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@revistaboliviandederecho.org
www.revistabolivianadederecho.org
también en **facebook**. https://www.facebook.com/revistabolivianadederecho
y **twitter** https://twitter.com/Vyjsantacruz

Coordinación General: Nahir Coimbra Peña
Diagramación General: Elias 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

30

DOCTRINA

A) DERECHO DE LA PERSONA

01/ La sociedad postcoronavirus con big data, algoritmos y vigilancia digital, ¿excusa por motivos sanitarios?, ¿y los derechos dónde quedan? Silvia Barona Vilar (España) 14

02/ Sujetos responsables por vulneración de las normas de protección de datos. Especial referencia a los datos relativos a la salud. Raquel Guillén Catalán (España) 40

03/ La interpretación jurisprudencial sobre el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Lydia Noriega Rodríguez (España) 76

B) DERECHO DE FAMILIA

04/ La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar: nuevas perspectivas. Francisca Ramón Fernández (España) 100

05/ Convivencia more uxorio y cuentas corrientes indistintas. Aurelio Barrio Gallardo (España) 122

06/ La nueva guarda de hecho como verdadera institución de apoyo. Esther Alba Ferré (España) 152

07/ El cambio de domicilio de los progenitores: su incidencia en el régimen de custodia y visitas: Gonzalo Muñoz Rodrigo (España) 178

08/ La sociedad de gananciales como régimen supletorio en un sistema convencional de libertad restringida. Contraste entre Perú y España. Romina Santillán Santa Cruz (España) 200

C) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

09/ En torno a la renta vitalicia. María Candelaria Domínguez Guillén (Venezuela) 230

10/ La gratuidad como elemento esencial del contrato de comodato. El comodato en interés del comodante. Isabel J. Rabanete Martínez (España) 276

11/ El uso combinado de la Ley de la cadena alimentaria y el Código civil para combatir la compraventa de cosechas “a resultas”. Federico Arnau Moya (España) 328

D) DERECHO DE SUCESIONES

12/ Conviviente de hecho y sucesión testamentaria: reflexiones desde la obsolescencia del régimen de legítimas. Salvador Carrión Olmos (España) 364

13/ El internamiento de padres y ascendientes como causa de desheredación. Manuel Ángel Gómez Valenzuela (España) 392

E) DEREHO Y BIOÉTICA

14/ Datos genéticos y datos de salud. Una aproximación a su estudio. Ana Elena Pérez Cobas y María Elena Cobas Cobiella (España) 428

F) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

15/ Competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera en España, a propósito del comentario al Auto 8324/2019 del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2019 y del Auto 202/2019 de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de julio de 2019. Alfonso Ortega Giménez (España) 454

16/ Un paso más en el proceso de armonización del Derecho Privado Europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis. María González Marimón (España) 470

F) DERECHO DEL TRABAJO

17/ Régimen jurídico del período de prueba: principales problemas aplicativos. Francisco Ramos Moragues (España) 496

18/ Los trabajadores de edad y el envejecimiento activo laboral. Tarik Lama Gálvez (Chile) 526

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

19/ El derecho sobre la vivienda familiar establecido por acuerdo entre los cónyuges como derecho real de uso y habitación en los casos de crisis matrimonial. Ana Añón Larrey (España) 560

20/ Régimen aplicable en materia de guardia y custodia de los hijos en la Comunidad Valenciana: la Ley 5/2011, de 1 de abril y los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Manuel Ortiz Fernández (España) 578

21/ Hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito. Isabel J. Rabanete Martínez (España) 604

22/ Reflexiones sobre el protocolo familiar jurídico. Mª. Carmen Barrón López (España) 622

23/ Aproximación a la expropiación indirecta de inversiones en Latinoamérica y España: dos caras de una misma moneda. Tahimí Suárez Rodríguez (Cuba) 640

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

A) DERECHO DE LA PERSONA

24/ La restricción del derecho de visitas de los padres con discapacidad mental. Comentario a la STEDH de 18 de febrero de 2020. Caso Cînţa c. Rumania. Jorge Antonio Climent Gallart (España) 678

B) DERECHO DE FAMILIA

25/ Relaciones personales entre abuelos y nietos: sobre la justa causa del art. 160.II CC. Comentario a las SSTS de España núm. 581/2019, de 5 de noviembre, y núm. 638/2019, de 25 de noviembre. José Ramón de Verda y Beamonte (España) 692

26/ Improcedencia de la custodia compartida cuando existe una distancia geográfica considerable entre los domicilios de los progenitores. Comentario a la STS de España, núm. 58/2020, de 28 de enero. Javier Martinez Calvo (España) 702

27/ Custodia compartida y vivienda común en casos de progenitores sin recursos. Comentario a la STS de España núm. 215/2019, de 5 de abril. Borja del Campo Álvarez (España) 718

28/ Atribución voluntaria de ganancialidad vs. prueba de la privatividad de los bienes: ámbito y efectos. comentario a la STS de España núm. 295/2019, de 27 de mayo. Romina Santillán Santa Cruz (España) 732

29/ En torno a la compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC. Comentario a la STS de España, núm. 658/2019, de 11 diciembre. José Ramón de Verda y Beamonte (España) 746

C) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

30/ Doctrina legal sobre el crédito revolving. Comentario a la STS, Sala 1ª, núm. 149/2020, de 4 de marzo (rec. núm. 4813/2019). Carolina del Carmen Castillo Martínez (España) 758

31/ Doctrina legal sobre el vencimiento anticipado en los préstamos personales. Comentario a las SSTS, Sala 1ª (Pleno) 101/2020, de 12 de febrero (rec. núm. 1769/2016), 105/2020, de 19 de febrero (rec. núm. 1400/2015) y 107/2020, de 19 de febrero (rec. núm. 2963/2016). Carolina del Carmen Castillo Martínez (España) 776

D) DERECHO MERCANTIL

32/ La prohibición de las ventas en corto y el impacto de las Q&A de la Autoridad Europea de Valores y Mercados. Comentario a la SAN de España 403/2020, de 21 de enero. Beatriz Belando Garín (España) 794

33/ El know-how: de idea a patrimonio ¿hasta dónde llega su patrimonialización? Comentario a la RDGRN de 4 de diciembre de 2019. Carlos Verdera Busutil (España) 802

PANORAMA

34/ Monedas virtuales y cibercrímenes. Un análisis comparativo. Salvatore Aceto di Capriglia (Italia) 818

RECENSIONES

35/ Escobar Mora, C.: *El deber de comunicación en la publicidad digital empresarial,* J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2019. David López Jiménez 866

36/ Rodríguez Ayuso, J. F.: *Ámbito contractual de la firma electrónica,* José María Bosch Editor, Barcelona, 2018. David López Jiménez 870

FUNDACIÓN IURIS TANTUM
DR. ORLANDO PARADA VACA
Presidente

DIRECCIÓN GENERAL
DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA 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 Procesal, 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 Valparaiso. 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 SOCIEDAD POSTCORONAVIRUS CON BIG DATA, ALGORITMOS Y VIGILANCIA DIGITAL, ¿EXCUSA POR MOTIVOS SANITARIOS?, ¿Y LOS DERECHOS DÓNDE QUEDAN?*

THE POSTCORONAVIRUS SOCIETY WITH BIG DATA, ALGORITHMS AND DIGITAL SURVEILLANCE, EXCUSE FOR HEALTH REASONS? AND WHAT ABOUT HUMAN RIGHTS?

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 14-39

* El presente trabajo se publica en el marco del Proyecto PROMETEO 2018/111.

Silvia BARONA VILAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: La pandemia del coronavirus ha arrasado la sociedad global moderna del Siglo XXI. La crisis sanitaria ha hecho tambalear los valores individuales y colectivos, y se abre numerosas incógnitas en las que emerge con enorme fuerza la inteligencia artificial: aplicaciones para un nuevo modelo sanitario, reconocimiento facial y vigilancia a través de las aplicaciones móviles para paliar, primero, y erradicar después, las consecuencias demoledoras de la pandemia. La dicotomía libertad-seguridad cede a favor de la seguridad, el control, la limitación y prohibición de libertades y plantea un dilema de futuro, ético, político y humano; como excusa razones de salud pública. ¿Excepcional-temporal o es el inicio de una nueva era?

PALABRAS CLAVE: Libertad-seguridad dicotomía; Inteligencia Artificial; modelo sanitario.

ABSTRACT: *The coronavirus pandemic has wiped out modern global society in the 21st century. The health crisis has shaken individual and collective values, and opens up many unknowns in which artificial intelligence emerges with enormous force: applications for a new health model, facial recognition and surveillance through mobile applications to alleviate, first, and eradicate later, the devastating consequences of the pandemic. The freedom-security dichotomy yields in favor of security, control, limitation and prohibition of liberties and poses a ethical, political and human dilemma for the future; as an excuse, for public health reasons. Exceptional-temporary or is it the start of a new era?*

KEY WORDS: *Freedom-security dichotomy; Artificial Intelligence; Health Model.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO GENERAL: ¿HACIA UN NUEVO PLANETA?.- 1. Coronavirus y estado de alarma en España.- 2. Coronacrisis y distopía social: ¿a la búsqueda de un nuevo modelo de Estado?.- II. MODELO ALGORÍTMICO DE SANIDAD EN LA SOCIEDAD PRECORONAVIRUS, CON ESPECIAL ÉNFASIS EN PREVENCIÓN.- 1. Punto de partida: los algoritmos en el ámbito sanitario, y especialmente como prevención.- 2. ¿A cualquier precio?.- III. SOCIEDAD POSTCORONAVIRUS CON MÁS INTELIGENCIA ARTIFICIAL. EL DILEMA ENTRE LA LIBERTAD Y LA SALUD PÚBLICA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: ¿HACIA UN NUEVO PLANETA?

Los tiempos de coronavirus están transformando el *modus vivendi* de la sociedad del Siglo XXI. Con mayor o menor incidencia, todos los países han adoptado una suerte de medidas, a consecuencia de la aparición de la enfermedad del coronavirus (COVID-19), aparecida en el mes de diciembre de 2019, por vez primera, en la ciudad de Wuhan, capital de la provincia de Hubei (China), donde un grupo de trabajadores del mercado mayorista de mariscos presentaron síntomas de una neumonía de causa desconocida, que parece tener su origen en un virus zoonótico, esto es, que circula principalmente entre animales, habiendo infectado a los humanos, sin tener capacidad hasta el momento de combatirlo.

1. Coronavirus y estado de alarma en España.

Lo que pareciera haber emergido como un "problema local" chino ha resultado ser una pandemia. De hecho, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el 30 de enero de 2020 la existencia de un riesgo de salud pública de interés internacional, y declaró la pandemia por coronavirus el 11 de marzo de 2020.

Los gobiernos fueron, con mayor o menor rapidez y con mayor o menor grado de exigencia, imponiendo restricciones a viajes, cuarentenas, confinamientos, cancelación de eventos, cierre de comercios, reducción o suspensión de la actividad económica, generando un estado de shock en las personas, en la sociedad, en los países y en el mundo en general. En unos países se decretó el estado de emergencia, en otros los toques de queda, en otros, como en España, el estado de alarma. Todos ellos tienen su abrigo jurídico en las constituciones modernas,

• Silvia Barona Vilar
Catedrática de D. Procesal de la Universitat de València, Doctora honoris causa por las universidades UAGRM (Bolivia), Örebro (Suecia), e Inca Garcilaso (Perú). Es autora de más de 600 publicaciones, destacando sus 20 libros de autoría única y sus 20 libros como editora y directora. Dirige el Grupo de Excelencia MedArb (Valencia), ha sido Directora de 20 tesis doctorales, está en posesión de la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort, y es Cónsul de la Lonja de Valencia, además de Presidenta de la Corte de Arbitraje y Mediación Valencia. Correo electrónico: silvia.barona@uv.es.

regulados como una suerte de situación de excepcionalidad, que supone una suspensión de garantías y derechos y, para ello, una declaración temporal y limitada de estado policial.

En España es el art. 116.2 de la Constitución el que recoge la posible declaración del estado de alarma, en todo o en parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alternaciones graves de la normalidad: grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud; crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves; situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad; paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad y concurra alguna de las circunstancias o situaciones anteriores. Ahora bien, dada la excepcionalidad, se establece que como máximo podrá decretarse por un plazo de 15 día por el gobierno, dando cuenta al Congreso de los Diputados, sin cuya autorización no podrá ser prorrogado ese plazo. Y en ese periodo es posible limitar los siguientes derechos mediante Decretos-Ley: la libre circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarla al cumplimiento de ciertos requisitos; Se podrá practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias; Se podrá intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados; Se podrá limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad; Se podrá impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción afectados.

Con este marco normativo, el sábado 14 de marzo se aprobó en España el Real Decreto núm. 463/2020, con el que se declaraba el estado de alarma, para contener la expansión de la pandemia por la enfermedad del coronavirus (COVID-19)[1]; todo ello anudado a las medidas urgentes aprobadas por el Consejo de Ministros extraordinario de naturaleza económica para empresas, pymes y autónomos. Con este estado de alarma se limitaban los movimientos de los ciudadanos en todo el territorio nacional. El RD permite desplazarse únicamente a la compra, al médico, a la farmacia, al trabajo y al banco. Ordena el cierre de museos, monumentos, espectáculos públicos, actividades deportivas y buena parte de comercios, entre ellos bares y restaurantes. Suspende las clases, restringe el transporte y autoriza la intervención de empresas o servicios y la ocupación transitoria de industrias y fábricas, así como la movilización de las Fuerzas Armadas para asegurar el abastecimiento alimentario. La justificación del estado de alarma se halla en el art. 116.2 de la Constitución (crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves), y al amparo de lo dispuesto en el art. 4 b)

1 B.O.E. núm. 67, de 14 de marzo de 2020, pp. 25.390 a 25.400.

de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, se fijan los lindes del estado de alarma, así como que se adoptan en el marco de lo establecido en el ordenamiento jurídico, tanto en cuanto a la forma como en cuanto a contenidos.

2. Coronacrisis y distopía social: ¿a la búsqueda de un nuevo modelo de Estado?

Podríamos afirmar que nadie, o casi nadie –a salvo de algunos virólogos que venían anunciando la posible existencia de algún virus que podría implicar una pandemia como la que estamos asistiendo[2]- podía avizorar hace cuatro meses que la casi totalidad de la población mundial estaría bajo condiciones de confinamiento; un confinamiento fruto de la emergencia y la crisis sin precedentes en el mundo; una crisis que arrastra personas, ideologías y sobre todo los valores que hemos estado amamantando en las últimas décadas.

Habíamos olvidado la política, sometida globalmente a parámetros meramente economicistas. Es más que palmario que el sistema político había cedido su espacio a un sistema económico agresivo, en el que la base no debía ser sino la austeridad del gasto público social[3]. Lógicamente esa situación llevó a los sucesivos recortes de servicios públicos, entre los que se encuentran los sanitarios o los servicios sociales. Una realidad innegable en todo el planeta, servida en bandeja de plata por los ideólogos del pensamiento económico neoliberal que nos ha acompañado en la construcción del actual planeta y especialmente de la sociedad neomoderna que vivíamos.

Asistimos ante un escenario demoledor. El impacto negativo de la pandemia del coronavirus en la sociedad del Siglo XXI es innegable: deterioro de la calidad de vida y el bienestar de las personas, pese a los intentos a marchas forzadas de los Estados por contener la pandemia, adoptando toda clase de medidas, en muchos casos muy impopulares para la clase económica, que inciden también en las dimensiones sociales, políticas e ideológicas. Una idea es clara: el coronavirus, "que viaja de huésped en huésped e infecta las células humanas, se mueve de acuerdo con su propio tiempo de aceleración, indiferente a la etnia, la clase o el

2 Entre otros, Cheng, V. C. C; Lau, S. K. P; Woo, P. C.; Yu, K.: "Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus as an Emerging and Reemerging Infection", *Clinical Microbiology Reviews*, 2007, pp. 660-694.

3 Una crítica feroz a estas políticas de austeridad que han venido de la mano del neoliberalismo pueden verse en Navarro, V.: "Las políticas económicas neoliberales matan. Hay que cambiarlas", *Público,* 3 de abril 2020, https://blogs.publico.es/vicenc-navarro/2020/04/03/las-politicas-economicas-neoliberales-matan-hay-que-cambiarlas/. En este artículo el autor se apoya en los datos presentados por la *Global Health Expenditure Database* (de la Organización Mundial de la Salud), entre 2009 y 2017, en la que se pone de manifiesto que "el gasto público sanitario gubernamental como porcentaje del PIB descendió en España de un 6'4% a un 5'9%, y en Italia de un 7% a un 6'5%, mientras que en EEUU –punto de inspiración del modelo neoliberal– apenas creció de un 4'2% a un 4'5%, con una cobertura sanitaria muy limitada, con casi 30 millones de estadounidenses sin protección sanitaria; por otro lado, según datos de la OCDE, entre 2008 y 2016 España redujo sus camas hospitalarias por cada 1.000 habitantes de 3'2 a 2'97, Italia de 3'79 a 3'17 y los Estados Unidos de 3'13 a 2'77".

sexo, a la propaganda y al prejuicio'"[4], esto es, nos ha hecho seres humanos mucho más iguales en la vulnerabilidad y fragilidad. Y ha convertido nuestro entorno en una distopía social, que plantea numerosas incógnitas en torno al día de después.

A partir de aquí, como causa o como efecto de la pandemia del coronavirus, una realidad planea sobre todos: el mundo no será ya como lo dejamos. Ni personal, ni política, ni económica, ni social, ni profesionalmente, las cosas volverán a ser como eran. Y desde luego se abre un nuevo espacio para un replanteamiento de todo nuestro entorno, incluidos los derechos humanos, quedando el dilema, ahora latente, entre una pérdida de identidad de los mismos, o, por el contrario, su reforzamiento.

Es indiscutible que la hecatombe propulsada por esta pandemia viral ha traído el fin de una era, en la que felizmente se vuelve a la política, que había relegado su posición a favor de la economía, que era quien dirigía el mundo. Los Estados habían alcanzado cotas de minimalismo extremas, una suerte de Estado atópico[5], que había cedido todo al mercado, las políticas públicas venían de la mano de los costes económicos, por lo que el punto de partida era la perdida del bienestar social –de todos- por la ganancia del bienestar individual –de algunos, pero solo de unos pocos-. Habíamos perdido el sentido de lo social, del por qué se construyeron las sociedades, por qué emergió el contrato social, por qué nos agrupamos colectivamente, y por qué la conquista –no sin enorme esfuerzo y desgaste personal- de los derechos veía cada vez más derrotas, pérdidas de garantías y de derechos, pese a que su reconocimiento programático y formal seguía existiendo y se mostraba como una suerte de escudo protector frente a los descontentos.

La construcción del sistema político que se asentó en la revolución francesa y en la revolución americana, que dio lugar al liberalismo político y a la idea del contrato social (inspirada en Locke[6], Hobbes, Voltaire, Rousseau y los revolucionarios franceses) entre Estado-ciudadanía se entendía en estos últimos tiempos como amortizada. La construcción del Estado moderno se asentaba en los principios instaurados filosófica y políticamente por el liberalismo, a saber, que la soberanía emanaba del pueblo, que la vida, la libertad, la propiedad y el derecho a la felicidad son derechos naturales del hombre, consustanciales a su naturaleza y, por ende,

4 Hustvedt, S.: "Vivo con miedo, imagino el futuro", *El País*, 3 de abril 2020, https://elpais.com/cultura/2020/04/03/babelia/1585933284_651296.html.

