ley núm. 1551, de participación popular de 1994. que comprende los deberes de las organizaciones territoriales de base señalaba que:
"Las Organizaciones Territoriales de Base, tienen los siguientes deberes:
a) Identificar, priorizar, participar y cooperar en la ejecución y administración de obras para el bienestar colectivo, atendiendo preferentemente los aspectos de educación formal y no formal, mejoramiento de la vivienda, cuidado y protección de la salud, masificación del deporte y mejoramiento de las técnicas de producción.
b) Participar y cooperar con el trabajo solidario de los servicios públicos.
c) Coadyuvar al mantenimiento, resguardo y protección de los bienes públicos, municipales y comunitarios.
d) Informar y rendir cuentas a la comunidad de las acciones que desarrollen en su representación.
e) Interponer los recursos administrativos y judiciales para la defensa de los derechos reconocidos en la presente Ley.
f) Promover el acceso equitativo de mujeres y hombres a niveles de representación".
Y, por otra parte, el inciso I del art. 14 que se refiere a la ampliación de las competencias municipales al ámbito rural de su jurisdicción territorial.
 - 3 STRÖBELE-GREGOR, J.: "Ley de Participación Popular movimiento popular en Bolivia", en HENGSTENBERG, P., KOHUT, K. y MAIHOLD, G. (ed.): *Sociedad civil en América Latina: Representación de intereses y gobernabilidad*, ed. Nueva Sociedad. Caracas, 1999, p. 134.

• J. Harry Clavijo Suntura

Profesor de Derecho Civil de la Universidad Técnica del Norte de Ibarra-Ecuador; Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, fue investigador visitante del Instituto Iberoamericano de Salamanca, realizó estancias de investigación en el Instituto Iberoamericano de Berlín, así como en el Instituto Alemán de Derechos Humanos, igualmente, fue responsable de Prevención de Blanqueo de Capitales del grupo Global Exchange en España y sus filiales. Correo electrónico: jhclavijo@utn.edu.ec.

posición que finalmente se impuso con la regulación expresa del control social en la Constitución Política del Estado (CPE) de febrero de 2009.

Sin embargo, hay quien sostiene que la Ley de Participación Popular de 1994 tuvo relevancia en virtud de que su diseño y aplicación no siguió en su totalidad los lineamientos establecidos por los organismos internacionales⁴. Esto significa que los administradores del Estado siguieron una línea de acción externa recomendada, matizando superficialmente su estructura de acuerdo a la realidad social boliviana. Como resultado de ello, su contenido fue infravalorado, especialmente porque se subestimó la participación de los nuevos actores en la administración del Estado.

La Ley de Participación Popular fue complementada con la promulgación de la Ley de descentralización administrativa, de 28 de julio de 1995, con el objetivo –entre otros- del establecimiento de un régimen de descentralización administrativa a nivel departamental, y el fortalecimiento de la eficiencia y eficacia de la administración pública en la prestación de servicios de manera directa a la población. La aplicación de este régimen en la práctica no consiguió una independencia real del gobierno central, por parte de los gobiernos departamentales⁵, toda vez que las autoridades departamentales hasta diciembre del año 2005, eran nombradas directamente por el gobierno central.

En ese sentido, hay que resaltar el hecho de que si bien el objetivo de ambas normas fue establecer un cambio en la relación Estado-Sociedad en Bolivia, los resultados han sido parciales. Esto debido de manera principal, a la intención del legislador de pretender un proceso de democratización desde arriba⁶. Es decir, este proceso no fue fruto de una concertación sino de una imposición reglamentada, aunque se debe señalar que involuntariamente en este periodo se acciona a la sociedad civil, y con ello se comienza el camino sin retorno hacia la formación de una nueva estructura del Estado.

Sin embargo, se tiene que esperar hasta julio del año 2001, que es cuando el legislador boliviano reguló expresamente la figura del control social en la Ley del Diálogo Nacional. De manera concreta, el art. 25 señalaba que su definición comprende: por una parte, al derecho que tienen las organizaciones e instituciones de la Sociedad Civil para conocer, supervisar y evaluar los resultados de las políticas públicas, y por otra, al acceso a la información y análisis de los instrumentos de control social⁷.

4 CORTÉZ, R.: *Representaciones y prácticas sobre control social en Bolivia*, ed. Prisma, La Paz, 2007, p. 3.

5 Vid. BLANES, J.: “La descentralización en Bolivia, avances y retos actuales”, en CARRIÓN, F. (ed.): *Procesos de descentralización en la comunidad andina*, ed. FLACSO, Ecuador, 2003.

6 STROBELE-GREGOR, J.: “Ley de Participación Popular movimiento popular en Bolivia”, cit. p. 134.

7 Si bien este artículo ha sido derogado por la Ley número 341 de Participación y de Control Social de Febrero de 2013, conviene recordar el contenido expreso del art. 25 de la Ley del Diálogo Nacional que señalaba que: “Para efectos de la aplicación de la presente Ley, se entenderá por control social el derecho

Esta definición fue el resultado de una visión ascendente que contiene una concepción amplia y refleja la concentración de expectativas y demandas tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo⁸. Si bien esta regulación tiene un sentido ascendente, se debe hacer notar que su contenido comprendía la estructura general del Estado, por ello, no puede considerarse como una regulación desmedida, por el contrario, se puede evidenciar que la participación de la ciudadanía se viabiliza únicamente mediante los representantes de las organizaciones e instituciones de la Sociedad Civil.

Ahora bien, de acuerdo al contexto político boliviano imperante hasta ese entonces, esta Ley marco un antes y un después en lo que respecta la figura del "control social" en la legislación boliviana. En ese marco, con la ascensión al poder del Movimiento al Socialismo (MAS), es una parte de la sociedad civil emergente que se convierte por primera vez en administradora del Estado. Es decir, en este nuevo periodo se gesta una nueva relación entre actores políticos con categorías que antes no se habían reconocido en la escena política del país.

Este nuevo contexto tiene su momento culminante el 30 de noviembre del año 2007, fecha de aprobación de la nueva Constitución Política del Estado, por parte de la Asamblea Constituyente, que incluye en su contenido la regulación del control social. Sin embargo, se condiciona su promulgación a la celebración de un referéndum, que tiene lugar el 25 de enero de 2009, que ratifica su aprobación, y da lugar a su promulgación en fecha 7 de febrero del mismo año.

La regulación del control social en la CPE se complementa con la promulgación de la Ley número 341 de Participación y Control Social en febrero de 2013, norma donde se define el contenido del control social.

En ese marco, en la presente investigación se enfatizará el estudio de la figura del control social desde su regulación prevista en la CPE, se interpretará la intención del legislador en la implementación de esta figura, y sus posibles efectos en la sociedad civil boliviana, aspecto que será complementado con un análisis de los términos democracia participativa, sociedad civil y movimientos sociales.

II. LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY DE PARTICIPACIÓN Y CONTROL SOCIAL.

El análisis de este tema se encuentra relacionado con el contenido de los arts. 241 y 242 de la CPE que se refieren a la participación y al control social, así como

de las organizaciones e instituciones de la Sociedad Civil para conocer, supervisar y evaluar los resultados e impacto de las políticas públicas y los procesos participativos de toma de decisiones, así como el acceso a la información y análisis de los instrumentos del control social".

8 CORTÉZ, R.: *Representaciones y prácticas sobre control social en Bolivia*, cit., pp. 4-6.

el art. 5 de la Ley número 341 de participación y control social de febrero de 2013, que de igual forma define estos términos.

De acuerdo a la redacción del art. 241 se prevé que el pueblo por medio de la sociedad civil participará en el diseño de las políticas públicas y ejercerá el control social de la gestión pública tanto a nivel estatal, como a nivel público, privado y mixto. De igual forma, se establece el control social sobre la calidad de los servicios públicos, asimismo, se dispone que la Ley establecerá de forma general el ejercicio del control social, también se señala que la sociedad civil organizará su estructura con el objetivo de delimitar su participación en el control social. Por último, estipula que las entidades estatales se encargaran de crear espacios de participación para que la sociedad pueda realizar el control social⁹.

De lo anterior se tiene que, si bien el término “control social” es un concepto indeterminado, el legislador boliviano en la CPE no concreta el alcance y la comprensión de este término, sino que es la Ley número 341 sobre participación y control social, concretamente el art. 5. 2, que define el contenido del control social, resaltando que es un derecho constitucional, que se caracteriza, por una parte, por ser participativo, y por otra, por ser exigible. De igual manera, se prevé que mediante el control social los actores sociales se encuentran facultados para supervisar y evaluar la ejecución de la gestión estatal, con la finalidad de llevar a cabo una autorregulación del orden social¹⁰.

Es decir, el control social consiste en la participación ciudadana en la administración pública, tarea que se lleva a cabo mediante una rendición de cuentas que realizan los agentes públicos, a solicitud directa o indirecta de las organizaciones sociales o los ciudadanos. Asimismo, esta rendición de cuentas puede ser promovida tanto por el Estado como por los ciudadanos, sin embargo, prepondera el control ascendente es decir de abajo hacia arriba¹¹.

- 9 Textualmente el art. 241 de la Constitución Política del Estado prevé que:
 “I. El pueblo soberano, por medio de la sociedad civil organizada, participará en el diseño de las políticas públicas. II. La sociedad civil organizada ejercerá el control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado, y a las empresas e instituciones públicas, mixtas y privadas que administren recursos fiscales. III. Ejercerá control social a la calidad de los servicios públicos. IV. La Ley establecerá el marco general para el ejercicio del control social. V. La sociedad civil se organizará para definir la estructura y composición de la participación y control social. VI. Las entidades del Estado generarán espacios de participación y control social por parte de la sociedad”.
- 10 De forma textual, el art. 5.2 de la Ley de Participación y Control Social establece que el control social: “Es un derecho constitucional de carácter participativo y exigible, mediante el cual todo actor social supervisará y evaluará la ejecución de la Gestión Estatal, el manejo apropiado de los recursos económicos, materiales, humanos, naturales y la calidad de los servicios públicos y servicios básicos, para la autorregulación del orden social”.
- 11 MALENA, C., FORSTER, R. y SINGH, J.: “Social Accountability, an Introducción to the Concept and Emerging Practice”, en *Social Development Papers 76, participación and civic engagement*, The World Bank. Washington, DC, 2004, p. 9. Igualmente VELÁSQUEZ, F.: “Participación ciudadana y control social institucionalizado en Colombia”, en ISUNZA, E. y GURZA A. (coord.): *La innovación democrática en América Latina tramas y nudos de la representación, la participación y el control social*, ed. CIESAS, México, 2010, p 349. Sobre el tema ANNUNZIATA, R.: “La democracia exigente. La teoría de la democracia de Pierre Rosanvallon”, *Revista de investigación*

Esto significa, que el control social consiste en una obligación periódica que tienen los funcionarios públicos de informar sobre sus actos a petición previa de las organizaciones sociales o de la ciudadanía en general, con el objetivo de controlar y mejorar el funcionamiento de la administración estatal.

En lo que respecta a la participación de la sociedad civil, surge la siguiente interrogante ¿Qué se entiende por este término y a quiénes comprende? Al respecto, hay quien afirma que este término comprende a todas las organizaciones autónomas que se forman en una determinada sociedad, y que de forma directa o indirecta tienen relación con las políticas públicas¹².

Esta definición conlleva una aproximación grupal, que tiene relación con la primera parte del art. 241 de la CPE que prevé la participación del pueblo por medio de la sociedad civil, esto quiere decir que la participación ciudadana se realizará de manera indirecta, lo cual además da la impresión de que contrasta con la definición de control social que se pretende desarrollar.

En ese marco, el art. 5.I de la Ley 341 sobre participación y control social establece que la participación es un derecho, una condición y es un fundamento de la democracia, que se puede ejercer de forma individual, así como colectiva, de forma directa, o por medio de sus representantes¹³.

De su redacción, se debe resaltar que esta norma hace hincapié en la participación individual de la ciudadanía como componente activo directo de la estructura social, toda vez que resulta contraproducente restringir la participación ciudadana a su pertenencia a un grupo social, puesto que de esta forma se limita o se condiciona su intervención.

En cuanto al control social sobre la calidad de los servicios públicos, que establece el art. 241 de la CPE, la Ley 341 sobre participación y control social, señala que estos servicios son prestados tanto por entidades públicas como privadas, que tienen como finalidad lograr el bien común y que son de interés colectivo. Es decir, el control social contribuye a la eficacia del desarrollo al procurar una mejor prestación de los servicios públicos¹⁴.

social Andamios, núm. 13 (30), 2016, p. 44, manifiesta de forma acertada que los poderes de control ponen a prueba la reputación del poder.

12 IBARRA, P.: *Manual de sociedad civil y movimientos sociales*, ed. Síntesis, Madrid, 2005, p 19.

13 De forma concreta, el art. 5.I de la Ley de Participación y Control Social prevé que la participación: Es un derecho, condición y fundamento de la democracia, que se ejerce de forma individual o colectiva, directamente o por medio de sus representantes; en la conformación de los Órganos del Estado, en el diseño, formulación y elaboración de políticas públicas, en la construcción colectiva de leyes, y con independencia en la toma de decisiones.

14 MALENA, C., FORSTER, R. y SINGH, J.: "Social Accountability, an Introduction to the Concept and Emerging Practice", cit., p. 11.

También, se establece en el art. 241 que la Ley establecerá de forma general el ejercicio del control social, al respecto, debe considerarse que para garantizar un ejercicio efectivo, se tiene que facilitar el acceso a la información de los ciudadanos, se debe fomentar su inclusión y participación, y por último, se debe determinar el grado de responsabilidad de los agentes públicos sobre sus actos¹⁵.

Igualmente, se señala que la sociedad civil debe organizarse para definir su estructura y ejercer el control social, de la misma manera, el art. 25 de la Ley de participación y control social prevé que esta debe organizarse. No obstante, la norma no establece, bajo qué parámetros debe organizarse, y quién o quienes deben estar a cargo de esa función.

Asimismo, la última parte del art. 241 prevé que las entidades del Estado se encargaran de generar espacios de participación para que la sociedad realice el control social. En este caso la participación debe ser amplia y debe estar enfocada en estimular procesos de debate con el objetivo de priorizar necesidades y acceso a servicios¹⁶. De lo contrario se corre el riesgo de que los espacios de participación que la norma señale sean insuficientes, lo cual sin duda repercutirá en los resultados del control social.

Por su parte, en virtud del art. 242 el control social implica la colaboración con el órgano legislativo en la elaboración de nuevas leyes, conlleva también la expansión del control social en todas las esferas del Estado. De igual forma, prevé generar un manejo transparente de los recursos públicos y de la información, debiendo ser completa, veraz, adecuada y oportuna. También, se encuentra facultado a formular informes que fundamenten la solicitud de revocatoria de un mandato. Además, tiene tuición para observar la designación de cargos públicos. Asimismo, tiene potestad para apoyar al órgano electoral en las postulaciones de los candidatos. Igualmente, es competente para coordinar la planificación y control con los órganos y funciones del Estado, como también para pronunciarse sobre sus informes¹⁷.

15 VELÁSQUEZ, F.: "Participación ciudadana y control social institucionalizado en Colombia", cit., p. 352.

16 *Ibidem*.

17 El contenido del art. 242 de la Constitución Política del Estado señala lo siguiente:
La participación y el control social implica, además de las previsiones establecidas en la Constitución Política del Estado y la ley:
1. Participar en la formulación de las políticas de Estado.
2. Apoyar al Órgano Legislativo en la construcción colectiva de las leyes.
3. Desarrollar el control social en todos los niveles del gobierno y las entidades territoriales autónomas, autárquicas, descentralizadas y desconcentradas.
4. Generar un manejo transparente de la información y del uso de los recursos en todos los espacios de la gestión pública. La información solicitada por el control social no podrá denegarse, y será entregada de manera completa, veraz, adecuada y oportuna.
5. Formular informes que fundamenten la solicitud de la revocatoria de mandato, de acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución y la Ley.
6. Conocer y pronunciarse sobre los informes de gestión de los órganos y funciones del Estado.
7. Coordinar la planificación y control con los órganos y funciones del Estado.

Del contenido de este artículo, se tiene que el control social en la legislación boliviana conlleva una serie de derechos y deberes que deben ser ejercidos por la sociedad civil, esto significa que se promueve un control ascendente¹⁸. No obstante, el éxito del control social no se circunscribe únicamente a enumerar una serie de derechos y deberes de cumplimiento forzoso, sino que los multiplicadores o los que actúan en representación de la sociedad civil deben reunir un conjunto de conocimientos y habilidades para que el control sea efectivo. Esto significa, que se debe tener la capacidad para realizar este control, y esto implica el conocimiento de la legislación vigente y el conocimiento de los organigramas institucionales¹⁹.

En cuanto a la regulación concreta de esta norma, se prevé que el control social pretende la colaboración con el órgano legislativo en la elaboración de nuevas leyes, este trabajo mancomunado que se procura entre los representantes del poder legislativo y de la sociedad civil, se considerará efectivo siempre que se promulguen leyes concertadas que valoren positivamente las necesidades de la población. Una muestra de ello, es la promulgación de la Ley de participación y control social de 2013.

De igual forma, se debe resaltar que el control social tiene como objetivo el manejo transparente de la información. Al respecto, se sostiene que la información es un recurso estratégico para el ejercicio del control social²⁰. De ello conviene resaltar, que, si bien los administradores del poder público tienen a su cargo la responsabilidad principal de generar una información transparente, los medios de comunicación también tienen la obligación de difundir una información cierta, pues de lo contrario se corre el riesgo de desorientar a la ciudadanía.

En lo que respecta a la “facultad revocatoria” que ostenta el control social, su finalidad consiste en castigar a quienes no cumplan con las expectativas generadas en su elección. Es decir, la “solicitud revocatoria” implica desaprobación, disconformidad y/o desacuerdo.

En cuanto a la facultad que se tiene para observar la designación a cargos públicos, con esta medida se pretende encontrar la idoneidad y probidad de los representantes electos; no obstante, esta facultad no debe ser utilizada para

8. Denunciar ante las instituciones correspondientes para la investigación y procesamiento, en los casos que se considere conveniente.

9. Colaborar en los procedimientos de observación pública para la designación de los cargos que correspondan.

10. Apoyar al Órgano Electoral en transparentar las postulaciones de los candidatos para los cargos públicos que correspondan.

18 FOUCAULT, M.: *Microfísica del poder*, ed. La Piqueta, Madrid, 1978, pp. 144-147.

19 VELÁSQUEZ, F.: “Participación ciudadana y control social institucionalizado en Colombia”, cit., p 355.

20 VELÁSQUEZ, F.: “Participación ciudadana y control social institucionalizado en Colombia”, cit., pp. 355-356.

imponer candidatos, o para observar a quienes simplemente no se someten a intereses particulares.

Con relación a la planificación y control con los órganos y funciones del Estado, así como la facultad que se tiene para pronunciarse sobre sus informes, se concluye que la intención del legislador es realizar un control *a priori* y *a posteriori*. Sin duda, en el supuesto de realizarse un trabajo coordinado entre administradores y administrados en todas las etapas que comprende el funcionamiento de las instituciones estatales se presume que los resultados serán óptimos. Sin embargo, el control previo que está facultado a realizar el control social, tiene el riesgo de convertirse en una injerencia en el campo de acción de las instituciones públicas del Estado.

Por todo ello, de la regulación general comprendida en estos dos artículos, se tiene que la Constitución promueve un sentido ascendente de control por parte de la sociedad civil.

III. EL CONTROL SOCIAL Y LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.

A manera de introducción, en una parte de su contenido del preámbulo de la Constitución, se debe destacar que; se señala que se deja de lado un Estado colonial, republicano y neoliberal, para dar lugar al nacimiento de un Estado unitario social de derecho plurinacional y comunitario. Al respecto, cabe preguntarse ¿Qué se entiende por Estado unitario social? De manera general, se entiende que su finalidad consiste en una participación igualitaria entre todos los componentes de la sociedad civil boliviana.

La inserción de este principio constitucional permite pensar que en algunos países de América latina –en este caso en Bolivia- se ejerce con fuerza el constitucionalismo aspiracional como una pretensión por lograr una sociedad más justa²¹. Si bien se tiene como objetivo replantear el orden establecido, durante el *iter* que conlleva la implementación de este principio se corre el riesgo de que la pretensión original se distorsione con el consiguiente perjuicio para la sociedad civil de un Estado.

Con relación a la democracia participativa, se debe señalar que esta forma de democracia tiene como objetivo la participación con mayor intensidad de los ciudadanos en las decisiones públicas²². De acuerdo a esta definición, su finalidad

21 GARCÍA VILLEGAS, M.: “Democracia y Estado social de derecho. Aspiraciones y derechos en el constitucionalismo latinoamericano”, en CÁRDENAS, M. (coord.): *La Reforma Política Del Estado En Colombia: Una Salida Integral A La Crisis*, ed. FESCOL, CEREC, Bogotá 2005, p. 203.

22 VIEJO, R. et al.: “La participación ciudadana, calidad democrática y evaluación”, en PARES, M.: *Participación y calidad democrática, evaluando las nuevas formas de democracia participativa*, ed. Ariel, Barcelona, 2009, p. 43. Sobre el tema, GARRIDO, L., VALDERRAMA, L. y RÍOS, J.: “Democracia deliberativa, instituciones y participación

consiste en brindar mayor espacio de acción a la sociedad civil. Ello, sin dejar de lado la premisa de que son los poderes públicos quienes toman las decisiones que deben ser obedecidas por la sociedad civil en su conjunto²³. Al respecto, surge la siguiente interrogante: ¿La democracia participativa en la Constitución boliviana únicamente busca la implicación significativa de los ciudadanos condicionando su rol a lo que dispongan los poderes públicos, o por el contrario mediante el control social, es la sociedad civil la que determinará la orientación de las políticas públicas?

Si bien el contenido de la CPE -analizado en el anterior subtítulo- prepondera el control ascendente, el espacio de acción que tiene la sociedad civil, se constituye en un campo político, donde se presenta el proceso de toma de decisiones que permite a los actores sociales competir por sus intereses dentro del grupo. Es decir, el enfrentamiento de los actores constituye una arena política dentro de un campo político²⁴, donde previo enfrentamiento, y posterior negociación se determina la forma en que se pueden y/o deben dar esos mismos procesos.

Esto significa que en este contexto existen dos actores principales que se interrelacionan en el campo político: por una parte, los administradores del Estado, y por otra parte, la sociedad civil.

IV. EL CONTROL SOCIAL, LA SOCIEDAD CIVIL Y LOS MOVIMIENTOS SOCIALES.

A priori nada nuevo, porque se sobreentiende que cada persona forma parte de la sociedad civil. Sin embargo, conviene preguntarse ¿Quiénes de forma concreta representan a la sociedad civil en la sociedad boliviana? Durante la vigencia de la actual Constitución los movimientos sociales han adquirido mayor protagonismo e influencia en la actual composición de la sociedad civil a nivel de grupo, tomando en cuenta que la administración actual del gobierno boliviano (MAS) se ha gestado en ellos.

En función de ello, se entiende que los movimientos sociales se encuentran tanto en la administración del Estado, como en la sociedad civil, aspecto que conduce a tres suposiciones:

ciudadana en América Latina”, *Revista de ciencia política*, núm. 54 (2), 2016, p. 257, sostienen con relación a la participación ciudadana que es importante que existan mecanismos institucionales vinculantes que promuevan la participación en las instituciones públicas. Asimismo, LISSIDINI, A.: “Democracia directa en Uruguay y Venezuela: nuevas voces, antiguos procesos”, en CAMERON, M., HERSCHBERG, E. y Sharpe, K.: *Nuevas instituciones de democracia participativa en América Latina: la voz y sus consecuencias*, ed. FLACSO, México, 2012, p. 251, afirma que la participación del pueblo se convierte en un elemento novedoso en la democracia participativa.

23 FERRI DURÁ, J.: “Movimientos sociales y poderes públicos”, en ROMÁN, P. y FERRI DURÁ, J. (ed.): *Los movimientos sociales, conciencia y acción de una sociedad politizada*, ed. Consejo de la juventud, Madrid, España. 2002, p. 25.