5 Sobre el concepto de "atopia" aplicado a la consideración de sociedad atópica puede verse Willke, H.: *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2001, quien construye el concepto desde su consideración de la "deconstrucción de la utopía", pp. 7 a 62. El sentido y significado de Estado atópico a nuestro parecer puede casar muy bien con lo expuesto sobre el Estado minimizado, residual pero Estado a la postre que no desparece pero que queda claramente "deubicado" o "deslocalizado" (sin lugar), significado que tiene el término griego *atopia.*

6 A él se le denominó el "padre del liberalismo clásico". Delaney, T.: *The march of unreason: science, democracy, and the new fundamentalism*, New York, Oxford University Press, 2005, p. 18.

previos a la constitución social. El Estado aparecía como garante de todos ellos. La obra de Hobbes (especialmente *Leviathan*, publicada en 1651), y posteriormente la de John Locke (*Two Treatises of Civil Government* (1680-1690)) fueron, con sus diferencias, los que vincularon el poder del soberano con el interés y deber de los súbditos con aquel, precisamente por sus derechos reconocidos[7]. Dicho de otro modo, en ellas se gestaba la idea del contrato social, en el que los ciudadanos ceden parte de su libertad al poder estatal a cambio de la seguridad que ofrece el poder estatal a los ciudadanos. El poder del Estado liberal se fundamentaba en la existencia del contrato social, siendo la ley y el orden una obligación del Estado derivada del mismo contrato.

El contrato social sirvió hasta casi finales del Siglo XX para que pudiera el Estado asumir el poder político y con él la adopción de las políticas públicas que se van adoptando desde la legitimidad del Estado para garantizar precisamente la tranquilidad y la seguridad, para favorecer el tráfico y las comunicaciones de la ciudad, y para mejorar el bienestar, la salud y la prosperidad de la población[8]. De este modo, como señala Hudson, estos dos conceptos están en el pensamiento liberal necesariamente anudados. El contrato social fue a la postre el juego entre la libertad y la seguridad, renunciando a algo de la libertad para garantizar la seguridad. La cuestión es siempre "cuanto" debe renunciarse para alcanzar un adecuado nivel de seguridad y ahí esta la clave en las teorías liberales de la justicia[9].Y en ese equilibrio es donde se puede medir el pensamiento ideológico político.

La globalización y la ideología del mercado llevaron a la sociedad de finales del Siglo XX y del Siglo XXI a una transformación. Los disvalores de la "eficacia" y "eficiencia" planeaban en todos los aspectos de la vida. Hemos asistido a un crecimiento asimétrico y dispar de las diversas zonas regionales del planeta, debido fundamentalmente a razones económicas. Obviamente, vivimos un nuevo modelo de Estado con una reorganización de los protagonistas sociales. Una realidad indiscutible: el pensamiento económico neoliberal empapó una política estatal de mínimos, defendida por la Escuela de Chicago y sus pensadores económico neoliberales. Se favorecieron las teorías anti-intervencionistas en la década de los años noventa del siglo pasado, defendiendo que la crisis económica se había producido como consecuencia del endeudamiento estatal, por lo que había que paliarlo, haciendo imprescindible la dinamización de la economía a través de un mercado internacional abierto, sin obstáculos o con mínimos, desde el que se favoreciera la comercialización nacional e internacional y activara el consumo. Un

7 Barona Vilar, S.: *El proceso penal desde la Historia. Desde sus orígenes hasta la sociedad global del miedo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 215.

8 Garland, D.: *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society,* Oxford University Press, 2001, p. 31.

9 Hudson, B.: *Justice in the Risk Society. Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity*, Sage Publications, 2003, p. 40.

elemento esencial para su dinamización fue la propulsión de las tecnologías de la comunicación, que introducen el elemento del tráfico económico al menor coste.

Es estremecedor observar cómo el COVID-19 ha producido un efecto impensable en el Siglo XXI: el virus no ha sido selectivo. La brecha entre ricos y pobres, norte y sur, entre los tecnológicos y los que no lo eran, desaparece con la pandemia viral, mostrando la absoluta vulnerabilidad del planeta, la fragilidad humana, venga de donde venga. El virus no hace distingos.

El estado de alarma que se ha instalado, transitoria pero real, en nuestras vidas nos ha obligado al confinamiento, a estar con nosotros mismos y con nuestro entorno, a recordar y anhelar aquellas pequeñas cosas que teníamos y no valorábamos, como la vida cotidiana y la relacional. El estado de alarma trunca el sistema de derechos y libertades que nuestra constitución recoge y lo hace bajo la existencia de una gravísima situación de pandemia sanitaria.

Ahora bien, a la exposición de la situación de altísima gravedad de la humanidad debido a este virus zoonótico se añade la incógnita de la sociedad "del después"; una sociedad que no será igual que la que tuvimos, y que probablemente requerirá de la deconstrucción de un nuevo paradigma social. ¿Cuál sea? Es la gran pregunta que se hacen los filósofos, sociólogos, politólogos, economistas, juristas, etc. La respuesta no se conoce, empero sí hay coincidencia en dos ideas.

Por un lado, hay que resucitar a la política frente a la economía. Lo que no está claro es el modelo político que vendrá, y hay que evitar caer en el simplismo de los autoritarismos como buen sistema para defender a la ciudadanía. Hemos asistido a defensores de la gestión de la pandemia por una dictadura como China, quien está aprovechando para convencer al mundo de que un modelo autoritario lo es capaz de hacer mejor, y puede ser el arma arrojadiza de los grupos extremistas que están tratando de sacar rédito a este triste momento universal.

Por otro, las tecnologías, que ya habían irrumpido con una fuerza imparable en el planeta interconectado, van a adquirir el papel de eje de la construcción del nuevo mundo, y especialmente la inteligencia artificial, a través de sus múltiples, asimétricas y plurales manifestaciones, que están convirtiéndose no solo en posibles gestores de algo como esta pandemia, sino en los instrumentos de "gestión de vida", o de la construcción de la nueva sociedad postcoronavirus.

II. MODELO ALGORÍTMICO DE SANIDAD EN LA SOCIEDAD PRECORONAVIRUS. CON ESPECIAL ÉNFASIS EN PREVENCIÓN.

La convivencia con la máquina es inevitable desde hace largo tiempo. Las coordenadas digitales del mundo que han acompañado a la revolución industrial

del 4.0. fueron favoreciendo cada vez más la irrupción del mundo digital, que ha encontrado un absoluto soporte evolutivo en la inteligencia artificial. Son conceptos que conviven paralelamente, que se retroalimentan e incluso subsisten como una suerte de simbiosis vital o, si se quiere, la revolución industrial del 4.0. es el escenario en el que se ha gestado, desarrollado y consolidado la inteligencia artificial, lo que no es óbice a que las perspectivas evolutivas de ésta puedan propulsar una nueva revolución industrial[10].

Hemos venido asistiendo a la presentación de nuevos desarrollos innovativos, robots avanzados, sensores sofisticados, nubes, internet de las cosas, a la *data capture* y *data analytics*, a la fabricación digital, a software como servicio u otros modelos de marketing, a los smartphones y otros dispositivos móviles, plataformas que usan algoritmos para dirigir vehículos de motor, y la incorporación de todos estos elementos en una cadena de valores globales que interaccionan, compartidos por varias compañías de varios países[11]. Un *totum revolutum* que no es todo ello inteligencia artificial, empero sí son manifestaciones algorítmicas de una revolución digital innovativa y disruptiva. Un mundo digital en el que la interconexión se hace cada vez más sencilla y del que se están beneficiando las empresas, el sector público, las instituciones, y también las personas individualmente. Se ha dicho que este escenario está incluso redefiniendo el significado del ser humano, en cuanto está enfáticamente empujando los umbrales de la longevidad, la salud, la cognición y las capacidades, de modo que antes estaba reservado a la ciencia ficción[12].

1. Punto de partida: los algoritmos en el ámbito sanitario, y especialmente como prevención.

En ese escenario, y antes de que irrumpiera la pandemia de coronavirus en nuestras vidas, ya asistíamos a un nuevo modelo de sanidad, en el que la irrupción de los algoritmos y la inteligencia artificial estaba propiciando un cambio del modelo operativo. Son innumerables las manifestaciones en el mundo de la sanidad de esta revolución tecnológica. La posible empleabilidad de enormes volúmenes de datos, el uso de técnicas matemáticas y computacionales para extraer biomarcadores en enfermedades, entre otros, permite trabajar en muchos casos con el principio de prevención de enfermedades. Así, en el mundo sanitario las aplicaciones están revolucionando los canales de comunicación. El grado de colaboración, control, celeridad y hasta efectividad y abaratamiento de los servicios a través de las aplicaciones se hace cada día más palmario. En el contexto economicista que vivíamos este elemento –abaratamiento, gestión de tiempos, ahorro, etc- jugaban un papel preponderante a la hora de presentar estas modalidades.

10 Puede verse, Barona Vilar, S.: "Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la Justicia: ¿solución o problema", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 28, 2019, pp. 20-24.

11 Geissbauer, R.; Vedso, J.; Schrauf, S.: *A Strategist's Guide to Industry 4.0.: Global business*, 2016.

12 Schwab, K.: *La cuarta revolución* industrial, Debate Editorial, Barcelona, 2016, p. 127.

Son múltiples las manifestaciones con las que contamos, que van desde aplicaciones, pasando por sistemas computacionales, e incluso la intervención de robots humanoides en la realización de determinadas acciones.

Desde que se creó la app "Headspace", que ofrecía meditación, como mecanismo de control de la mente y para evitar precisamente situaciones de estrés, no han dejado de sucederse. "IDoctus" es una aplicación que ayuda a los médicos, ofrece información recogida y les permite y favorece la realización de diagnósticos basada en experiencias anteriores; "Nike+Run Club" para los deportistas, que permite medir parámetros, ritmos, calorías consumidas y archivar progresos, además de ofrecer entrenamientos para evitar tener que ir al gimnasio; o la "Runstatic", que es una especie de entrenador personal virtual que te ayuda en cualquier tipo de deporte, guardando tus progresos; "Manual de Primeros Auxilios", para saber que maniobras debe hacerse en caso de necesidad; "Contigo" para ayudar a mujeres que padecen cáncer a través de experiencias de mujeres que han superado la enfermedad; "Fabolous", o aplicación que motiva a llevar una vida saludable, dando consejos desde el desayuno hasta la cena; "Catch my pain", una aplicación diario de dolor a través de la cual el usuario registra lo que le duele, cuánto, dónde y desde cuándo siente malestar para transmitirlo al médico para prescribirle el tratamiento adecuado; "Diario de tensión arterial", para control de la tensión arterial o presión sanguínea; "Social Diabetes", para calcular las dosis de hidratos y administración de insulina; "Cardiograph de Macropinch" que es una aplicación con sensores y cámara que monitorea la manera en que está latiendo el corazón generando historial del usuario; "Dermomap", que permite apoyar un diagnóstico de diversas enfermedades de la piel, busca tipo, compara con base de datos y da consejo sobre qué hacer.

El impacto que estas aplicaciones han tenido en el sector sanitario ha sido espectacular y ha ido cada vez más vinculándose a los avances que tecnológicamente han incursionado en la misma: herramientas de aplicaciones han permitido escáneres de detección temprana de enfermedades y modelos de predicción, monitorización de pacientes con diagnósticos poco comunes, entre otros. A título de ejemplo, la tecnología del Watson IBM ha ofrecido la posibilidad de recomendar, en poco minutos, tratamientos personalizados para pacientes con cáncer mediante la comparación de historiales de la enfermedad y su tratamiento, exploraciones y datos genéticos con el universo de conocimiento médico actualizado[13], esto es, mediante *big data* selectivo.

La irrupción de los algoritmos y la inteligencia artificial en el sector global de la sanidad ha sido espectacular, fruto de una necesidad de ofrecer más por menos

13 Puede verse, Eunjung Cha, A.: "Watson´s Next Feat? Taking on Cancer", *The Borneo Post,* 5 julio de 2015, en *https://www.pressreader.com/*, consultado el 16 de septiembre de 2019.

(más eficiencia con menos recursos humanos). Las máquinas han sustituido al personal sanitario en la interpretación de datos generados por escáneres, rayos X, analíticas y un sinfín de instrumentos de diagnóstico. Es por ello que en misiones de diagnóstico y de informes derivados del mismo, los algoritmos han ganado la batalla "económica" al capital humano. Quizás en este sector el paso más trascendental se da con la incorporación de la robótica aplicada a los quirófanos. Y en esta sede nos encontramos dos niveles diferenciados: por un lado, aquella en la que los robots ayudan a los cirujanos en intervenciones invasivas y no invasivas (favoreciendo el incremento de los niveles de precisión, control y flexibilidad de los cirujanos humanos), y por otro, aquellos supuestos en que se produce el reemplazo total de la intervención humana en los procedimientos quirúrgicos por la máquina. Igualmente, se habla de la posibilidad de emplear fabricaciones en 3D y 4D para producir tejidos vivos para la reparación y regeneración de tejidos (bioimpresión), a través de los trasplantes.

Son muchas ya las empresas que han creado proyectos de detección de enfermedades. Se presentan los algoritmos como un apoyo o incluso en ciertos casos como un sustituto del ser humano, permitiendo detectar anticipadamente enfermedades como el alzhéimer, el cáncer de piel, de pulmón, de mama, generando un potencial enorme. Los instrumentos para esta detección o prevención son múltiples[14].

La empresa biotecnológica Quibim expone un proyecto "Imagenoma del Envejecimiento" que pretende entender cómo se envejece. Para ello ha llevado a cabo una resonancia magnética a más de 1000 sujetos voluntarios mayores de 50 años de la provincia de Girona, y se pretende con este sistema establecer políticas de prevención primaria en determinados subgrupos de riesgo. Y esta misma empresa ha desarrollado algoritmos de procesamiento de imágenes para diagnosticar cáncer de próstata y para evaluar la calidad del hueso femoral.

En otros casos, se trata de portar un reloj inteligente o una pulsera rastreadora, entre otros dispositivos, que permiten reducir las visitas personales a los centros de salud y a los hospitales. Algunos de estos dispositivos no aparecieron con esa etiqueta sanitaria, empero han ido evolucionando hacia el mismo con el fin de ofrecer un mecanismo de valoración de la salud de sus usuarios. Se habla incluso de camisetas que corrigen las posturas, pijamas que monitorizan la respiración o petos que controlan a personas con problemas cardiacos[15]. Son lo que se ha denominado en el mundo tecnológico como *wearable*s que gestionan la salud.

14 Algunas de las manifestaciones que citamos, a título de ejemplo, pueden encontrarse en Rubio, I.: "Ya sé de qué me pondré enfermo", en el monográfico *Un médico en el bolsillo. La tecnología impulsa un sistema sanitario enfocado en evitar las enfermedades antes de que se manifiesten*, Retina, núm. 25, 2020, pp. 40-49.

15 La firma Nuubo ha creado una prenda inteligente que vigila el corazón, similar a un top deportivo, que permite controlar sobre todo las arritmias.

Un ejemplo interesante es el *Apple Watch*, que es un dispositivo que permite realizar un electrocardiograma completo en dos minutos, para detectar arritmias y también enfermedades coronarias.

Especialmente remarcable son las aplicaciones que se presentan a los efectos de detección de enfermedades más graves como el cáncer. Por ejemplo, el dispositivo *Pointcheck,* elaborado por la empresa Leuko, que permite en menos de un minuto monitorizar los niveles de glóbulos blancos desde casa, de manera que los pacientes ponen el dedo en el aparato, que toma las imágenes de microscopía a través de la piel y los resultados le llegan al médico desde una aplicación.

Y las consultas inmediatas a través de un *chabot* denominado *Mediktor*, para evitar los periodos de espera en consultorios o en urgencias. Se inicia una conversación y tras la realización de varias cuestiones se le ofrece un listado de enfermedades relacionadas con sus síntomas, sin que esto implique sustituir al médico. Es un sistema de reconocimiento de lenguaje natural y utiliza técnicas de *maschine learning.*

2. ¿A cualquier precio?

Es precisamente en este ámbito -sanitario- donde los avances médicos de la mano de la tecnología se han presentado como espectaculares, empero también, como sucede en materia de Justicia, donde los dilemas éticos crecen de forma exponencial, especialmente en el ámbito de la ingeniería genética, y en la afectación de derechos.

Que la inteligencia artificial está revolucionando nuestra relación personal y comunicacional con la salud es indudable -ya lo estamos presenciando-, si bien suscita cuestiones jurídicas como el control de la privacidad, la posible suplantación profesional, el diseño y aplicación de algoritmos con sus sesgos inherentes, la ausencia de la calidez humana cercana, la falibilidad y posible exigencia de responsabilidad de la aplicación, entre otros. Queda abierta la puerta a numerosas incógnitas.

1. La utilización de las aplicaciones y el control del estado de salud de las personas comporta la intromisión en la esfera de la intimidad de la persona. Con estas aplicaciones no solo se controla arritmias, temperaturas, se puede prever cánceres, enfermedades cardiovasculares, etc, o realizar controles remotos (electrocardiogramas entre otros). El *big data* producto de estas aplicaciones es ingente, y alimentan una información sobre la persona que pertenece a su esfera personal, íntima, a sus movimientos, a sus gustos, a su estilo de vida, etc. ¿Qué pasa con todos estos datos? ¿existe una regulación ética y jurídica que me permita

garantizar su destrucción o no uso? ¿todo vale en aras de un valor esencial para las personas que es la salud?

2. El mundo inteligente se construye sobre algoritmos, el petróleo del Siglo XXI, como se reitera en foros y congresos internacionales. Se afirma que los algoritmos curan, cuando no son instrumentos magníficos de prevención. Un ejemplo muy claro se ve en China, país en el que muchas zonas no tienen posibilidad de acceso a la asistencia sanitaria, y ofrece aplicaciones como "Good Doctor", un sistema de inteligencia artificial que permite que se haya construido unas casetas de tres metros cuadrados a las que los pacientes acuden, rellenan formulario con los síntomas que padecen, y en la cabina hay aparatos para hacerse ellos mismos pruebas básicas (toma de temperatura, tensión, control de pulsaciones, etc). Está instalado un sistema de inteligencia artificial que contrasta la información con una base de datos que incluye 400 millones de expedientes (¿qué pasa con la privacidad?) para tomar una decisión: o emite un diagnóstico y la correspondiente receta o llama a un especialista para que continúe con la consulta por videoconferencia[16].