24 VARELA VELÁSQUEZ, R.: *Cultura y Poder. Una visión antropológica para el análisis de la cultura política*, ed. ANTHROPOS, Barcelona e Iztapalapa, México, 2005, p. 102.

Primero; que existen dos administradores del Estado, los poderes públicos como tales y la sociedad civil mediante sus representantes con hegemonía de los movimientos sociales.

Segundo; que los administradores del Estado mediante los movimientos sociales buscan auto-controlarse, con el riesgo de dejar de lado a quienes no forman parte de su esquema.

Tercero; que es la sociedad civil mediante los movimientos sociales la que realmente controla la administración del Estado.

Esto significa que la presencia de nuevos actores políticos, ha propiciado la modificación del orden constitucional establecido antes del 2009, y con ello la manera de ejercer el control interinstitucional en el Estado boliviano, aspecto que permite dar cuenta de la forma en que dentro del nuevo orden constitucional se ha reorganizado el esquema de actores políticos relevantes en el proceso de toma de decisiones dentro del Estado boliviano.

Con independencia de este cuadro difuso de suposiciones, sin duda el bienestar de la sociedad civil boliviana en su conjunto es un objetivo innegociable, y para ello, cada uno de los actores tanto administradores como administrados- debe tener un rol independiente sin que exista injerencia de ningún tipo en la toma de decisiones.

En ese sentido, lo más lógico es que exista una escisión total de la administración del Estado con los movimientos sociales sectoriales. Los representantes de los movimientos sociales deben asumir un nuevo rol cuando forman parte de la administración del Estado. Es decir, de ser interlocutores de un movimiento ante el Estado, asumen un rol de representación general de toda la sociedad civil como parte de la administración del Estado. De no ser así, se tiene el riesgo de que se priorice un interés parcial beneficiando únicamente a determinados sectores de la sociedad civil, en desmedro del bienestar de la ciudadanía, desnaturalizando de esta forma la función del control social.

Por todo ello, se puede afirmar que el éxito del control social depende de la capacidad que tengan los actores políticos en fortalecer la institucionalidad de los organismos del Estado. En ese marco, los nuevos actores pueden generar relaciones tanto positivas como negativas entre sí, aunque si lo hacen de manera consciente pueden dirigirse más hacia los objetivos de la CPE. De cualquier forma, para mantener activo el rol de cada uno de ellos, deben mantener el revisionismo interinstitucional y la capacidad para hacer valer la norma constitucional entre ellos.

Ahora bien, en cuanto al funcionamiento de los movimientos sociales, se debe resaltar el hecho de que estos hasta antes de la asunción al poder por parte del MAS articulaban sus demandas principalmente mediante cauces no institucionales²⁵, como los bloqueos de carreteras, manifestaciones públicas y huelgas de hambre.

De acuerdo a lo estipulado en la CPE de 2009, si bien la sociedad civil tiene la facultad de participar en la administración del Estado mediante el control social, en la actualidad no desaparecieron las prácticas no institucionales de ciertos grupos que representan a los movimientos sociales. Sobre el tema cabe preguntarse si esto significa que el nuevo contrato social previsto en la CPE de 2009 ha fracasado. Este es el punto de quiebre que debe resolverse con respecto a la actuación de los movimientos sociales dentro del Estado Boliviano.

Sin duda, para que exista un ejercicio óptimo del control social institucionalizado en la CPE, este debe caracterizarse por ser transparente, independiente, propositivo y constructivo, sólo así, se considerará que existe un control eficaz, siempre y cuando además se encuentre adecuado a la normativa vigente²⁶. Si el proceso y el resultado del control social reflejados en la administración del Estado son aceptados por la ciudadanía, significará que se han cumplido los objetivos; de lo contrario si persisten las formas de actuación no institucionales organizadas o espontáneas por parte de la ciudadanía significará que las tensiones que ha querido aliviar la CPE aún están vigentes, por lo que, su objetivo no se ha logrado cabalmente.

Por su parte, conviene establecer los límites de la participación de la sociedad civil sin que eso signifique, por una parte, una restricción de sus derechos, o por otra, un uso desmesurado de ellos.

La "unidad de medida" que adopta el legislador boliviano previsto en el art. 241 de la CPE es el control social, que se realizará por los representantes de la sociedad civil, ello en función a la democracia participativa regulado en el art. 11 de la CPE²⁷.

25 KITSCHOLT, H.: "Panoramas de intermediación de intereses políticos: movimientos sociales, grupos de interés y partidos a comienzos del siglo XXI", en MAÍZ SUÁREZ, R.: *Construcción de Europa, democracia y globalización*, vol. I, ed. Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2001, p. 370.

26 TALCOTT, P.: *El sistema social*, ed. Alianza, Madrid, 1999, p. 306.

27 Tanto el control social como la democracia participativa, son parte principal de los fines que establece el artículo 3 de la Ley núm. 241, de participación y control social de 2013. Al respecto GUTIÉRREZ, H.: "La institucionalización del control social en Ecuador. Posibilidades y tensiones de los mecanismos participativos", *Revista chilena de derecho y ciencias política*, núm. 8 (2), 2017, p. 158, manifiesta que: "...los mecanismos de participación ciudadana deben ser entendidos como parte de las mediaciones que dotan de capacidades democráticas al ejercicio del poder...".

Hay quien sostiene que mediante el control social se pretende la reproducción de los intereses de quienes ostentan la representación de la sociedad²⁸. De ello se puede deducir lo siguiente: que lo que se busca es la regulación de la participación de la sociedad civil desde la Constitución, y para que esta ejerza el control social, no debe depender de que sean los mismos miembros del poder público los que especifiquen el actuar de las organizaciones de la sociedad civil. Puesto que de esta forma la CPE está entrando en un círculo de contradicciones a sus propias especificaciones; además, de esta forma el objetivo de la carta magna de promover los procesos democráticos se encontrará limitado, porque se desnaturaliza función de la democracia participativa.

De cualquier manera, se debe resaltar el valor democrático de la CPE, y la importancia que ha tenido la sociedad civil en este proceso, puesto que ha sido el agente fuerte que ha desarrollado el cambio y esto fortalece la democracia porque los actores sociales han tomado una actitud activa frente a su papel en la definición de su propio destino y las posibilidades de transformación social. Por ello, conviene señalar que la sociedad civil se convierte en un apoyo para la Constitución tanto como las fuerzas políticas que impulsaron su promulgación²⁹.

En vísperas de cumplirse una década de vigencia de la nueva Constitución, conviene señalar que distorsionar o abusar del ejercicio del control social, genera de un lado, debilidades dentro de las instituciones del Estado, así como de otro lado, crea un vacío en los medios de representación y los canales de negociación entre la sociedad y dichas instituciones; ambos aspectos pueden incitar a que el proceso por el cual se llegó a generar las inconformidades por falta de representación, se repita y se debilite el modelo actual.

V. CONCLUSIONES.

Si bien la figura del control social adquiere especial relevancia en el contenido de la Constitución Política del Estado de 2009, su regulación se remonta a la Ley del Dialogo Nacional de 2001, norma que prevé de forma expresa la definición de “control social” en la legislación boliviana.

El control social a cargo de la sociedad civil de acuerdo a lo regulado en la Constitución Política del Estado regula la participación del pueblo únicamente como ente grupal. Sin embargo, la Ley sobre participación y control social establece que la participación de la sociedad civil se puede ejercer tanto de forma individual como colectiva.

28 Vid. THERBORN, G.: *¿Cómo domina la clase dominante?*, ed. Siglo Veintiuno, Madrid, 1979, p. 221.

29 Vid. GARCÍA VILLEGAS, M.: “Democracia y Estado social de derecho. Aspiraciones y derechos en el constitucionalismo latinoamericano”, cit., pp. 203-227.

El control social establecido en la carta magna ha generado una nueva cultura jurídica constitucional de control, que regula su ejercicio de forma ascendente. Esto significa que la sociedad civil es el ente que somete a control y supervisión a las diferentes instituciones que forman parte de la administración pública del Estado.

El éxito del ejercicio del control social depende, por una parte; de la capacidad y conocimiento del procedimiento de control que tengan los actores sociales con la finalidad de llevar a cabo una supervisión objetiva sin intereses sectarios, y por otra; de los actores políticos quienes tienen la tarea de fortalecer y respetar la institucionalidad de los organismos del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

ANNUNZIATA, R.: "La democracia exigente. La teoría de la democracia de Pierre Rosanvallon", *Revista de investigación social Andamios*, núm. 13 (30), 2016.

BLANES, J.: "La descentralización en Bolivia, avances y retos actuales", en CARRIÓN, F. (ed.): *Procesos de descentralización en la comunidad andina*, ed. FLACSO, Ecuador, 2003.

CORTÈZ, R.: *Representaciones y prácticas sobre control social en Bolivia*, ed. Prisma, La Paz, 2007.

GARRIDO, L., VALDERRAMA, L. y RÍOS J.: "Democracia deliberativa, instituciones y participación ciudadana en América Latina", *Revista de ciencia política*, núm. 54 (2), 2016.

GUTIÉRREZ, H.: "La institucionalización del control social en Ecuador. Posibilidades y tensiones de los mecanismos participativos", *Revista chilena de derecho y ciencias política*, núm. 8 (2), 2017.

FERRI DURÁ, J.: "Movimientos sociales y poderes públicos", en ROMÁN, P. y FERRI DURÁ, J. (ed.): *Los movimientos sociales, conciencia y acción de una sociedad politizada*, Consejo de la juventud. Madrid, España, 2002.

FOUCAULT, M.: *Microfísica del poder*, ed. La Piqueta, Madrid, 1978.

GARCÍA VILLEGAS M.: "Democracia y Estado social de derecho. Aspiraciones y derechos en el constitucionalismo latinoamericano", en CÁRDENAS, M. (coord.): *La Reforma Política Del Estado En Colombia: Una Salida Integral A La Crisis*, ed. FESCOL. CEREC, Bogotá 2005.

IBARRA, P.: *Manual de sociedad civil y movimientos sociales*, ed. Síntesis, Madrid, 2005.

KITSCHOLT, H.: "Panoramas de intermediación de intereses políticos: movimientos sociales, grupos de interés y partidos a comienzos del siglo XXI", en MÁIZ SUÁREZ, R.: *Construcción de Europa, democracia y globalización*, vol. I, ed. Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2001.

LISSIDINI, A.: "Democracia directa en Uruguay y Venezuela: nuevas voces, antiguos procesos", en CAMERON, M., HERSCHBERG, E. y SHARPE, K.: *Nuevas instituciones de democracia participative en América Latina: la voz y sus consecuencias*, ed. FLACSO, México, 2012.

MALENA, C., FORSTER, R. y SINGH, J.: "Social Accountability, an Introducción to the Concept and Emerging Practice", en *Social Development Papers 76, participación and civic engagement*, The World Bank, Washington, DC, 2004.

STRÖBELE-GREGOR, J.: "Ley de Participación Popular movimiento popular en Bolivia", en HENGSTENBERG, P., KOHUT, K. y MAIHOLD, G. (ed.): *Sociedad civil en América Latina: Representación de intereses y gobernabilidad*, ed. Nueva Sociedad. Caracas, 1999.

TALCOTT, P.: *El sistema social*, ed. Alianza, Madrid, 1999.

THERBORN, G.: *¿Cómo domina la clase dominante?* ed. Siglo Veintiuno, Madrid, 1979.

VARELA VELÁSQUEZ, R.: *Cultura y Poder. Una visión antropológica para el análisis de la cultura política*, ed. ANTHROPOS, Barcelona e Iztapalapa, México, 2005.

VELÁSQUEZ, F.: "Participación ciudadana y control social institucionalizado en Colombia". En: ISUNZA, E. y GURZA A. (coord.): *La innovación democrática en América Latina tramas y nudos de la representación, la participación y el control social*, ed. CIESAS, México, 2010.

VIEJO, R. et al.: "La participación ciudadana, calidad democrática y evaluación", en PARES, M.: *Participación y calidad democrática, evaluando las nuevas formas de democracia participativa*, ed. Ariel, Barcelona, 2009.

**PACTOS DE ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD O
DE PRIVATIVIDAD A LOS BIENES BAJO UN RÉGIMEN DE
GANANCIALES. APUNTES DE DERECHO ESPAÑOL Y PERUANO**

***AGREEMENTS OF ATTRIBUTION OF COMMON NATURE OR
PERSONAL NATURE TO PROPERTY UNDER A REGIME OF COMMUNITY
OF PROPERTY. NOTES ON PERUVIAN AND SPANISH LAW***

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 488-499

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IIPP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

Romina
SANTILLÁN
SANTA CRUZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de noviembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: La sociedad de gananciales siempre se ha caracterizado por ser un régimen económico que contiene reglas ya definidas para la determinación de la naturaleza de los bienes. No obstante, existen órdenes jurídicos, como el español, que rompen con ese sistema tradicional que reserva únicamente a la ley la atribución de un carácter específico a los bienes del matrimonio, permitiendo a los cónyuges celebrar pactos para atribuir voluntariamente un carácter común o propio a los mismos. En cambio, otros sistemas económico-matrimoniales, como el peruano, no admite tales pactos de atribución y ello se debe a una previsión legal que prohíbe a los cónyuges contratar entre sí sobre sus bienes comunes; sin embargo, la incertidumbre se mantiene en relación con los bienes propios de cada cónyuge a los que no alcanza dicha prohibición. El problema se resuelve con una remisión al Derecho español.

PALABRAS CLAVE: Sociedad de gananciales; bienes comunes; bienes propios; contratación entre cónyuges; pacto de atribución de ganancialidad; Derecho español; Derecho peruano.

ABSTRACT: *Community of property has always been characterized as a matrimonial property regime which contains concrete rules for the determination of nature of matrimonial property. However, there are legal orders, such as Spanish Law, which break that traditional system where the law establishes a specific nature to the matrimonial property and allow spouses to conclude agreements in order to attribute common nature or personal nature to their property. Instead, others matrimonial systems, such as Peruvian Law, does not admit the agreements of attribution because it prohibits spouses to contract each other with respect of their common property. Nevertheless, there is uncertainty about if they can contract each other with respect to their personal property. The problem is solved with a reference to Spanish Law.*

KEY WORDS: *Regime of community of property; common property; personal property; contracting between spouses; agreement of attribution of common nature; Spanish Law; Peruvian Law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PACTOS DE ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD EN DERECHO ESPAÑOL: CONTENIDO, EFECTOS DIRECTOS Y OTRAS IMPLICACIONES PRÁCTICAS.- III. LÍMITE A LA CONTRATACIÓN ENTRE CÓNYUGES EN DERECHO PERUANO: ALCANCE Y CONSECUENCIAS.- IV. UNA RESPUESTA AL PROBLEMA: ¿ESTARÍA PERMITIDA EN DERECHO PERUANO LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE UN CARÁCTER ESPECÍFICO A LOS BIENES DEL MATRIMONIO?.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En determinados órdenes jurídicos existe la posibilidad de que los cónyuges puedan pactar una atribución de ganancialidad o de privatidad a determinados bienes constante matrimonio, una cuestión que se funda, en esencia, en los principios de autonomía patrimonial y de libertad de contratación entre cónyuges. El tema en sí mismo, como vamos a ver, rompe con ese sistema tradicional que reserva únicamente a la ley la atribución de un carácter específico a los bienes del matrimonio a través de la previsión de reglas generales de calificación, y puede incluso dar lugar a que se discuta la posible afectación de los terceros con actos fraudulentos recubiertos bajo la apariencia de pactos de atribución.

En relación con la materia expuesta, el Derecho español y el Derecho peruano presentan diferencias legales reseñables, que conviene analizar por sus particulares implicancias prácticas. Así, a diferencia del Derecho peruano, que prohíbe a los cónyuges contratar entre sí sobre sus bienes comunes y que, en consecuencia, parecería no admitir los pactos de atribución, el Derecho español regula expresamente la posibilidad de que los cónyuges puedan atribuir, de común acuerdo, la condición de gananciales a los bienes adquiridos a título oneroso constante matrimonio. La doctrina española interpreta, así mismo, que dicho acuerdo también procedería en sentido inverso, para atribuir carácter propio a los bienes gananciales, pero ello bajo la aplicación general del principio de libertad de contratación entre esposos. A estas interpretaciones se hará frente en las páginas que siguen.

Dado este contexto, interesa centrar el análisis, en un primer momento, en el Derecho español, que contiene una expresa y amplia regulación sobre la

• **Romina Santillán Santa Cruz**

Investigadora contratada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Dirección de correo electrónico: rsantillan@unizares

materia, y, en un segundo momento, en el Derecho peruano, pues aun cuando su regulación guarda silencio respecto a los pactos de atribución antes indicados, sí conviene valorar si en este cabría la posibilidad, aunque fuera remota, de atribuir voluntariamente un carácter concreto a los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad de gananciales.

Con dicho objeto, se presentan en este trabajo las normas que regulan la contratación entre cónyuges en ambos Derechos para analizar su contenido y alcance, y comprender a partir de allí la posibilidad de que los cónyuges puedan o no pactar una atribución voluntaria de ganancialidad o de privatividad a los bienes, salvo que el ordenamiento ya hubiera adoptado reglas al respecto, como sucede con el Derecho español, donde la regulación expresa del asunto juega un rol especial, como seguidamente se tendrá oportunidad de ver.

II. PACTOS DE ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD EN DERECHO ESPAÑOL: CONTENIDO, EFECTOS DIRECTOS Y OTRAS IMPLICACIONES PRÁCTICAS.

Respecto del tema que motiva este apartado, veamos que el Código civil español (en adelante, CC) prevé en su art. 1.355 lo siguiente: "Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes".

De la primera disposición de este precepto se extrae que en Derecho español son también gananciales —terminología que emplea para aludir a los bienes comunes de los cónyuges— aquellos bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio a los que los cónyuges atribuyan de común acuerdo dicha condición, sin resultar relevante, a este efecto, la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que el precio se satisfaga. Para los casos en que no se hubiera expresado ese común acuerdo, conforme a la segunda disposición del art. 1.355 CC, se presume la voluntad favorable al carácter ganancial de los bienes cuando son adquiridos de forma conjunta por los cónyuges y sin atribución de cuotas. Esta presunción favorece la atribución voluntaria de ganancialidad a concretos bienes cuando concurren las indicadas circunstancias legales, pero como es una presunción *iuris tantum*, puede ser desvirtuada mediante prueba en contra¹.

¹ Vid. DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 170; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La sociedad de gananciales", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, p. 260.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN.) ha entendido reiteradamente que se puede atribuir carácter ganancial a los bienes aun cuando no concurren estrictamente los presupuestos del art. 1355 CC². Por otro lado, aunque esta norma se refiere a bienes adquiridos durante el matrimonio, la misma DGRN. ha señalado que no habría inconvenientes para atribuir carácter ganancial a bienes que ya eran privativos de alguno de los cónyuges, toda vez que “la aportación a la sociedad conyugal, comunicación de bienes que uno o ambos esposos realizan al consorcio ganancial, constituye un negocio jurídico válido y lícito al amparo de la libertad de pactos y contratos que rige entre cónyuges”³.

En la misma medida, la DGRN. ha admitido que puede atribuirse carácter privativo a un bien ganancial⁴, pacten o no los cónyuges una compensación a cargo de los bienes privativos, siempre que este desplazamiento aparezca fundado en causa justificativa⁵, ante lo cual puede resultar suficiente el derecho de reembolso en favor del patrimonio privativo⁶ por aplicación del art. 1.358 CC: “Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación”.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS ha precisado que esta posibilidad de que se asigne carácter común o ganancial a los bienes mediante pacto expreso de los cónyuges es una consecuencia del amplio régimen de contratación entre cónyuges que actualmente rige en el Derecho español. El autor refiere, así mismo, que lo que el CC prevé expresamente es que los cónyuges puedan atribuir la condición de gananciales a bienes que habían de ser privativos, pero es el principio de libertad de contratación de los cónyuges el que justifica que estos puedan también atribuir la condición de privativos a bienes que habían de ser gananciales⁷. Uno y otro pacto son posibles, pero el momento y la causa de las operaciones determinarán las reglas aplicables. Así, si el pacto se realiza antes o al tiempo de la adquisición, el bien ingresará directamente en el patrimonio que los cónyuges elijan a tal efecto, quedando a salvo el derecho de reembolso. Si el pacto sobreviene a la

2 Así lo recoge en sus Rs. 10 marzo 1989, 17 abril 2002, 22 junio 2006, 29 marzo 2010 (BOE-A-2010-8659), entre otras tantas en las que se pronuncia en el mismo sentido.

3 RDGRN 21 diciembre 1998 (BOE-A-1999-1736).

4 Sobre el particular ha señalado GAVIDIA SÁNCHEZ que no debe confundirse la confesión de privatividad con atribución de privatividad, pues la primera tiene naturaleza confesoria y finalidad probatoria, mientras que la segunda es de naturaleza negocial y tiene finalidad atributiva o constitutiva. Cfr. GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: *La atribución voluntaria de ganancialidad. Análisis crítico del precepto contenido en artículo 1.355 del Código civil*, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 75.

5 Vid. RDGRN 21 enero 1991 (RJ 1991, 592).

6 Vid. RDGRN 25 septiembre 1990 (BOE-A-2010-14793).

7 Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de Familia*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989, pp. 238-239.

adquisición, el mismo deberá haberse fundado en causa suficiente para que opere efectivamente la transferencia del bien desde el patrimonio en que se encuentra al patrimonio que acuerden los cónyuges⁸.

Añade a lo anterior GARRIDO DE PALMA, que, en virtud de lo dispuesto por el art. 1.355 CC, sin necesidad de tener que acudir a figuras contractuales típicas, como la compraventa o donación p. ej., el simple acuerdo atributivo de los cónyuges producirá el desplazamiento de un concreto bien privativo al patrimonio común, naciendo desde luego el derecho de reembolso a favor del patrimonio que corresponda, salvo que se manifieste ya satisfecho o que se haga una renuncia expresa al mismo, teniendo el negocio atributivo en este último caso un carácter gratuito. Este autor respalda a su vez la atribución de carácter privativo a los bienes comunes, señalando que, con independencia de la dicción literal del art. 1.355 CC, aquella procede al amparo de lo dispuesto por el art. 1.323 CC, que regula con suficiente extensión la libertad de contratación entre esposos⁹, como luego se verá.

Como se puede apreciar, la posibilidad de que los cónyuges puedan pactar una atribución de ganancialidad o de privatividad a determinados bienes constante matrimonio se encuentra fundada en el principio de libertad de contratación que inspira el sistema económico-matrimonial que opera actualmente en el ordenamiento español. Con anterioridad a la reforma del Código civil de 1981, los cónyuges tenían prohibido contratar entre sí en determinados casos e igualmente la contratación entre ellos era escasa: no podían venderse bienes recíprocamente sino solo en caso de haber pactado separación de bienes o cuando esta separación se hubiese producido por disposición judicial¹⁰. Con la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el art. 1.458 CC concibe con total amplitud que “los cónyuges podrán venderse bienes recíprocamente”. Concuerda así mismo con este precepto el recogido por el art. 1.323 CC, según el cual «los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”.

Interpretados en su conjunto, los artículos citados permiten bajo cualquier título la transferencia de bienes concretos entre las distintas masas de las que son titulares los cónyuges, con independencia del régimen matrimonial al que se hallaran sujetos, y en general, que los cónyuges puedan celebrar entre sí todo tipo de contratos sin limitación alguna. Y es aquí donde resulta preciso traer a colación

8 Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de Familia*, cit., pp. 238-239.

9 Cfr. GARRIDO DE PALMA, V.: “La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho privado. Familia* (coord. por J. F. DELGADO DE MIGUEL), t. IV, vol. 1, Civitas, Madrid, 2001, pp. 221-222. También vid. GARRIDO DE PALMA, V.: *Derecho de familia*, Trivium, Madrid, 1993, pp. 64-88.

10 Vid. PÉREZ VALLEJO, A. M.: “El régimen matrimonial primario”, en AA.VV.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE y R. HERRERA CAMPOS), Dykinson, Madrid, 2002, pp. 141-142.

la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la DGRN, en la que se han pronunciado afirmando que “no se puede privar a dos personas por el hecho de estar casadas entre sí del poder de realizar los actos que a cualesquiera otras les está permitido, toda vez que el artículo 1323 C.c. ha superado las antiguas restricciones a la contratación entre cónyuges”¹¹.

III. LÍMITE A LA CONTRATACIÓN ENTRE CÓNYUGES EN DERECHO PERUANO: ALCANCE Y CONSECUENCIAS.

Con este planteamiento de base, cabe preguntarse ahora si los pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a determinados bienes constante matrimonio estarían permitidos en Derecho peruano. La respuesta va a estar condicionada por la regulación vigente dispensada al régimen económico matrimonial, que, respecto de la materia que se analiza en estos momentos, gira en torno a lo dispuesto por el art. 312 del Código civil peruano (en adelante, Cc.P.), que a la letra señala: “Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad”. La doctrina peruana no ha sabido dar una explicación satisfactoria a la cuestión.

A decir de alguna opinión, el citado artículo prohíbe a los cónyuges celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad, excepto cuando se trata de poderes, con la finalidad de proteger a los terceros frente a posibles colusiones entre los cónyuges; disposición prohibitiva que también suele aplicarse en caso de separación de patrimonios aunque no exista norma expresa al respecto¹² ni sea ese el sentido recogido en la redacción del art. 312 Cc.P., que forma parte del conjunto de reglas que rigen la sociedad de gananciales.

Según otra postura de la doctrina, si bien el texto del referido artículo contiene la regla general de que los cónyuges no pueden contratar sobre bienes del patrimonio conyugal, esto no quiere decir que la contratación entre esposos esté totalmente proscrita en Derecho peruano, pues no existe impedimento legal para que los cónyuges celebren contratos sobre los bienes propios u otros contratos que no comprometan los bienes sociales. Se defiende así mismo que no existe ningún impedimento para que los cónyuges que adoptaron una separación de patrimonios celebren todo tipo de contratos¹³.

La línea jurisprudencial que se sigue sobre el tema señala: “Es necesario precisar que el régimen de sociedad de gananciales está regulado por normas

11 STS 18 mayo 1992 (RJ 1992/4907) y Rs. DGRN. 7 octubre 1992, 11 junio 1993 y 28 mayo 1996 (BOE-A-2010-14793).

12 Cfr. AGUILAR LLANOS, B.: *La Familia en el Código Civil peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2008, p. 157.

13 Cfr. GUTIÉRREZ CAMACHO, W.: “Contratación entre cónyuges”, en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), t. II, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 242-243.

denominadas de orden público, estableciéndose limitaciones de orden contractual entre los cónyuges"¹⁴. De esto se advierte que la limitación de orden contractual estaría dirigida tan solo a los cónyuges cuyo matrimonio se encuentre sujeto a un régimen patrimonial de sociedad de gananciales, mas no a quienes se hallaran regidos por una separación de patrimonios. De otro lado, atendiendo al estricto tenor del art. 312 Cc.P. es posible apreciar que la prohibición contractual a los cónyuges constante sociedad de gananciales tiene alcance únicamente "respecto de los bienes de la sociedad". Pero qué debe entenderse, en el contexto de dicha norma, por bienes de la sociedad. Esta es la pregunta que debe responderse para delimitar adecuadamente el alcance de la norma. Esto permitirá aclarar sobre qué bienes específicamente los cónyuges no pueden contratar.

La solución al problema se encuentra en la interpretación sistemática de los arts. 301, 310 y 312 Cc.P. Conforme al primero de los artículos indicados, "en el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad". De este precepto se extrae que en una sociedad de gananciales pueden coexistir bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad, debiendo entenderse que estos últimos son los bienes comunes a los cónyuges. La denominación más precisa para los bienes de la sociedad es posible encontrarla en el art. 310 Cc.P. que prefiere usar la denominación de "bienes sociales". Finalmente, si ello se compagina con lo dispuesto por el art. 312 Cc.P., teniendo en cuenta la coherencia del sistema y el tenor literal de esta norma, lo que no pueden hacer los cónyuges durante la vigencia del régimen de gananciales es contratar entre sí sobre los bienes sociales, mas esta limitación no alcanza a una eventual contratación respecto de sus bienes propios.

Aun con la problemática que puede plantear el art. 312 Cc.P., lo cierto es que este precepto no prohíbe de plano la libertad de contratar de los cónyuges, sino solo la celebración de contratos entre sí sobre sus bienes sociales, quedando a salvo la posibilidad de contratar sobre sus bienes propios o de terceros. Así mismo, pueden celebrar entre ellos cualesquiera otros contratos¹⁵ siempre que no involucren sus bienes sociales ni importen sobre estos una patrimonialidad directa¹⁶. No se trata, por tanto, de una prohibición total ni absoluta; es parcial y relativa¹⁷, pues en los supuestos antes descritos sí sería factible la contratación entre cónyuges constante sociedad de gananciales —pero tales supuestos no serán desarrollados a fondo porque no forman parte del objeto de estudio que se ha planteado—.

14 Sentencia de la Corte Suprema Cas. N° 95-1996-Ica, publicada en *El Peruano*, 30 diciembre 1997, p. 224.

15 Vid. una extensa lista de los contratos prohibidos y permitidos en el seno de la contratación entre cónyuges, en VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Tratado de Derecho de familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*, t. III, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, pp. 221-224.

16 Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de familia*, cit., p. 221.

17 Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de familia*, cit., p. 221.

Resulta también del análisis que los bienes sociales solo existen en el ámbito de la sociedad de gananciales y no en el de la separación de patrimonios, por lo que la prohibición expresada en el art. 312 Cc.P. no es posible extenderla a los cónyuges sujetos al último régimen patrimonial mencionado. A esta conclusión se arriba, así mismo, tras repararse en la ubicación sistemática que el referido precepto recibe en el Código civil peruano: se encuentra dentro del marco normativo de la sociedad de gananciales y, como se ha podido ver, solo es de aplicación en las relaciones económico-patrimoniales que entablen los cónyuges sujetos a tal régimen. Constante sociedad de gananciales, los cónyuges no pueden contratar entre sí respecto de los bienes de la sociedad.

IV. UNA RESPUESTA AL PROBLEMA: ¿ESTARÍA PERMITIDA EN DERECHO PERUANO LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE UN CARÁCTER ESPECÍFICO A LOS BIENES DEL MATRIMONIO?

Con fundamento en lo antes expresado, corresponde ahora dar respuesta a la pregunta que se formuló con relación a la posibilidad de celebrar pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a determinados bienes constante matrimonio en el Derecho peruano. La solución es mucho más lógica de lo que parece.

Los cónyuges cuyo régimen sea el de separación de patrimonios no tendrían, en principio, ninguna limitación legal para celebrar contratos entre sí respecto de sus bienes, puesto que estos tendrán siempre la calidad de propios. Naturalmente, no podrán atribuir la condición de sociales a bienes propios, porque en ese régimen no hay bienes sociales, y a lo más a lo que podrían llegar, a través de los pactos de atribución, es a establecer una copropiedad ordinaria sobre bienes concretos. Cosa distinta es que suelen hacerse interpretaciones extensivas arbitrarias que no amparan tales contrataciones¹⁸. Dicho esto, en forma general, no habría problema para que, bajo este régimen, los cónyuges pudieran celebrar acuerdos atributivos que provoquen el desplazamiento de un bien perteneciente a un patrimonio privativo hacia el otro patrimonio igualmente privativo.

El problema se presenta especialmente en la sociedad de gananciales. La sistemática propia del régimen peruano de gananciales impide de plano la atribución voluntaria de privatividad a los bienes sociales o comunes, pues los cónyuges están impedidos de contratar respecto de los bienes de la sociedad. Ahora bien, esta limitación a los cónyuges de contratar entre sí no entraría en el ámbito de sus bienes propios, pues aquella únicamente tiene alcance sobre los bienes sociales mas no sobre los propios de cada cónyuge. En tal sentido, no habría

18 Vid. AGUILAR LLANOS, B.: *La Familia en el Código Civil peruano*, cit., p. 157; y GUTIÉRREZ CAMACHO, W.: "Contratación entre cónyuges", cit., pp. 242-246.

impedimento para que los cónyuges atribuyan de mutuo acuerdo carácter social a un bien propio usando la modalidad de aportación al patrimonio social, que no está prohibida en el ordenamiento peruano —y que deberá estar inscrita en los Registros Públicos para que sea oponible a terceros—, o simplemente dejando operar a la presunción de ganancialidad.

V. CONCLUSIONES

El CC regula con la suficiente extensión el principio de libertad de contratación entre cónyuges, pudiendo estos atribuir, de común acuerdo, la condición de gananciales a los bienes adquiridos a título oneroso constante matrimonio. La doctrina española interpreta, así mismo, que el acuerdo del art. 1.355 CC también procedería en sentido inverso, para atribuir carácter propio a los bienes gananciales, pero en aplicación del art. 1.323 CC, que permite a los cónyuges transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.

El Cc.P., por su parte, no prohíbe de plano la libertad de contratar de los cónyuges, sino solo la celebración de contratos entre sí sobre sus bienes sociales. Pueden contratar sobre sus bienes propios o de terceros; celebrar, incluso, cualesquiera otros contratos siempre que no involucren sus bienes sociales. No habría impedimento para que los cónyuges atribuyan de mutuo acuerdo carácter social a un bien propio usando la modalidad de aportación al patrimonio social —que no está prohibida—, o simplemente dejando que opere la presunción de ganancialidad.

El empleo del mecanismo de la atribución voluntaria de carácter social a un bien propio por parte de los cónyuges —que supone un acuerdo expreso entre ambos que no adopta la forma de las figuras contractuales típicas— podría resultar algo muy innovador en el Derecho civil peruano, pero al mismo tiempo supondría transponer esa afincada y tradicional forma de entender la contratación entre cónyuges que, como se ha visto, suele ser interpretada de manera muy general y sin los matices apropiados para delimitar adecuadamente qué es aquello que, constante sociedad de gananciales, está contractualmente permitido a los cónyuges y qué es lo que no.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR LLANOS, B.: *La Familia en el Código Civil peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2008.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.

GARRIDO DE PALMA, V.: "La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho privado. Familia* (coord. por J. F. DELGADO DE MIGUEL), t. IV, vol. I, Civitas, Madrid, 2001.

GARRIDO DE PALMA, V.: *Derecho de familia*, Trivium, Madrid, 1993.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: *La atribución voluntaria de ganancialidad. Análisis crítico del precepto contenido en artículo 1.355 del Código civil*, Montecorvo, Madrid, 1986.

GUTIÉRREZ CAMACHO, W.: "Contratación entre cónyuges", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), t. II, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La sociedad de gananciales", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de Familia*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989.

PÉREZ VALLEJO, A. M.: "El régimen matrimonial primario", en AA.VV.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE y R. HERRERA CAMPOS), Dykinson, Madrid, 2002.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Tratado de Derecho de familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*, t. III, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.



COMENTARIOS
JURISPRUDENCIALES



DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE ORDENAR LA SUCESIÓN
EX ART. 831 CC Y PLAZO PARA RECIBIR LA LEGÍTIMA ESTRICTA.
COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA NÚM. 293/2019, DE 24 DE
MAYO (RAJ 2019, 2113)*

*DELEGATION OF POWERS TO ORGANISE THE SUCCESSION OF THE
DECEASED (ART. 831 CC) AND APPLICABLE TERM TO THE PAYMENT OF
THE STRICT FORCED SHARE. COMMENT ON THE SPANISH SUPREME
COURT JUDGEMENT NO. 293/2019, OF MAY 24 (RAJ 2019, 2113)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 502-511



Clara I.
ASUA
GONZÁLEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de noviembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: En el art. 831 CC no se establece un régimen específico que permita aplazar el pago de la legítima estricta.

PALABRAS CLAVE: Fiducia sucesoria; legítima estricta; plazo.

ABSTRACT: *Article 831 of the Spanish Civil Code does not provide a specific regime that allows delaying the payment of the strict forced share.*

KEY WORDS: *Delegation of powers to organize a succession; strict forced share; term.*

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO: I. LA DELEGACIÓN DE LA ORDENACIÓN SUCESORIA PARA DESPUÉS DE LA MUERTE DEL CAUSANTE: EL ART. 831 CC.- II. FIDUCIA Y LEGÍTIMA ESTRICTA. EN PARTICULAR EL TEMA DEL PLAZO.

SUPUESTO DE HECHO

D. Heraclio, que falleció en estado de casado en régimen de gananciales con Dña. Enma y con dos hijos comunes (Dña. Natalia y D. Diego), otorgó testamento en el que, además de legar a su viuda el pleno dominio del tercio de libre disposición de su herencia, realizaba disposiciones tanto para el caso de que su esposa le premuriera como de que le sobreviviera. Para esta última eventualidad, y con fundamento en el art. 831 CC, atribuía a la supérstite la facultad de realizar a favor de los hijos, y respetando la legítima estricta, mejoras, adjudicaciones y atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio; el plazo para ello quedaba a criterio de la esposa pudiéndolo incluso realizar en su propio testamento.

D. Diego planteó demanda contra la herencia yacente, contra su madre y contra su hermana en la que solicitaba el pago de la legítima estricta y la nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales que la viuda había realizado junto con los contadores partidores designados por el testador. En primera instancia se desestimaron ambas pretensiones, pero la Audiencia estimó parcialmente recurso del demandante considerando que la legítima estricta debía ser abonada una vez abierta la sucesión y fijado su importe. Tanto el recurso extraordinario de infracción procesal planteado por D. Diego como los de casación planteados por Dña. Enma y D. Diego resultaron desestimados.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La interpretación del art. 831 CC queda sujeta a los principios del sistema sucesorio del Código Civil. La legítima estricta es un derecho del legitimario que no puede quedar sujeto a plazo por el testador salvo que así se disponga normativamente (por ejemplo, arts. 1056 y 844 CC). El art. 831.3 CC no

• **Clara I. Asua González**

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU). Ha dirigido y ha sido participante en diversos contratos y proyectos de I+D. Su campo de investigación se centra preferentemente en el ámbito del Derecho civil patrimonial. Correo electrónico: clara.asua@ehu.eus.

contempla un régimen específico para el pago de la legítima estricta, por lo que de la interpretación del citado precepto no cabe extraer una excepción, cual es la aplicación de un plazo. Esta conclusión se infiere del propio tenor del art. 831.3 CC, que sigue condicionando el ejercicio de las facultades del cónyuge fiduciario a que respete las legítimas de los descendientes comunes. El respeto a la legítima implica su necesaria aplicación tal y como viene regulada en nuestro sistema sucesorio, por lo que en el pago de la legítima estricta de los descendientes comunes no cabe señalamiento de plazo salvo que la propia norma expresada lo disponga.

COMENTARIO

I. LA DELEGACIÓN DE LA ORDENACIÓN SUCESORIA PARA DESPUÉS DE LA MUERTE DEL CAUSANTE: EL ART. 831 CC.

En conflicto que da lugar a la sentencia que se comenta se plantea al hilo de una disposición sucesoria por parte del causante que, en lo que nos interesa, consiste en delegar la ordenación, para que se realice después de la muerte del delegante, en el cónyuge superviviente. La ordenación sucesoria se realiza entonces a través de dos voluntades: la del causante, porque la designación del fiduciario ya es un acto ordenador; y la del fiduciario, que determinará quién o quiénes de entre los hijos o descendientes comunes, y siempre de acuerdo a las disposiciones del causante, son sucesores de este y a qué título. La herencia, por tanto, se defiere de una forma compleja. No hay, por supuesto, representación; a un fallecido no se le puede representar, y el fiduciario al designar está disponiendo en nombre propio de un patrimonio ajeno. No se quiebra, por tanto, lo que se ha dado en llamar un personalismo formal pero sí un personalismo material (ASUA GONZÁLEZ, C. I.: *Designación de sucesor a través de tercero*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 17 y ss.). De ahí que el art. 831 CC suponga una excepción no solo al art. 831 CC sino al más general art. 670 CC, pues, más allá de la literalidad de este precepto, es claro que en el mismo se comprenden las dos facetas del personalismo (ibídem, pp. 91 y ss.).

La posibilidad de delegar para después de la muerte la ordenación de la propia sucesión era un tipo de fiducia sucesoria con amplia raigambre en los tradicionales territorios forales y que se hizo presente en la codificación civil en un momento en el que se pretendía que el Código fuera único para toda España y se ofrecía el antecedente (art. 663 del Proyecto de 1851, que prácticamente se reproduce en el art. 816 del Anteproyecto de 1882-1888) del art. 831 CC (precepto que hoy ya conocemos en su tercera versión) como fórmula transaccional frente a los regímenes forales. Hoy la posibilidad de que la sucesión sea ordenada por tercero se contempla en todos los Derechos Civiles autonómicos.

La función originaria de semejante figura era la de conseguir diferir en el tiempo la designación del sucesor idóneo en el patrimonio familiar, obviando así las

dificultades que a tal efecto podía suponer la juventud de los eventuales sucesores al momento de fallecimiento del causante; a lo que se unía la posibilidad, existiendo medios, de atender mejor a las necesidades que pudieran ir generándose entre los posibles sucesores. De ahí que en muchos ordenamientos peninsulares que admitieron y admiten la ordenación sucesoria por tercero, normativamente la designación de sucesores se circunscribiera y circunscriba dentro de un grupo familiar. Por otra parte, en los diferentes ordenamientos se ha configurado con diferente amplitud la figura de quién podía y puede ser designado fiduciario o comisario. En muchos casos esa designación se ha ceñido y ciñe al cónyuge —y hoy a la pareja—, pero incluso en aquellos en los que legalmente ha resultado posible trascenderle, lo cierto es que tal cónyuge es quien ha sido de ordinario designado. De este modo, la institución ha supuesto un reforzamiento de su posición dentro de la familia.

En el art. 831 CC la inspiración familiar está muy presente en los presupuestos legales: solo puede nombrarse fiduciario al cónyuge, a la pareja no matrimonial o a aquella persona con la que se tenga descendencia común y la ordenación únicamente puede realizarse entre los descendientes comunes.

Como ya se ha dicho, el precepto ha tenido tres redacciones. En la originaria, muy sucinta, el causante debía haber fallecido intestado, la facultad ordenadora solo podía atribuirse en capitulaciones matrimoniales, se exigía que el supérstite no contrajera nuevas nupcias y se hablaba de hijos comunes. En la segunda (1981), en la que se continuaba exigiendo que la viuda o viudo no hubiera vuelto a casarse, la delegación podía establecerse también en testamento, se suprimió la referencia al fallecimiento sin testamento, y se preveía un plazo legal (de un año) para el caso de que no se hubiere señalado ninguno. En la redacción actual (en virtud de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad; aunque nada hay en el precepto que se circunscriba a esta realidad), se amplía considerablemente la regulación, en parte explicitando pautas que ya se habían propuesto en la interpretación de la anterior redacción, en parte cambiando el criterio legal precedente, e igualmente regulando aspectos nuevos: la facultad ordenadora solo se puede conferir en testamento y se incide ya en que la delegación no requiere que la pareja sea matrimonial; no se requiere tampoco que el supérstite mantenga la *soltería* (aunque las nuevas nupcias, las relaciones estables no matrimoniales o la posterior tenencia de hijos no comunes, y salvo que el causante hubiera dispuesto otra cosa, son un causa de extinción del poder ordenador); se explicita que la facultad ordenadora (el precepto se halla en sede de mejora) se extiende también al tercio de libre disposición, que la atribución se puede hacer por cualquier título sucesorio y que cabe realizarse en uno o varios actos simultáneos o sucesivos; las adjudicaciones pueden hacerse respecto de bienes de la sociedad conyugal no liquidada; se amplía el plazo legal

supletorio y se especifica que cabe establecer que la ordenación se realice en el propio testamento del fiduciario (lo que le da a tal ordenación el carácter de revocable); se atribuye *ex lege* al fiduciario la administración de los bienes sobre los que se proyecta su poder de disposición; se establecen algunas pautas relativas al respeto a la legítima estricta de los descendientes comunes (entre otras que puede satisfacerse incluso con bienes del fiduciario) y al supuesto en el que existan legitimarios o favorecidos por disposiciones del causante que no sean descendientes comunes.

Como se puede ver, se ha pretendido establecer un régimen más perfilado de la institución; aunque ciertamente están lejos de abordarse todas las cuestiones necesitadas de pauta jurídica [vid. CÁMARA LAPUENTE, S.: "Comentario al art. 831 CC", en AA.VV.: *Código Civil Comentado. Vol. II* (dirigido por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016, pp. 907-920] y que se hacen evidentes a la vista de las regulaciones autonómicas. Sin embargo, la cuestión que se aborda en esta sentencia no pertenece a una problemática común a todos los ordenamientos que acogen este tipo de fiducia sucesoria, y ello porque el punto de partida de nuestro conflicto es el de la existencia de una legítima individual.

La posibilidad de delegar la ordenación de la sucesión para después de la muerte se asienta en sistemas sucesorios muy distintos. Sin embargo, todos tienen en común un apreciable margen de maniobra *cuantitativo* (en el sentido de que se proyecta sobre una parte importante del caudal) del causante en la ordenación de la sucesión, margen que llena de sentido el señalamiento de una persona que, después del fallecimiento de aquel, tome decisiones ordenadoras que el causante no estaba, por diversos motivos, en condiciones de adoptar; ello además de que, al mismo tiempo, se persiga potenciar la situación del fiduciario frente a los eventuales beneficiarios. Pero semejante margen de maniobra puede existir en sistemas de libertad de disposición *mortis causa*, de legítima colectiva y de legítima individual. Y es en este último caso, y aunque en una aproximación general puede decirse que las facultades ordenadoras del fiduciario solo se proyectan sobre la parte libre (y, en el caso del Código Civil, de mejora), donde cabe plantearse si el concreto régimen de fiducia afecta de algún modo a la legítima individual.

La duda que en nuestro supuesto se plantea respecto del art. 831 CC es la de si se puede diferir el cobro de aquello a lo que se tiene derecho por legítima estricta durante el tiempo que tiene la supérstite para realizar la ordenación. De ahí que ese sea el tema en el que nos centraremos fundamentalmente; sin embargo, el mismo se va a contextualizar brevemente en el más general de la repercusión de la fiducia en el régimen de la legítima estricta del Código Civil.

II. FIDUCIA Y LEGÍTIMA ESTRICTA. EN PARTICULAR EL TEMA DEL PLAZO.

Como hemos visto, las facultades del fiduciario se pueden proyectar no solo sobre la mejora en sentido estricto sino también sobre el tercio de libre disposición. Habida cuenta de ello, que debe respetarse la legítima estricta es una conclusión a la que podría llegarse sin ulterior explicitación del legislador. Pero en tal respeto se incide expresamente en el art. 831 CC: en el número 3 del precepto se señala que el cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes; y en el número 4 se consigna que la concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas cuando el favorecido no sea descendiente común.

El respeto a la legítima estricta (como a menudo se hace notar, es la primera vez que esa expresión se consigna en el Código Civil) implica que debe observarse el régimen general de la misma, a no ser, por supuesto, que existan pautas específicas. Y lo cierto es que en el art. 831.3 CC, y para el caso de los descendientes comunes, sí hay reglas específicas: se puede satisfacer con bienes pertenecientes exclusivamente al fiduciario (también, por tanto, con metálico); y se prevé un mecanismo rescisorio respecto de los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado (sobre los interrogantes que se plantean en relación con el ejercicio de esta acción, así como sobre su compatibilidad con la de complemento de legítima ex art. 815 CC, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario”, *cit.*, p. 917).