Se trata de sistemas de inteligencia artificial que sustituyen la labor de asistencia primaria sanitaria, lo que abriga de nuevo las múltiples cuestiones de no solo la cientificidad de la respuesta, dada precisamente la diferente genética de las personas, que va a alterar en muchas ocasiones el diagnóstico y sobre todo el tratamiento y la posología, precisamente porque la respuesta genética de las personas ante una determinada enfermedad es absolutamente compleja y muy asimétrica. La importancia del acercamiento humano en muchas ocasiones –no siempre- es insustituible por la máquina, cuya misión es actuar en función de la casuística anterior. RUBIO cuestiona que una "máquina, por muy buena que sea, jamás podrá coger la mano de un paciente y compartir la carga emocional de las enfermedades". Esta afirmación, sin embargo, podría rebatirse en atención a dos elementos: por un lado, que no en todas las culturas se ofrece esa carga emocional entre sanitarios y pacientes, y, por otro, que la evolución de la inteligencia artificial de última generación, que trabaja con sistemas neuronales, podría llegar a conseguir que ese acercamiento afectivo pudiera obtenerse también a través de un robot humanoide.

3. Los algoritmos en general siguen planteando dudas acerca de su fiabilidad, o, dicho de otro modo, qué grado de perfección de conocimiento puede tener el algoritmo, que lleva a que su aplicación en sede sanitaria sea mejor que la del ser humano sanitario. Sabemos que cada vez más las máquinas, que comenzaron realizando labores complementarias del ser humano, están alcanzando cotas mayores, sustituyendo funcionalmente a los seres humanos. En el caso del "Good

16 Rubio, I.: "Ya sé de qué me pondré enfermo", cit., p. 41.

Doctor" hay una sustitución. Cuestión diversa es que la sustitución algorítmica pueda o no dejar paso posterior a la intervención humana. Pero es palmario que, allende la justificación de que con los algoritmos se ofrece servicios de proximidad a las personas, persiste, desde el modelo economicista que nos ha modulado en la globalización, la idea de "más por menos". Si las máquinas permiten en tiempo más breve y por supuesto con un menor coste (plantillas de sanitarios, seguridad social, espacios, materiales, etc) sustituir a las personas, se alcanza la eficiencia deseada.

La fiabilidad de las máquinas sigue siendo una de las cuestiones más complejas en el mundo real, todo y que tampoco las personas son infalibles. Ahora bien, el sistema jurídico está pensado para garantizar que las personas que sufren a causa de un error humano sanitario cuentan con los medios adecuados para exigir responsabilidad por ello. Este es uno de los temas que están planteándose en el momento actual en torno a la inteligencia artificial, a saber, la posible exigencia de responsabilidad de las actuaciones realizadas por las inteligencias artificiales. Aun cuando mucho se ha escrito y aun cuando ha sido tema de interés especialmente en el seno de la Unión Europea, todavía no se ha resuelto adecuadamente. Y esta responsabilidad cuando es médica y afecta a la salud o a la vida de las personas adquiere un plus de gravedad que exige ineludiblemente afrontar.

4. Igualmente, una de las inquietudes que sigue planteándose es la de los sesgos que muestran algunos algoritmos, que entran de lleno también en cuestiones humanas y sobre todo éticas. Se argumenta que los humanos tienen sesgos, cierto, empero se argumenta que los algoritmos ayudarían a tomar decisiones sin prejuicios, aprovechando el rigor matemático y la frialdad de los datos, que permitiría una solución automática. Sin embargo, hay algunas muestras de que no se ha conseguido. Los algoritmos se nutren de información humana y esto ha llevado a demostrar que un algoritmo usado en el mundo de la salud puede producir enormes daños si se ha nutrido de sesgos que hacen un tratamiento se de a unas personas y a otras no, por ejemplo, atendiendo a sesgos racistas, sexistas, religiosos, homófobos, clasistas, etc, que lleven a efectuar discriminaciones a sectores o vectores de la población. Ejemplo de ello fue el escandaloso algoritmo empleado en salud en EEUU, que demostró una discriminación entre raza negra-raza blanca a la hora de aplicar o no un programa de atención sanitaria[17].

No por haberlo reiterado dejamos de afirmar que, una vez más, subyace aquí la vinculación del juego ética-sesgos-mercado. La concurrencia de sesgos no ha sido hasta hace muy poco una cuestión que preocupara a las empresas que comercializan este tipo de programas. La eficiencia en los resultados, amén de la obtención de ganancias era su principal objetivo. Sin embargo, el comienzo de

17 Puede verse Salas, J.: "El algoritmo que discrimina a los pacientes negros sin conocer su raza", *Ed. El País*, 24 de octubre de 2019.

las auditorías algorítmicas permite avizorar un mejor futuro, dado que, frente a la ausencia de interés por valorar estos datos y especialmente sus resultados, se ha producido un viraje a la búsqueda del marco ético adecuado que permita, entre otras cosas, tratar de evitar que los sesgos que alimentan un algoritmo puedan conocerse, amén de poder modularlos, evitarlos, para paliar resultados que hacen flaco favor al desarrollo de la inteligencia artificial.

III. SOCIEDAD POSTCORONAVIRUS CON MÁS INTELIGENCIA ARTIFICIAL. EL DILEMA ENTRE LA LIBERTAD Y LA SALUD PÚBLICA.

Si antes del coronavirus la construcción de la tecnohumanidad era palpable, parece inminente que la inteligencia artificial se va a convertir en la mano amiga imprescindible de la gestión de la sociedad postcoronavirus.

1. La Inteligencia Artificial ha llegado para quedarse.

La dependencia del ser humano respecto de la máquina inteligente era ya una realidad indiscutible en las últimas décadas. Frente a políticas de lucha por alcanzar el liderazgo mundial de las tecnologías, como las lidiadas entre EEUU y China en los últimos años, las políticas de contención internacionales, y con énfasis las europeas, en las que el interés por fijar límites al desarrollo de la inteligencia artificial ha sido patente, han sido numerosas. Entre otras, la Unión Europea, la OCDE, la WIPO han venido mostrando esa necesidad de configurar una suerte de principios sobre la inteligencia artificial, que permita la configuración de un conjunto de reglas o normas éticas y jurídicas que favorezca, en todo caso, la administración responsable de la inteligencia artificial. Se ha entendido a la perfección que no puede dejarse en manos del sector privado o de las dos o tres potencias tecnológicas mundiales el marco jurídico adecuado de estas modalidades tecnológicas que están alterando las bases del crecimiento económico, social, cultural y político mundial. Los poderes públicos no pueden eludir sus responsabilidades de cara a sus ciudadanos[18]. Y hablar de los poderes públicos implica vincular los intereses públicos, aquellos que preocupan no solo a los Estados nacionales, que también, sino a organizaciones internacionales y a grupos interregionales. La implicación de todos ellos es una realidad indiscutible, que viene acompañándonos desde hace ya algunos lustros, mostrando, especialmente en los últimos años, una profusa actividad en aras de conseguir trabajar en colaboración, generando pulsos y equilibrios que permitan garantías frente a los múltiples riesgos que entraña el imparable desarrollo de la IA.

18 Barrio Andrés, M.: *Internet de las cosas*, Editorial Reus, Madrid, 2018, pp. 65-66. Este autor se refiere a la necesidad de disponer de un Tratado internacional que proporcione base jurídica a través de unos principios estructurales que permitan la armonización de mínimos en torno a cuestiones como la privacidad, seguridad y conservación de datos, propiedad industrial e intelectual, normalización de estándares técnicos o seguridad, entre otros. Es decir, un Acuerdo internacional similar al Convenio sobre Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001.

Hemos asistido, por ello, a una prolija aparición de instrumentos legislativos, protocolos, propuestas, recomendaciones, que tratan de ofrecer una suerte de principios que se han venido conformando[19]. Algunos de ellos resultan especialmente interesantes porque recogen esa necesidad de que se legisle sobre cuestiones que van a necesitarse en el marco de la aplicación de estas innovaciones tecnológicas disruptivas. Quizás uno de los ejes de preocupación en el desarrollo de las políticas públicas nacionales, supranacionales e internacionales en el ámbito de la inteligencia artificial ha sido el de disponer de un marco regulador adecuado en materia de responsabilidad, transparencia y rendición de cuentas de la misma. Han sido numerosas las acciones que se han venido realizando como muestra de un interés especial en conseguir una inteligencia artificial fiable, que responda al equilibrio entre el progreso y las garantías.

La última manifestación de ese interés es la que se presentó en Europa desde la Estrategia Europea para la Inteligencia Artificial[20], que incide en la necesidad de un enfoque europeo coordinado en torno a las implicaciones éticas y humanas de la inteligencia artificial y una necesidad de analizar cómo mejorar la utilización de los macrodatos en la innovación[21]. Siguiendo con los objetivos fundamentales, que son la regulación y la inversión, se presentó el Libro Blanco de Inteligencia Artificial[22], publicado por la Comisión Europea el 19 de febrero 2020. Busca ofrecer información sobre Inteligencia Artificial, para poder formular alternativas políticas de promoción de la IA, pero también abordando los riesgos asociados a ciertos usos de la nueva tecnología. Para ello se lanza una invitación a los Estados miembros, a instituciones europeas y a todas las partes interesadas (industria, interlocutores sociales, organización de la sociedad civil, investigadores, público general y demás personas interesadas) para que puedan formular opiniones al respecto. Este Libro se centra en dos grandes pilares: por un lado, el desarrollo de un "ecosistema de excelencia", y, por otro, desarrollar un "ecosistema de confianza".

Las pretensiones de todos estos instrumentos van en línea de generar el equilibrio entre los derechos y el progreso, entre las garantías y el desarrollo. Se pretende generar un marco tan internacional como posible que permita fijar los lindes que afectan a estos instrumentos tecnológicos de última generación, alimentados o no por humanos, que realizan funciones prototípicas del ser humano, en unos casos como complemento o asistencia, en otros, como

19 Probablemente se comenzó en algunas referencias a la política europea en relación con el mercado digital. Puede citarse la Agenda Digital para Europa de 2010, de 19 de mayo (COM/2010/0245); y la Estrategia del Mercado Único Digital de Europa de 6 de mayo de 2015 (COM (2015) 192).

20 Inteligencia artificial para Europa [COM(2018) 237 final].

21 https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_es.pdf.

22 Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial- un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, (COM (2020) 65 final), https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/aace9398-594d-11ea-8b81-01aa75ed71a1.

sustitución. Esas máquinas inteligentes avanzan a una velocidad inusitada, pero alimentan numerosas dudas acerca de la mutación de la sociedad, en valores, en convivencia, en sistemas políticos, en intromisión de los derechos fundamentales de las personas, en fiabilidad, en exigencia de responsabilidad, y un largo etcétera.

Estas múltiples acciones son el reflejo de que en la sociedad actual, con o sin coronavirus, se había inoluculado la inteligencia artificial en todos los ámbitos de la vida, aun cuando no sin posiciones críticas al respecto, que mostraban que vivimos en una sociedad movida por la locura del solucionismo tecnológico[23], que avizoran un mundo hipercontrolado, con consecuencias nefastas para la humanidad, especialmente aquellas que nos hacen caminar hacia un modelo de sociedad estandarizada. Poner en nuestras vidas "inteligencia artificial" supone eficiencia y se presenta como una suerte de valores en alza, como la transparencia, la perfección, la certeza y un largo etcétera, empero aflora numerosas variables que van a suponer la construcción de una tecnohumanidad, con mucho de lo primero y menos de lo segundo.

En cualquier caso, asumir que nada es lo que parece o al menos no es todo lo que parece, o aquello de "nada es perfecto" es importante en el ámbito de la inteligencia artificial que nos ocupa, esto es, su lado ético y jurídico. Y es precisamente en esta sociedad postcoronavirus cuando avizoramos que algunas de las objeciones que se planteaban en torno a la inteligencia artificial están multiplicándose imparablemente, especialmente al atisbar el uso que de la misma puede efectuarse cuando se trate del "control" de la pandemia viral.

2. Dilema entre derechos y libertades versus salud pública: ¿todo vale con inteligencia artificial?

En el mundo de la sanidad hemos asistido a la multiplicación de las aplicaciones para la gestión y el control sanitario, tal como expusimos *supra.* El grado de colaboración, control, celeridad y hasta efectividad y abaratamiento de los servicios a través de las aplicaciones se hace cada día más palmario. El impacto que estas aplicaciones han tenido en el sector sanitario ha sido espectacular y ha ido cada vez más vinculándose a los avances que tecnológicamente han incursionado en la misma. Así hemos visto como las máquinas inteligentes, más allá de las aplicaciones de móviles han permitido escáneres de detección temprana de enfermedades y modelos de predicción hasta la monitorización de pacientes con diagnósticos poco comunes. Y ahora la simbiosis entre el *big data,* los algoritmos y su uso a través de los sistemas de reconocimiento facial, así como las redes 5G avizoran una gestión y organización de los sistemas sanitarios y de las funciones médicas que en nada se parecerán a las de inicios del siglo XXI.

23 Entre otros, Morozov, E.: *La locura del solucionismo tecnológico*, Katz Editores, Buenos Aires, 2015.

Ponerle puertas a la tecnología, salvo los grandes gigantes tecnológicos que se muestran reticentes a ello, no es una cuestión indiscutible. Antes al contrario, las acciones supra e internacionales van en esa línea. Ahora bien, el dilema se plantea cuando los avances tecnológicos se presentan para una mejor salud, sanidad, medicina, vida. ¿Es posible aceptar más avances a cualquier precio? ¿todo vale para alcanzar el mundo perfecto que A. HUXLEY nos exponía en su obra "Un mundo feliz"?

El mundo se hallaba dividido antes de la pandemia. Durante estos últimos años hemos asistido a una visión abierta sin límites sostenida por EEUU y por algunos países asiáticos, frente a una visión limitante, la europea, que sostenía una necesidad de fijar límites éticos y jurídicos que garantizaran el equilibrio entre el progreso y los derechos. Ahora bien, de pronto algo como esta pandemia hace temblar los cimientos más sólidos de esta visión garantista. La conciencia crítica comienza a flaquear, también en Europa, y toda la política de protección de datos se tambalea ante una situación de crisis sanitaria y humanitaria como la que estamos viviendo.

Por poner algunos ejemplos. En Corea del Sur, como causa del coronavirus, se ha creado una aplicación para los móviles, que tiene como misión controlar la expansión del virus en el país. La aplicación se denomina *self-quarantine safety protection,* y permite monitorear a los ciudadanos mientras se encuentren en periodo de cuarentena.

Por su parte, el programa de software de *Alibaba Cloud* basado en algoritmos de aprendizaje profundo tiene una precisión del 96 % de aciertos en el diagnóstico de la neumonía por coronavirus para diferenciarla de la neumonía común u otras afecciones pulmonares, según fuentes de la compañía. Asimismo, se han impulsado iniciativas en China, gracias a la intervención de las compañías chinas Alibaba, Baidu y Huawei, que rastrean los brotes del virus, para detectar el virus en determinadas personas con un 96% de precisión (a través de IA que detectan signos típicos o parciales del mismo). En ello se emplea el sistema de reconocimiento facial, amén del *big data* ilimitado que poseen.

De hecho, el sistema de IA más testado en esta materia es precisamente el que se ha seguido en China para la vigilancia de las personas, empleando cámaras, reconocimiento facial, detección de temperatura, identificándose a las personas que tienen el virus, evaluando mediante un modelo de monitoreo, el riesgo de cada persona en función de su historial de viajes. A partir de aquí a los ciudadanos se les aplica un color, a través de las aplicaciones *WeChat o AliPay*, que indica si

deben permanecer en sus casas o pueden salir a las calles[24]. Es una suerte de carnet cuyo color cambia en relación con la situación con el coronavirus que se tenga.

En Israel, los servicios secretos del Shin Bet están rastreando los móviles de personas infectadas por el coronavirus para controlar y supervisar sus movimientos. Además, ha recibido autorización para rastrear a personas sospechosas de estar infectadas por el virus, antes incluso de que se les haya diagnosticado la enfermedad.

Igualmente, se emplean drones para la entrega de suministros médicos o para vigilar las calles y hacer cumplir los mandatos de cuarentena, así como el uso de robots que limpian, esterilizan, entregan medicamentos o alimentos, de modo que se evita el contagio entre humanos.

Por su parte, hay determinados sistemas de gran potencia computacional que han aparecido tras la pandemia del coronavirus para desarrollar tratamientos y medicinas. Por ejemplo, *DeepMind* de Google los ha empleado para revelar qué proteínas están presentes en el coronavirus; o *BenevolentIA* utiliza la IA para utilizar capacidades predictivas para proponer medicamentos existentes que podrían ser útiles; y trabajan las supercomputadoras para conseguir la vacuna contra el coronavirus, utilizando sistemas que pueden ejecutar cálculos y simular diferentes situaciones de forma mucho más rápida que lo haría una computadora convencional.

En Asia no existe prácticamente protección de datos, lo que permite llevar a cabo a través del tratamiento de los datos personales el control de una pandemia. Para los europeos sería una total distopía generar una infraestructura de vigilancia digital de toda la ciudadanía europea, que llevara a determinar en qué casos una persona se salta la cuarentena o por qué sale a la calle, o si tiene fiebre (el sistema de control remoto del estado de salud es factible), de modo que unas máquinas dotadas de inteligencia artificial permitirían observar y evaluar a todo ciudadano que acceda a espacio público, en las tiendas, en las calles, en todos los lugares. Ese *big data* resultaría quizás más eficaz para combatir un estado pandémico, lo que puede llevar a plantear el equilibrio entre la libertad y los derechos de una sociedad como la occidental y la negación de los mismos, defendible desde una mentalidad autoritaria en la que los ciudadanos no son tales sino administrados.

Un dilema emerge en nuestro sistema jurídico: ¿libertad o salud pública?

Cuando hablamos de libertad nos referimos a todas sus manifestaciones, incluidas las que se refieren y vienen abrigadas desde el derecho a la protección

24 Todos estos avances son expuestos por Díaz, A.: "Coronavirus: así se usa la IA, ciencia de datos y tecnología para combatir la pandemia", en https://nmas1.org/news/2020/03/16/ia-covid-19.

de datos de carácter personal, reconocido en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[25] (2000/C364/01). Estos datos, tal como señala la Carta Europea, se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Este precepto debe coordinarse con lo que dispone el art. 35 de la Carta, referido a la protección de la salud: "Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana". Pero todo ello hay que interpretarlo desde la legislación de protección de datos, tanto la española, a través del art. 18.4 de la Constitución española –que protege el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales-, así como la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales[26], como la europea, especialmente Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, y completar sus disposiciones[27].

Y llega el dilema: ¿qué prima en casos como los que vivimos? Se pide más valor de lo público, se argumenta a favor del fortalecimiento de las políticas públicas. ¿hasta dónde pueden llegar las políticas públicas? ¿pueden alterar el sistema de derechos? ¿qué prima la libertad y sus garantías o la salud pública? ¿puede afectarse ese derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, derecho individual, en beneficio del bien común representado por el derecho a la salud pública?

Los derechos fundamentales han venido encontrando un contrapeso en otros derechos fundamentales. Cierto que es una situación excepcional la que se presenta, que hace plantear la posibilidad de truncar el principio básico de que los datos personales solo podrán ser considerados previo consentimiento de la parte; empero la legislación abre una suerte de puerta, vía artículo 8 de la legislación sobre protección de datos española, al permitir que el tratamiento de datos personales podrá efectuarse por obligación legal, interés público o ejercicio de los poderes públicos, o el Reglamento UE que permite el tratamiento de los datos personales, no mediando consentimiento, cuando –según artículo 6- se entienda necesario "para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física", o cuando "el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos". Se abre

25 DO C 364/3, 18.12.2000, https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

26 Publicado en B.O.E. núm. 294, de 06/12/2018.

27 Publicado en https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf.

aquí la posible afectación del derecho a la protección de datos personales cuando concurran estas circunstancias que están intrínsecamente relacionadas con la salud pública.

Todas estas cuestiones surgen con motivo de las declaraciones del comisario de Mercado Interior europeo, Thierry Breton, solicitando los datos de localización de los usuarios de móviles a las operadoras. O la afirmación de algo similar en España, a través de la Orden SND/297/2020, de 27 de marzo, que hace referencia a la implementación de medidas similares. Todo ello en aras de llevar a cabo un control riguroso de las personas. Es como un mal sueño que recuerda a la obra "1984" que Orwell publicó en 1949, una novela política que mostraba una sociedad distópica. Con medios tecnológicos se pretende utilizar nuestros datos personales sin nuestra autorización, invirtiendo los valores democráticos, esto es, frente al modelo político de control de los ciudadanos a sus gobernantes, asistimos a un control de los ciudadanos por los gobiernos, controlando la "vida de la gente mediante un panóptico digital a todas luces inadmisible"[28].

Y volvemos al punto anterior: ¿equilibrio o absoluto control? ¿regulamos ese control como excepcional o asumimos que en ámbitos como la sanidad ésta prima sobre los derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales? ¿primacía o control?

Es más, otro dato que no debe pasar desapercibido, es el de la recopilación de datos biométricos y su empleo. Precisamente, el Libro Blanco de la UE sobre inteligencia artificial está proponiendo la prohibición del uso del reconocimiento facial, tanto por la administración como por la empresa privada durante un tiempo hasta que se valore suficientemente los riesgos que comporta. Ahora bien, la técnica del reconocimiento facial está siendo ya empleada en algunos países como España, Alemania, Francia o el Reino Unido, a efectos de investigación criminal, empero no como control preventivo de la población general, si bien cierto es que en enero 2020 Scotland Yard anunció que comenzaría a usar el sistema de cámaras de reconocimiento facial para identificar delincuentes por las calles de Londres.

Con estas ideas expuestas, queda abierta la puerta del empleo de los instrumentos de inteligencia artificial, que van desde la vigilancia personalizada a través de las aplicaciones de los móviles, con la colaboración de las compañías telefónicas, pasando por la incorporación de cámaras de reconocimiento facial que permitan identificar personas que tuvieron el coronavirus, o en los que se den determinados factores (proximidad a quienes lo han tenido, vivir en su

28 Puede verse Bruné, P.: "¿Salvar personas o controlarlas?" en https://blogs.publico.es/otrasmiradas/31291/salvar-personas-o-controlarlas/.

misma residencia, fiebre, tos, etc) que permitan detectar en un estadio incipiente la enfermedad viral. Todos estos instrumentos de intromisión en los derechos fundamentales de las personas encontrarían cobertura legal, amén de justificación política, basada en la necesidad de garantizar la salud pública de las personas. El siguiente paso es determinar cuáles son las consecuencias de la explotación, tratamiento y utilización de los datos para detectar a personas con problemas latentes o presentes de coronavirus y la adopción o no de medidas que de nuevo vuelven a suponer quiebra de derechos fundamentales, como el traslado de estas personas para una cuarentena obligatoria no en su domicilio sino en otros lugares destinados al efecto, prohibiendo el desarrollo de su vida privada, personal, familiar, etc., debido a los resultados extraídos a través de la inteligencia artificial.

El Estado es capaz de controlar a través de este *big data* donde estoy, hacia donde me dirijo, qué compro, qué busco, qué como, el peso, el nivel de sangre, la temperatura corporal, etc.[29]. ¿Es esto lo que queremos? ¿queremos aprovechar los móviles, el *big data,* las cámaras en todos los lugares, el reconocimiento facial, como mecanismos de rastreo de la ciudadanía, a causa del coronavirus, para llevar a cabo una conducta directa *in vigilando*, orwelliana, de la población? ¿es este el único remedio para paliar la expansión de la epidemia? Si así es, siempre debe tener un espacio y un tiempo limitado y estricto, de lo contrario entraríamos en un modelo tiránico de sometimiento de la ciudadanía al sistema.

IV. CONCLUSIÓN.

No puedo sino finalizar con una enorme inquietud, fruto del estado policial, control, miedos, que sentimos inoculados en estos tiempos. ¿Será que el modelo de Estado social y democrático de derechos, garantías y libertades de la ciudadanía, que permitió la conformación de la idea de Estado moderno, potente, fuerte, que desde el contrato social validó el papel del Estado como poder y las garantías y derechos que el liberalismo consagró desde la visión del individuo, o dicho de otra manera, fue cuando se construyó la sociedad sobre el binomio libertad-seguridad, ha dejado paso a un mundo que se mueve bajo control, vigilancia, alimentado en la idea de la concurrencia de los riesgos y por ende sobre los miedos?.

Es indudable que se está validando actualmente el desequilibrio entre libertad y seguridad, alimentando la esperanza de un manoseada "seguridad global", cuyo significado no entendemos, a costa de la libertad, de los derechos, de las garantías, que como persona tenemos. Si la tensión entre libertad y seguridad es el eje sobre el que se construyó el estado democrático moderno, quizás nos encontremos

29 Muy interesantes las reflexiones que se hacen en el contrapeso entre Europa y Asia Byung-Chul-Han: "La emergencia viral y el mundo de mañana", *El País*, 22 de marzo de 2020, https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html.

ante la fase de su deconstrucción, en aras de una mayor incidencia en la seguridad, el control, la vigilancia, como vías para minimizar la "sociedad del miedo". Un miedo que lleva a considerar el control social como la mejor de las posologías en este momento, a costa de las libertades políticas. ¡Eso sí me da miedo!

Tenemos ante nuestras manos un magnífico instrumento que facilita esa deconstrucción social, que es la inteligencia artificial. Todos los días encontramos autores, pensadores, articulistas, que presentan las grandes bondades de la inteligencia artificial para el bienestar de la gente. En materia sanitaria son múltiples, y cada vez más es difícil refutarlas, empero también ahora, como causa o como efecto, en tiempos del coronavirus emerge con una enorme fuerza la idea de "utilizar" la misma para fines de control de la ciudadanía por causa del coronavirus. Un control que es invasivo y que implica la obtención de datos personales, individuales, que podrán ser explotados para fines que no son los que se presentan. Es un enorme reto con el que se presenta la sociedad actual y habrá que ser tremendamente cauto en lo que supone la construcción del nuevo modelo jurídico diseñado desde y para esa nueva visión.

BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, S.:

El proceso penal desde la Historia. Desde sus orígenes hasta la sociedad global del miedo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

"Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la Justicia: ¿solución o problema", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 28, 2019.

BARRIO ANDRÉS, M.: *Internet de las cosas*, Editorial Reus, Madrid, 2018.

BRUNÉ, P.: "¿Salvar personas o controlarlas?" en https://blogs.publico.es/otrasmiradas/31291/salvar-personas-o-controlarlas/.

BYUNG-CHUL-HAN: "La emergencia viral y el mundo de mañana", *El País*, 22 de marzo de 2020, https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html

CHENG, V. C. C; LAU, S. K. P; WOO, P. C.; YU, K.: "Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus as an Emerging and Reemerging Infection", *Clinical Microbiology Reviews*, 2007.

DELANEY, T.: *The march of unreason: science, democracy, and the new fundamentalism*, New York, Oxford University Press, 2005.

DÍAZ, A.: "Coronavirus: así se usa la IA, ciencia de datos y tecnología para combatir la pandemia", en https://nmas1.org/news/2020/03/16/ia-covid-19.

EUNJUNG CHA, A.: "Watson´s Next Feat? Taking on Cancer", *The Borneo Post,* 5 julio de 2015, en *https://www.pressreader.com/*, consultado el 16 de septiembre de 2019.

GARLAND, D.: *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society,* Oxford University Press, 2001.

GEISSBAUER, R.; VEDSO, J.; SCHRAUF, S.: *A Strategist's Guide to Industry 4.0.: Global business*, 2016.

HUDSON, B.: *Justice in the Risk Society. Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity*, Sage Publications, 2003.

HUSTVEDT, S.: "Vivo con miedo, imagino el futuro", *El País*, 3 de abril 2020, https://elpais.com/cultura/2020/04/03/babelia/1585933284_651296.html.

MOROZOV, E.: *La locura del solucionismo tecnológico*, Katz Editores, Buenos Aires, 2015.

NAVARRO, V.: "Las políticas económicas neoliberales matan. Hay que cambiarlas", *Público,* 3 de abril 2020, https://blogs.publico.es/vicenc-navarro/2020/04/03/las-politicas-economicas-neoliberales-matan-hay-que-cambiarlas.

RUBIO, I.: "Ya sé de qué me pondré enfermo", en el monográfico *Un médico en el bolsillo. La tecnología impulsa un sistema sanitario enfocado en evitar las enfermedades antes de que se manifiesten*, Retina, núm. 25, 2020.

SALAS, J.: "El algoritmo que discrimina a los pacientes negros sin conocer su raza", Ed. *El País*, 24 de octubre de 2019.

SCHWAB, K.: *La cuarta revolución* industrial, Debate Editorial, Barcelona, 2016.

WILLKE, H.: *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2001.

TEXTOS EMPLEADOS

Carta Europea de Derechos Humanos, DO C 364/3, 18.12.2000, https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Agenda Digital para Europa de 2010, de 19 de mayo (COM/2010/0245).

Estrategia del Mercado Único Digital de Europa de 6 de mayo de 2015 (COM (2015) 192).

Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, Publicado en «BOE» núm. 294, de 06/12/2018.

Estrategia Europea para la Inteligencia artificial [COM(2018) 237 final], https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_es.pdf.

Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial- un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, (COM (2020) 65 final), https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/aace9398-594d-11ea-8b81-01aa75ed71a1.

Real Decreto núm. 463/2020, con el que se declaraba el estado de alarma, para contener la expansión de la pandemia por la enfermedad del coronavirus (COVID-19), B.O.E. núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

SUJETOS RESPONSABLES POR VULNERACIÓN DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE DATOS. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DATOS RELATIVOS A LA SALUD*

SUBJECTS RESPONSIBLE FOR VIOLATION OF THE RULES OF PROTECTION OF DATA HEALTH

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 40-75

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i «Retos investigación» del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: RTI2018-097354-B-100. «Contratos, transparencia y protección de datos en el mercado digital» (2019-2022)

Raquel GUILLÉN CATALÁN

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: En el presente estudio se analiza quiénes son los distintos responsables por vulneración de las normas de protección de datos relativos a la salud, en particular en la situación de crisis sanitaria actual, tanto en el ámbito de la imposición de multas administrativas, como por la causación de daños y perjuicios.

PALABRAS CLAVE: Protección de datos, datos relativos a la salud, sujetos responsables, multas administrativas, daños y perjuicios.

ABSTRACT: *TThis study analyzes who are the different parties responsible for the infringement of rules of the health data, particularly in the current health crisis situation, both in the area of imposing of administrative fines and for causing of damages.*

KEY WORDS: *Data protection, health data, responsible subjects, administrative fines and damages.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS DATOS RELATIVOS A LA SALUD.- 1. Delimitación del término "dato personal".- 2. Los datos especialmente protegidos. Especial referencia a los datos de la salud.- III. SUJETOS INCLUIDOS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RGPD.- IV. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LA PROTECCIÓN DE DATOS.- 1. El régimen de infracciones y sanciones administrativas.- 2. La indemnización por daños y perjuicios.- A) Reconocimiento del derecho.- B) Sujetos responsables.- C) Pluralidad de sujetos responsables.- 3. Los IPS como sujetos responsables en el tratamiento de datos personales.- A) Delimitación del concepto de ISP.- B) Régimen de responsabilidad de los ISP.- C) El caso particular de Facebook.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho fundamental de la protección de datos es el derecho que nos permite acceder, rectificar y cancelar la información almacenada y disponer de los propios datos personales, es decir, es el derecho a controlar la veracidad o exactitud de dichos datos, de impedir la difusión de éstos y de verificar su utilización para el fin autorizado[1], en suma, conocer el tratamiento que terceros hacen de nuestros datos[2], cobrando mayor relevancia cuando nos encontramos ante el tratamiento de datos sensibles relativos a la salud y sin duda, en la actualidad, en un tránsito hacia el tratamiento masivo de datos[3], el conocido como big data[4].

No obstante, en la situación actual en la que nos encontramos, conviviendo en un estado de alarma dictado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el mencionado estado de alarma para la gestión de la situación

1 Perez Luño, A.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 316- 375.

2 Solar Calvo, P.: "La protección de datos en la UE: recapitulación de novedades", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 1, 2017, pp. 76 y ss.

3 La Profª. Cobas señala que protección de los datos personales se ha extendido de manera galopante a otros conceptos como big data y minería de datos. Vid. Cobas Cobiella, Mª. E.: "Protección de los datos personales. Bases de datos. Big data. Un nuevo paradigma", en AA.VV.: *Los derechos fundamentales. Perspectiva entre América y Europa* (coord. por Cánovas González D. y Vega Cardona R. J.), UniAcademia Leyer, Bogotá, 2019, p. 122.

4 Concretamente el Prof. Vázquez De Castro señala que son tratamientos inteligentes y a gran escala de datos masivos o macrodatos. Vid. Vázquez De Castro, E.: "Titularidad y responsabilidad en la economía del dato", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías,* núm. 46, 2018, p. 52.

• Raquel Guillén Catalán
Profesora Titular de Derecho Civil de la Universitat de València. Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia, con Sobresaliente Cum Laude y Premio extraordinario. En relación con la investigación, que se centra en la protección de datos, el derecho contractual, protección a los consumidores y ADRs, quisiera resaltar la publicación de cuatro monografías, así como numerosos capítulos y artículos en editoriales y revistas de reconocido prestigio (Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana, Revista de Derecho Patrimonial, Revista de Derecho y Nuevas tecnologías, etc). He realizados contribuciones a congresos, nacionales e internacionales y participado en proyectos I+D+I, siendo IP en dos de ellos. Correo electrónico: raquel.guillen@uv.es.

de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, y sus sucesivas prórrogas, donde existen limitaciones a la libertad de circulación, cabe plantearse si la protección de los datos puede verse alterada en atención a las excepcionales circunstancias, especialmente pensando en la continua recopilación de datos sensibles derivados de la crisis sanitaria actual, no sólo por las Administraciones públicas o instituciones sanitarias, sino también por las empresas a sus trabajadores e, incluso, por los propios ciudadanos hacia las empresas cuando realizan una entrevista de trabajo y manifiestan que son inmunes a la enfermedad o la creación de los llamados pasaportes sanitarios.

Al respecto la Agencia Española de Protección de Datos ha sido concluyente en su Informe 0017/2020 donde afirma literalmente que "la normativa de protección de datos personales, en tanto que, dirigida a salvaguardar un derecho fundamental, se aplica en su integridad a la situación actual, dado que no existe razón alguna que determine la suspensión de derechos fundamentales, ni dicha medida ha sido adoptada"[5].

En la actualidad, la protección de datos se regula por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (RGPD). Así como, por Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD) [6] que no sólo ha integrado algunas de las normas establecidas en el RGPD[7], sino que ha complementado la misma, atendiendo a que los Estados miembros debían precisar algunos aspectos que quedaban sin concretar en la normativa europea[8], dotando con ello de mayor seguridad jurídica[9].

5 Informe 0017/2020 de la Agencia Española de Protección de Datos, p. 1, disponible en https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf.

6 Para mayor información sobre el iter parlamentario de la norma, véase, Martínez Vázquez, F.: "La tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales", en AA.VV.: *Tratado de protección de datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. por Rallo Lombarte, A.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 53-78.

7 Vid. García Mexía, P. L.: "La singular naturaleza jurídica del Reglamento General de protección de datos de la UE. Sus efectos en el acervo nacional sobre protección de datos", en AA.VV.: *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por Piñar Mañas, J. L.), Reus, Madrid, 2016, pp. 25-26.

8 Junto con el objetivo mencionado, se debe señalar que la promulgación de la LOPDGDD también supuso completar el RGPD con medidas más eficaces y clarificar la normativa aplicable al derogar expresamente la LOPD. Vid. Amérigo Alonso, J.: "Objeto y ámbito de aplicación", en AA.VV.: *Tratado de protección de datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. por Rallo Lombarte, A.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 80.

9 Cobas Cobiella, Mª. E.: "Protección de los datos personales", cit., p. 129.

El citado Reglamento es aplicable en todos los Estados de la Unión Europea y pretende homogeneizar[10] la normativa en materia de protección de datos[11], impidiendo que exista disparidad de regulaciones en cada Estado miembro[12], así como reforzar los estándares de exigencia de su protección[13], finalidad de unificación y armonización que no cumplía la derogada Directiva[14].

La protección que se dispensa a través de la normativa señalada sería inútil si, a la vez, no se estableciera un régimen disciplinario que garantizase el cumplimiento de la legislación y la posibilidad de solicitar el resarcimiento de los daños producidos por el incumplimiento de la citada regulación, más, teniendo en cuenta, el impacto que tienen las tecnologías en el ámbito de la salud, ya no sólo por las innumerables ventajas que ofrecen, como la monitorización de algunas enfermedades o el desarrollo del big data para obtener un diagnóstico más personalizado[15], sino también por los nuevos retos a los que hacer frente.

Al respecto, piénsese, por ejemplo, en el desarrollo de las apps de salud[16], tanto aquellas que se utilizan para detectar enfermedades, para combatirlas creando aplicaciones de rastreo de contactos o de autodiagnóstico e incluso para contener epidemias en fases de desescalada, como para potenciar prácticas saludables, lo se denomina como Mobile Health[17], en la explotación no consentida de los datos biométricos o en los riesgos que plantea la implementación de la

10 Téngase en cuenta que mientras los reglamentos son normas vinculantes, las directivas únicamente establecen unos objetivos para todos los Estados miembros que deben trasponer a través de su propio ordenamiento jurídico. Vid. López Calvo, J.: *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Sepín, Madrid, 2017, p.63.

11 Uno de los objetivos del Reglamento era "evitar la fragmentación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en materia de protección de datos personales, especialmente en lo relativo al régimen sancionador". Vid. Martínez Vázquez, F.: "La tramitación parlamentaria…", cit., pp. 55-56.

12 Al respecto se debe tener en cuenta que una de las críticas a la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo respectivo al tratamiento de datos personales se refería a "la excesiva libertad con la que contaban los Estados miembros a la hora de establecer el correspondiente régimen sancionador". Corral Sastre, A.: "El régimen sancionador en materia de protección de datos en el Reglamento general de la Unión Europea", en AA.VV.: *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por Piñar Mañas, J. L.), Reus, Madrid, 2016, p.573.

13 Dopazo Fraguio, P.: "La protección de datos en el derecho europeo: principales aportaciones doctrinales y marco regulatorio vigente (Novedades del Reglamento General de Protección de Datos)", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 68, 2018, pp. 115 y ss.