La misma idea, la de observancia del régimen general, se ha de reiterar en el caso de la legítima de los descendientes comunes. En este caso, además, no hay previsiones particulares respecto a la satisfacción de la misma ni a los mecanismos para su defensa (art. 831.4 CC). Ello amén de que la referencia a “legítimas” y no a “legítima estricta” abra el debate sobre si se les atribuye un derecho a su *parte* (calculada teniendo en cuenta todos los sucesores forzosos) también sobre el tercio de mejora (se trataría así de legítima larga), o si, por el contrario, y a salvo siempre otra disposición por parte del causante, el fiduciario puede emplear la mejora solo en los descendientes comunes que sean legitimarios.

En el régimen general de las legítimas está la interdicción de su sujeción a plazo, interdicción que, según criterio general, se entiende incluida en el art. 813. II CC. De ahí que no quepan aplazamientos no previstos normativamente para las atribuciones en su pago. La propia fiducia supone un aplazamiento no ya solo para las atribuciones sino para la designación de sus beneficiarios, pero ello solo se proyecta sobre la mejora (legítima colectiva).

Tiene razón, por tanto, el Tribunal Supremo cuando, confirmando la sentencia de apelación (otro había sido el criterio de la primera instancia), razona que la

imposibilidad de aplazar el pago de la legítima estricta se deriva de su régimen general, no alterado a este respecto por ninguna disposición del art. 831 CC. Obvia, sin embargo, el Alto Tribunal algo en lo que sí se incide la sentencia de la Audiencia Provincial, y es que en el propio art. 831.3 CC vendría a expresarse que el respeto a la legítima estricta requiere su satisfacción: *se entenderán respetadas las ...legítimas cuando...resulten suficientemente satisfechas...* Aunque la preterición de semejante argumento, más que un olvido, parece una desestimación del mismo, pues en la sentencia se viene señalar que la cuestión del plazo resulta debatida debido a que el art. 831.3 CC no se pronuncia al respecto (en el mismo sentido, CÁMARA LAPUENTE, S.: "Comentario", cit., pp. 917 y 918); de forma, se dice, que el silencio de la norma favorece diversas interpretaciones acerca del momento del pago de la legítima estricta de los descendientes comunes.

Se infiera del régimen general o se pueda inferir también del propio precepto, no puede, por tanto, someterse el pago de la legítima estricta al plazo para el ejercicio de la fiducia. Para ello haría falta una norma que así lo posibilitara; de cobertura expresa por la norma habla el Tribunal Supremo. Pero ¿sería procedente tal norma? En mi opinión, y como se razonará a continuación, en el actual contexto legitimario del Código Civil la misma sería absolutamente desacertada.

La extensión en el tiempo de la ordenación y el consiguiente aplazamiento de las atribuciones sucesorias solo tiene sentido si hay margen de decisión en aspectos de la institución tales como quién o quiénes van a ser sucesores y en cuánto lo serán. En la legítima estricta no hay ese margen, de manera que no parece haber razón para que el ordenamiento jurídico permita someter su satisfacción al aplazamiento que conlleva la fiducia. Tampoco, aunque el fiduciario tenga, como en el art. 831 CC y respecto a los descendientes comunes, la posibilidad de decidir si paga con medios del caudal, de la sociedad de gananciales no liquidada o con medios propios; posibilidad que ni siquiera tiene en el caso de que los descendientes legitimarios no sean comunes.

La conclusión que se apunta con base en las anteriores consideraciones podría, todo lo más, ser objeto de revisión en el supuesto en el que al fiduciario se le atribuyera un usufructo universal cuyas consecuencias debiera soportar quien tiene derecho a una legítima individual. Pero esto no es lo que ocurre en el sistema del Código Civil, porque precisamente una cautela Socini con atribución al cónyuge del usufructo universal habiendo descendientes, supone que quien tenga derecho a legítima estricta puede elegir entre recibir más con gravamen o exigir la satisfacción de tal legítima limitando a la misma su atribución sucesoria.

No significa lo dicho que un sistema de legítima individual con posibilidad de atribución del usufructo universal al supérstite conduzca para ese caso a someter al plazo de la fiducia las decisiones sobre atribuciones en pago de la legítima

individual. Solo quiere decirse que sería el contexto en el que tendría sentido plantearse la duda sobre la pertinencia de una norma que lo posibilitara.

Desde luego es perfectamente posible conciliar el imperativo de no someter a plazo las atribuciones en pago de legítima individual con el usufructo universal del supérstite. Lo que ocurriría es que el usufructo se proyectaría sobre el objeto de esas atribuciones; aplazado quedaría, por tanto, el disfrute, no la titularidad. Permitir al fiduciario diferir la propia atribución en pago de legítima supone un paso más. Y razones para posibilitarlo pueden encontrarse en el fundamento de la institución; por ejemplo, un mayor margen de maniobra para decidir en función de la idoneidad para ser titular de determinados activos. Aunque es cierto que incluso semejante argumento puede perder contundencia en contextos normativos en los que la legítima individual sea reducida.

Tomemos como referencia el Derecho gallego para concretar algo más las reflexiones anteriores. En el mismo se establece tanto una legítima individual a favor de hijos o sus linajes de una cuarta parte del valor del haber hereditario líquido (art. 243 LDCG) como la posibilidad de atribuir el usufructo universal al supérstite (arts. 228 ss. LDCG); e igualmente se regula lo que se denomina testamento por comisario (arts. 196 ss. LDCG) con unos perfiles que corresponden al género de la fiducia sucesoria que venimos analizando (*vid.* CARBALLO FIDALGO, M.: “La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales: especial consideración al testamento por comisario gallego”, *Actualidad Civil*, núm. 12, 2005, pp. 1413-1439). En esa regulación se incide expresamente en que el comisario debe respetar las legítimas (art. 198 LDCG); por su parte, y en sede de legítimas, se contiene la habitual previsión de que, dejando a salvo el usufructo del cónyuge viudo (o de la pareja supérstite: Disposición adicional tercera LDCG), no podrán imponerse sobre la legítima cargas, condiciones, modos, términos, fideicomisos o gravámenes de ninguna clase (art. 241 LDCG).

En lo descrito, concurren las circunstancias que señalábamos como necesarias para valorar si normativamente se debiera permitir someter la atribución en pago de la legítima al plazo de la fiducia. Resulta, sin embargo, muy dudoso que ello se esté posibilitando en el Derecho gallego. Es cierto que precisamente es el supuesto del usufructo universal a favor del supérstite el que se invoca como excepción a la imposibilidad de establecer plazos o gravámenes sobre la legítima. Pero semejante excepción seguramente debe circunscribirse a lo que implica el usufructo como derecho sobre cosa ajena: retrasar durante su vigencia el disfrute sobre el bien del titular del mismo; no la determinación de con qué bienes se satisfará la legítima. Si esta interpretación es la correcta, se trataría de un ejemplo de cómo, aun concurrendo las circunstancias que podrían justificar un aplazamiento de las atribuciones en pago de la legítima individual, tal aplazamiento no se produce.

Si no lo es, estaríamos ante una muestra de ese aplazamiento en el contexto (asignación al supérstite del usufructo universal) que lo puede justificar.

EL EFECTO IRREVERSIBLE DEL TIEMPO EN EL DESARROLLO
DEL MENOR Y LA ADOPCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA
COMPARTIDA. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA, NÚM.
124/2019, DE 26 DE FEBRERO (RJ 2019, 631)

*THE IRREVERSIBLE EFFECT OF TIME IN THE DEVELOPMENT OF THE
MINOR AND THE ADOPTION OF THE SHARED GUARD AND CUSTODY.
COMMENT TO THE STS OF SPAIN, NO. 124/2019, OF FEBRERY 26 (RJ
2019, 631)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 512-525



Esther
ALBA FERRÉ

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de noviembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: La Sentencia comentada concede la custodia compartida a un progenitor no custodio que había solicitado la modificación de las medidas de divorcio, atendiendo a la edad del menor cuando se firmó el convenio y a la flexibilidad por los progenitores del sistema inicialmente pactado. El Tribunal Supremo resalta el efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor como cambio cierto y la necesidad de evitar petrificar la situación del hijo.

PALABRAS CLAVE: Edad del menor; efecto irreversible del tiempo; cambio de circunstancias; guarda y custodia compartida; modificación de medidas.

ABSTRACT: *The commented Judgment grants shared custody to a non-custodial parent who had applied for the amendment of the divorce measures, taking into account the age of the child when the agreement was signed and the flexibility by the parents of the system initially agreed. The Supreme Court highlights the irreversible effect of time on the development of the child as a certain change and the need to avoid petrifying the situation of the child.*

KEY WORDS: Age of the child, irreversible effect of time; change of circumstances Custody and shared custody; modification of measures.

SUMARIO.- I. MARCO DE ESTUDIO: LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.- II. LAS NUEVAS NECESIDADES DE LOS HIJOS O EL CAMBIO DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN UN PROCESO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS.- III. EL EFECTO IRREVERSIBLE DEL TIEMPO COMO CAMBIO CIERTO.

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de Primera Instancia n.º 25 dictó sentencia de divorcio con fecha de 7 de octubre de 2010 aprobando el convenio regulador suscrito por D. Felicísimo y Dña. Virtudes, atribuyendo la custodia materna al hijo común nacido en ese mismo año.

El progenitor no custodio interpuso una demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio contra Dña. Virtudes, interesando la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida respecto del hijo común por periodos alternativos de una semana por considerar que este sistema es el más adecuado para el buen desarrollo, educación y equilibrio emocional del hijo. Esta solicitud llevó implícita sustituir el pago de la pensión de alimentos a cargo del padre por una obligación asumida por cada progenitor de mantener al menor durante el tiempo que conviva con él, además de satisfacer por mitad los gastos ordinarios, así como los gastos extraordinarios.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid dictó sentencia el 31 de enero de 2016 estimando parcialmente la demanda, estableciendo el ejercicio de un sistema de custodia compartida semanal, al considerar, a la vista de lo probado, que es lo más ajustado y beneficioso para el menor, y atendiendo a las circunstancias concurrentes, edad del menor, habilidades y aptitudes de los padres. En relación con la pensión alimenticia establece una diferenciación entre los gastos asumidos por ambos y los que deberán continuar asumiendo el padre. La sentencia explica que ambos reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de responsabilidades parentales y que la madre alega lo perjudicial que sería para el menor un cambio de custodia, sin dar argumentos que justifiquen el rechazo.

• Esther Alba Ferré

Actualmente profesora de Derecho Civil en el Grado en Derecho y en el Máster Universitario en Abogacía de la Universidad Europea de Madrid, Doctora en Derecho (2005) y Licenciada en Derecho (1992) por la Universidad San Pablo-CEU. Ha desarrollado diversas labores de gestión e innovación docente en la Universidad Europea de Madrid. Las principales líneas de investigación son el nuevo Derecho de Familia, los retos de la persona y el Derecho contractual europeo. Correo electrónico: estheralba@universidadeuropea.es.

Contra la anterior sentencia la representación procesal de la esposa interpuso recurso de apelación. La sentencia dictada con fecha 9 de abril de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24ª) estimó el recurso de apelación, revocando la resolución en el sentido de dejarla sin efecto alguno y mantener inalterada la vigencia de la sentencia de divorcio de 7 de octubre de 2010, donde se había acordado la custodia materna. Considera la sala de apelación que no se ha producido ni el acreditado cambio "sustancial" o importante de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en el momento en que se establecieron las medidas definitivas por acuerdo entre las partes. Destacando que es normal el transcurso del tiempo y los cambios del menor, pero que no son los que se exigen para operar la modificación de medidas. Se expone que se han ampliado las visitas por consenso de ambas partes y que la solicitud de la custodia compartida implica reconocer que la madre lo hace bien y que no debe convertirse este proceso en un castigo al buen hacer de Dña. Virtudes.

Finalmente, la representación procesal de D. Felicísimo presentó un recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Los motivos en base a los cuales se formuló el recurso de casación son: por infracción del art. 90.3 CC pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera y por infracción del art. 92.3 y 91 *in fine* CC, art. 775 LEC y 14 CE, el principio del *favor filii*, el art. 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, art. 39 CE, arts. 2 L.O. núm. 1/1996.

La sala dictó auto el 10 de octubre de 2018 admitiendo el recurso de casación interpuesto. La representación procesal de Dña. Virtudes formalizó escrito de oposición al recurso, alegando, en esencia, la ausencia de un cambio sustancial de circunstancias. El Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia que se comenta, estimó el recurso interpuesto por D. Felicísimo y casó la Sentencia recurrida, con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de Primera de Instancia, confirmando el régimen de custodia compartida.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La Sentencia analizada trata fundamentalmente de la posibilidad de modificar las medidas definitivas adoptadas en un proceso de divorcio y por lo tanto, de la aplicación del art. 90.3 CC que establece "Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente podrán ser modificadas por los cónyuges judicialmente o por un nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges".

El objeto principal del litigio es determinar si se han dado las nuevas necesidades del hijo o el cambio de las circunstancias por las que se pueda acordar la modificación de medidas definitivas, esto, la guarda y custodia compartida, en sustitución de la custodia materna acordada por ambas partes inicialmente. Fundamentalmente, esta Sentencia valora los cambios provocados por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta la edad del menor al adoptar el convenio y el tiempo transcurrido, tratando de evitar que la situación del menor se petrifique.

Esta Sentencia se caracteriza por resumir las sentencias de la Sala más importantes en relación con el efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor y la adopción de la guarda y custodia compartida y poner de manifiesto la contradicción de la sentencia recurrida con la doctrina del Tribunal Supremo. En concreta hace referencia expresa, siguiendo el orden en que aparecen en la sentencia, a la STS núm. 529/2017, de 27 de septiembre (RJ 2017, 4111); la STS núm. 346/2016, de 24 de mayo (RJ 2016, 2284); la STS núm. 5218/2015, de 17 de noviembre (RJ 2015, 5392); la STS núm. 162/2016, de 16 de marzo (RJ 2016, 1137), y la STS núm. 182/2018, de 4 de abril (RJ 2018, 1182).

El Tribunal Supremo recoge la postura jurisprudencial que da preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio “sustancial”, pero si cierto.

Esta sentencia recuerda que debe existir una causa justificada y seria que permite acordar la guarda y custodia compartida por cambio de las circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos. Considera las causas justificadas y serias pueden estar motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo (en este caso en 2010).

Partiendo del interés del menor, se declara producido el cambio de circunstancias por la edad del menor de un solo año al pactar el convenio regulador y porque los propios progenitores habrían flexibilizado en este tiempo el sistema inicialmente pactado. El Tribunal resalta que en el tiempo que se firmó el convenio era un régimen de custodia ciertamente incierto y que no se puede petrificar la situación del menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido.

El Tribunal Supremo insiste en que el transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida, porque de mantenerlo la Sentencia petrificaría la situación del menor de un año en esos momentos con el único argumento de que está adaptado al entorno materno, sin razonar el tiempo sobre

el cual sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar, la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo. Termina recordando la necesidad de valorar el interés del menor según los criterios y elementos generales establecidos en la Ley Orgánica núm. 8/2015, de 22 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia (publicada en BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015), entre los que se encuentra el efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor.

Por todo ello, el Tribunal Supremo acepta la pretensión del progenitor no custodio otorgando la custodia compartida.

COMENTARIO

I. MARCO DE ESTUDIO: LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

Ante las crisis matrimoniales nuestro Código Civil tras la reforma producida por la Ley núm. 15/2005 de 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (publicada en BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005), sigue dando preferencia a la custodia a favor de uno solo de los progenitores, relegando a un segundo plano la custodia compartida o conjunta cuando se den unos determinados requisitos. Así el art. 92.5 CC exige un acuerdo de ambos padres para que sigan compartiendo la custodia de los hijos tras la nulidad, separación o divorcio siempre que no perjudique el interés del menor, y sólo excepcionalmente (art. 92.8 CC), el Juez, a instancia de una de las partes (nunca de oficio), con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida, fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. El Tribunal Constitucional en STS núm. 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185), suprime la exigencia previa del carácter favorable del informe del Ministerio Fiscal para la adopción judicial de la custodia compartida.

Sorprende que durante el matrimonio los cónyuges tienen deber de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de sus hijos según lo que dispone el art. 68 CC y, sin embargo, ante la crisis matrimonial ese deber sólo existe si hay acuerdo de los cónyuges o excepcionalmente lo acuerdo el Juez a instancia de parte y no de oficio. Esto lleva a considerar por parte de la doctrina que la norma ha quedado realmente corta y debería establecer la custodia compartida por defecto en todos los casos.

A partir de la STS núm. 623/2009, de 8 de octubre (RJ 2009, 4606), se vino consolidando la jurisprudencia que defendía una interpretación extensiva de esta

excepcionalidad y que fijaba los presupuestos que deben ser exigidos para la adopción del régimen de custodia compartida, ya haciendo mención al efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor:

Será el Tribunal Supremo en STS núm. 257/2013, de 29 de abril (RJ 2013, 3269), cuando declaró la necesidad de que concurrieran los siguientes criterios para la interpretación del art. 92.5, 6 y 7 CC: la práctica anterior de los progenitores en las relaciones con el menor y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y el resultado de los informes exigidos legalmente, y en definitiva cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada. Esta sentencia señaló que la custodia compartida debería considerarse “normal e incluso deseable, porque 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 este mismo sentido, la STS núm. 4/2018, de 10 de enero (RJ 2018, 61), y la STS núm. 215/2015 de 5 de abril (RJ 2019, 1791), que con remisión a la STS núm. 200/2014, de 25 de abril (RJ 2014, 2651), y a la STS núm. 115/2016, de 1 de marzo (RJ 2016, 736), de este mismo Tribunal, abogan por la custodia compartida como sistema normal e incluso deseable, no excepcional, llegando a calificarlo de preferente de la relación familiar en los supuestos de ruptura, incluso de ideal “porque 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”.

Ya la STS núm. 5218/2015 de 17 de noviembre (RJ 2015, 5392), alaba la fórmula de la custodia compartida argumentando que con ella:

- se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia,
- se evita el sentimiento de pérdida,
- no se cuestiona la idoneidad de los progenitores
- y se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

No sólo se ha producido una modificación de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo favorable a la custodia compartida, sino que también la legislación autonómica de Aragón, Comunidad Valenciana, Cataluña y Navarra, País Vasco y Baleares ha corregido la excepcionalidad de esta custodia convirtiéndola en la opción preferente.

El Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y de otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia de 10 de abril de 2014 parece que quiso acabar con la excepcionalidad dotando al régimen de guarda y custodia compartida de la normalidad que hoy reviste la custodia a favor de alguno de los dos progenitores. Sin embargo, este Anteproyecto de ley no ha sido aprobado y se ha perdido la posibilidad de modificar nuestro Código civil que sigue considerando la custodia compartida como excepcional a falta de acuerdo.

Realmente lo que está en juego y prima en cada caso concreto es el interés superior del menor, como precisa la STS núm. 495/2013, de 19 de julio (RJ 2013, 5002). Este interés debe ser concreto e individualizado de un menor con nombres 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. Así, se intenta aproximar este régimen al modelo de convivencia existente ante de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y participen en igual condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos según indica la STS núm. 368/2014 de 2 de julio (RJ 2014, 4250). Se observa ya la importancia del tiempo en el desarrollo del menor y en la determinación de su interés.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, publicada en el BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, en su art. 1 dedicado a la modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha concretado en el nuevo art. 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) el concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor, fijando los criterios generales ya determinados por el Tribunal Supremo.

El art. 2 establece "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. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

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”.

Además de fijar estos criterios, la novedad es que los hace ponderar con una serie de elementos generales, establecidos en el apartado 3 de este artículo, como la edad y madurez del menor; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación, el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten, la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales y aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

La STS núm. 172/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 847), califica a este concepto de interés superior del menor como un “canon hermenéutico” extrapolable como tal a hechos anteriores a la fecha de su redacción.

De todos estos elementos establecidos en el nuevo art. 2 LOPJM nos interesa analizar “el efecto irreversible del tiempo” (art. 2.3 c) en el desarrollo del menor;

que deberá ser interpretado con otro de los elementos que es “la preparación del tránsito a la edad adulta o independiente” (art. 2.3 e), lo que conllevará en muchos procesos a la solicitud de modificación de medidas adoptadas en una sentencia de divorcio, incluso las acordadas por ambos progenitores en el convenio regulador. Por ello, analizaremos en primer lugar cuál es la regulación actual existente en esta materia, para luego resumir, como lo hace la sentencia objeto de análisis, la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el efecto del tiempo en el desarrollo del menor.

II. LAS NUEVAS NECESIDADES DE LOS HIJOS O CAMBIO DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN UN PROCESO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS.

Las medidas que se adoptan en cada sentencia de divorcio sobre cuestiones como la guarda y custodia de los hijos, las obligaciones económicas de los excónyuges o el derecho de uso de la vivienda familiar corresponden a un momento determinado y difícil en el que se encuentra la familia. Estas medidas son adoptadas ante una ruptura matrimonial o incluso acordadas por ambos cónyuges en el convenio regulador del divorcio. Sin embargo, no son medidas definitivas a lo largo de la vida de la familia ahora separada y esto es lo que hace que sea un procedimiento de los más complicados porque se debe justificar los cambios. Las necesidades de los hijos no son las mismas y tampoco lo tienen que ser las situaciones personales y laborales de los padres, que han podido prosperar o no en su puesto de trabajo, volver a casarse, tener nuevos hijos o trasladarse de residencia.

El Código civil en su art. 90.3 establece que las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges, lo que está corroborado por el art. 91 CC en su último apartado.

Esta solicitud de modificación de medidas está prevista en el art. 775 LEC cuando dispone que “... los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por ellos o las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”.

Existen una serie de límites o requisitos que deben darse según la STS núm. 508/2011, de 27 de junio (RJ 2011, 4890), para estimar la solicitud de modificación de medidas:

a) Que haya existido y así se acredite, una modificación o alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción.

b) Que dicha modificación o alteración sea sustancial, de tal importancia que haga suponer que, de haber existido tales circunstancias al momento de la separación o el divorcio, se habría adoptado medidas distintas, al menos en su cuantía si se trata de prestaciones económicas.

c) Que tal alteración no sea esporádica o transitoria, sino que presente caracteres de estabilidad o permanencia.

d) Que la referida modificación o alteración no haya sido provocada o buscada voluntariamente o de propósito para obtener una modificación de las medidas ya adoptadas y sustituirlas por otras que resulten más beneficiosas para el solicitante.

El problema fundamental es la interpretación que se debe dar a que se produzca una alteración sustancial que justifique el cambio de las medidas. A primera vista se podría considerar que la sustancialidad de estos cambios se produce sólo ante circunstancias excepcionales, negativas y graves. Esta gravedad debe entenderse como importante en función de la configuración inicial de las prestaciones a equilibrar y no sólo derivada de variaciones extraordinarias e insólitas realizadas por alguno de los progenitores. Por lo tanto, la modificación de medidas puede que resulte adecuada sin que exista problema alguno, sino simplemente porque éstas repercuten positivamente en los menores y así la resolución que les afecta se adapta a la nueva realidad.

Las primeras medidas que se adoptan, incluso en un convenio regulador, se establecen atendiendo a la edad de los hijos en ese contexto, pero el tiempo pasó y con él las necesidades afectivas, económicas y de relación con los menores. Por eso el transcurso del tiempo puede y debe aducirse como argumento de la modificación de medidas.

III. EFECTO IRREVERSIBLE DEL TIEMPO EN EL DESARROLLO DEL MENOR COMO UN CAMBIO CIERTO.

El progenitor no custodio ya reasentado ante la nueva situación familiar, con los hijos crecidos y en interés de éstos puede instar una modificación de medidas para solicitar un régimen de guarda y custodia compartida que reequilibre la relación de los menores con ambos progenitores.

El Comité de Derecho del Niño en la Observación General núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en el punto 84, a la hora de buscar un equilibrio entre los elementos de la evaluación del interés del menor, pone de manifiesto que hay que tener presente que sus capacidades evolucionan y que "... los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia,

en lugar de adoptar medidas definitivas e irreversibles". Recomendando evaluar no sólo "... las necesidades físicas, emocionales, educativas y de otra índole en el momento concreto de la decisión, sino que también se tenga en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y analizarlas a corto y largo plazo". Considera clave que "... las decisiones deberán evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño".