14 Cobas Cobiella, M. E.: "Protección de los datos personales", cit., p. 131.

15 El big data se caracteriza por la velocidad de su procesamiento de datos, y el volumen y la variedad de éstos. Vid. Vázquez De Castro, E.: "Titularidad y responsabilidad en la economía del dato", cit., p. 53. Es evidente los enormes beneficios que origina la utilización del big data, pues permite obtener, tratar y analizar una gran cantidad de datos con rapidez y agilidad, como, por ejemplo, en la lucha contra la COVID-19, puesto que nos ayudará a crear modelos estadísticos de datos sobre la expansión del virus e incluso de manera preventiva para detectar futuros rebrotes, puesto que, analizando a través de algoritmos un conjunto de datos, de forma automatizada darán lugar a unas correlaciones que son las que permitirán llegar a las conclusiones.

16 Ramón Fernández, F.: "La protección de datos en las aplicaciones móviles de diagnóstico de enfermedades genéticas. Un estudio jurídico", *Revista métodos de información*, vol. 8, núm. 14, 2017, pp. 5-25.

17 Ramón Fernández, F.: "Discriminación por condiciones de salud. Protección de datos y consumidores: una reflexión tras la reforma de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2019, p. 52.

historia clínica digital[18], así como en la utilización del big data la falta de control por parte de los interesados de los datos[19], bien porque se encuentran accesibles al público o bien porque se extraen a través de las diversas herramientas instaladas en los distintos dispositivos electrónicos[20] y que posteriormente se vinculan de manera automatizada con otros datos, creando perfiles[21], en nuestro caso, perfiles de salud, sanitarios o epidemiológicos, aunque, si bien es cierto, esta potencial vertiente del tratamiento masivo de datos está mucho más desarrollada en el ámbito del consumo[22].

Esta preocupación sobre la utilización de la tecnología y los datos personales relativos a la salud, la ha puesto en evidencia, recientemente, la propia Unión Europea en su Recomendación (UE) 2020/518 de la Comisión de 8 de abril de 2020 relativa a un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para la utilización de la tecnología y los datos a fin de combatir y superar la crisis de la COVID-19, en particular por lo que respecta a las aplicaciones móviles y a la utilización de datos de movilidad anonimizados y en la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al consejo económico y social europeo y al Comité de las Regiones "Una estrategia europea de datos" de 19 de febrero de 2020 donde afirma literalmente que "los ciudadanos tienen derecho, en particular, a acceder a sus datos personales en materia de salud y a controlarlos, así como a solicitar su portabilidad".

Con la actual pandemia de la COVID-19, las autoridades sanitarias de los distintos Estados miembros han tenido que hacer frente a la propagación del virus utilizando todas las herramientas que tenían a su alcance. Las tecnologías han desempeñado un papel relevante, tal y como afirma la propia Recomendación, pero su éxito dependerá, en gran medida, en la confianza que los ciudadanos tengamos en que las aplicaciones móviles garantizan una utilización de nuestros datos personales limitada a los fines concretos para los que han sido creadas.

Por todo ello, el presente artículo realiza un breve estudio de los sujetos, personas físicas o jurídicas, sobre los que se aplica el RGPD, dejando al margen

18 Para un estudio exhaustivo de la historia clínica digital y los datos personales, véase, entre otros, Cristea Uivaru, L: *La protección de datos de carácter sensible: Historia Clínica Digital y Big Data en salud,* Bosch, Barcelona, 2018; Florencia Cabrera, R.: "Historia clínica digital y la protección de datos personales, reflexiones humanísticas", en AA.VV.: *FODERTICS 7.0: estudios sobre derecho digital* (coord. por González Pulido, I.), Comares, Granada, 2019, pp. 33-39.

19 Romeo Casabona, C. M.: "Revisión de las categorías jurídicas de la normativa europea ante la tecnología del big data aplicada a la salud", *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada,* núm. extra 1, 2019, pp. 85-127.

20 Vázquez De Castro, E.: "Titularidad y responsabilidad en la economía del dato", cit., p. 54

21 No obstante, téngase en cuenta que la utilización d ellos citados algoritmos inteligentes "conlleva riesgos de discriminación, por lo que deben establecerse garantías procesales, transparencia y comprensión de la información". Vid. Ramón Fernández, F.: "Robótica, inteligencia artificial y seguridad: ¿Cómo encajar la responsabilidad civil?", *Diario La Ley*, núm. 9365, 25 de febrero de 2019, p. 3.

22 Cobas Cobiella, Mª. E.: "Protección de los datos personales", cit., p. 155

el debate sobre la responsabilidad de la vulneración de datos por robots[23], a los que los interesados pueden dirigir tanto tus reclamaciones por infracción de las normas de la citada norma europea, como la acción de indemnización por daños y perjuicios causados en el incumplimiento de la normativa de protección de datos como un mecanismo de resarcimiento del que disponen, haciendo especial hincapié no solo en la identificación de la diversa tipología de sujetos responsables, sino haciendo un planteamiento previo sobre el ámbito de aplicación de la normativa europea, así como la tipología de datos sensibles específicos sobre los que recae este estudio, dejando al margen tanto el estudio del régimen de infracciones o sanciones contemplado en la normativa europea y española, como los principios del sistema de responsabilidad contemplado en el RGPD y las características del ejercicio de la acción de responsabilidad correspondiente.

II. LOS DATOS RELATIVOS A LA SALUD.

1. Delimitación del término "dato personal".

El art. 4 RGPD señala que dato personal es toda información sobre una persona física identificada o identificable, tal y como se venía afirmando ya en la letra a) de su art. 2 de la deroga directiva[24].

No obstante, respecto a las personas identificables, el Considerando 26 RGPD señala que "para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física".

Además, precisa el legislador europeo que "para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos".

Por tanto, el mencionado criterio de probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona servirá para concretar la aplicación o no de la normativa de protección de datos, es decir, aunque los datos tratados sean de carácter personal resultará de aplicación la normativa relativa a la protección de datos únicamente cuando se empleen todos los medios que puedan ser

23 Ramón Fernández, F.: "Robótica, inteligencia", cit., p.8.

24 El citado precepto señalaba literalmente que se entendía por dato personal «toda información sobre una persona física identificada o identificable (el «interesado»); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.

razonablemente utilizados y sin esfuerzos proporcionados para relacionar esas informaciones con las personas físicas identificables.

Por ese motivo, hay que tener presente que uno de los peligros señalados en la introducción de este artículo, la utilización del big data, desde el momento en que se realicen tratamientos de datos de forma anonimizada dejan de ser los datos de carácter personal y estaríamos fuera de lo previsto en la RGPD, ya que en el caso de que no sea posible identificar a un individuo o la identificación requiera esfuerzos desproporcionados, no será de aplicación la normativa de protección de datos[25], puesto que en el proceso de big data lo más importante no es la información concreta que pueda asociarse a una persona, sino la información en sí[26].

Así mismo, se debe hacer referencia que el citado precepto, como novedad introducida por el RGPD, señala, específicamente, como dato personal los siguientes identificadores: "un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona"[27].

Dicha lista es ejemplificativa y puede ser ampliada con cualquier otra información sobre una persona física identificada o identificable, es decir, aquella persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente.

Debe analizarse juntamente con el Considerando 30 RGPD que establece que las personas físicas pueden ser asociadas a determinados identificadores en línea facilitados por sus dispositivos o aplicaciones, como las direcciones IP o las "cookies"[28] y que ello, combinado con otros datos recibidos por los servidores, puede suponer la elaboración de perfiles de las personas físicas e identificarlas[29].

25 Por tanto, cuando hay una relación entre un identificador y una persona serán de aplicación los principios de Protección de Datos. Vid. Arias Pou, M.: "Definiciones a efectos del Reglamento General de Protección de datos", en AA.VV.: *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por Piñar Mañas, J. L.), Reus, Madrid, 2016, p. 116.

26 Vázquez De Castro, E.: "Titularidad y responsabilidad", cit., p. 58.

27 "El Reglamento actualiza el listado de ejemplos que recogía la Directiva". Vid. Arias Pou, M.: "Definiciones", cit., p. 117.

28 En este sentido se pronuncia el apartado 2.2 de la Guía sobre el uso de las cookies de noviembre de 2019 de la Agencia Española de Protección de Datos.
Disponible en https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/guia-cookies_1.pdf.

29 Vid. La STJUE de 1 de octubre de 2019 en relación con los requisitos del consentimiento válido del interesado para el tratamiento de datos personales y la obtención de su información personal mediante el establecimiento de cookies en su propio equipo informático. Sin entrar en el contenido de la sentencia mencionó el hecho que no hay consentimiento válido si se autoriza la utilización de cookies si se autoriza mediante una casilla por defecto.

2. Los datos especialmente protegidos. Especial referencia a los datos de la salud.

No todas las categorías de datos personales tienen la misma protección dentro de la normativa europea.

Se debe destacar la específica atención que realiza el legislador europeo a los denominados "datos especialmente protegidos" en el art. 9 RGPD, por afectar al núcleo más íntimo de la personalidad[30].

La normativa europea incluye dentro de la tipología de datos especialmente protegidos aquellos datos que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.

El objetivo de este epígrafe es abordar, de manera sistemática, la noción de los datos de la salud clarificando qué tipología de datos incluimos en esa clasificación, con la finalidad de poder identificarlos para determinar su régimen jurídico aplicable y poder conocer si se han incumplido las obligaciones establecidas por la normativa para cada uno de los posibles sujetos responsables que veremos más adelante.

El apartado 15 del art. 4 RGPD contiene la definición de datos relativos a la salud, introduciendo de ese modo un término nuevo que no existía en la directiva derogada, estableciendo que son aquellos "datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud".

Como se observa el legislador europeo pretende establecer un objeto delimitado con la finalidad de evitar ambigüedades que haga imprecisa la citada categoría de estos datos acotando específicamente qué información puede incluirse en la misma.

Concretamente, si atendemos a la literalidad del precepto, las informaciones que se incluyen en la categoría de datos relativos a la salud son aquellas referentes a la salud física o mental y los servicios de atención sanitaria[31].

30 Jove Villares, D.: "Datos relativos a la salud y datos genéticos: consecuencias jurídicas de su conceptualización", *Revista Derecho y Salud*, núm. 1, 2017, p. 58.

31 Es decir, el dato de salud sigue refiriéndose a la salud pasada, presente y futura, y no creo que en su aplicación práctica tengamos ningún ejemplo de problemas prácticos en cuando al concepto. Vid. Pariente De Prada, J. I.: "Los Datos de Salud en el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos", *I+S: informática y salud,* núm. 122, 2017, p. 13).

Como se observa no se ha optado por un elenco de datos, sino por una definición concreta[32]. Evidentemente, la recogida de los datos relacionados con la COVID-19 son datos de salud catalogados como categoría especial de datos, puesto que, por ejemplo, conforme a la interpretación del Considerando 35 RGPD se podría incluir como dato relativo a la salud "todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro", es decir, independientemente de quien sea la fuente de la información[33] e independientemente del medio a través del cual ha sido tratado, piénsese, por ejemplo, las redes sociales[34].

Junto con los datos relativos a la salud, es necesario mencionar por su especial protección y su relación con los datos relativos a la salud, los datos genéticos y los datos biométricos[35], aunque, dejando al margen las discusiones doctrinales sobre si éstos son un subtipo de datos relativos a la salud[36] o una categoría autónoma[37].

Se podría afirmar que la actual tendencia es entender a los datos genéticos como categoría diferenciada de los datos a la salud, atendiendo a que el RGPD los define de manera separada[38].

---

32 Al respecto señala que si se hubiera optado por un elenco de datos debería ser no taxativo. Vid. Jove Villares, D.: "Datos relativos a la salud", cit., p. 59.

33 Vid. Arias Pou, M.: "Definiciones", cit., p. 126.

34 Véase March Cerdá, J. C.: "Redes sociales, salud y pacientes", en AA.VV.: *Medios de comunicación y salud* (coord. por Del Pozo Cruz, J. T., Román San Miguel, A., Alcántara López, R. y Domínguez Lázaro, M. R.), Astigi, Sevilla, 2015, pp. 181-226.

35 Para mayor información sobre las diferencias entre los datos relativos a la salud y el resto de categorías señaladas, véase Pérez Gómez, J. M.: "La protección de los datos de salud" en AA.VV.: *Hacia un nuevo derecho de protección de datos* (coord. por Rallo Lombarte, A. y García Mahamut, R.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 621-668.

36 Al respecto véase. Ramón Fernández, F.: "Transparencia y protección de datos especialmente protegidos en genética y la salud desde el punto de vista civil y del buen gobierno", *Diario La Ley*, núm. 9281, 2018, pp. 1-15 o Álvarez Rigaudias, C.: "Tratamiento de datos de salud", en AA.VV.: *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por Piñar Mañas, J. L.), Reus, Madrid, 2016, pp. 172-176.

37 Por ejemplo, en el art. 5.1.g) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter señala que "En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética". No tanto desde un punto de vista doctrinal, donde siempre se ha procurado remarcar la singularidad de los datos genéticos, ya sea considerándolos como una tipología afín (Andreu Martínez, M. B., Pardo López, M. M. y Alarcón Sevilla, V.: "Hacia un nuevo uso de los datos de la salud", *Ius et Scientia*, vol. 3, núm. 1, 2017, p. 166).

38 Jove Villares, D.: "Datos relativos a la salud", cit., p.62.

El apartado 13) del art. 4 RGPD señala que se entiende por «datos genéticos», los datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona[39], es decir, a través de un análisis cromosómico, un análisis del ADN o ARN, o elemento por el que se obtenga información equivalente[40].

Por su parte, el apartado 14) del citado precepto define los datos biométricos como aquellos "datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos".

El tratamiento de los datos relativos a la salud requiere como categoría especial de datos que se cumpla las previsiones establecidas en el art. 9 RGPD, es decir, queda prohibido dicho tratamiento con carácter general, salvo que se cumpla cualquiera de las excepciones establecidas en el apartado segundo del mencionado artículo. Por ejemplo, que el interesado dé su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales; que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social; que el tratamiento sea necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento; que el tratamiento sea necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social; que el tratamiento es sea necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, entre otros.

Dicho precepto debe ponerse en relación con lo señalado en los Considerandos 53 y 54 RGPD, aún más si cabe en la situación de pandemia en la cual nos encontramos.

El tenor literal del Considerando 53 señala que "las categorías especiales de datos personales que merecen mayor protección únicamente deben tratarse con

39 Según el art. 45 Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica se garantizará el derecho a la intimidad y el respeto a la voluntad del sujeto en torno a la información, confidencialidad de los datos genéticos de carácter personal.

40 Arias Pou, M.: "Definiciones", cit., p. 125.

fines relacionados con la salud cuando sea necesario para lograr dichos fines en beneficio de las personas físicas y de la sociedad en su conjunto, en particular en el contexto de la gestión de los servicios y sistemas sanitarios o de protección social, incluido el tratamiento de esos datos por las autoridades gestoras de la sanidad y las autoridades sanitarias nacionales centrales con fines de control de calidad, gestión de la información y supervisión general nacional y local del sistema sanitario o de protección social, y garantía de la continuidad de la asistencia sanitaria o la protección social y la asistencia sanitaria transfronteriza o fines de seguridad, supervisión y alerta sanitaria, o con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, basados en el Derecho de la Unión o del Estado miembro que ha de cumplir un objetivo de interés público, así como para estudios realizados en interés público en el ámbito de la salud pública.

El Considerando 54 nos recuerda que el tratamiento de categorías especiales de datos personales, sin el consentimiento del interesado, puede ser necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública y matiza qué debe interpretarse por salud pública, remitiéndonos a la definición contenido en la letra c) del art. 2 del Reglamento (CE) n.º 1338/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, es decir, "todos los elementos relacionados con la salud, concretamente el estado de salud, con inclusión de la morbilidad y la discapacidad, los determinantes que influyen en dicho estado de salud, las necesidades de asistencia sanitaria, los recursos asignados a la asistencia sanitaria, la puesta a disposición de asistencia sanitaria y el acceso universal a ella, así como los gastos y la financiación de la asistencia sanitaria, y las causas de mortalidad".

En consecuencia, si se prescinde del consentimiento de los interesados este tratamiento de datos relativos a la salud por razones de interés público no debe dar lugar a que terceros, como empresarios, compañías de seguros, centros residenciales o entidades públicas o sanitarias, traten los datos personales con otros fines.

Paralelamente, el art. 9 LOPDGDD relativo a las categorías especiales de datos se remite al párrafo segundo del art. 9 RGPD y, además, contempla la posibilidad de que se establezcan requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad para el tratamiento de datos de la salud amparados en una norma con rango de ley, en particular, cuando así lo exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada, o la ejecución de un contrato de seguro del que el afectado sea parte[41]. No obstante, por ahora, habrá que esperar la normativa reglamentaria.

41 Posibilidad amparada en el párrafo cuarto del art. 9 RGPD, en atención a las peculiares características que las singularizan. Vid. Jove Villares, D.: "Datos relativos a la salud", cit., p. 63

III. SUJETOS INCLUIDOS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RGPD.

A continuación, se va a hacer referencia, a una serie de extremos que considero esenciales para poder entender con mayor precisión quienes pueden ser responsables ante la vulneración de las obligaciones establecidas en el RGPD[42].

Con el objetivo de conocer con exactitud quiénes serán los sujetos responsables de las infracciones y de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las normas contenidas en el RGPD, se debe señalar que el Reglamento europeo ha dado un paso importante en relación a clarificar la cuestión relativa a la aplicación de la normativa europea de protección de datos a los encargados y responsables de los ficheros que estuvieran establecidos fuera de la UE, puesto que diferencia entre el ámbito de aplicación objetivo y territorial, con la finalidad de que las personas físicas no nos veamos privadas de nuestro derecho a la protección de datos.

Respecto a la primera cuestión concerniente al ámbito objetivo de aplicación, el art. 2 RGPD establece, en su párrafo primero, que el Reglamento "se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero".

Por un lado, al no hacer referencia el precepto expresamente a los datos de residentes en la Unión Europea se debe entender que se aplica a toda persona física, independientemente de su nacionalidad o residencia[43].

Por otro lado, respecto a qué tipo de tratamientos es aplicable el RGPD, el precepto citado literalmente menciona tanto los tratamientos automatizados, como los manuales, pero en este segundo supuesto la aplicación del Reglamento se limita a aquellos supuestos en que los datos se incorporaren o estén destinados a ser incluidos en un fichero[44].

Así mismo, se debe hacer mención expresa a la no aplicabilidad del RGPD cuando el tratamiento es efectuado por una persona física en el ejercicio de

42 Debe tenerse en cuenta que junto el Reglamento existen otra normativa europea que regula aspectos específicos en relación a la privacidad, como, por ejemplo, la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) que, se prevé que, en breve, sea sustituía por el Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónica. En relación con las dudas de conciliación entre las diversas normativas, véase López Calvo, J.: *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, cit., pp. 60 y 77.

43 En esta línea se pronuncia el Considerando 14 RGPD que señala expresamente que "la protección otorgada por el presente Reglamento debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia, en relación con el tratamiento de sus datos personales".

44 Así lo especifica el Considerando 15 RGPD.

actividades exclusivamente personales o domésticas[45], es decir, sin relación alguna a actividades profesionales o comerciales[46].

Con relación a la cuestión relativa al ámbito de aplicación territorial[47], el párrafo primero del art. 3 establece, con carácter general, que el RGPD se aplicará al "tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no".

Como se observa se hace referencia, primeramente, para la aplicación de la norma únicamente al lugar del establecimiento en la Unión Europea. En definitiva, tal y como señala previamente el Considerando 22, un establecimiento implica el ejercicio de manera efectiva y real de una actividad, independientemente de que sea una sucursal o una filial con personalidad jurídica, puesto que no es determinante la personalidad jurídica en la que ha sido constituida.

Además, se debe comentar la posibilidad de que los responsables o los encargados tengan más de un establecimiento en la Unión Europea, en cuyo caso se debe acudir al término de establecimiento principal que se define en el art. 4.16) RGPD[48].

A continuación, el párrafo segundo del art. 3 RGPD, a diferencia de la derogada redacción de la Directiva de protección de datos[49], señala que el tratamiento se aplica también al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión, realizado por un responsable o encargado no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con[50]:

45 Al respecto, el Considerando 18 RGPD pone, como ejemplo, la utilización por los propios ciudadanos de las redes sociales. Piénsese también en un repertorio de direcciones. Para más información, sobre el alcance de esta excepción y su interpretación jurisprudencial, véase Amérigo Alonso, J.: "Objeto y ámbito de aplicación", cit., pp. 97-98.

46 Por tanto, comparto la apreciación de la reconocida doctrina que esta exclusión no se aplicaría ante tratamientos que tuvieran interés oneroso. Vid. Uriarte Landa, I.: "Ámbito de aplicación material", en AA.VV.: *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por Piñar Mañas, J. L.), Reus, Madrid, 2016, p. 68.

47 Para un estudio del iter legislativo del precepto y un análisis comparado con la Directiva, Vid. Ripoll Carulla, S.: "Aplicación territorial del Reglamento", en AA.VV.: *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por Piñar Mañas, J. L.), Reus, Madrid, 2016, pp. 77-96.

48 La citada definición que delimita el concepto de establecimiento principal contribuye a identificar el establecimiento principal cuando el sujeto responsable cuente con establecimientos en más de un Estado miembro. Vid. Arias Pou, M.: "Definiciones", cit., pp. 116 y 130.

49 El art. 4.1.c) Directiva 95/46/CE señalaba que ésta era de aplicación cuando «el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Comunidad y recurra, para el tratamiento de datos personales, a medios, automatizados o no, situados en el territorio de dicho Estado miembro, salvo en el caso de que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea».

50 La redacción de este precepto pretende «superar la territorialidad del establecimiento para poner el foco en la residencia del interesado o afectado». Vid. Amérigo Alonso, J.: "Objeto y ámbito de aplicación", cit., p. 106.

la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a éstos se les requiere su pago[51]. Al respecto, aclara el propio RGPD que la mera accesibilidad del sitio web del responsable o encargado o de un intermediario en la Unión, de una dirección de correo electrónico u otros datos de contacto, no bastan para determinar la intención de ofrecer bienes y servicios, sino que debe atenderse a otros factores, como el uso de una lengua o una moneda utilizada generalmente en uno o varios Estados miembros[52];

el control de su comportamiento, en la medida en que éste tenga lugar en la Unión[53]. Para determinar si una actividad de tratamiento controla el comportamiento de los interesados, "debe evaluarse si las personas físicas son objeto de un seguimiento en internet, inclusive el potencial uso posterior de técnicas de tratamiento de datos personales que consistan en la elaboración de un perfil de una persona física con el fin, en particular, de adoptar decisiones sobre él o de analizar o predecir sus preferencias personales, comportamientos y actitudes"[54].

Como se observa, el legislador europeo especifica y clarifica los criterios para determinar si se aplica la normativa europea de protección de datos a los residentes en la Unión Europea, cuando el responsable o encargado no lo sea, ya que deja de hacer mención a la ambigua expresión de la Directiva 95/46/CE, lo cual favorece la aplicación de la normativa de protección de datos[55], debiendo los distintos responsables de los tratamientos, independientemente de su ubicación, cumplir con la misma[56].

En esta línea se pronuncia el art. 30 LOPDGDD que establece que en los supuestos de aplicación del RGPD a los responsables o encargados del tratamiento no establecidos en la Unión Europea y el tratamiento se refiera a afectados que se hallen en España, la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, las autoridades autonómicas de protección de datos podrán imponer

51 Para un mayor análisis de la modificación introducida por el RGPD respecto a la Directiva en este aspecto, véase López Calvo, J.: *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, cit., pp. 106-107.

52 Vid. Considerando 23 RGPD.

53 Por tanto, se incluiría cualquier persona jurídica que fuera elegida para realizar el tratamiento, independientemente de su estructura societaria. Por ejemplo, una filial. Vid. Minero Alejandre, G.: "Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea", *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 50, 2017, p. 37.

54 Al respecto véase el Considerando 24 RGPD.

55 Piénsese, por ejemplo, en la aplicabilidad de la normativa europea a las redes sociales, puesto que muchas de ellas están ubicadas en terceros países fuera de la Unión. Vid. Gil Antón, A. M., *¿Privacidad del menor en internet?,* Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 121.

56 En esta línea véase, Rallo Lombarte, A.: "España en la vanguardia de la Protección de datos: nuevos retos del Reglamento Europeo", en AA.VV.: *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de datos. Adaptado al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de datos de 10 de noviembre de 2017* (coord. por López Calvo, J.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p.79.

al representante, solidariamente con el responsable o encargado del tratamiento, las medidas establecidas en la normativa europea.

Del mismo modo, en el supuesto de indemnización por daños y perjuicios por vulneración de la normativa de protección de datos, los responsables, encargados y representantes responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados.

En consecuencia, se puede afirmar que el legislador europeo considera la problemática de la protección de datos como una cuestión global y no solo territorial y, por ello, el nuevo RGPD ha pretendido simplificar las dificultades que existían en la práctica para interpretar la aplicación de la normativa europea a los titulares de los ficheros no pertenecientes a la Unión Europea.

IV. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LA PROTECCIÓN DE DATOS.

En primer lugar, y antes de analizar en particular los diversos sujetos responsables ante la vulneración de la normativa de protección de datos, se debe precisar que el RGPD establece una doble vertiente de protección: las multas administrativas y las indemnizaciones por daños y perjuicios.

1. El régimen de infracciones y sanciones administrativas.

La aprobación del RGPD ha supuesto la introducción de numerosas novedades para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones en materia de protección de datos.

En particular, respecto del régimen de infracciones y sanciones administrativas, el legislador europeo ya no enumera de manera exhaustiva cada conducta tipificada como tal, sino que se remite al incumplimiento de las obligaciones de cada uno de los sujetos responsables de las infracciones.

Sin olvidar, que el legislador europeo ha suprimido en el Reglamento la distinción de infracciones y sanciones en muy graves, graves y leves, aunque el legislador español la ha seguido recogiendo por tradición legislativa la citada diferenciación en la LOPDGDD.

No podemos dejar de mencionar que el Reglamento europeo tampoco despeja las dudas referidas al plazo de prescripción de las infracciones y de las sanciones, cuya laguna deberá ser suplida por las normativas de los Estados miembros[57].

57 En el ordenamiento jurídico español se debe acudir a los arts. 72, 73, 74 LOPDGDD respecto a la prescripción de las infracciones y al art. 78 LOPDGDD con relación a la prescripción de las sanciones.

Respecto a la cuantificación de las sanciones, aunque sin especificar una clasificación, distingue diversas sanciones dependiendo la vulneración concreta realizada por el sujeto responsable[58] y se debe resaltar la finalidad disuasoria del art. 83 RGPD al haber incrementado considerablemente las cuantías de las multas administrativas.

Así, por ejemplo, por una parte, el párrafo cuarto del citado precepto especifica las siguientes infracciones con su correlativa sanción que pueden alcanzar los diez millones de euros o si se trata de una empresa del 2% como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior optándose por la de mayor cuantía:

- Las obligaciones del responsable y del encargado a tenor de los arts. 8, 11, 25 a 39, 42 y 43.

- Las obligaciones de los organismos de certificación a tenor de los arts. 42 y 43;

- Las obligaciones de la autoridad de control a tenor del art. 41, apartado 4[59].

Por otra parte, el párrafo quinto y sexto señalan las siguientes infracciones a las que se les aumenta la cuantía económica, hasta los veinte millones de euros o si es una empresa el 4% como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, dependiendo de la gravedad de la infracción cometida, optándose por la de mayor cuantía:

- Los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los arts. 5, 6, 7 y 9[60].

- Los derechos de los interesados a tenor de los arts. 12 a 22[61].

- Las transferencias de datos personales a un destinatario en un tercer país o una organización internacional a tenor de los arts. 44 a 49;

- Toda obligación que adopten los Estados miembros en relación con situaciones específicas de tratamiento, como la conciliación entre la

58 Para conocer con mayor exactitud el tipo de infracciones que han sido sancionadas hasta la actualidad por la AEPD, véase el estudio exhaustivo de Royo V. y Méler, N.: "Multas impuestas por la AEPD en aplicación del RGPD: motivos y cuantías", *Diario La Ley*, 5 de septiembre de 2019, pp. 1-4.

59 Tal y como señala el Prof. Corral hay una defectuosa traducción del reglamento, puesto que al hablar de autoridades de control realmente se debería haber hecho referencia a los órganos de supervisión del cumplimiento de los códigos de conducta. Vid. Corral Sastre, A.: "El régimen sancionador, cit., p. 576.

60 Por ejemplo, las normas relativas a la licitud del tratamiento, las condiciones del consentimiento o el tratamiento de datos especiales.

61 Piénsese, por ejemplo, en las vulneraciones de los derechos de acceso, rectificación, supresión, portabilidad u oposición.

protección de datos y la libertad de información o el acceso a documentos oficiales, o el tratamiento del número nacional de identificación.

- El incumplimiento de una resolución o de una limitación temporal o definitiva del tratamiento o la suspensión de los flujos de datos por parte de la autoridad de control.

- El incumplimiento de las resoluciones de la autoridad de control.

Es necesario tener en cuenta que "el nuevo Reglamento establece un parámetro de cumplimiento que obliga a demostrar la existencia de diligencia debida por parte de los responsables y encargados, de forma que, si no existe, se estaría incumplimiento de facto el Reglamento"[62].

No obstante, un aspecto positivo que se debe resaltar de la aprobación del RGPD y a los efectos que aquí nos interesan, es el referente a los sujetos responsables de las infracciones que pueden ser sancionados, tal y como se puede deducir de lo ya señalado, puesto que ya no sólo responderán los encargados y los responsables del tratamiento, sino también los organismos de control y las autoridades de supervisión de los códigos de conducta, pero no se pronuncia específicamente sobre los organismos públicos infractores, quedando, por tanto, a la discreción de cada Estado miembro de su sanción.

Por tanto, a continuación, señalaremos brevemente cada uno de los sujetos anteriormente mencionados.

El art. 4.7 RGPD define al responsable del tratamiento como "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento", es decir, será considerado como responsable del tratamiento todo ciudadano, empresa u organismo que decida realizar un tratamiento de datos de carácter personal y decida sobre cómo debe realizarse el mismo, aunque no haya hecho él directamente la recogida de los datos[63].

Por el contrario, el apartado 8) del art. 4 RGPD entiende por encargado, aquella "persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento", es decir, toda persona que no siendo el titular del fichero realiza alguna función relacionada al tratamiento de los datos, pero actuando bajo las directrices o instrucciones del

62 Vid. López Álvarez, L. F.: "La responsabilidad del responsable", en AA.VV.: *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por Piñar Mañas, J. L.), Reus, Madrid, 2016, p. 291.

63 La cuestión principal para el responsable hace responsable del fichero es decidir para que se van a utilizar los datos y qué medio se van a emplear en los tratamientos que se van a realizar. Arias Pou, M.: "Definiciones", cit., p. 123.

responsable del tratamiento. Por ende, no tiene capacidad para decidir ni sobre los datos que recoge ni los medios que utiliza ni la finalidad a la que los destina[64].

Al respecto, el art. 33, párrafo segundo, LOPDGDD, clarifica todavía más dicha distinción, al concretar que "tendrá la consideración de responsable del tratamiento y no la de encargado quien en su propio nombre y sin que conste que actúa por cuenta de otro, establezca relaciones con los afectados aun cuando exista un contrato o acto jurídico con el contenido fijado en el art. 28.3 RGPD[65]", es decir, se puede afirmar la necesaria formalización de un contrato de prestación de servicios entre el responsable y el encargado[66], siempre y cuando no se enmarquen en la contratación del sector público, puesto que queda al margen de este precepto.

No obstante, aunque exista dicho contrato entre el sujeto responsable y el que debería ser calificado como encargado, este último será considerado responsable si actúa en su propio nombre y sin que los titulares de los datos personales observen que actúa en nombre de un tercero, es decir, del responsable del tratamiento.

Así mismo, el inciso del citado apartado añade que también tendrá la consideración de responsable del tratamiento quien figurando como encargado utilizase los datos para sus propias finalidades.

Junto con los responsables y los encargados de los tratamientos también serán responsables los representantes de éstos cuando no estén establecidos en el territorio de la Unión Europea, como se ha visto en el epígrafe anterior.

Así mismo, pueden también ser sujetos responsables terceros intervinientes, como los organismos de control y las autoridades de supervisión de los códigos de conducta.

Por un parte, el apartado 21 del art. 4 establece que la "autoridad de control" es la autoridad pública independiente establecida por un Estado miembro con arreglo a lo dispuesto en el art. 51, es decir, de conformidad con el citado precepto aquel organismo público independiente que tiene la responsabilidad de "supervisar

64 Arias Pou, M.: "Definiciones", cit., p. 124.

65 El citado apartado establece que "el tratamiento por el encargado se regirá por un contrato u otro acto jurídico con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que vincule al encargado respecto del responsable y establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable". Además, dicho contrato estipulará, entre otros aspectos, que el encargado tratará los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable".

66 Este contrato entre el responsable del tratamiento y el encargado del fichero representa una garantía que permite la utilización de los datos por las partes sin considerar que se ha producido la cesión de datos. Arias Pou, M.: "Definiciones", cit., p. 124.

la aplicación del presente Reglamento, con el fin de proteger los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y de facilitar la libre circulación de datos personales en la Unión".

Por otra parte, el art. 41, párrafo primero, establece la posibilidad de que la autoridad de control acredite a otro organismo para que supervise el cumplimiento de un código de conducta que se haya elaborado con la finalidad de contribuir a la correcta aplicación de RGPD, teniendo en cuenta las características específicas de los distintos sectores de tratamiento y las necesidades específicas de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, en virtud art. 40 RGPD.

Por último, considero que España, aunque ha perdido la oportunidad de sancionar económicamente a los organismos públicos cuando infringen la normativa de protección de datos, puesto que el art. 77 LOPDGDD únicamente establece el apercibimiento y la publicación de la resolución, dará ejemplo a través de la aplicación de las medidas sancionatorias previstas por la legislación vigente, especialmente con el inicio de medidas disciplinarias correspondientes frente a la persona física responsable de la infracción.

2. La indemnización por daños y perjuicios.

A) Reconocimiento del derecho.

Junto con el régimen sancionatorio mencionado, el art. 82 RGPD regula el derecho a la indemnización de los interesados por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la infracción de las normas contenidas en el RGPD, así como de los actos delegados y de ejecución adoptados de conformidad con el presente Reglamento y de las normas de los propios Estados Miembro, de conformidad con el Considerando 146 RGPD.

No obstante, se debe señalar que esta previsión indemnizatoria prevista en la norma europea, no es novedosa, puesto que ya se contemplaba en el art. 19 de nuestra derogada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal (LOPD) el derecho a la indemnización de las personas físicas como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la LOPD por parte del responsable o del encargado del tratamiento, siempre que se sufriera un daño o lesión en sus bienes o derechos a través de una acción por responsabilidad civil[67], que derivaba del mandato a los legisladores nacionales que se preveía en el art. 23 Directiva 95/46/CE para que reconociesen el derecho a indemnización.

67 El derogado art. 19 LOPD regulaba el "Derecho a indemnización", indicando que "Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados. 2. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación

Se debe precisar que, en la actualidad, la actual LOPDGDD, no hace referencia alguna al citado derecho de indemnización por vulneración de la normativa de protección de datos.

Aunque el RGPD es de obligado cumplimiento y directamente aplicable a cada Estado Miembro, no hubiera habido ningún inconveniente en que la legislación actual se hubiera pronunciado al respecto, al contrario, hubiera sido positivo, puesto que, al igual que sucede con el régimen sancionador, el RGPD no derogaría el régimen previsto en la normativa nacional, sino que lo desplazaría[68] a aquellos supuestos no incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento[69].

B) Sujetos responsables.

En relación con los sujetos responsables, se debe señalar que la obligación de indemnizar recae, de conformidad con el art. 82 RGPD, a todo "responsable o el encargado del tratamiento", como consecuencia de una infracción del Reglamento.

No obstante, hay que precisar que el contenido de la obligación de indemnizar de cada uno de los sujetos mencionados, derivada de los daños y perjuicios causados, difiere en uno y otro supuesto, aunque la finalidad última, en todo caso, como establece el Considerando 146, es que "los interesados deben recibir una indemnización total y efectiva por los daños y perjuicios sufridos".

Por tanto, en atención a que ya hemos definido quién es el responsable y quien es el encargado del fichero, procederemos a ver las diferencias entre la responsabilidad de uno y otro en materia de resarcimiento de los daños y perjuicios que hayan podido causar por la vulneración de la normativa de protección de datos.

Al respecto el apartado segundo del citado precepto, establece que mientras el responsable responderá por los daños y perjuicios causados por la operación de tratamiento cuando ésta no cumpla la normativa, el encargado solo responderá "por el tratamiento cuando no haya cumplido con las obligaciones del presente Reglamento dirigidas específicamente a los encargados o haya actuado al margen o en contra de las instrucciones legales del responsable".

reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas. 3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria".

68 El Prof. Corral señala literalmente que "el régimen sancionador que establece la Ley orgánica de protección de datos actual queda postergado a la aplicación de aquellos supuestos que queden fuera del ámbito de aplicación material del reglamento". Corral Sastre, A.: "El régimen sancionador", cit., p. 573.

69 Vid. Amérigo Alonso, J.: "Objeto y ámbito de aplicación", cit., p. 95.

No obstante, tanto el responsable como el encargado del tratamiento estarán exentos de responsabilidad si demuestran que no son responsables del hecho que causa el daño, en virtud de los establecido en el apartado 3 del art. 82 RGPD.

Amén de lo anterior, al encargado del tratamiento se le establece una responsabilidad limitada[70], puesto que únicamente responderá cuando no haya cumplido con sus obligaciones específicamente previstas para él o cuando haya actuado al margen o en contra de las directrices señaladas por el responsable del tratamiento.

En cambio, el responsable del tratamiento será responsable siempre que haya incumplido la normativa independientemente del tipo de actuación, y no sólo por sus propios actos, sino por los daños derivados de una infracción cometida por sus encargados del tratamiento[71].