Por ello, será necesario revisar las medidas de protección no permanente adoptadas con los menores de tres años cada tres meses y respecto a mayores de edad se revisarán cada seis meses (art. 12.5 LOPJM).

Para contestar a la pregunta ¿Las nuevas necesidades de los hijos tienen carácter de cambio sustancial de las circunstancias?, nos ayuda el Tribunal Supremo que en STS núm. 346/2016, de 24 de mayo (RJ 2016, 2284), cuando considera que hay que dar preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia y así declara que la redacción del art. 90.3 CC "... viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio «sustancial», pero sí cierto". Siendo la sentencia más reciente que hace referencia a esa certeza del cambio la STS núm. 211/2019, de 5 de abril (RJ 2019, 1866), que insiste en que "no es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial, sino que sea cierto e instrumentalmente dirigido al interés del menor".

A la hora de valorar si se ha producido un cambio de circunstancias, el Tribunal Supremo no se ha negado a acordar la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, como en el caso analizado. La STS núm. 390/2015, de 26 de junio (RJ 2015, 2658), indica que "El hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en el convenio no es especialmente significativo para impedirlo, lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo de los hijos y deja sin valorar el mejor interés de la menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual... La sentencia petrifica la situación del menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido".

Además, para que se lleve a cabo ese cambio requiere la existencia de unas causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo añadiendo que no se puede petrificar la situación del menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido, siguiendo la STS núm. 162/2016, de 16 de marzo (RJ 2016, 1137). En este sentido, la STS núm. 5218/2015, de 17 de noviembre

(RJ 2015, 5392), declara que, partiendo del interés del menor, se ha producido un cambio de circunstancias por la edad que tiene el menor cuando se pactó el convenio regulador y la que tiene en la actualidad, y por el hecho de que los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado.

La valoración del transcurso del tiempo en el desarrollo del menor se debe tener presente para evitar que la situación del menor se vea petrificada con el único argumento de la estabilidad que tiene bajo la custodia exclusiva de la madre, “sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el efecto irreversible que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior” [STS núm. 182/2018, de 4 de abril (RJ 2018, 1182)].

La STS núm. 647/2019, de 26 de febrero (RJ 2019, 631), objeto de análisis, tras la aplicación de la anterior doctrina, concluye resaltando que “El transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida”.

Podríamos resaltar que la importancia de tener en cuenta el efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor también debe ser relacionada con la necesidad de agilizar y clarificar los tramites evitando dilaciones innecesarias en los procesos de toma de decisiones que pueden tener un carácter adverso para en el desarrollo del menor. La STS núm. 3527/2018, de 17 de octubre (RJ 2018, 4473), alaba la denegación de la práctica de la prueba psicosocial porque ello habría dilatado mucho el procedimiento, perjudicando al menor, “sin valorar el irreversible efecto que en estos momentos tiene el transcurso del tiempo en su desarrollo por la dilación que conlleva su práctica en un sistema carente de los medios necesarios para ofrecer una rápida solución de la controversia, y ello en nada resulta beneficioso para este interés”.

A modo de conclusión, se puede destacar que la sentencia analizada resume la doctrina jurisprudencial existente en todo procedimiento de modificación de medidas cuando al valorar el interés del menor se debe tener presente el elemento general conocido como “el efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor”, establecido en el art. 2.3 c) LOPJM. El crecimiento de los niños debe ser considerado como un cambio cierto y una causa que justifique que las medidas adoptadas en su momento, incluso cuando fueron acordadas en un convenio regulador, deben cambiarse atendiendo a su edad actual y adecuarse las nuevas necesidades de los menores que crecen y evolucionan hasta que adquieran la edad adulta y con ello, la autonomía suficiente. Ya no sólo se modificarán las medidas adoptadas para determinar la concesión o no de la custodia compartida cuando se

produzca un cambio sustancial o negativo de las circunstancias. La jurisprudencia actual del Tribunal Supremo ha valorado la existencia de un cambio cierto derivado del mero transcurso del tiempo y del propio crecimiento del menor para adoptar medidas que se ajusten a su nueva realidad.

LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD AL PROGENITOR
NO CUSTODIO COMO CONSECUENCIA DE LA DESATENCIÓN
ECONÓMICA Y PERSONAL HACIA SU HIJO MENOR.
COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA, NÚM. 291/2019, DE 23 DE
MAYO (RJ 2019, 1975)*

*THE DEPRIVATION OF PARENTAL AUTHORITY TO THE NON-
CUSTODIAL PARENT AS A CONSEQUENCE OF ECONOMIC AND
PERSONAL NEGLECT TOWARDS HIS OR HER MINOR CHILD. COMMENT
ON SPANISH STS NO. 291/2019, OF MAY 23 (RJ 2019, 1866)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 526-541

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y en el Proyecto de Investigación MINECO: DER2016-75342-R "Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores", IIPP Sofía De Salas Murillo/M^a Victoria Mayor del Hoyo.



Javier
MARTÍNEZ
CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de noviembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: PEI hecho de que no exista comunicación alguna entre el menor y el progenitor no custodio durante un periodo prolongado de tiempo y que, además, este no abone puntual y voluntariamente las pensiones alimenticias establecidas en favor de su hijo sin causa justificada, supone un incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones inherentes a la patria potestad. Ello provoca que quede afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio del menor, la pérdida de la patria potestad por parte del progenitor incumplidor.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad; privación; alimentos; derecho de visitas; incumplimiento; menores.

ABSTRACT: *The fact that there is no communication between the minor child and the non-custodial parent for a prolonged period of time and that, furthermore, the parent does not pay punctually and voluntarily the support payments established in favor of his or her child without just cause, is a serious and repeated violation of the obligations inherent to parental authority. This causes the parent-child relationship to be seriously affected and justifies, for the benefit of the child, the loss of parental authority on the part of the non-compliant parent.*

KEY WORDS: *Parental authority; deprivation; support; visiting rights; non-compliance; minor children.*

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. COMENTARIO: I. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS A LOS HIJOS MENORES EN SUPUESTOS DE FALTA DE CONVIVENCIA DE LOS PROGENITORES.- II. LA OBLIGACIÓN DEL PROGENITOR NO CUSTODIO DE RELACIONARSE CON SUS HIJOS MENORES.- III. POSIBLES CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PERSONALES Y ECONÓMICAS CON EL MENOR.- IV. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PERSONALES Y ECONÓMICAS COMO PRESUPUESTO PARA LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

SUPUESTO DE HECHO

Dña. Juana interpuso demanda contra su expareja sentimental, D. Paulino, en la que solicitaba que fuera privado de la patria potestad que ostentaba sobre el hijo menor de ambos, Vitorino, ante el incumplimiento de sus obligaciones económicas y personales respecto del mismo. D. Paulino, por su parte, se opuso a las pretensiones de Dña. Juana, negando la dejación de sus deberes como padre. Alegó que era transportista, lo que le dificultaba el cumplimiento del régimen de visitas en la forma acordada, siendo además que la madre obstaculizaba el mismo; y que, pese a que le afectó la crisis económica, en la medida de sus posibilidades había hecho frente al pago de la pensión de alimentos establecida en favor de su hijo.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 5 de Santander dictó Sentencia con fecha 20 de febrero de 2017 por la que desestimó la demanda interpuesta por Dña. Juana y mantuvo a D. Paulino en la titularidad y ejercicio de la patria potestad sobre Vitorino, acordando un régimen de visitas progresivo que se llevaría a cabo en los Puntos de Encuentro Familiar de Santander.

Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Dña Juana, que fue estimado por la Sección 2ª Audiencia Provincial de Santander en su Sentencia de fecha 8 de mayo de 2018, revocando la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 5 de Santander, para acordar la privación de la patria potestad que D. Paulino ostentaba sobre

• Javier Martínez Calvo

Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Profesor de Derecho Civil en la Universidad San Jorge. Su labor investigadora se desarrolla en el seno del Grupo Consolidado de Investigación *Ius Familiae* y del Proyecto de Investigación "Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores". Sus líneas de investigación principales son: derecho de la persona, filiación, derecho de familia, mediación familiar y protección de menores y discapacitados. Correo electrónico: jjaviermartínezcalvo@gmail.es.

Vitorino. La Audiencia motivó la privación de la patria potestad sobre la base de la desatención personal y económica de D. Paulino hacia su hijo.

En relación a la desatención personal, consideró que la falta de comunicación con el menor desde 2009 supone de por sí un gravísimo incumplimiento de sus obligaciones como padre, lo que justificaría la privación de la patria potestad solicitada. Consideró que D. Paulino no había probado que ese comportamiento no fuera voluntario, pues, aunque alegaba denuncias de la madre del menor para dificultar el trato, no se encontraron indicios de dichas denuncias. Además, reparó en el hecho de que no constaba ninguna actuación del padre para aproximarse al menor, lo que le llevo a concluir que el alejamiento de D. Paulino respecto de su hijo menor Vitorino fue voluntario y libre.

Respecto a la desatención económica, tuvo en cuenta que, entre junio de 2007 y mayo de 2012, D. Paulino no contribuyó en absoluto a la alimentación de su hijo, y, desde entonces hasta diciembre de 2013, lo hizo de manera irregular, pagando menos cantidad de la acordada. Aunque desde enero de 2014 el cumplimiento se regularizó en lo esencial, destacó que los pagos efectuados no se hicieron conforme a lo dispuesto en las resoluciones judiciales.

Contra la expresada Sentencia interpuso recurso de casación la representación de D. Paulino, alegando dos motivos:

El primero de ellos se basa en la oposición de la Sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por incorrecta interpretación de lo dispuesto en el art. 170.1 del Código Civil en relación con el art. 154.2 del mismo cuerpo legal, con desconocimiento de la doctrina legal establecida por el alto Tribunal en las Sentencias de 12 de julio de 2004¹ y de 10 de febrero de 2012², conforme a la cual, el incumplimiento por parte del progenitor custodio de sus obligaciones para con su hijo no es motivo suficiente para privarle de la patria potestad, al ser esa privación una sanción que ha de ser interpretada de forma restrictiva.

El segundo motivo se basa en la infracción del art. 39.2 y 3 de la Constitución, en relación con los arts. 3.1 y 8.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconocen expresamente el derecho de todo niño a mantener el contacto con su padre y su madre; así como con el art. 2.1 de la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia, por considerar que la Sentencia recurrida no primó en su decisión el interés superior del menor.

¹ Vid. 12 julio 2004 (RJ 2004, 4371).

² Vid. STS 10 febrero 2012 (RJ 2012, 2041).

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de mayo de 2019³, desestimó el recurso interpuesto por D. Paulino y confirmó la Sentencia dictada por Audiencia Provincial de Santander. Los argumentos que utilizó el Tribunal Supremo son los que se recogen en el siguiente apartado.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El objeto principal del litigio consiste en determinar si la desatención económica y personal hacia su hijo menor por parte del progenitor no custodio constituye o no una causa para acordar la privación de la patria potestad.

En la Sentencia de 23 de mayo de 2019⁴, objeto de este comentario, el Tribunal Supremo comienza recordando su doctrina respecto a la privación de la patria potestad, que exige que los incumplimientos de los progenitores sean graves, reiterados⁵ e incluso peligrosos para el hijo menor⁶; y que dicha privación sea la medida más beneficiosa para este⁷.

En el supuesto enjuiciado, considera que el hecho de que no exista comunicación alguna entre el menor y su padre durante un periodo prolongado de tiempo y que, además, este no abone puntual y voluntariamente las pensiones alimenticias establecidas en favor del niño sin causa justificada, supone un incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones inherentes a la patria potestad. Ello provoca que quede afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio del menor, la pérdida de la patria potestad por parte del progenitor incumplidor.

COMENTARIO

I. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS A LOS HIJOS MENORES EN SUPUESTOS DE FALTA DE CONVIVENCIA DE LOS PROGENITORES.

Dispone el art. 39.3 de nuestra Carta Magna que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. Como concreción de dicho principio constitucional, en lo que se refiere a la asistencia patrimonial, el art. 154.3.I del Código Civil incluye entre los deberes inherentes a la patria potestad el de alimentar a los hijos. No obstante, la obligación de prestar alimentos a los hijos menores no nace de la patria potestad, sino del hecho

3 Vid. STS 23 mayo 2019 (RJ 2019, 1975).

4 Vid. STS 23 mayo 2019 (RJ 2019, 1975).

5 Vid. STS 9 noviembre 2015 (RJ 2015, 5157).

6 Vid. STS 6 junio 2014 (RJ 2014, 2844).

7 Vid. STS 9 noviembre 2015 (RJ 2015, 5157).

de la filiación⁸. Tanto es así, que los arts. 110 y 111.4 del Código Civil prevén expresamente que el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, están obligados a prestar alimentos a sus hijos menores.

Cuando los hijos conviven con ambos progenitores, la obligación de alimentarlos se cumple a través de su contribución al levantamiento de las cargas familiares⁹. El problema surge cuando los progenitores no conviven. Al respecto, el art. 92.1 del Código Civil establece que la ruptura de la convivencia no exime a los padres de sus obligaciones para con sus hijos, por lo que resulta necesario determinar la forma en la que cada uno de los progenitores contribuirá a partir de ese momento a la manutención de los hijos menores. Esta cuestión ha sido prevista por los arts. 90.1 d), 93 y 103.3 del Código Civil. También los ordenamientos autonómicos que han entrado a regular en materia de guarda y custodia se han preocupado de recoger la cuestión de los alimentos de los menores¹⁰.

En los supuestos en los que se establece un régimen de guarda y custodia exclusiva, lo habitual será que el progenitor custodio contribuya al mantenimiento de sus hijos menores satisfaciendo los gastos que conlleva tener a los hijos en su casa y en su compañía¹¹ y que el no custodio deba hacerlo a través del pago de una pensión de alimentos¹², tal y como sucede en el caso enjuiciado por la Sentencia objeto de este comentario.

- 8 Vid. BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La reducción de la pensión de alimentos por alteración sustancial de las circunstancias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 742, 2014, p. 621; MECO TEBAR, F.: "La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 175; y TENA PIAZUELO, I.: *La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda: doctrina y jurisprudencia*, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, p. 60.
- 9 Vid. MARTÍN AZCANO, E. M.: "La pensión alimenticia a favor de los hijos menores y la atribución del uso de la vivienda en los procesos de divorcio", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 1, 2014, p. 75.
- 10 Vid. arts. 77.2 d) y 82 CDFA, arts. 233-1.1 d), 233-2.2 b), 233-4.1 y 233-10.3 Cc.Cat. y arts. 5.2 b) y 10 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: arts. 3 e) y f), 4.2 d) y 7 de la anulada Ley valenciana 5/2011.
- 11 Vid. STSJ Aragón 30 septiembre 2013 (RJ 2014, 1186) y SAP Albacete 15 enero 2018 (JUR 2018, 51514). Vid. también: SERRANO GARCÍA, J. A.: "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados, en particular en la custodia compartida", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 35, 2014, p. 54; BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La reducción de la pensión de alimentos", cit., p. 623; y SOLÉ RESINA, J.: "La guarda y custodia tras la ruptura", en AA.VV.: *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres* (dir. por GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. y SOLÉ RESINA, J.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, 2015, p. 139.
- 12 Vid. LÓPEZ ORDINALES, J. J.: "Custodia compartida. Cuestiones procesales", en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dir. por SARAVIA GONZÁLEZ, A. M. y GARCÍA CRIADO, J. J.), Estudios de Derecho Judicial, 2007, núm. 147, p. 297; SERRANO GARCÍA, J. A.: "La contribución a los gastos de crianza y educación", cit., p. 54; y COSTAS RODAL, L.: "Custodia compartida y prestaciones alimenticias cuando hay desproporción en los ingresos de los progenitores", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016, p. 163.

II. LA OBLIGACIÓN DEL PROGENITOR NO CUSTODIO DE RELACIONARSE CON SUS HIJOS MENORES.

La falta de convivencia de una pareja con hijos, con la consiguiente atribución de la guarda y custodia de los menores a uno de los padres —o a ambos de forma alterna—, exige determinar el modo en el que el progenitor que no conviva con el menor pueda relacionarse con él, pues es la forma de garantizar que queden cubiertas sus necesidades afectivas y educacionales¹³. A este aspecto se le ha conocido tradicionalmente como derecho de visitas. Su base legal se encuentra en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y en el Código Civil. La primera reconoce en su art. 2.2 c) el derecho del menor a que se preserve el mantenimiento de sus relaciones familiares y, en cuanto al Código Civil, regula el derecho de visitas en sus arts. 160.I —que recoge una enunciación general del derecho—, 161 —para los supuestos de acogimiento del menor—¹⁴, y 90.I a), 94.I y 103.I —referidos específicamente a los efectos comunes a los procedimientos derivados de crisis matrimonial—. Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, es habitual establecer una suerte de relación de género a especie entre dichos preceptos: mientras el art. 160.I contiene las reglas generales en cuya virtud el hijo tiene derecho a relacionarse con sus padres, los restantes aparecen más bien como una concreción del anterior¹⁵. Además, todos los ordenamientos autonómicos que han promulgado leyes sobre guarda y custodia se refieren también al derecho de visitas¹⁶.

Se trata de un derecho tanto del menor como del progenitor que no convive con él¹⁷, y su reconocimiento supone una concreción de los principios

13 Vid. DE LA TORRE LASO, J.: “Los puntos de encuentro familiar: un enfoque actual de intervención en situaciones de ruptura familiar”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 16, 2006, p. 68; DOMINGO MONFORTE, J., DE LA FUENTE RUBIO, P., OLIVER AZNAR, G. y UBEDA BAYO, A.: “Derecho de familia: Reglas generales y excepciones”, *Economist & Jurist*, núm. 135, 2009, p. 31; y ESCALONA LARA, J. M.: “La guarda y custodia compartida tras la reforma del art. 92 CC por la Ley 15/2005. Sus consecuencias prácticas”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 1, 2014, p. 64.

14 Sobre el régimen de visitas del menor acogido vid. ampliamente: MARTÍNEZ CALVO, J.: “La regulación de las visitas del menor acogido tras la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015* (dir. por MAYOR DEL HOYO, M. V.), Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 249-266.

15 Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, pp. 203-204.

16 Vid. arts. 59 b), 60, 77.2 a), 79.2 a) y 80.I CDFV, arts. 233-I.1 a), 233-4.I, 233-9.2 y 236-4.I Cc.Cat., y arts. 5.2 a), 3, 9.6 y 11 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: arts. 4.2 a) y 5.4 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

17 El propio Tribunal Constitucional señala en su Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176), que se trata “de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos”. Vid. también: BLANCO CARRASCO, M.: “Los puntos de encuentro familiar y el derecho de los menores a mantener una relación con sus progenitores”, *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 21, 2008, p. 41; DE LA OLIVA VÁZQUEZ, A.: “Derechos y obligaciones del progenitor no custodio para con los hijos: Problemas y alternativas”, en AA.VV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. por GARCÍA GARNICA, M.C.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 255; LATHROP GÓMEZ, F.: “Custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas”, *La Ley*, núm. 7206, tomo 3, 2009, p. 2035; PÉREZ VALLEJO, A. M.: “Régimen de «visitas» del progenitor no custodio, Su incidencia en la relación abuelos-nietos”, en

de coparentalidad y corresponsabilidad parental. De hecho, constituye un presupuesto imprescindible para que el progenitor no conviviente con el menor pueda seguir cumpliendo las obligaciones inherentes a la patria potestad¹⁸ —y, en concreto, las que derivan del ámbito personal de la misma¹⁹—. Más aún, el menor tiene derecho a relacionarse incluso con aquel progenitor que no ejerce la patria potestad —art. 160.I Cc.—²⁰, ya que el derecho de visitas no nace de la patria potestad, sino de la existencia de una relación de filiación²¹.

En realidad, aunque nos refiramos a él como un derecho, lo cierto es que también se configura como un deber²². Además, se trata de un deber de carácter personalísimo, inalienable e imprescriptible²³. También constituye un correlativo deber para el progenitor que convive junto al menor²⁴, que está obligado a permitir —e incluso facilitar²⁵— el correcto desarrollo del mismo²⁶.

Obviamente, el hecho de que nos encontremos también ante un deber, hace que su inobservancia pueda dar lugar a consecuencias jurídicas, tal y como pasamos a ver en el siguiente apartado.

III. POSIBLES CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ECONÓMICAS Y PERSONALES CON EL MENOR.

AA.VV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. por GARCÍA GARNICA, M. C.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 356; y CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “Responsabilidad civil derivada de la obstaculización de las relaciones paterno filiales”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 8, 2015, p. 2.

- 18 Vid. ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, 2016, pp. 118 y ss.
- 19 Téngase en cuenta que la patria potestad engloba tres grandes ámbitos: el personal, el de la administración de los bienes del menor y el relativo a su representación (art. 154.3 Cc.). Pues bien, el derecho de visitas permite que el progenitor que no conviva junto al menor pueda seguir cumpliendo las obligaciones inherentes al ámbito personal de la patria potestad, y en concreto: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- 20 La misma previsión recoge el Código del Derecho Foral de Aragón en su art. 59 b) y el Código Civil de Cataluña en su art. 236-4.1.
- 21 Vid. ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio*, cit., p. 90.
- 22 Vid. SAP Cantabria 3 marzo 2000 (AC 2000, 4659) y SAP Alicante 11 abril 2006 (JUR 2006, 186337). Vid. también: DE MARINO BORREGÓ, R.: “Autólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna en los procesos matrimoniales”, en AA.VV.: *Diez años de abogados de familia*, 1ª ed., La Ley, 2003, p. 254; PÉREZ VALLEJO, A. M.: “Régimen de «visitas»”, cit., p. 356; DOMINGO MONFORTE, J., DE LA FUENTE RUBIO, P., OLIVER AZNAR, G. y UBEDA BAYO, A.: “Derecho de familia”, cit., p. 31; CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “Responsabilidad civil”, cit., p. 2; y ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio*, cit., pp. 60 y 77 y ss.
- 23 Vid. DE MARINO BORREGÓ, R.: “Autólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna”, cit., p. 254; SAN SEGUNDO MANUEL, T.: “El régimen de visitas de los progenitores”, *European Journal of Social Law*, núm. 16, 2012, p. 86; y ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio*, cit., pp. 74 y ss.
- 24 Vid. ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio*, cit., p. 147.
- 25 Vid. MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. L.: “Estudio sobre la obstaculización y privación del derecho de visita por el progenitor que ostenta la guarda del menor, al otro”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, 2013, p. 49.
- 26 El art. 60.2 del Código del Derecho Foral de Aragón llega a señalar expresamente que ninguno de los progenitores puede impedir el derecho del menor a relacionarse con el otro.

A continuación, vamos a ver las consecuencias que puede acarrear para el progenitor no custodio el incumplimiento de sus obligaciones económicas y personales con el menor, advirtiendo de que la adopción de una u otra medida dependerá de diversos factores: la reiteración, la gravedad del incumplimiento, la causa objetiva de dicho incumplimiento, si se trata de un incumplimiento total —por ejemplo, el progenitor no custodio no mantiene ningún tipo de relación con sus hijos menores o no abona cantidad alguna para su manutención— o parcial —retrasos en las recogidas o en las entregas, llevarlas a cabo en otro lugar distinto del establecido, pago de algunas mensualidades de la pensión de alimentos e impago de otras, etc.—²⁷.

Descendiendo ya a las medidas concretas que pueden adoptarse, en caso de incumplimiento por parte de cualquiera los progenitores de su obligación de prestar alimentos a sus hijos menores, el juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del ministerio fiscal, dictará las medidas cautelares que procedan —embargos, garantías, retenciones, etc.²⁸— para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo —art. 158.I.I Cc.—. También se prevé la posibilidad de imponer multas coercitivas —art. 776.I Lec.—. Además, cabe señalar que, para paliar los problemas derivados del incumplimiento de la obligación de alimentos por una de las partes y garantizar que el menor tenga cubiertas sus necesidades, la Disposición adicional única de la Ley 15/2005 previó la creación de un “Fondo de garantía de pensiones”. En cumplimiento de dicha previsión, la Disposición adicional número cincuenta y tres de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, creó el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, cuyo funcionamiento se regula mediante el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos. No obstante, tal y como ha puesto de manifiesto MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, es cuestionable que sirva efectivamente para garantizar el pago de las pensiones alimenticias reconocidas, toda vez que la cuantía máxima de los anticipos es de cien euros mensuales y, además, se exigen unos complejos requisitos para percibirlos²⁹.

Así mismo, el incumplimiento de la obligación de alimentos constituye una causa de desheredación —art. 854.2 Cc.— y también puede dar lugar a un delito de abandono de familia, castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses —art. 227.I CP—. De hecho, en el caso que nos

27 Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “La ejecución forzosa de obligaciones de hacer”, cit., p. 106; LÓPEZ JARA, M.: “La modificación en el proceso de ejecución del régimen de guarda y custodia por incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del régimen de visitas”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 3, 2014, p. 55; y ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio*, cit., p. 253.

28 Vid. CLEMENTE MEORO, M. E.: “Las relaciones paterno-filiales (II)”, en AA.VV.: *Derecho de Familia* —(ed. por MONTÉS PENADES, V. L. y ROCA TRÍAS, E.), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 469.

29 Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Régimen común”, cit., p. 203.

ocupa, D. Paulino había sido condenado previamente por un delito de abandono de familia, precisamente por el impago de la pensión de alimentos establecida en favor de su hijo menor.

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento del régimen de visitas, se trata de una cuestión que no está prevista expresamente en nuestro Código Civil. No obstante, el art. 94.1 del Código Civil sí hace una referencia a la posibilidad de que el régimen de visitas sea excluido, limitado o suspendido por el juez cuando concurren circunstancias que así lo aconsejen o cuando se incumplan grave o reiteradamente los deberes impuestos por este³⁰; y parece razonable entender que entre dichos incumplimientos se incluyen los del propio régimen de visitas.

Así mismo, la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé en su art. 776 la posibilidad de que el régimen de guarda y custodia sea modificado como consecuencia del incumplimiento del régimen de visitas. En realidad, pese a la dicción literal del precepto, que habla de incumplimientos tanto del guardador como del no guardador, se trata de una consecuencia pensada sobre todo para aquellos casos en los que es el progenitor custodio el que incumple el régimen de visitas (obstaculizando o impidiendo el correcto desarrollo del mismo). Sin embargo, también puede tener un cierto margen de aplicación en aquellos supuestos en los que el incumplidor es el progenitor no custodio: así, podría ampliarse la extensión del régimen de custodia, o, lo que es lo mismo, reducir el régimen de visitas del progenitor no custodio (no olvidemos que el régimen de visitas y el de guarda y custodia constituyen las dos caras de una misma moneda).

El requisito que exige el art. 776.3 Lec. para que pueda proceder la modificación es que se trate de un incumplimiento reiterado, y, ante la falta de precisión legal, parece que por incumplimiento reiterado cabe entender todo aquel que haya sucedido en más de una ocasión, por lo que se requieren al menos dos incumplimientos³¹.

Además, la solicitud de exclusión, limitación o suspensión del régimen de visitas o la de modificación del régimen de guarda y custodia no son las únicas medidas que pueden adoptarse ante el incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor no custodio, ya que es posible recurrir también a otras vías.

Por ejemplo, podría promoverse un procedimiento de ejecución forzosa — arts. 517 y ss. Lec.— ante el mismo tribunal que dictó las medidas definitivas

30 La misma previsión recoge el Código del Derecho Foral de Aragón en su art. 60.3, el Código Civil de Cataluña en su art. 236-5.1 y la Ley del País Vasco 7/2015 en su art. 11.2.

31 Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “La ejecución forzosa de obligaciones de hacer y entregar cosa determinada en los procesos de familia y menores”, en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dir. por SARAVIA GONZÁLEZ, A.M. y GARCÍA CRIADO, J.J.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 147, 2007, p. 124.

—arts. 61 y 545.I Lec.— y así obtener el cumplimiento forzoso de la obligación. No obstante, creo que la ejecución forzosa debería reservarse para supuestos extremos, ya que es dudoso que dicha opción pueda resultar compatible con el interés superior del menor. Una posibilidad para evitar aplicar dicha medida podría ser acudir al régimen previsto en el art. 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de las obligaciones de carácter personalísimo, pues, a mi modo de ver, no hay por qué descartar que el deber que atañe al progenitor no custodio de realizar las visitas fijadas en la resolución judicial o en el convenio judicialmente aprobado pueda ser calificado como una obligación de carácter personalísimo³². Ahora bien, para estos supuestos, el art. 776.2 de dicho texto legal establece que no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del art. 709. Sí cabe, sin embargo, la posibilidad de establecer multas coercitivas mensuales, que además podrán mantenerse más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto —art. 776.2 Lec—.

En cualquier caso, lo lógico será que la imposición de multas coercitivas sea complementaria al establecimiento de otras medidas, pues en caso contrario, el incumplidor podría pagar y seguir incumpliendo³³.

Por último, otra posibilidad que se abre tanto para los supuestos de impago de la pensión de alimentos como para los de incumplimiento del régimen de visitas es la de promover un procedimiento para la privación de la patria potestad al progenitor incumplidor —art. 170 Cc.—³⁴, una opción por la que se decanta el Tribunal Supremo en la Sentencia objeto de este comentario, y que paso a analizar en el siguiente apartado.

IV. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PERSONALES Y ECONÓMICAS COMO PRESUPUESTO PARA LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Dice el art. 170 del Código Civil que “el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”.

Del tenor literal del precepto podemos extraer que el presupuesto para que proceda la privación de la patria potestad es el incumplimiento de los deberes que la conforman, y ya hemos visto que dentro de dichos deberes se incluyen tanto la obligación de alimentar a los menores como la de relacionarse con ellos (art. 154.3.I Cc.).

32 Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “La ejecución forzosa de obligaciones de hacer”, cit., p. 90; y LÓPEZ JARA, M.: “La modificación en el proceso de ejecución”, cit., p. 65.

33 Vid. ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio*, cit., pp. 249 y 350.

34 Vid. ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio*, cit., pp. 256 y ss.

Ahora bien, no cualquier incumplimiento de dichos deberes va a dar lugar a la privación de la patria potestad. Hay que tener en cuenta que nos encontramos ante una medida muy gravosa que en no pocas ocasiones puede resultar contraria al interés del menor³⁵. Por ello, el Tribunal Supremo ha reiterado que el art. 170 del Código Civil debe ser objeto de una interpretación restrictiva³⁶. De hecho, la privación de la patria potestad no constituye una consecuencia necesaria o inevitable del incumplimiento, sino sólo posible, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y siempre en beneficio del menor³⁷.

Además, la jurisprudencia ha señalado que el objeto de esta medida no es sancionar al progenitor que incumple sus deberes, sino proteger el interés superior del menor³⁸. De acuerdo a ello, la privación de la patria potestad únicamente estaría justificada cuando se adopte en beneficio de los hijos, es decir, cuando resulte necesaria y conveniente para la adecuada protección de su interés superior³⁹.

Si atendemos a la casuística, observamos que en ocasiones nuestro Tribunal Supremo ha considerado que la despreocupación o alejamiento con el menor por parte de uno de los progenitores no constituye causa suficiente para privarle de la patria potestad⁴⁰. Sin embargo, en otros casos sí ha adoptado tal medida con base en la falta de relación del progenitor con sus hijos menores⁴¹, o como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones alimenticias⁴².

Como puede deducirse, se trata de una materia en la que el juez cuenta con una amplia facultad discrecional de apreciación, y así lo reconoce el Tribunal Supremo⁴³. Ahora bien, dicha discrecionalidad no es absoluta, pues se trata de una actividad reglada, en la medida en la que debe atender al interés superior del menor como criterio fundamental para la adopción de esta medida⁴⁴.

En el caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo, haciendo uso de la facultad discrecional a la que acabo de referirme, determina que los incumplimientos económicos y personales del progenitor no custodio revisten entidad suficiente para acordar la privación de la patria potestad, por concurrir en ellos las notas que

35 Vid. LÓPEZ JARA, M.: "La modificación en el proceso de ejecución", cit., p. 55.

36 Vid. 12 julio 2004 (RJ 2004, 4371) y 10 febrero 2012 (RJ 2012, 2041).

37 Vid. STS 12 julio 2004 (RJ 2004, 4371).

38 Vid. STS 24 abril 2000 (RJ 2000, 2982) y de 12 julio 2004 (RJ 2004, 4371).

39 Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: "La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, p. 401.

40 Vid. STS 9 julio 2002 (RJ 2002, 5905) y 2 julio 2004 (RJ 2004, 5333).

41 Vid. STS 23 febrero 1999 (RJ 1999, 1130) y 9 noviembre 2015 (RJ 2015, 5157).

42 Vid. STS 11 octubre 2004 (RJ 2004, 6642).

43 Vid. STS 24 mayo 2000 (RJ 2000, 3941) STS 6 febrero 2012 (RJ 2012, 4522).

44 Vid. STS 10 febrero 2012 (RJ 2012, 2041) y 9 noviembre 2015 (RJ 2015, 5157).

viene exigiendo la jurisprudencia para la adopción de dicha medida (gravedad y reiteración de los incumplimientos y riesgo para el menor a causa de los mismos⁴⁵) y resultar la opción más idónea para salvaguardar el interés superior del menor en el supuesto concreto.

Antes de concluir, creo que resulta obligado hacer una breve mención a la posible rehabilitación de la patria potestad, una opción que el Código Civil admite expresamente en su art. 170.2, exigiendo para ello que haya desaparecido la causa que motivó su privación. A ello parece hacer referencia también el Tribunal Supremo en la Sentencia objeto de este comentario cuando señala que la privación de la patria potestad se adopta “sin perjuicio de las previsiones que fuesen posibles de futuro, conforme a derecho”. Y es que, las propias exigencias del Derecho natural hacen que no sea deseable excluir de forma perpetua las relaciones entre el menor y uno de sus progenitores, salvo casos excepcionales —ej. adopción—.

Por ello, considero que no hubiera estado de más que la Sentencia hiciera referencia a la posibilidad de que el menor siga relacionándose con su progenitor, así como al modo en el que este último va a contribuir a los gastos de su hijo. Téngase en cuenta que se trata de deberes cuyo cumplimiento puede resultar exigible al progenitor también en supuestos en los que no existe patria potestad (arts. 110, 111.4 y 160.1 Cc.). Además, de este modo, si el progenitor privado de la patria potestad comienza a cumplir regularmente sus obligaciones económicas y personales con el menor, podría valorarse la posibilidad de abrir la puerta a una hipotética rehabilitación de la patria potestad.

45 Vid. STS 6 junio 2014 (RJ 2014, 2844) y 9 noviembre 2015 (RJ 2015, 5157).

BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, 2016.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La reducción de la pensión de alimentos por alteración sustancial de las circunstancias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 742, 2014.

BLANCO CARRASCO, M.: "Los puntos de encuentro familiar y el derecho de los menores a mantener una relación con sus progenitores", *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 21, 2008.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: "Responsabilidad civil derivada de la obstaculización de las relaciones paterno filiales", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 8, 2015.

CLEMENTE MEORO, M. E.: "Las relaciones paterno-filiales (II)", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (ed. por MONTÉS PENADÉS, V. L. y ROCA TRÍAS, E.), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

COSTAS RODAL, L.: "Custodia compartida y prestaciones alimenticias cuando hay desproporción en los ingresos de los progenitores", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: "La ejecución forzosa de obligaciones de hacer y entregar cosa determinada en los procesos de familia y menores", en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dir. por SARAVIA GONZÁLEZ, A. M. y GARCÍA CRIADO, J. J.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 147, 2007.

DE LA OLIVA VÁZQUEZ, A.: "Derechos y obligaciones del progenitor no custodio para con los hijos: Problemas y alternativas", en AA.VV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. por GARCÍA GARNICA, M.C.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009.

DE LA TORRE LASO, J.: "Los puntos de encuentro familiar: un enfoque actual de intervención en situaciones de ruptura familiar", *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 16, 2006.

DE MARINO BORREGÓ, R.: "Autólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna en los procesos matrimoniales", en AA.VV.: *Diez años de abogados de familia*, 1ª ed., La Ley, 2003.

DOMINGO MONFORTE, J., DE LA FUENTE RUBIO, P., OLIVER AZNAR, G. y UBEDA BAYO, A.: "Derecho de familia: Reglas generales y excepciones", *Economist & Jurist*, núm. 135, 2009.

ESCALONA LARA, J. M.: "La guarda y custodia compartida tras la reforma del art. 92 CC por la Ley 15/2005. Sus consecuencias prácticas", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 1, 2014.

LATHROP GÓMEZ, F.: "Custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas", *La Ley*, núm. 7206, tomo 3, 2009.

LÓPEZ JARA, M.: "La modificación en el proceso de ejecución del régimen de guarda y custodia por incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del régimen de visitas", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 3, 2014.

LÓPEZ ORDINALES, J. J.: "Custodia compartida. Cuestiones procesales", en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dir. por SARAVIA GONZÁLEZ, A. M. y GARCÍA CRIADO, J. J.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 147, 2007.

MARTÍN AZCANO, E. M.: "La pensión alimenticia a favor de los hijos menores y la atribución del uso de la vivienda en los procesos de divorcio", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 1, 2014.

MARTÍNEZ CALVO, J.: "La regulación de las visitas del menor acogido tras la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015* (dir. por MAYOR DEL HOYO, M.V.), Aranzadi Thomson Reuters, 2016.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016.

MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. L.: "Estudio sobre la obstaculización y privación del derecho de visita por el progenitor que ostenta la guarda del menor, al otro", *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, 2013.

MECO TÉBAR, F.: "La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: "La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016.

PÉREZ VALLEJO, A.M.: "Régimen de «visitas» del progenitor no custodio, Su incidencia en la relación abuelos-nietos", en AA.VV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. por GARCÍA GARNICA, M.C.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009.

SAN SEGUNDO MANUEL, T.: "El régimen de visitas de los progenitores", *European Journal of Social Law*, núm. 16, 2012.

SERRANO GARCÍA, J. A.: "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados, en particular en la custodia compartida", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 35, 2014.

SOLÉ RESINA, J.: "La guarda y custodia tras la ruptura", en AA.VV.: *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres* (dir. por GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. y SOLÉ RESINA, J.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, 2015.

TENA PIAZUELO, I.: *La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda: doctrina y jurisprudencia*, Aranzadi Thomson Reuters, 2015.

LOS ACUERDOS ENTRE CÓNYUGES COMO MECANISMO
PARA ATRIBUIR LA CONDICIÓN DE GANANCIAL A BIENES
PRIVATIVOS: LOS PLANES DE PENSIONES. COMENTARIO A LA
STS NÚM. 327/2019, DE 6 DE JUNIO (RJ 2019,1982)

*AGREEMENTS BETWEEN SPOUSES AS A MECHANISM TO
ATTRIBUTE THE CONDITION OF WINNING TO PRIVATE GOODS:
PENSION PLAN. COMMENT TO STS NÚM. 327/2019, DE 6 DE JUNY
(RJ 2019,1982)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 542-549



Fabiola
MECO TÉBAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de octubre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: Los acuerdos alcanzados por los cónyuges en documentos públicos o privados les vinculan en el momento de liquidación del régimen económico patrimonial que le sea aplicable al matrimonio, por aplicación de la doctrina de los actos propios y de las obligaciones contractuales libremente asumidas; y ello por encima de la consideración que en abstracto puedan tener los bienes objeto del proceso de liquidación, como un plan de pensiones.

PALABRAS CLAVE: Plan y fondo de pensiones; liquidación de régimen económico patrimonial; libertad de contratación entre cónyuges; atribución de ganancialidad.

ABSTRACT: *Agreements reached by spouses in public or private documents bind them at the time of liquidation of the economic financial regime applicable to marriage, by application of the doctrine of one's own acts and freely assumed contractual obligations; above the consideration that the assets subject to the liquidation process may have in the abstract, like a found plan.*

KEY WORDS: *Pension plan and fund; liquidation of the economic wealth regime; freedom of contract between spouses; attribution of profit.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS: LOS SUPUESTOS POLÉMICOS ENTRE GANANCIALES Y PRIVATIVOS.- II. LA ATRIBUCIÓN Y LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD.- III. LAS PENSIONES: ¿GANANCIALES O PRIVATIVAS?: DELIMITACIÓN Y RÉGIMEN APLICABLE.

SUPUESTO DE HECHO

El recurso de casación interpuesto ante el TS tiene por objeto la calificación privativa o ganancial de un plan de pensiones del demandado relacionado con su contrato de trabajo. Los cónyuges suscribieron en documento privado, que no elevaron a público, en fecha 2 de febrero de 2009 acuerdos en los que se comprometían a “separar la parte mobiliaria de los bienes gananciales” y a que cuando se rescatase el plan de pensiones del demandado “se repartirá a partes iguales”. La demanda se estima en primera instancia por considerar válido y vinculante este acuerdo en aplicación de la doctrina de los actos propios, y de las obligaciones asumidas contractualmente (art. 1255 y 1258 CC), atribuyendo naturaleza ganancial al plan de pensiones. Recurrida la sentencia por el demandado ante la AP de Madrid, ésta revoca la sentencia de instancia por considera que la cuestión litigiosa estaba al margen de “la voluntad privada de las partes” y se pronunciaba favorable al carácter privativo del plan de pensiones por considerar que el dinero destinado al fondo de pensiones lo aporta la empresa, es algo impuesto y no nace de la voluntad privada de las partes ni del matrimonio.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TS establece que al margen de la calificación del plan de pensiones es indiscutible que las partes acordaron que el mismo se repartiría a partes iguales, acorde al principio de libertad de contratación de los cónyuges, a la doctrina de los actos propios y de las obligaciones contractuales libremente asumidas.

• Fabiola Meco Tébar

Es Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil de la Universitat de València, en la que se graduó y doctoró. Ha sido abogada en ejercicio especializada en temas de familia y diputada en el parlamento valenciano donde ha trabajado en iniciativas en materias civiles como la ley de mediación, la ley de muerte digna o la ley de infancia y adolescencia. Ha centrado sus líneas de investigación en la persona, responsabilidad, propiedad y familia. Es coautora de obra colectiva Manual Multimedia Derecho de Familia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, y, entre otros artículos, de “Género y familia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Democracia y participación política de las mujeres, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

COMENTARIO

.I. CONSIDERACIONES PREVIAS: LOS SUPUESTOS POLÉMICOS ENTRE GANANCIALES Y PRIVATIVOS.

No son pocos los ejemplos de bienes que en el curso de un proceso de liquidación de un régimen económico matrimonial requieren de claves de interpretación por parte de los distintos operadores jurídicos para poder determinar si son gananciales o privativos. Las indemnizaciones por despido, por bajas incentivadas o jubilación anticipada, por invalidez o incapacidad laboral permanente o las indemnizaciones por accidente de tráfico no laboral, los hallazgos, e incluso los animales domésticos, también los planes de pensiones, entre otros muchos, han sido fruto de debate académico y jurisprudencial. Los criterios para determinar su naturaleza se sitúan en discernir el momento de adquisición del bien o del devengo con cargo al mismo pues no será igual si se produce con anterioridad, durante la vigencia del régimen económico matrimonial o con posterioridad a la disolución del mismo; o la propia naturaleza del dinero con el que se adquirió el bien o de las aportaciones realizadas para su adquisición en caso de precio aplazado. Pero a ello hay que añadir la importancia de los acuerdos alcanzados por los cónyuges sobre ellos.

Conviene antes que nada pronunciarse respecto a una cuestión previa que es la referencia indistinta contenida en el caso a plan de pensiones y fondo de pensiones, como si de la misma realidad se tratara. Cabe precisar que, aunque son caras de una misma moneda, no son lo mismo. Mientras los planes de pensiones son instrumentos voluntarios de ahorro e inversión a largo plazo y tienen por objeto complementar, nunca sustituir como la propia normativa de planes de pensión establece, a la pensión pública cubierta por la Seguridad Social cuando se dan las circunstancias que permiten su rescate, principalmente la jubilación o la enfermedad grave entre otras; los fondos de pensiones son “patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a planes de pensiones, cuya gestión, custodia y control se realizarán de acuerdo con la presente Ley”, según establece el art. 2 de la Ley de planes y fondos de pensiones de 29 de noviembre de 2002. Los fondos de pensiones son por tanto instrumentos financieros a través de los cuales van a canalizarse los derechos y obligaciones concretos que generan los planes de pensiones; son los que tienen en definitiva las estrategias de inversión definidas. A este respecto resulta ilustrativo lo dispuesto en el art. 10 de la citada ley relativo a la integración en el fondo de pensiones que establece en su apartado primero: “Para la instrumentación de un plan de pensiones, las contribuciones económicas a que los promotores y los partícipes del plan estuvieran obligados se integrarán inmediata y necesariamente en una cuenta de posición del plan en el fondo de pensiones, con cargo a la cual se atenderá el cumplimiento de las prestaciones derivadas de la ejecución del plan. Dicha cuenta recogerá, asimismo,

los rendimientos derivados de las inversiones del fondo de pensiones que, en los términos de esta Ley, se asignen al plan”.

Por las características referidas, es la categorización del plan de pensiones y no del fondo de pensiones lo que va a constituir objeto de nuestra atención. No nos corresponde en el presente caso tampoco juzgar la operatividad real de un plan de pensiones de acuerdo con la finalidad por la que se suscribe, sino tan sólo pronunciarnos respecto a las dificultades que introduce su calificación en un contexto de liquidación del régimen económico matrimonial cuando por voluntad propia de los cónyuges se produce o como resultado o consecuencia jurídica de una crisis matrimonial, sea la separación, el divorcio e incluso la nulidad matrimonial.

II. LA PRESUNCIÓN Y LA ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD.

Constituye una constante, como hemos avanzado al principio, la dificultad de probar la naturaleza privativa o ganancial de un bien en el momento de realizar el inventario, avalúo y adjudicación, que son las operaciones propias liquidación del régimen económico matrimonial, bien por olvido de los cónyuges de cómo fue y con qué dinero adquirido el bien o, sabiéndolo, por dificultad de prueba al no haber guardado los justificantes acreditativos. Las consecuencias jurídicas, sin embargo, de tal olvido o falta de prueba son importantes para los contrayentes. En este sentido el Código civil contiene una serie de reglas o normas para allanar el camino a la hora de determinar la condición de los bienes existentes en el matrimonio.

Una de ellas la encontramos en el art. 1361 CC que dispone que los bienes existentes en el matrimonio se presumen gananciales mientras no se pruebe que pertenece privativamente a alguno de los dos cónyuges. Se contempla de este modo una regla que apertura una vis atractiva al patrimonio ganancial, en tanto régimen de comunidad, que para desvirtuarla requerirá de prueba expresa y cumplida y no indiciaria como tiene reconocido la jurisprudencia [STS 26 diciembre 2002 (RJ 2007, 715)].

Junto a ella juega sobre la base de la libertad de contratación entre cónyuges (arts. 1255 y 1323 CC), la atribución voluntaria del carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio vigente la sociedad de gananciales, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. En particular, si la adquisición se hizo en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales según resulta del art. 1355 CC. La citada atribución de ganancialidad puede realizarse en el momento de la adquisición del bien o

posteriormente e incluso formalizarse el negocio mediante la expresión de que la adquisición se hace “para la sociedad de gananciales”.