Continuando con la presencia de otros sujetos en el tratamiento de los datos, piénsese en la posibilidad de que el encargado del tratamiento haya subcontratado la realización de sus funciones en el tratamiento. Dicha facultad está contemplada, a sensu contrario, en el apartado 2 del art. 28 RGPD que establece que "el encargado del tratamiento no recurrirá a otro encargado sin la autorización previa por escrito, específica o general, del responsable".

Por ende, si el responsable autoriza al encargado, éste podrá requerir la colaboración de otro encargado para llevar a cabo determinadas actividades de tratamiento por cuenta del responsable. En cuyo caso, en virtud del párrafo 4 del mencionado precepto, se impondrán a este otro encargado, mediante contrato, las mismas obligaciones de protección de datos que las estipuladas en el contrato u otro acto jurídico entre el responsable y el encargado.

Sin embargo, y a efectos del sujeto responsable en caso de daños y perjuicios, es importante reseñar, que, en el supuesto de hecho reflejado, el RGPD, no establece la responsabilidad por hecho propio del encargado subcontratado, sino que el encargado inicial "seguirá siendo plenamente responsable ante el responsable del

70 Como señala el Prof. Rubí, aunque se haya previsto una responsabilidad limitada, *podrá beneficiar a los perjudicados para el resarcimiento de los daños causados, puesto que muchas funciones del tratamiento de datos son encargadas a grandes empresas con menores riesgos de insolvencia para resarcir el daño. Vid.* Rubí Puig, A.: "Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 4 (octubre-diciembre), 2018, *p. 65.*

71 Al respecto hay autores que señalan que "l*a responsabilidad del responsable no deriva de una eventual falta de diligencia en la selección o supervisión del comportamiento del encargado (culpa in eligendo, culpa in vigilando), sino de una asunción primaria de todos los daños que puedan ocasionarse a raíz de un tratamiento de datos personales en el cual haya definido sus fines y medios". Vid.* Rubí Puig, A.: "Daños por infracciones", cit. *p. 68. Por el contrario, hay otros autores que hacen referencia a que la responsabilidad es subjetiva, lo que incluye la culpa in vigilando. Vid.* Nieto Garrido, E.: "Derecho a indemnización y responsabilidad", en AA.VV.: *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por Piñar Mañas, J. L.), Reus, Madrid, 2016, p. 561.

tratamiento por lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones del otro encargado".

No obstante, entiendo que, aunque la normativa europea no haga ninguna previsión al respecto de la responsabilidad civil del encargado subcontratado, podría ser responsables si se cumplen todos los requisitos del sistema general de responsabilidad civil extracontractual previsto en el Código Civil, puesto que el RGPD no deroga el sistema de responsabilidad civil previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

C) Pluralidad de sujetos responsables.

En este apartado precisaremos cómo se articula la responsabilidad ante la concurrencia de varios responsables.

El apartado cuarto del art. 82 RGPD y el Considerando 146, señalan que "cuando más de un responsable o encargado del tratamiento, o un responsable y un encargado participan en el mismo tratamiento", cada responsable o encargado debe ser considerado responsable de la totalidad de los daños y perjuicios.

No obstante, cuando el responsable o encargado del tratamiento haya pagado la totalidad de la indemnización por el perjuicio ocasionado, tendrá derecho a reclamar a los demás responsables la parte de la indemnización correspondiente a su parte de responsabilidad por los daños y perjuicios causados, es decir, la normativa europea recoge la facultad de repetición de quien abona la indemnización contra los terceros responsables por la parte que les corresponda del daño causado.

En consecuencia, en el supuesto de que participen en la comisión del hecho dañoso varios de los sujetos anteriormente señalados, la responsabilidad será solidaria.

3. Los IPS como sujetos responsables en el tratamiento de datos personales.

En la actualidad, es de todos conocido el impacto que tienen las TICs en cualquier ámbito de la sociedad. La utilización de las nuevas tecnologías ha fomentado no solo la contratación de un modo global, sino nuevas formas de comunicación. Ello plantea el desarrollo de nuevos retos.

Concretamente, en nuestro caso, si las redes sociales respetan la normativa de protección de datos, especialmente en lo referente a los datos sensibles. Para ello, en primer lugar, se tendrá que delimitar la calificación de las redes sociales como prestador de la sociedad de la información, en aldeante ISP, para posteriormente, acotar el régimen jurídico de responsabilidad de éstos.

A) Delimitación del concepto de ISP.

Antes de señalar la posible consideración de sujeto responsable de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, se debe delimitar qué se entiende por ISP.

En el art. 2 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, conocida como la Directiva sobre el comercio electrónico (en adelante, DCE) se define al ISP como "cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información".

Por tanto, a continuación, se debe limitar el concepto de "servicios de la sociedad de la información". La letra a) del mencionado artículo, en lugar de concretar el concepto de servicios de la sociedad de la información, nos reenvía a las definiciones del apartado 2 del art. 1 de la Directiva 98/34/CE, modificada por Directiva 98/48/CE.

No obstante, en la actualidad, las citadas Directivas han sido derogadas por la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015 por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

Concretamente, la letra b) del apartado primero del art. 1 de la citada Directiva, señala que se entenderá como servicio, "todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios"[72].

A continuación, delimita cada uno de los elementos del citado servicio prestado, puesto que debe ser a distancia, es decir, un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente; por vía electrónica o un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético y , por último, a petición individual de un destinatario de servicios, lo que supone que el servicio prestado sea una transmisión de datos a petición individual.

72 Por ejemplo, no cabe duda de que "un servicio en Internet que consiste en facilitar el contacto entre vendedores y compradores de productos tiene, en principio, la consideración de un servicio en el sentido de la Directiva 2000/31". Vid. apartado 109 de la STJUE 12 julio 2011, asunto C-324/09, (TOL2.155.786).

Del análisis comparado de la anterior Directiva y de la vigente, se observa claramente que la Directiva (UE) 2015/1535 ha reproducido literalmente la definición del apartado 2 del art. 1 de la Directiva 98/34/CE, modificada por Directiva 98/48/CE, a la que hace referencia la DCE[73].

En este sentido se pronuncia la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, conocida como Ley de comercio electrónico, en adelante LSSICE.

Concretamente, en su anexo, en la letra a), se especifica que "los servicios de la sociedad de la información comprenden, todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario», pero también comprende «los servicios no remunerados por sus destinatarios en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios"[74].

En definitiva, se puede afirmar que los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades, desde la compraventa de productos online, pasando por el envío de comunicaciones comerciales, a los que ofrecen herramientas de búsqueda, acceso y recuperación de datos; o simplemente los servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, de acceso a una red de comunicación o alojamiento de información suministrada por el destinatario del servicio[75].

Así mismo, y para dotar de mayor claridad la identificación de los posibles sujetos responsables ante la vulneración de la normativa de protección de datos, conviene distinguir entre los prestadores de servicios, a los intermediarios[76].

Al respecto, la letra b) del mencionado Anexo, define, de manera genérica, al servicio de intermediación, como el "servicio de la sociedad de la información por

73 Respecto a la citada definición debe también señalarse la interpretación realizada por la STJUE 11 septiembre 2014, asunto C-291/13, (TOL4.629.555), en su apartado 30. Concretamente, el Tribunal Europeo señala que "el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de servicios de la sociedad de la información, definido en dicha disposición, incluye los servicios que ofrecen información en línea y por los cuales el prestador del servicio obtiene su remuneración, no del destinatario, sino de los ingresos generados por la publicidad que figura en una página de Internet".

74 Respecto a la no necesidad de que el servicio de la sociedad de la información esté remunerado, véase Andrés Moreno, J.: "Violación de los derechos de autor a través de redes P2P: ¿responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información o de los miembros de las redes?", *Revista La Propiedad Inmaterial*, núm. 14, 2010, p. 265.

75 Se entiende por "destinatario del servicio", de conformidad con la letra d) del art. 2 DCE, cualquier persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible y, en virtud del apartado d) anexo de la LSSICE, es aquella persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales un servicio de la sociedad de la información.

76 Grimalt Servera, P.: "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información", en AA.VV.: *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. por De Verda y Beamonte, J. R.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p.170.

el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la información o el acceso a la información"[77].

Así pues, son servicios de intermediación, la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicación, la realización de copia temporal de las páginas de Internet, el alojamiento de datos en los propios servidores o el acceso o recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

B) Régimen de responsabilidad de los ISP.

Este apartado pretende mencionar la responsabilidad de los prestadores de servicios, especialmente en su condición de intermediarios, por los daños causados por la vulneración de la normativa de protección de datos, atendiendo a la importancia que, en la actualidad, tienen las redes sociales por el volumen de datos que tienen a su alcance.

Al respecto el párrafo 4 del art. 2 RGPD establece que el Reglamento se aplicará sin perjuicio de lo establecido en la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, que ha sido traspuesta en la LSSICE. Concretamente, se deberá acudir a los arts. 12 a 15 de la Directiva y a los arts. 13 a 17 LSSICE que regulan el régimen de responsabilidad de los ISP[78].

En consecuencia, es importante señalar que los ISP serán sujetos de responsabilidad tanto de conformidad con el RGPD ante el incumplimiento de sus obligaciones si sus funciones son acordes a cualquiera de los términos generales de los sujetos intervinientes del RGPD y por los daños y perjuicios causados por

77 Como se observa claramente, la citada descripción sigue la línea previamente establecida por de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio electrónico que señala en la letra e) de su art. 2 que "por «intermediario», en relación con un determinado mensaje de datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él".

78 Para un estudio en profundidad de la responsabilidad de los ISP en su condición de intermediarios véase, entre otros, Busto Lago, J. M.: "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 542, 2002, pp.1-6; Chaparro Matamoros, P.: "La normativa existente en materia de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información", en AA.VV.: *Derecho al honor: Tutela constitucional, Responsabilidad Civil y otras cuestiones* (coord. por De Verda y Beamonte, J.R.), Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 243-269; Clemente Meoro, M. E.: "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información" en AA.VV.: *Responsabilidad civil y contratos en Internet. Su regulación en la ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico* (dir. por Clemente Meoro, M. E. y Cavanillas Mugica, S.), Comares, Granada, 2003, pp. 1-116; Grimalt Servera, P.: "La responsabilidad civil", cit., pp. 167-198; Peguera Poch, M.: "La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet", en AA.VV.: *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet* (coord. por Morales Prats, F. y Morales Garcia, O.), Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 25-66; Plaza Penadés, J.: "La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet y otras redes (su regulación en el Derecho comunitario y en la LSSICE)", en AA.VV.: *Contratación y comercio electrónico* (coord. por Orduña Moreno, F. J.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 195-237 o Plaza Penadés, J,: "La responsabilidad civil de los intermediarios en internet", en AA.VV.: *Principios de derecho de internet* (coord. por García Mexía, P. L), 2005, pp. 391-426.

su vulneración, como en su labor de prestadores de servicios de la información o intermediarios en virtud de su legislación específica.

De ese modo, se considerarán sujetos responsables de la vulneración de la normativa de protección de datos, cualquier ISP que se pueda calificar como responsable del tratamiento, como redes sociales o motores de búsqueda.

Respecto de los primeros, analizaremos en el siguiente epígrafe la Resolución R/01870/2017 de la AEPD que condenó a Facebook por la vulneración de la normativa de protección de datos por la comisión de diversas infracciones, entre ellas una relativa al tratamiento de daos relativos a la salud.

En relación con los motores de búsqueda, la STJUE de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, se debe tomar como punto de referencia en la consideración de responsable del tratamiento a los motores de búsqueda[79].

El apartado 33 de la citada sentencia establece que "el gestor del motor de búsqueda es quien determina los fines y los medios de esta actividad y, así, del tratamiento de datos personales que efectúa él mismo en el marco de ésta y, por consiguiente, debe considerarse responsable de dicho tratamiento en virtud del mencionado artículo".

Además, añade la mencionada sentencia, en los apartados 36 y 37 que la actividad de los motores de búsqueda "desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican estos mismos datos".

Por último, en relación con la corresponsabilidad en el tratamiento de los datos, es importante tener en cuenta lo señalado en el apartado 40 de la mencionada sentencia, donde el TJUE afirma que la determinación conjunta de los medios del tratamiento de los editores de sitios de Internet con los motores de búsqueda no elimina, en modo alguno, la responsabilidad del motor de búsqueda, ya que, que la facultad de determinar los fines y los medios del tratamiento de los datos personales puede realizarse sólo o conjuntamente con otros, como ya se establecía en el art. 2, letra d), de la derogada Directiva.

79 El objeto de la STJUE era determinar si se podían considerar responsables de los tratamientos a los motores de búsqueda, concretamente a Google, ya que a actividad de un motor de búsqueda consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente (apartado 41 de la citada STJUE).

C) El caso particular de Facebook.

Tal y como se ha mencionado anteriormente, se debe tener presente que las redes sociales, al igual que cualquier empresa que realiza recopilación de datos personales y crea ficheros con los mismos debe cumplir cada uno de los requisitos de la normativa española y europea de protección de datos.

En relación a si las redes sociales son sujetos responsables ante la vulneración de la normativa de protección de datos, se debe señalar como referencia, aunque fuera dictada conforme a la normativa anterior ya derogada, la Resolución R/01870/2017, derivado del procedimiento sancionador PS/00082/2017, condenó a Facebook Inc. a una multa de 300.000 €, por la infracción del art. 6.1 LOPD, en relación con el art. 5 y el art. 4, apartados 1 y 2 LOPD; a una multa de 600.000 €, por la infracción del art. 7 LOPD, en relación con el art. 5 y el art. 4, apartados 1 y 2 LOPD, y a una multa de 300.000 €, por la infracción del art. 4.5 LOPD, en relación con el art. 16 LOPD, en base a los argumentos que señalo a continuación.

La AEPD, en la citada Resolución, para poder imponer las correspondientes sanciones a Facebook, se pronunció, inicialmente, sobre las alegaciones de Facebook Inc. sobre su falta de responsabilidad en el tratamiento de los datos de los usuarios de Facebook en la Unión Europea, aduciendo que el dominio "facebook.es" está registrado a nombre de Facebook Ireland.

Tras analizar la AEPD si las conductas analizadas en el procedimiento instructor fueron llevadas a cabo por Facebook Inc. en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en territorio español o si se han empleado medios situados en España por parte de Facebook Inc., puesto que si no fuera de ese modo, no se aplicaría la LOPD, en virtud del párrafo primero del art. 2, se centra en las argumentaciones respecto a la comisión o no de las infracciones.

En primer lugar, la AEPD valora si Facebook cumple correctamente con el deber de información a los interesados cuando se recaban sus datos, que se recoge en el art. 5 LOPD[80].

La AEPD comprobó que Facebook no informaba a los usuarios de forma exhaustiva y clara sobre los datos que iba a recoger y los tratamientos que iba a realizar con ellos, sino que se limitaba a dar algunos ejemplos, pero la red

80 En particular, se comprobaba si Facebook cumplía la normativa de protección de datos al recabar el consentimiento de los menores, ya que éstos son los usuarios más habituales y vulnerables de las redes sociales. La Resolución señala que Facebook permite registrarse a menores que hayan cumplido 13 años de edad, pero, de los hechos probados, se corrobora que, ni se habilita ninguna opción para que los padres o tutores presten el consentimiento, ni los menores son informados de que no pueden recabarse datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, entre otros.

social recogía otros datos a través del uso de cookies, algunas de ellas de uso específicamente publicitario e incluso otras de uso declarado secreto, cuando navegan por páginas de terceros y que contienen el botón 'Me gusta'[81].

A continuación, se examina si el consentimiento se recababa de manera inequívoca, es decir, que no admitía lugar a dudas, y que permitía al interesado ejercer un control de sus datos. Con relación a este aspecto, en los hechos probados se establece que Facebook no obligaba a leer las condiciones de la política de privacidad para concluir el proceso de alta en la red social.

Por tanto, la AEPD considera que la información facilitada por Facebook a los usuarios no se ajusta a la normativa de protección de datos, lo cual constituye una infracción tipificada como grave en el art. 44.3.b LOPD.

En segundo lugar, en relación con la infracción del párrafo 5 del art. 4 LOPD que recoge el deber de cancelación, la AEPD consideró que Facebook no cumplía con las obligaciones establecidas por la LOPD y cometía una infracción tipificada como grave en el art. 44.3.c) LOPD, puesto que la AEPD comprobó que cuando un usuario configuraba sus opciones de privacidad para no recibir anuncios, la información recogida por Facebook a partir de sus hábitos de navegación no se eliminaba, sino que se retenía y se reutilizaba posteriormente asociada al mismo usuario, a pesar de haber dejado de ser útiles para el propósito para el que se recogieron[82].

En tercer lugar, en relación con la infracción del art. 7 LOPD, se debe señalar que la AEPD, en base a la investigación realizada, verificó que Facebook recogía datos especialmente sensibles, como ideología, sexo, creencias religiosas o salud.

En particular, respecto a los datos relativos a la salud, objeto de este trabajo, la AEPD comprobó que, en el perfil del usuario, en el grupo de información de "Acontecimientos importantes", existe un subgrupo específico de "Salud y bienestar" que permitía introducir información sobre la superación de una enfermedad o abandono de un hábito.

81 De manera específica la AEPD constató que la política de privacidad de Facebook contenía expresiones genéricas y poco claras y su política de privacidad estaba configurada de manera muy compleja en multitud de capas de forma que un usuario medio de las nuevas tecnologías no llegaba a ser consciente ni de los datos tratados ni de su destino.

82 Al respecto la Resolución señala que se había demostrado, respecto de cuentas que habían sido eliminadas por los propios usuarios y que, por tanto, se solicitaba la cancelación de los datos expresamente, que Facebook, a través de una cookie de la cuenta eliminada, no solo almacenaba la información de la misma, sino que continuaba recogiendo y tratando información durante un periodo de 17 meses. Sobre esta cuestión, la Profª. Vázquez Ruano prestaba atención a la vulneración de la protección de datos en aquellos supuestos en los que, tras la cancelación de un perfil de una red social, la información del citado perfil, aunque desactivado, seguía disponible a través de los motores de búsqueda. Vid. Vázquez Ruano, T., "La tutela de la información personal y el uso de las redes sociales", *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, núm. 15, 2012, pp. 141-143.

Sobre esos aspectos, los usuarios de la red habían configurado determinados campos de interés como SIDA u obesidad, que permitían al incluir esos valores buscar entre los posibles valores o sugerir algunos valores en base a tipos predefinidos y, por tanto, discriminar la información en base a los mismos.

Además, la AEPD confirmó que los citados datos sensibles eran utilizados, entre otros fines, para diseñar campañas publicitarias que permitían seleccionar público objetivo en función de un perfilado realizado con los mencionados datos sensibles.

La Resolución señaló que, de conformidad con el art. 7 LOPD, la única base legal para tratar los datos especialmente protegidos es el consentimiento, que además ha de ser expreso y por escrito, puesto que no concurren las excepciones previstas en el apartado 2 del citado precepto y de los hechos probados se constató que, en ningún momento, se procedió a la recogida del consentimiento expreso y por escrito de los usuarios, puesto que Facebook, no establecía ningún régimen específico para el tratamiento de datos especialmente protegidos, sino que, por defecto, se tratan todos de la misma manera al pulsar un botón denominado "Terminado".