En definitiva, la relevancia del art. 1355 CC es que permite a los cónyuges atribuir carácter ganancial a bienes que, de no existir tal acuerdo, serían privativos con arreglo a los criterios de determinación legal, en particular los contemplados en el art. 1346 CC. Frente a la atribución de ganancialidad realizada de forma voluntaria por los cónyuges, la prueba posterior del carácter privativo del dinero invertido sería irrelevante a efectos de alterar la naturaleza del bien, que habría quedado fijada por la declaración de voluntad de los cónyuges. La prueba del carácter privativo del dinero que, frente a la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC, incumbe al que lo alegue, sólo sería determinante del derecho de reembolso a favor del aportante (art. 1358 CC), aunque no hiciera reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso. Pero eso siempre y cuando el consentimiento fuera de ambos cónyuges, esto es, que hubiera mutuo acuerdo en reconocer la ganancialidad, porque si la voluntad de atribución de tal carácter fuera sólo fuera producto de uno de ellos, sí alteraría la naturaleza del bien que sería privativo. En este sentido, bastaría con que quien esté interesado en desvirtuar la presunción que establece el art. 1355.2 CC pruebe que en el momento de realizar la adquisición no existía la voluntad común de que el bien se integrara en el patrimonio ganancial y el carácter privativo del dinero invertido. La existencia del acuerdo se erigiría pues en presupuesto de atribución de ganancialidad [STS 27 mayo 2019 (RJ 2019, 205)].

III. LOS PLANES DE PENSIONES ¿GANANCIALES O PRIVATIVOS?: DELIMITACIÓN Y RÉGIMEN APLICABLE.

No encontramos norma alguna en nuestro ordenamiento jurídico que regule qué ocurre con un plan de pensiones en caso de liquidación del régimen económico matrimonial y si ha de formar parte del activo o no, especialmente en caso de que dicho régimen hubiera sido el de gananciales. Sorprende la falta de referencia normativa a pesar de que la situación es harto frecuente. Las reglas establecidas en el Código Civil analizadas se muestran insuficientes por lo que a continuación vamos a ver. Afortunadamente contamos con no pocas sentencias que aportar soluciones clarificadoras.

La tendencia a considerar el plan de pensiones como un bien ganancial por ser asimilado al salario, en tanto que prestación económica reconocida a favor del trabajador que ve incrementado por ello su patrimonio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1347.1 CC, no es del todo exacta. El TS tiene establecido, en SSTS 20 diciembre 2003 (RJ 2003, 9199) o 20 diciembre 2004 (RJ 2005, 61), que la pensión de jubilación no es un bien ganancial, sino que le corresponde exclusivamente al cónyuge que la genera con su actividad laboral, pues el acento debe ponerse en

que su nacimiento y extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales, como es la propia jubilación, la incapacidad o enfermedad grave, desempleo de larga duración o incluso la muerte del beneficiario del plan. Se trataría de un derecho personal del trabajador al que no le sería aplicable lo dispuesto en el art. 1358 CC [STS 20 diciembre 2004 (RJ) 2005, 61]. Lo establecido a este respecto puede aplicarse a los planes de pensiones *mutatis mutandis* pues, no olvidemos, son complementarios de las citadas pensiones, y para cuya percepción juegan también circunstancias personales.

Por su parte la STS de 27 febrero 2007 (RJ 2007, 1632) distingue los planes de pensiones de los salarios al considerar que, si bien se trata de una prestación económica a favor del trabajador, no produce un incremento de su patrimonio, sino que pasan a formar parte de un fondo de pensiones que será gestionado por un tercero; de manera que los partícipes no tienen ningún control sobre las cantidades integradas en el correspondiente fondo.

Las dudas surgen en relación a las aportaciones realizadas al plan de pensiones realizadas durante la vigencia del matrimonio. A tal efecto cabría tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 1352 y 1354 CC, que reconoce el derecho de la sociedad de gananciales a ser reembolsada en el caso de haber utilizado al efecto fondos comunes. No así, en el caso en que los fondos hubieran sido privativos, lo que debiera probarse.

La cosa además adquiere mayores matices si como en el presente caso enjuiciado, las aportaciones realizadas al plan no se efectúan por el propio interesado con bienes privativos o gananciales, sino por la propia empresa. Según la Ley de planes y fondos de pensiones de 29 de noviembre de 2002 estamos ante un plan de pensiones del sistema de empleo que en virtud de los sujetos constituyentes define el legislador en su art. 4.1 como aquel que "corresponde a los planes cuyo promotor sea cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa y cuyos partícipes sean los empleados de los mismos. En los planes de este sistema el promotor sólo podrá serlo de uno, al que exclusivamente podrán adherirse como partícipes los empleados de la empresa promotora, incluido el personal con relación laboral de carácter especial independientemente del régimen de la Seguridad Social aplicable. La condición de partícipes también podrá extenderse a los socios trabajadores y de trabajo en los planes de empleo promovidos en el ámbito de las sociedades cooperativas y laborales, en los términos que reglamentariamente se prevean. Asimismo, el empresario individual que emplee trabajadores en virtud de relación laboral podrá promover un plan de pensiones del sistema de empleo en interés de éstos, en el que también podrá figurar como partícipe...".

A estos planes de pensiones del sistema de empleo se ha referido también la jurisprudencia [STS 26 junio 2007 (RJ 2000, 2750)], considerando que los mismos debían considerarse privativos. Y ello por cuanto las aportaciones no se efectúan con bienes privativos ni siquiera gananciales, las realiza la empresa con la nómina del trabajador y éste no tiene ningún control sobre las cantidades integradas en el mismo, a las que como se ha dicho sólo podrá acceder si se dan las circunstancias personales referidas.

Por consiguiente, a resultas de cuanto se ha expuesto, cabe decir que los derechos capitalizados en función de un plan de pensiones, más de uno del sistema de empleo, son privativos del cónyuge en cuyo favor estuviera constituido el mismo. Al realizarse las aportaciones exclusivamente a cargo de la empresa, no habría restitución a favor del activo de la sociedad de gananciales en el momento de la liquidación, por no entrar dentro de las prestaciones salariales que deban tener la naturaleza de bienes gananciales [STS 27 febrero 2007 (RJ 2007, 1632)].

No obstante lo dicho, que constituye la doctrina jurisprudencial aplicable en relación a la naturaleza del plan de pensiones, cabe decir que en el caso que nos ocupa no rige; toda vez que prima el sentido de la voluntad imprimida por los cónyuges, que en este caso es clara e indubitadamente atribuirle la condición de bien ganancial al plan de pensiones de y sujetarlo al reparto por mitades entre ambos cónyuges. Lo contrario, reconocer su naturaleza de bien privativo obviando lo acordado, sería vulnerar abiertamente el principio de libre contratación, la libertad de los cónyuges a este respecto, la doctrina de los actos propios que se basa en la protección de la confianza entre contratantes y la buena fe, y por descontado uno de los principios fundamento del derecho civil contractual como es el *pacta sunt servanda*. Es por lo que el TS resuelve la controversia en relación a su calificación, afirmando que “en el caso existe un acuerdo entre los cónyuges y esta sala ha de declarar que al margen de la calificación del plan de pensiones (sentencia 27-2-2007; rec. 1552/2000) lo que es indiscutible, es que las partes acordaron que el fondo de pensiones de Juan Enrique se repartiría a partes iguales, acuerdo que tiene sustento en el principio de libertad de contratación de los cónyuges (sentencias 572/2015, de 19 de octubre, y 373/2005, de 25 de mayo)”. Y en tanto que dicho acuerdo relativo al plan de pensión de empresa no fue modificado o dejado sin efecto en los acuerdos posteriores, cabe decir que el reconocimiento como bien privativo, de conformidad con su naturaleza a tenor de los argumentos expuestos más arriba, supondría infringir el art. 1323 del CC. Así las cosas, reconoce el TS en la sentencia objeto de comentario que “en aplicación de la doctrina de los actos propios, y de las obligaciones asumidas contractualmente (art. 1255 y 1258 CC), el total percibido por el demandado fue considerado ganancial, que debió repartirse por mitad entre los litigantes”.

NULIDAD DE LA CUANTIFICACIÓN DE LAS COSTAS
EN EL PROCEDIMIENTO ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO.
COMENTARIO DE LA STS DE ESPAÑA NÚM. 760/2019, DE 3 DE
JUNIO (ROJ: STS 1740/2019)

*NULLITY OF THE QUANTIFICATION OF THE COSTS IN THE
ECONOMIC-ADMINISTRATIVE PROCEDURE: COMMENT OF THE
SPANISH STS NUMBER 760/2019, OF JUNE 3 (ROJ: STS 1740/2019)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 550-563



Fernando
HERNÁNDEZ
GUIJARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de noviembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: El presente estudio analiza la STS 760/2019, de 3 de junio, que ha declarado la nulidad de la cuantificación de las costas en el procedimiento económico-administrativo prevista en el art. 51.2 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, en materia de revisión en vía administrativa, en su redacción dada por el Real Decreto 1073/2017, de 29 de diciembre. Para ello, se expone también el recurso directo que ha sido la vía utilizada por la Asociación Española de Asesores Fiscales para impugnar dicho reglamento.

PALABRAS CLAVE: Recurso directo, costas económico-administrativas, seguridad jurídica, nulidad de reglamento.

ABSTRACT: *The present study analyzes the STS 84/2018, of June 3, which has declared the nullity of the quantification of costs in the economic-administrative procedure provided for in article 51.2 of Royal Decree 520/2005, of May 13, in subject matter of administrative review, in its wording given by Royal Decree 1073/2017, of December 29. For this, we also lay out the direct resource that has been the route used by the Spanish Association of Tax Advisors to challenge the mentioned regulation.*

KEY WORDS: *Direct lawsuit, economic-administrative costs, legal security, nullity of regulation.*

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA.- COMENTARIO.- I. LA IMPUGNACIÓN DE NORMAS REGLAMENTARIAS.- II. EL RECURSO DIRECTO.- 1. OBJETO DEL RECURSO.- 2. LEGITIMACIÓN.- 3. ÓRGANO COMPETENTE.- 4. PLAZO DE INTERPOSICIÓN.- III. LA REFORMA DE LAS COSTAS EN LA VÍA ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO.- IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA STS 760/2019, DE 3 DE JUNIO.

SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Supremo ha dictado la sentencia número 760/2019, en fecha 3 de junio de 2019, por la que ha declarado nulo parte del artículo que regula las costas en el procedimiento económico-administrativo. Dicha sentencia ha sido pronunciada en el recurso contencioso-administrativo 84/2018, interpuesto por la Asociación Española de Asesores Fiscales mediante un recurso directo que impugnaba varios preceptos del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, en materia de revisión en vía administrativa (RRVA), en su redacción dada por el Real Decreto 1073/2017, de 29 de diciembre. El Alto Tribunal entiende que la nueva redacción dada a la cuantificación de las costas no es conforme a Derecho y declara su nulidad.

El precepto afectado es el art. 51.2 RRVA que establecía la cuantificación de la condena en costas a los interesados cuando en Tribunal Económico-Administrativo estime que la reclamación o recurso se ha interpuesto con temeridad (carezca manifiestamente de fundamento) o mala fe (finalidad exclusivamente dilatoria, con manifiesto abuso de derecho o que entrañen fraude procedimental).

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo expulsa del ordenamiento jurídico el precepto antes referenciado dado que cuantifica el importe de las costas de forma general y abstracta, desvinculándolo del concreto procedimiento en el que se produce los gastos a sufragar y prescindiendo de éstos. Ello es así porque el método seguido en el art. 51.2 del Real Decreto 520/2005, al fijar la cuantía de las costas las establece “en un porcentaje del 2 por ciento de la cuantía de la reclamación, con un mínimo

• Fernando Hernández Guijarro

Profesor de la Universitat Politècnica de València. Magistrado Suplente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Máster en Teoría y Práctica Fiscal por la Universidad Antonio de Nebrija. Abogado y Economista, no ejerciente. 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; Casos de Éxito ante Hacienda, Ediciones Francis Lefebvre, 2017 y coautor de los Formularios Prácticos Fiscal de Francis Lefebvre de los años 2005 a 2019. Correo electrónico: fernandohernandez@cav.es.

de 150 euros para las reclamaciones o recursos resueltos por órgano unipersonal, y de 500 euros para los que se resuelvan por órgano colegiado”.

Dicha práctica difiere del concepto de costes del concreto procedimiento, le hace perder su verdadera naturaleza, y ya no podemos estar hablando de costas del procedimiento, sino, dependiendo de la perspectiva desde la que nos aproximemos, podemos calificarlas como tasa, recargo, como medida sancionadora o como prestación patrimonial de carácter público no tributario. En definitiva, no como las costas del procedimiento económico-administrativo. Para ello, el TS pone como ejemplo la definición de costas dada por el art. 241 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

COMENTARIO

I. LA IMPUGNACIÓN DE NORMAS REGLAMENTARIAS

Para comenzar este apartado debemos recordar que todos los Poderes Públicos están sujetos a la Constitución Española (CE) y al resto del Ordenamiento jurídico, tal y como proclama el art. 9.1 de la CE. Y que, como establece el art. 24 CE, todos tenemos el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Con estas dos premisas, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración, y así, por razón de su objeto, establece cuatro modalidades de recurso: el tradicional dirigido contra actos administrativos, ya sean expresos o presuntos; el que, de manera directa o indirecta, versa sobre la legalidad de alguna disposición general, que precisa de algunas reglas especiales; el recurso contra la inactividad de la Administración; y el que se interpone contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

Este marco jurídico de tutela judicial frente a la actividad de la Administración no es baladí pues, como afirma COSCULLUELA MONTANER, las distintas Administraciones Públicas son las que en ejercicio de sus potestades y de sus privilegios pueden incidir con mayores consecuencias directas sobre los ciudadanos. No es extraño, por tanto, que todo el montaje técnico del control de la acción del Poder se instrumentara esencialmente a través del control por los Tribunales de la actividad de la Administración Pública. Este control constituye, sin duda, la mayor garantía de los ciudadanos frente a decisiones de la Administración que les afectan directa o indirectamente (COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, p. 467).

Por lo que a este trabajo interesa nos centraremos en el recurso que, de manera directa, verse sobre la juridicidad del Real Decreto (sobre esta cuestión resulta interesante la aportación de BELADIEZ ROJO, M.: “La vinculación de la Administración al Derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 153, 2000, p. 329) –disposición administrativa de carácter general- pues, como acertadamente afirmó GARCÍA DE ENTERRÍA en su conferencia del año 1962 en la Universidad de Barcelona, “el recurso contra Reglamentos ejerce en la sociedad una verdadera función purgativa al evitar de raíz que un vicio inserto en un Reglamento se propague, se multiplique, amplifique sus efectos en la extensión y en el tiempo a través de los miles y miles de actos singulares de aplicación de este Reglamento. Es en este sentido, podríamos decir, una terapéutica que opera sobre las causas fisiológicas de la enfermedad, y no simplemente, como es en buena parte el recurso sobre los actos, sobre sus síntomas” [GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, p. 197].

Los Reales Decretos son normas que gozan de naturaleza reglamentaria y, por lo tanto, son jurídicamente obligatorios. No en vano, y como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1989 (Aranzadi 6590) “El Reglamento forma parte del Ordenamiento, en tanto que el acto es algo ordenado que se produce en aplicación de aquél”.

En resumen, y con palabras de DE FUENTES BARDAJÍ, “la depuración de las disposiciones reglamentarias ilegales puede hacerse a través de una doble vía: mediante una impugnación directa, esgrimiendo un recurso contra el reglamento ilegal, o mediante una impugnación indirecta, en que lo que se recurre inmediatamente es un acto administrativo, si bien el vicio del mismo es la aplicación de una disposición reglamentaria ilegal, mediatamente impugnada. Todo ello se adereza en la LJCA con la particular regulación de la cuestión de ilegalidad” (DE FUENTES BARDAJÍ, J., CANCER MINCHOT, P., ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ, I., FRÍAS RIVERA, R.: *Manual de Revisión de Actos en Materia Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 966).

En el siguiente punto analizaremos el recurso directo frente a este tipo de norma dado que la Sentencia analizada parte de una impugnación directa, entre otros, del art. 51.2 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, en materia de revisión en vía administrativa, en su redacción dada por el Real Decreto 1073/2017, de 29 de diciembre.

II. EL RECURSO DIRECTO.

La Ley de la Jurisdicción asegura las más amplias posibilidades de someter a control judicial la legalidad de las disposiciones reglamentarias generales, preservando los que se han dado en llamar recursos directo e indirecto y eliminando todo rastro de las limitaciones para recurrir que estableció la legislación anterior. Al mismo tiempo procura que la impugnación de las disposiciones generales se tramite con celeridad y que aboque siempre a una decisión judicial clara y única, de efectos generales, con el fin de evitar innecesarios vacíos normativos y situaciones de inseguridad o interinidad en torno a la validez y vigencia de las normas (HERNÁNDEZ GUIJARRO F.: *Impugnación de las Ordenanzas Fiscales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 15-17).

1. El objeto del recurso.

La redacción del art. 25.1 de la LJCA establece que “el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”.

Quedando claramente establecido con este marco legal que la impugnación se dirige contra la norma reglamentaria, es decir, el Real Decreto. Siendo decisión del recurrente combatir la totalidad o parte de sus disposiciones. Como afirma GONZÁLEZ PÉREZ “el objeto del proceso será verificar si la disposición general infringe otras de superior jerarquía o si reglamenta alguna materia reservada a la Ley (arts. 51.1 y 62 LRJPAC), así como si fue aprobada siguiendo el procedimiento establecido” (GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 245).

2. Legitimación.

El recurso directo puede ser interpuesto cualquier persona con un interés directo o que resulte afectada por la norma reglamentaria. También están legitimados los colegios oficiales, cámaras oficiales, asociaciones y demás entidades legalmente constituidas para velar por los intereses profesionales, económicos o vecinales, cuando actúen en defensa de los que les son propios.

Por parte de la Ley de la jurisdicción no existe limitación ni restricción a esta legitimación, más bien al contrario se ratifica en el art. 19.1 a) y b) de la LJCA. Además, existe una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) que reafirma la cualidad de legitimado a los particulares con un interés legítimo (SSTC 160/1985, de 28 de noviembre; 24/1987, de 25 de febrero; 195/1992 de 16

de noviembre. Esta última Sentencia establece que “a partir de la Constitución la noción de interés directo como requisito de legitimación del art. 28 L.J.C.A. ha quedado englobado en el concepto más amplio de “interés legítimo” por obra de su art. 24.I, precepto que precisamente emplea esta expresión en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva. Interés legítimo, real y actual, que puede ser tanto individual como corporativo o colectivo y que también puede ser directo o indirecto”). A tal efecto, la STS 617/2004, de 4 de febrero, afirmó que “la jurisprudencia es unánime en considerar que los particulares titulares de un interés legítimo están legitimados para la impugnación directa de los Reglamentos, aun cuando no sean necesarios para su aplicación actos de requerimiento o sujeción individual. En consonancia con ello, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa prescinde de esas restricciones de la legitimación que puede hoy considerarse como una reliquia del pasado”.

Por todo ello, podemos concluir que cualquier persona física o jurídica que ostente un derecho o interés legítimo estará legitimada para interponer el recurso directo contra la norma reglamentaria, en nuestro caso, el Real Decreto.

3. Órgano competente.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa regula en el art. 12.I.a) que será la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo la que conozca de los recursos contra las disposiciones generales emanadas del Consejo de Ministros. La claridad del precepto hace innecesario cualquier otro comentario.

4. Plazo de interposición.

El plazo para la interposición del recurso será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición general tal y como señala el art. 46.I de la LJCA. Por lo demás, el cómputo de los plazos se rige como cualquier procedimiento ordinario por el régimen establecido en el art. 128 de la LJCA.

III. LA REFORMA DE LAS COSTAS EN LA VÍA ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO

Como se ha dicho anteriormente, el objeto del recurso contencioso administrativo es el Real Decreto 1073/2017, de 29 de diciembre, BOE de 30 de diciembre de 2017, por el que se modifica el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. Concretamente, y a los efectos de este trabajo, la nueva redacción dada al art. 51.2.

Para analizar el objeto de este estudio, conviene traer a colación como punto de partida el art. 234.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT). Este precepto establece que “el procedimiento económico-administrativo será gratuito. No obstante, si la reclamación o el recurso resulta desestimado o inadmitido y el órgano económico-administrativo aprecia temeridad o mala fe, podrá exigirse a la persona a la que resulte imputable dicha temeridad o mala fe que sufrague las costas del procedimiento, según los criterios que se fijen reglamentariamente.

La condena en costas se impondrá en la resolución que se dicte, con mención expresa de los motivos por los que el órgano económico-administrativo ha apreciado la concurrencia de mala fe o temeridad, así como la cuantificación de la misma.

Cuando se hubiera interpuesto recurso de alzada ordinario, la eficacia de la condena en costas dictada en primera instancia quedara supeditada a la confirmación de la misma en la resolución que se dicte en dicho recurso de alzada ordinario”.

El desarrollo de este precepto legal vino originariamente en el citado reglamento de revisión en vía administrativa de 2005, particularmente, en su art. 51.2 (este artículo establecía que “cuando se imponga al reclamante el pago de las costas, estas se cuantificarán mediante la aplicación de los importes fijados por orden del Ministro de Economía y Hacienda atendiendo al coste medio del procedimiento y la complejidad de la reclamación”). Pero ha sido la redacción dada en 2017 la que ha sido objeto de impugnación por la Asociación Española de Asesores Fiscales. En lo que afecta al presente trabajo, el punto 2 del precepto que ha introducido parámetros de cuantificación alejados del concepto de “costas del procedimiento”. A tal efecto, y para analizar la sentencia estudiada, se transcribe el apartado introducido y discutido por las partes: “cuando se imponga el pago de las costas, estas se cuantificarán en un porcentaje del 2 por ciento de la cuantía de la reclamación, con un mínimo de 150 euros para las reclamaciones o recursos resueltos por órgano unipersonal, y de 500 euros para los que se resuelvan por órgano colegiado. En caso de reclamaciones de cuantía indeterminada, las costas se cuantificarán en las cuantías mínimas referidas. Estas cuantías podrán actualizarse por orden ministerial”.

Es de destacar que la nueva redacción introduce elementos de cuantificación en virtud de la cuantía de la reclamación y, asimismo, fija unos umbrales mínimos en función de la composición del órgano que resolviese. A la luz de este nuevo sistema el Tribunal Supremo analizará las alegaciones de la parte recurrente y de la parte demandada. En el siguiente punto se expondrán éstas y se comentará el pronunciamiento judicial.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA STS 760/2019, DE 3 DE JUNIO.

El debate establecido en el presente recurso queda muy bien expuesto en la sentencia comentada. Por un lado, la parte demandante impugna el precepto citado fundamentalmente porque entiende que excede los límites de la Ley o introduce elementos que requieren el rango de Ley por estar sujetos a dicha reserva. Concretamente, afirmará que la configuración que da el precepto a las costas del procedimiento económico-administrativo es la de una tasa y citará en su defensa la STC 140/2016, de 21 de julio de 2016, para justificar que la no fijación de umbrales máximos restringe el acceso a la tutela judicial efectiva por su carácter disuasorio y desproporcionado.

Por lo que respecta a la parte recurrida, el Abogado del Estado entiende que su establecimiento está justificado por el consumo de recursos públicos que implica y se debe a un sobreuso de esta vía de revisión (el representante de la Administración llega a afirmar que su establecimiento se debe a fines de interés general como “evitar el uso torticero de la justicia administrativa”. Obviando que esta “justicia administrativa” es preceptiva para alcanzar la tutela judicial efectiva a través del Juez natural. Su objeción podría tener encaje en una revisión voluntaria que pudiese ser utilizada para dilatar o retrasar los efectos de las resoluciones, pero no es del todo razonable cuando el obligado tributario debe pasar por esta vía de forma imperativa). En definitiva, entiende que no tiene naturaleza de tasa y su cuantificación queda sujeta a impugnación junto con el recurso a la resolución del acto administrativo principal que las fija como condena.

Establecidas las posturas, el TS comienza su fundamentación haciendo referencia a dos importantes sentencias del TC que definieron los límites de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en los siguientes términos: STC 27/1981, de 20 de julio, “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”; y, por otra parte, STC 46/1990, de 15 de marzo, “la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...). Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no ... provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas”.

Seguidamente, el TS hace un valiente reconocimiento sobre la situación actual del Ordenamiento jurídico. Si la doctrina mayoritaria habla de una creciente producción normativa –algunos autores hablan de Ordenamiento saturado (PALMA FERNÁNDEZ, J. L.: “La seguridad jurídica ante la abundancia de normas”, *Cuadernos y Debates*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, núm. 68, 1997)-, el Alto Tribunal afirma sin rodeos que “hoy es sentir común la profunda inseguridad jurídica e incertidumbre social provocada, entre otros factores, por la imprecisión de las normas jurídicas. Lo que se manifiesta de manera muy significativa en el ámbito fiscal”.

Esta característica que envuelve el Derecho Tributario, se ve en ocasiones acrecentada por la utilización de definiciones de instituciones jurídicas que sobrepasan la naturaleza jurídica de la misma. Nos referimos a la práctica de redefinir los conceptos jurídicos fuera de lo que su esencia contiene. Intentando por la vía del Poder (Legislativo o Reglamentario) dotar a dichas instituciones del contenido que conviene y no del que su naturaleza les dota. Y es precisamente esta cuestión la que lleva al Tribunal Supremo a estimar el recurso con un argumento que muestra que aún quedan Magistrados que apelan al Derecho en mayúsculas.

Resulta altamente gratificante que el máximo órgano de la jurisdicción no tenga reparos en afirmar que “cabe observar en la elaboración normativa, con habitualidad, la utilización de conceptos y categorías perfectamente definidos y delimitados por la ciencia jurídica tributaria, que en su desarrollo en el texto normativo delimitan contornos que se alejan del concepto o categoría enunciado para terminar definiendo o mostrando una figura fiscal distinta”. Sobre la intencionalidad de esta práctica, el TS entiende que a veces puede responder a lagunas o complejidades propias de la materia tributaria pero no duda en subrayar que, “otras, sin embargo, descubren una finalidad directamente dirigida a salvar obstáculos que harían inviable su aplicación”. En definitiva, el TS desenmascara una sibilina práctica de crear normas *pro domo sua* que, en última instancia, consiste en dictar normas en función del interés administrativo, no del general. Aunque para ello, se mute el núcleo de la institución jurídica dando una nueva definición por la disposición tributaria [el TS pone como ejemplo situaciones que “se presentan como impuestos lo que constituyen verdaderas tasas o viceversa, o como se juega con la imposición directa o indirecta, o con los tributos extrafiscales, por ejemplo” (FD 4º)].

Para combatir esta práctica, el TS acudirá a uno de los principios establecidos en nuestra Carta Magna como garantía jurídica, es decir, la seguridad jurídica. A tal efecto afirmará que “lo que debe ser, por propia exigencia del principio de seguridad jurídica, es que la utilización en las normas de conceptos jurídicos determinados o categorías conceptuales lleve parejo en su desarrollo la inmediata

certidumbre que los identifica, lo cual no es un desiderátum sino una exigencia jurídica conectada directamente con el principio de seguridad jurídica y cuyo incumplimiento debe acarrear las consecuencias jurídicas que el ordenamiento reserva a las quiebras constitucionales”. En otras palabras, y como diría PARMÉNIDES, el concepto o institución jurídica “es lo que es” [PARMÉNIDES de Elea: *La vía de la verdad* (conservado por fragmentos de otros autores). Esta Filosofía también es desarrollada por ARISTÓTELES en su obra *Metafísica* con las siguientes máximas: A es igual a A (principio de identidad). A no puede ser igual a no A (principio de no contradicción)].

En definitiva, la fundamentación del TS no sólo está en la seguridad jurídica como baluarte de un ordenamiento jurídico justo, sino que se sostiene en principios tan elementales de la lógica como que las cosas son lo que son. Y no puede un poder normador del Estado definir a su antojo su contenido, so pena de incurrir en capricho o contradicción. Lo cual derivaría, asimismo, en el ejercicio arbitrario de su potestad. Como dice el TS, ello lleva ineludiblemente a una quiebra constitucional.

Llegado a este punto, el razonamiento del Tribunal es que las “costas procedimentales” es un concepto jurídico determinado por la ciencia jurídica. Sus elementos determinantes son los gastos del mismo, ni son tasas, ni sanciones, ni prestaciones patrimoniales con carácter disuasorio. Y para su determinación se deberá atender a su verdadera naturaleza, no alcanzado dicho fin el establecimiento de un coeficiente sobre la cuantía de la reclamación, ni la fijación de cuantías mínimas en función de la composición del Órgano revisor administrativo. En palabras del TS “sucede, sin embargo, que la modificación del art. 51.2 del Real Decreto 520/2005, introducida por el Real Decreto 1073/2017, en tanto cuantifica el importe de forma general y abstracta desvinculándolo del concreto procedimiento en el que se produce los gastos a sufragar y prescindiendo de estos, en tanto que se desconecta de los costes del concreto procedimiento, le hace perder su verdadera naturaleza, pues ya no podemos estar hablando de costas del procedimiento, sino, dependiendo de la perspectiva desde la que nos aproximemos, tal y como hacen las partes al examinar el art. 51.2, cabe identificarlas como tasa, como medida sancionadora o como prestación patrimonial de carácter público no tributario, y de ser alguna de estas figuras lo que es evidente es que no pueden ser costas del procedimiento”.

Por ello, el Alto Tribunal, expulsa del ordenamiento jurídico esta previsión reglamentaria contraria a la razón o naturaleza del concepto “tasas procedimentales”. Mas entendemos que, aunque no se plantea directamente en el recurso, otra cuestión a debatir es la procedencia de las mismas en un procedimiento obligatorio como el económico-administrativo. Sobre todo, a la luz

de las resoluciones de los Tribunales Económicos-Administrativos (TEA), donde más de la mitad de las reclamaciones interpuestas son estimadas por los mismos (según la Memoria TEAC 2017. Tribunales Económico-Administrativos, p 20, durante dicho año se estimaron 94.986 reclamaciones y se desestimaron 93.834). Cabría preguntarse, en relación a la defensa del Abogado del Estado, si la mayoría de actos administrativos impugnados ante los TEA son anulados ¿Quién hace un uso indebido de los recursos públicos? Pero esta cuestión es harina de otro costal.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES: *Metafísica*.

BELADIEZ ROJO, M.: "La vinculación de la Administración al Derecho", *Revista de Administración Pública*, núm. 153, 2000.

CANO MURCIA, A.: "El control de los actos y acuerdos de las Corporaciones Locales", *Diario La Ley*, núm. 1, 1997.

COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1999.

DE FUENTES BARDAJÍ, J., CANCER MINCHOT, P., ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ, I., FRÍAS RIVERA, R.: *Manual de Revisión de Actos en Materia Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid, 2001.

HERNÁNDEZ GUJJARRO F.: *Impugnación de las Ordenanzas Fiscales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

PALMA FERNÁNDEZ, J. L.: "La seguridad jurídica ante la abundancia de normas", *Cuadernos y Debates*, núm. 68, 1997.

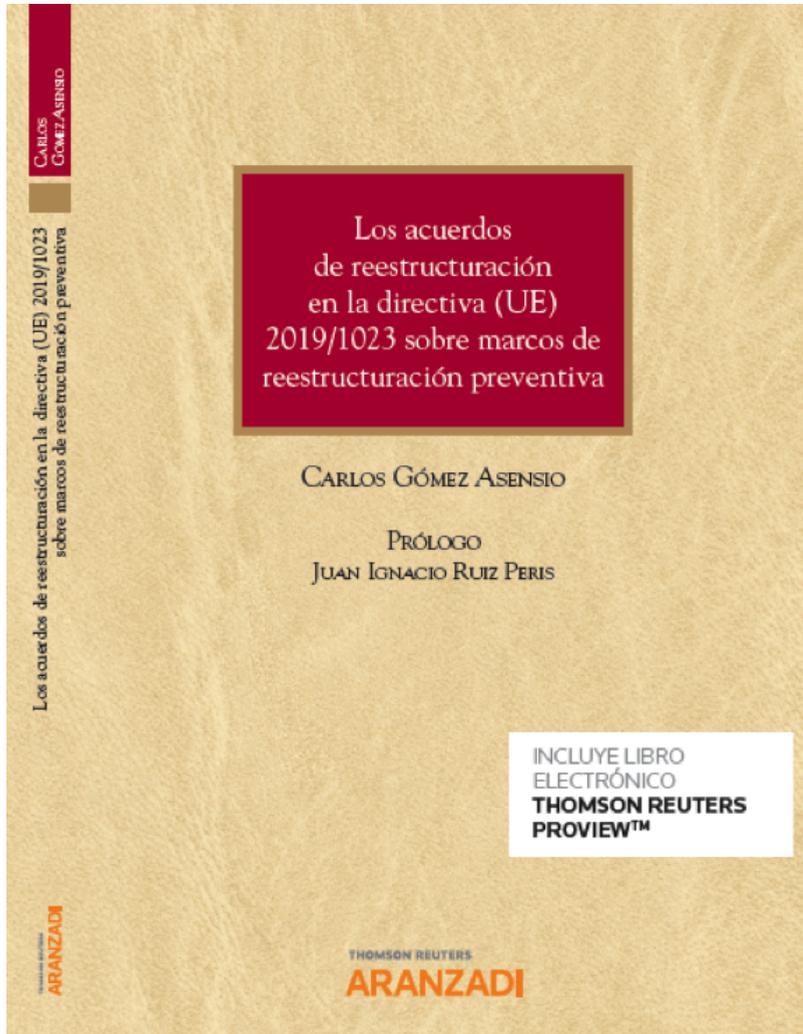
PARMÉNIDES DE ELEA: *La vía de la verdad* (conservado por fragmentos de otros autores).

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL (2017): *Memoria 2017. Tribunales Económico-Administrativos*, Ministerio de Hacienda-Centro de Publicaciones, Madrid. http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/TEAC/Memorias%20TEAC/teac_mem_17.pdf

RECENSIONES



Gómez Asensio, C.: Los acuerdos de reestructuración en la directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.



El 26 de junio de 2019 se publicó la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132

(en adelante Directiva 2019/1023), cuya transposición al ordenamiento jurídico español deberá realizarse, con carácter general, antes del 17 de julio de 2021.

La publicación de la Directiva 2019/1023 exige un análisis y estudio de su contenido, el cual, por lo que a marcos de reestructuración preventiva se refiere, es abordado por la muy reciente monografía *Los acuerdos de reestructuración preventiva en la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva*, del prof. Dr. Carlos Gómez Asensio. Constituye la misma, pese a la bisoñez de su autor, su cuarta monografía ya, lo que no puede sino acreditar sus excelentes cualidades profesionales y dedicación a la academia. Junto a ello, son de destacar, asimismo, las cualidades personales del prof. Gómez Asensio (en especial su predisposición para ayudar al prójimo), de las que puede dar fe quien suscribe esta recensión, como consecuencia de haber sido compañeros en el Departamento de Derecho Civil de la Universitat de València en el curso académico 2018-2019, durante el cual aquél disfrutó de un contrato como Profesor Ayudante Dr. que obtuvo mediante el correspondiente concurso de méritos.

La monografía aparece formalmente dividida en tres capítulos a través de los cuales se realiza un análisis omnicompreensivo tanto del vigente régimen español de acuerdos de refinanciación, como del contenido de la Directiva 2019/1023 sobre la regulación de los marcos de reestructuración preventiva, todo ello, permitiendo un análisis comparativo entre ambos regímenes, el cual permite la identificación de aquellas instituciones concursales españolas cuyo régimen jurídico deberá ser objeto de modificación para su adaptación en sede de transposición a las exigencias de la Directiva Europea.

De esta forma, el primer capítulo titulado "Contexto nacional de la reestructuración empresarial", constituye un análisis ordenado y pormenorizado del régimen jurídico de la diversa tipología de acuerdos de refinanciación vigentes en la actual normativa concursal española, el cual recoge las principales conclusiones y aportaciones de la prolija literatura y jurisprudencia nacional sobre la materia, actualizadas a la fecha de conclusión de la presente monografía, e incorpora asimismo la visión de la proyectada regulación de dichos institutos en el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, de 21 de marzo de 2019.

La sistemática empleada por el deudor para el estudio de los acuerdos de refinanciación españoles, la cual analiza por separado el régimen jurídico propio de cada tipo de acuerdo para después agrupar en un solo epígrafe la exposición de las instituciones concursales comunes a toda la tipología de acuerdos de refinanciación, no es baladí, sino que obedece a la ordenación de los mismos de conformidad con la propia sistemática de la Directiva 2019/1023. Este hecho, unido al empleo referencial de la nomenclatura anglosajona para identificar

las diversas instituciones y efectos propios de la reestructuración empresarial, permite al lector no sólo conocer el *status quo* de la cuestión en la actualidad, sino también facilitarle la interrelación de conceptos y la comprensión del posterior análisis comparativo entre la vigente regulación española de los acuerdos de refinanciación y el contenido de los marcos de reestructuración preventiva de la Directiva 2019/1023.

En el segundo capítulo, el autor recoge al lector desde el conocimiento del contenido de la regulación actual de los acuerdos de refinanciación españoles, para prepararlo y conducirlo hacia la comprensión del contenido de la Directiva 2019/1023, mediante la contextualización de la misma, tanto en el acervo comunitario del cual trae su origen, como en el contexto comparado europeo e internacional.

Comienza el capítulo segundo con la contextualización de la Directiva 2019/1023 en el marco europeo de regulación de la insolvencia, exponiendo a continuación los precedentes legislativos de la misma, entre los que se destaca especialmente la Propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016, como principal antecedente formal de la actual Directiva 2019/1023, propuesta que ha sido objeto de un importante volumen de análisis por la doctrina española y a partir de la cual se sucedieron diversas versiones prelegislativas de la vigente Directiva con importantes vaivenes en el contenido de alguna de sus principales instituciones, todo ello tal y como refleja el autor posteriormente en el capítulo tercero de la monografía.

La segunda parte del capítulo segundo de la obra está dedicada, tal y como se ha señalado anteriormente, al análisis de los antecedentes comparados de la Directiva 2019/1023, cobrando especial importancia los dos antecedentes más importantes y que han servido de modelo de inspiración para la misma: los *schemes of arrangements* ingleses y el Chapter 11 del U.S Code norteamericano. El autor lleva a cabo el análisis de los *schemes of arrangements* en el contexto del estudio sobre la interrelación entre el Reglamento europeo 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia, y la Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, lo cual es acertado puesto que permite abordar la problemática práctica de estos procedimientos en su dimensión internacional, en especial, en lo que respecta a su inclusión en el ámbito de aplicación de la norma de conflicto europea en la materia. Este estudio justifica la exposición de las particularidades del régimen jurídico de los *schemes of arrangements* que justificaron su utilización por empresas españolas, así como la previsible situación de los mismos en el escenario post-Brexit.

Por su parte el estudio expositivo de la regulación de la reestructuración – *reorganization* – en el marco del Chapter 11 del US Code, sirve al autor para introducir y contextualizar las instituciones de reestructuración propias del ámbito

anglosajón, así como las fases del procedimiento para la adopción de un plan de reestructuración, que después aparecerán incorporadas en el texto de la Directiva 2019/1023.

En el tercer capítulo, el autor aborda ya el estudio *strictu sensu* de la regulación de los marcos de reestructuración preventiva en la Directiva 2019/1023, mediante el análisis individual y pormenorizado del contenido de sus artículos, analizando los artículos 1 al 19, esto es, los comprendidos dentro de los primeros 2 Títulos de los 6 que integran la norma. Ahora bien, debe destacarse que el análisis realizado, lejos de ser un mero comentario hermenéutico sobre la letra del precepto, el mismo incluye siempre una valiosa comparación con el régimen vigente y proyectado de los acuerdos de refinanciación españoles, lo que redunda no sólo en la profundidad de dicho análisis, sino también, en la incorporación de reflexiones y sugerencias para la transposición del contenido de la Directiva 2019/1023 al ordenamiento jurídico español.

De esta forma, el estudio del contenido de la Directiva 2019/1023 se inicia con el análisis de los presupuestos subjetivos y objetivos de la misma, entrelazándose el mismo, con la exposición y justificación del régimen de las llamadas herramientas de Alerta Temprana cuya adopción propugna la Directiva 2019/1023 en su artículo 3 y que se interrelaciona con los propios presupuestos de la norma. Cierra este primer bloque de estudio de disposiciones generales el análisis del artículo 4 de la Directiva 2019/1023, precepto que opera tanto como una suerte de presupuesto general de todos los marcos de reestructuración preventiva regulados en los capítulos subsiguientes, definiendo sus caracteres y principios orientadores; como, por otra parte, delimitada el alcance de la discrecionalidad del legislador nacional en la transposición de los marcos de reestructuración preventiva al ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados Miembros, lo que posibilita la coexistencia en un mismo ordenamiento nacional de diversos procedimientos de reestructuración preventiva, incluso de carácter extrajudicial.

Prosigue a continuación el autor con el análisis del régimen jurídico propio de los institutos comunes a todos los marcos de reestructuración preventiva: el deudor no desapoderado (*debtor in possession*) y la moratoria preconcursal (*Automatic stay*), la cual incluye tanto los efectos de suspensión de las ejecuciones, como la moratoria del deber de solicitar la declaración de concurso y el régimen de los *executory contracts*.

A continuación se aborda el estudio del núcleo del régimen jurídico de los marcos de reestructuración preventiva: los planes de reestructuración, en especial, el contenido mínimo de los mismos exigido por la Directiva 2019/1023 (con especial referencia a la clasificación por categorías de los acreedores) y su régimen de adopción, para que los mismos puedan, en su caso, ser objeto de una

posterior confirmación judicial que lleve aparejada los efectos de arrastre entre categorías de acreedores: *intra-class cramdown* y *cross-class cramdown*.

Cierra el análisis de la regulación de los acuerdos de reestructuración en la Directiva 2019/1023 un estudio en profundidad sobre el nuevo régimen de deberes de los administradores en situaciones de insolvencia inminente que propugna la Directiva, donde el autor aboga por considerar la existencia de una modulación del interés social en las situaciones de insolvencia inminente, el cual pasa a incluir junto al interés de los socios, también expresamente y por mandato de la Directiva, el interés de los acreedores, lo que supone pasar del paradigma del interés común al paradigma del interés compartido en este contexto.

En suma, estamos ante una obra de referencia, tanto por el contenido como por su precocidad a la hora de abordar la Directiva (UE) 2019/1023, que debe ser un punto de partida inexcusable para todo estudioso del Derecho, ora se aproxime al tema por vez primera, ora busque un análisis más profundo de toda la problemática que concierne a la materia.

Pedro Chaparro Matamoros
Prof. Ayudante Dr. de Derecho Civil
Universitat de València

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 Tumusla N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó a los correos electrónicos:
revistabolivianadederecho@hotmail.com, orlandoparada.vaca@gmail.com
2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 7 de enero y 15 de junio, respectivamente.
3. La fecha de aprobación de trabajos para su publicación en los números de julio y diciembre no excederá el 31 de marzo y 30 de septiembre, respectivamente.
4. La aceptación de un trabajo para su publicación, supone que los derechos de copyright (Derechos de Autor), en cualquier medio y por cualquier soporte, quedan transferidos a la Fundación Iuris Tantum, editora de la revista.

III. Sistema de arbitraje

Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial decidirá en un lapso no mayor a los cinco días, si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos.

Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto (sistema de doble revisión "a ciegas"). El evaluador tendrá un período de dos semanas para comunicar su dictamen al Comité Editorial. El nombre del evaluador será reservado.

Los posibles dictámenes son:

1. Se aprueba la publicación del artículo.
2. Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
3. Se rechaza la publicación del artículo.

Si el dictamen del revisor observa algunas correcciones, el autor tendrá un plazo de quince días para realizarlas.

El que un artículo sometido a evaluación sea aprobado, no implica su inmediata publicación. La decisión final para la publicación de un artículo corresponde al Consejo Editorial de la Revista.

Una vez que se decida respecto del dictamen de publicación o rechazo del artículo, el autor recibirá notificación directa y por escrito informándole de la decisión final.

IV. Normas editoriales

A) Respecto al autor

- Deberá incluirse una corta biografía del autor, de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Adjuntar el currículum académico detallado, no olvidando la inclusión del correo postal, correo electrónico, dirección, teléfono y fax.
- Será responsabilidad del autor adjuntar todos los datos en su reseña personal.

B) Respecto al artículo

- Todo artículo propuesto para ser publicado en *Iuris Tantum* – Revista Boliviana de Derecho debe ser original e inédito.
- Los artículos deben escribirse en idioma español.
- Debe especificar el conflicto de interés o, cuál la importancia de escribir sobre el tema elegido.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.

- Cada artículo debe tener una traducción al inglés del resumen, así como del título.
- Las palabras claves de los artículos deben ser extraídas utilizando un Tesauro Normalizado. Éstas deben incluirse en español e inglés.
- El artículo deberá ir acompañado de un Sumario, que se incluirá al inicio del mismo (redactado en minúsculas, salvo la letra que encabece cada uno de los epígrafes) y de una bibliografía, que se incluirá al final del mismo, utilizando el sistema de citas propio de la revista.

V. Formato de Texto

- El artículo debe contener un máximo de mínimo de 30 páginas y un máximo de 50 páginas, salvo razones fundadas, que justifiquen una extensión superior:•
- Papel blanco, tamaño carta o A4
- Utilizar una sola cara del papel
- Tipo de letra: Times New Roman
- Tamaño de letra: 12 puntos
- Tinta negra
- Interlineado doble espacio
- Alineación todo a la izquierda, excepto citas mayores a las 40 palabras.
- Sangría al inicio de cada párrafo, se deben dejar cinco espacios.
- Tres niveles de títulos:
 1. Uno principal escrito en negrillas, mayúsculas, y centrado (14 pts)
 2. Uno secundario escrito en negrillas Tipo oración (12 pts)
 3. Uno terciario en negrillas Tipo oración
- Incisos: Números: 1º)

VI. Notas a pie de página

- Se utilizarán para descargar el texto de notas bibliográficas, de referencias de jurisprudencia y de opiniones o comentarios incidentales, así como para ampliar las ideas expresadas en el texto, en cuya redacción de empleará un estilo ágil, claro y conciso.
- Deben ir numeradas correlativamente con números arábigos.

VII. Citas

Todas las citas de autores y resoluciones judiciales deberán realizarse en nota a pie de página, nunca en texto.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **Material consultado en Internet.-** Debe respetar el siguiente orden:
Autores.- Los documentos de la World Wide Web que indican que son “mantenidos”, generalmente se refieren al autor con el apelativo de Maintainer (Maint), aunque también puede usarse más genéricamente Editor (De).
Fecha de visita al documento (año, mes , día).
Título que puede ser tomado de la barra superior del navegador.
Tipos de documento.- Indicar si son html, consultas en bases de datos, imágenes en formato .gif, .jpg u otro, archivos de sonido o de video, archivos FTP, etc.
Información acerca de la publicación, la que comienza con <http://www...>
- **Material consultado en Internet.-** La jurisprudencia se citará según sea habitual en el país de origen de cada escritor, con su respectiva referencia.

IX. OTRAS SECCIONES DE LA REVISTA.

- **Cuestiones jurídicas:** Se trata de una sección que incluye artículos breves, sin adscripción temática clara o con un impacto reducido a una determinada área geográfica.
Su estructura y requisitos formales son exactamente iguales que los de los artículos insertados en la Sección de Doctrina.
- **Crónicas jurisprudenciales:** Se trata de una exposición sistemática de la jurisprudencia existente sobre una determinada materia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellas se acompañará, al igual que respecto de los artículos, un sumario, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios.-** Se trata de análisis de textos legales novedosos o de especial importancia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellos se acompañará, al igual que respecto de los artículos, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios jurisprudenciales.-** Se trata de comentarios de sentencias especialmente relevantes, cuya estructura es la siguiente: Supuesto de hecho, Doctrina y Comentario.

- **Reseñas bibliográficas.-** Extensión máxima 3 páginas y el texto debe ir acompañado de la portada del libro en digital, ISBN y la editorial que lo publica.
- **La espada de Damocles.-** Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo la fotocopia o el escáner de la resolución judicial o administrativa criticada. La Revista Boliviana de Derecho, otorgará el derecho a réplica.