En definitiva, Facebook cometía una infracción muy grave tipificada en el art. 44.4.b. LOPD.

Además, se debe recordar la corresponsabilidad de Facebook junto con los administradores de las páginas web, tal y como reconoce la STJUE de 29 de julio de 2019.

Concretamente el supuesto de hecho analizado por la mencionada sentencia es que una empresa alemana de comercio electrónico insertó en su página web el botón "me gusta" de Facebook, que implicaba la transmisión de los datos personales del visitante del citado portal a Facebook sin su consentimiento y con independencia de si el citado visitante era miembro de la red social o de si pulsó el citado icono.

Ante esta situación una asociación alemana de defensa de los intereses de los consumidores demanda a la citada compañía y el Juez alemán que conocía el litigio presentó cuestión prejudicial al TJUE.

La STJUE precisa que la empresa alemana puede ser considerada responsable junto con Facebook de las operaciones de recogida y de comunicación de los datos personales, dado que puede considerarse que ambas determinan, conjuntamente, sus medios y sus fines, puesto que dichas operaciones de tratamiento se efectúan en interés económico para ambas, ya que mientras a la empresa alemana la

inserción del botón le permite optimizar la publicidad de sus productos, Facebook obtiene como contraprestación los datos personales de los visitantes de la web de la empresa alemana.

Por todo ello, la STJUE califica a los administradores de páginas web corresponsable de determinadas operaciones de tratamiento de datos de los visitantes de su sitio, como la recogida de datos y su transmisión a tercero, en el caso que nos ocupa concretamente a Facebook, debiendo cada uno de los corresponsables del tratamiento deben cumplir con la normativa de protección de datos.

Por último, para finalizar con la consideración de Facebook como sujeto responsable de la protección de datos, debemos mencionar que, en la actualidad, se ha admitido a trámite la demanda colectiva de responsabilidad civil presentada por la OCU contra Facebook por vulneración de la normativa de protección de datos, donde se solicita una indemnización por el daño moral causado por la cesión de datos personales a Cambridge Analytica, sin tener el consentimiento de los titulares de dichos datos[83].

V. CONCLUSIONES.

La aprobación del RGPD ha supuesto, desde mi punto de vista, un avance de la salvaguarda del derecho fundamental de protección de datos, puesto que el nuevo modelo de protección de datos aprobado por el legislador europeo supone, en primer lugar, cumplir con su finalidad armonizadora dotando de un mismo régimen jurídico de protección de datos a todos los Estados miembros.

En primer lugar, esta nueva regulación nos permite concretar qué datos o informaciones se incluyen en datos tan sensibles como los relativos a la salud, a los biométricos y a los genéticos.

Además, el RGPD unifica las normativas nacionales, ya no únicamente regulando el régimen de infracciones y sanciones, sino estableciendo de manera uniforme la acción de indemnización por daños y perjuicios por la vulneración de la normativa de protección de datos.

En segundo lugar, el RGPD favorece al titular de los datos personales las acciones frente a los sujetos responsables tanto en materia de multas administrativas, como de responsabilidad civil.

83 Téngase en cuenta que el art. 80 RGPD permite a los interesados a ejercitar el derecho a ser indemnizado a través de un mandato a una entidad, organización o asociación sin ánimo de lucro y cuyos objetivos estatutarios sean de interés público y que actúe en el ámbito de la protección de los derechos y libertades de los interesados en materia de protección de sus datos personales.

Mientras en el primer caso no solo hay un incremento considerable de la cuantía económica de la sanción administrativa, sino también una ampliación de los sujetos infractores, en el segundo supuesto relativo a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios, el RGPD distingue claramente los sujetos, responsables y encargados, y la delimitación de su ámbito de responsabilidad estableciendo que el responsable que participe en la operación de tratamiento responderá de los daños y perjuicios que se cause y el encargado del tratamiento únicamente responderá cuando no haya cumplido las previsiones del RGPD o haya actuado al margen, o en contra, de las instrucciones legales del responsable.

Así mismo, se debe mencionar la importancia del establecimiento de una responsabilidad solidaria en caso de que existan varios sujetos responsables de los daños y perjuicios, por las ventajas que ello conlleva de no tener el perjudicado que delimitar la parcela de responsabilidad de cada uno de ellos, pudiendo demandar a uno de ellos por la totalidad, viéndose resarcido completamente por ello.

Además, el titular de los datos puede ejercitar su derecho al resarcimiento por los daños y perjuicios causados por la vulneración de la normativa de protección de datos, puesto que puede reclamar la misma a través de una entidad, organización o asociación sin ánimo de lucro.

En consecuencia, aunque la tendencia actual es un crecimiento vertiginoso del uso de los datos relativos a la salud por las potenciales utilidades que las nuevas tecnologías nos permiten, con el aumento de los riesgos que ello conlleva, el RGPD mantiene un plus de protección inherente a su categoría de datos especialmente sensibles requiriendo un consentimiento expreso y por escrito.

No obstante, habrá que esperar si se promulga en el ordenamiento jurídico español una normativa específica de condiciones adicionales para el tratamiento de datos genéticos, biométricos o relativos a la salud, que nos lleve a poder afirmar que nos encontramos con una nueva categoría de datos cuya protección esté reforzada estableciendo un marco de garantías capaz de hacer frente eficazmente a todos los desafíos que presenta esta cuestión, logrando un equilibrio entre la protección de la persona, su privacidad y la necesidad del desarrollo tecnológico.

Sin olvidar que, en situaciones excepcionales como la crisis sanitaria actual, donde los datos personales relativos a la salud resultan de interés público, los sujetos responsables deberán ser todavía más precavidos con la utilización de nuestros datos, estableciendo qué datos deben tratarse y por quién, así como la finalidad del tratamiento de los datos de manera clara y específica, para contribuir al seguimiento y la contención de la actual pandemia por parte de las autoridades sanitarias nacionales y europeas, pero velando por el respeto de la normativa de protección de datos.

BIBLIOGRAFÍA

ANDREU MARTÍNEZ, M. B., PARDO LÓPEZ, M. M. y ALARCÓN SEVILLA, V.: "Hacia un nuevo uso de los datos de la salud", *Ius et Scientia*, vol. 3, núm. 1, 2017.

ÁLVAREZ RIGAUDIAS, C.: "Tratamiento de datos de salud" en AA.VV.: *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por PIÑAR MAÑAS, J. L.), Reus, Madrid, 2016.

AMÉRIGO ALONSO, J.: "Objeto y ámbito de aplicación", en AA.VV.: *Tratado de protección de datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. por RALLO LOMBARTE, A.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

ANDRÉS MORENO, J.: "Violación de los derechos de autor a través de redes P2P: ¿responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información o de los miembros de las redes?", *Revista La Propiedad Inmaterial,* núm. 14, 2010.

ARIAS POU, M.: "Definiciones a efectos del Reglamento General de Protección de datos", en AA.VV.: *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por PIÑAR MAÑAS, J. L.), Reus, Madrid, 2016.

BUSTO LAGO, J. M.: "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 542, 2002.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La normativa existente en materia de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información", en AA.VV.: *Derecho al honor: Tutela constitucional, Responsabilidad Civil y otras cuestiones* (coord. por DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.), Aranzadi, Pamplona, 2015.

CLEMENTE MEORO, M. E.: "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información" en AA.VV.: *Responsabilidad civil y contratos en Internet. Su regulación en la ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico,* (dir. por CLEMENTE MEORO, M. E. y CAVANILLAS MUGICA, S.), Comares, Granada, 2003.

COBAS COBIELLA, M. E.: "Protección de los datos personales. Bases de datos. Big data. Un nuevo paradigma" en AA.VV.: *Los derechos fundamentales. Perspectiva entre América y Europa* (coord. por CÁNOVAS GONZÁLEZ D. y VEGA CARDONA R. J.), UniAcademia Leyer, Bogotá, 2019.

CORRAL SASTRE, A.: "El régimen sancionador en materia de protección de datos en el Reglamento general de la Unión Europea", en AA.VV.: *Reglamento General*

de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad (dir. por Piñar Mañas, J. L.), Reus, Madrid, 2016.

Cristea Uivaru, L: *La protección de datos de carácter sensible: Historia Clínica Digital y Big Data en salud,* Bosch, Barcelona, 2018.

Dopazo Fraguio, P.: "La protección de datos en el derecho europeo: principales aportaciones doctrinales y marco regulatorio vigente (Novedades del Reglamento General de Protección de Datos)", *Revista Española de Derecho Europeo,* núm. 68, 2018.

Florencia Cabrera, R., "Historia clínica digital y la protección de datos personales, reflexiones humanísticas", en AA.VV.: *FODERTICS 7.0: estudios sobre derecho digital* (coord. por González Pulido, I.), Comares, Granada, 2019.

García Mexía, P. L.: "La singular naturaleza jurídica del Reglamento General de protección de datos de la UE. Sus efectos en el acervo nacional sobre protección de datos", en AA.VV.: *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por Piñar Mañas, J. L.), Reus, Madrid, 2016.

Gil Antón, A. M.: *¿Privacidad del menor en internet?,* Aranzadi, Pamplona, 2015.

Grimalt Servera, P.: "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información", en AA.VV.: *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. por De Verda y Beamonte, J. R.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

Jove Villares, D.: "Datos relativos a la salud y datos genéticos: consecuencias jurídicas de su conceptualización", *Revista Derecho y Salud,* núm. 1, 2017.

López Álvarez, L. F.: "La responsabilidad del responsable", en AA.VV.: *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por Piñar Mañas, J. L.), Reus, Madrid, 2016.

López Calvo, J.: *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos,* Sepín, Madrid, 2017.

March Cerdá, J. C.: "Redes sociales, salud y pacientes" en AA.VV.: *Medios de comunicación y salud* (coords. por Del Pozo Cruz, J. T., Román San Miguel, A., Alcántara López, R. y Domínguez Lázaro, M. R.), Astigi, Sevilla, 2015.

Martínez Vázquez, F.: "La tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales", en AA.VV.:, *Tratado de protección de datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de*

diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (coord. por Rallo Lombarte, A.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

Minero Alejandre, G.: "Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea", *Anuario jurídico y económico escurialense,* núm. 50, 2017.

Nieto Garrido, E.: "Derecho a indemnización y responsabilidad", en AA.VV.: *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por Piñar Mañas, J. L.), Reus, Madrid, 2016.

Pariente De Prada, J. I.: "Los Datos de Salud en el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos", *I+S: informática y salud,* núm. 122, 2017.

Peguera Poch, M.: "La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet", en AA.VV.: *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet* (coord. por Morales Prats, F. y Morales Garcia, O.), Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

Pérez Gómez, J. M.: "La protección de los datos de salud" en AA.VV.: *Hacia un nuevo derecho de protección de datos* (coord. por Rallo Lombarte, A. y García Mahamut, R.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

Perez Luño, A.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

Plaza Penadés, J.:

- "La responsabilidad civil de los intermediarios en internet", en AA.VV.: *Principios de derecho de internet* (coord. por García Mexía, P. L), 2005.
- "La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet y otras redes (su regulación en el Derecho comunitario y en la LSSICE)", en AA.VV.: *Contratación y comercio electrónico,* (coord. por Orduña Moreno, F. J.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

Rallo Lombarte, A.: "España en la vanguardia de la Protección de datos: nuevos retos del Reglamento Europeo", en AA.VV.: *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de datos. Adaptado al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de datos de 10 de noviembre de 2017* (coord. por López Calvo, J.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Ramón Fernández, F.:

- "Discriminación por condiciones de salud. Protección de datos y consumidores: una reflexión tras la reforma de la Ley General para la

defensa de los consumidores y usuarios", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2019.
- "La protección de datos en las aplicaciones móviles de diagnóstico de enfermedades genéticas. Un estudio jurídico", *Revista métodos de información*, vol. 8, núm. 14, 2017.
- "Robótica, inteligencia artificial y seguridad: ¿Cómo encajar la responsabilidad civil?", *Diario La Ley*, núm. 9365, 25 de febrero de 2019.
- "Transparencia y protección de datos especialmente protegidos en genética y la salud desde el punto de vista civil y del buen gobierno", *Diario La Ley*, núm. 9281, 2018.

Ripoll Carulla, S.: "Aplicación territorial del Reglamento", en AA.VV.: *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por Piñar Mañas, J. L.), Reus, Madrid, 2016.

Rodríguez Ayuso, J. F.: *Figuras y responsabilidades en el tratamiento de datos personales*, Bosch, Barcelona, 2019.

Romeo Casabona, C. M.: "Revisión de las categorías jurídicas de la normativa europea ante la tecnología del big data aplicada a la salud", *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada,* núm. extra 1, 2019.

Royo V. y Méler, N.: "Multas impuestas por la AEPD en aplicación del RGPD: motivos y cuantías", *Diario La Ley*, 5 de septiembre de 2019.

Rubí Puig, A.: "Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 4 (octubre-diciembre), 2018.

Solar Calvo, P.: "La protección de datos en la UE: recapitulación de novedades", *Revista Aranzadi Unión Europea*, num.1, 2017.

Uriarte Landa, I.: "Ámbito de aplicación material", en AA.VV.: *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por Piñar Mañas, J. L.), Reus, Madrid, 2016.

Vázquez Ruano, T., "La tutela de la información personal y el uso de las redes sociales", *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, núm. 15, 2012.

Vázquez De Castro, E.: "Titularidad y responsabilidad en la economía del dato", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías,* núm. 46, 2018.

LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO

THE JURISPRUDENTIAL INTERPRETATION ABOUT NON-VOLUNTARY INTERNATION FOR REASON OF MENTAL DISRUPTION

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 76-99

Lydia NORIEGA RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: En el presente estudio se procede al estudio de la doctrina emanada de los distintos tribuales, fundamentalmente, del Tribunal Constitucional sobre ciertos aspectos del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Como se tendrá ocasión de comprobar, son numerosas las demandas presentadas por parte de las personas afectadas, referidas fundamentalmente al incumplimiento de los requisitos contemplados en dicho precepto.

PALABRAS CLAVE: Trastorno psíquico; internamiento; urgencia; derechos fundamentales; nulidad.

ABSTRACT: *In this study, it is proceeded to analized the doctrine emanated from the differents courts, fundamentally, from the Constitucional Court about certain aspects of the article 763 of the Civil Procedure Law, wich regulates non-voluntary confienment due to mental disruption. As it will be posible to verify, there are numerous demands presented by the persons affected, mainly referring to non-compliance with the requirements set forth in the aforementioned article.*

KEY WORDS: *Mental disruption; hospitalitazion; urgency; fundamental rights; nullity.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA INCAPACITACIÓN: CONFIGURACIÓN LEGAL Y CONCEPTO.- III. EL INTERNAMIENTO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO.- 1. Marco jurídico.- 2. ¿Qué se entiende por trastorno psíquico?- 3. Internamiento no voluntario.- A) El internamiento ordinario.- a) Competencia.- b) Procedimiento.- c) Problemática derivada del ingreso de personas ancianas en residencias de mayores.- B) El internamiento de urgencia.- a) Procedencia para su determinación.- b) Competencia.- c) Posibles responsabilidades derivadas del internamiento no voluntario urgente.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El incremento en la esperanza de vida ha provocado una serie de efectos de orden económico, social y jurídico en nuestra sociedad actual. Los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), muestran que el porcentaje de personas de 65 o más años en enero de 2018 ya superaba el 19% de la población. La edad media ha pasado de 32,7 años en 1970 a 43,38 en 2019. Además, se ha incrementado el proceso de envejecimiento de los más ancianos: los octogenarios superan el 6% del total de la población (la esperanza de vida supera los 83 años) y, a 1 de julio de 2019, los empadronados centenarios son 12.244[1].

El legislador no ha sido ajeno a esta realidad y ha aprobado una legislación específica para tratar de proteger y dar solución a esta situación. A título ilustrativo, se puede mencionar la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia que, en su Exposición de Motivos, declara; "(…) es necesario considerar el importante crecimiento de la población de más de 65 años, que se ha duplicado en los últimos 30 años, para pasar de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7 por ciento de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6 por ciento). A ello hay que añadir el fenómeno demográfico denominado 'envejecimiento del envejecimiento', es decir, el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años, que se ha duplicado en sólo veinte años". En este sentido, conviene señalar que la Base Estatal de Datos de Personas con Valoración del Grado de Discapacidad[2], a 31 de diciembre de 2017 eran 3.177.531, de las cuales 1.419.824 son mayores de 65 años.

1 Así lo recogen en su estudio, Abellán García, A. Aceituno Nieto, P., Pérez Díaz, J., Ramiro Fariñas, D., Ayala García, A. y Pujol Rodríguez, R.: "Un perfil de las personas mayores en España, 2019. Indicadores estadísticos básicos", *Informes Envejecimiento en red*, núm. 22, 2019, p. 38

2 Informe a 31 de diciembre de 2017, Subdirección General de Planificación Ordenación y Evaluación, IMSERSO, publicado el 12 de noviembre de 2019.

• Lydia Noriega Rodríguez
Profª. Contratada Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Vigo. Correo electrónico: lidianr@uvigo.es.

Por otro lado, la normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico ha regulado de forma secular la institución de la incapacitación cuya finalidad es la protección de la persona que, por padecer enfermedades o deficiencias psíquicas o psíquicas que le impidan gobernarse por sí misma, debe quedar sometida a la figura tuitiva que establezca la resolución judicial que declare su incapacitación.

Por último, en este estudio nos centraremos en la medida del internamiento no voluntario por razón de enfermedad psíquica regulado en el art. 763 Ley de Enjuiciamiento Civil. Las implicaciones derivadas del ingreso de la persona en un centro, bien cuando no pueda consentir expresamente o bien se decida en contra de su voluntad, tiene unas implicaciones significativas que exigen su análisis detallado. Hemos considerado conveniente su enfoque desde la problemática que plantean determinados aspectos del citado precepto y su interpretación por parte de nuestros Tribunales.

II. LA INCAPACITACIÓN: CONFIGURACIÓN LEGAL Y CONCEPTO.

La incapacitación ha sido tradicionalmente el mecanismo jurídico de protección ante la falta de capacidad. La regulación legal de esta institución se encuentra en el Título IX del Libro I del Código Civil (en adelante C.c.), arts. 199, 200 y 201. La Disposición Derogatoria Única de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), 2º-1, dejó sin vigor los arts. 202-214 del citado texto legal. Actualmente, los aspectos legales del procedimiento se regulan en los arts. 756 y siguientes de la LEC[3].

La reforma introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, ha configurado un régimen de incapacitación más simplificado y acorde a lo dispuesto en el art. 49 de la Constitución: "los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos".

Centrándonos en su definición, se puede señalar que la incapacitación es el mecanismo jurídico previsto para los supuestos en los que una persona no puede gobernarse por sí misma[4]. Las causas de tal declaración serán, exclusivamente, las derivadas del padecimiento de cualquier enfermedad o deficiencia física o psíquica persistente. Se pretende de esta forma, la defensa personal y patrimonial de los intereses del incapacitado. Como indica el art. 200 C.c. es preceptiva la sentencia judicial para proceder a la incapacitación del individuo. La incapacitación supone,

3 Iglesias Canle, I. y Candal Jarrín, S.: *Los procesos sobre la capacidad de las personas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 43.

4 Calaza López, S.: *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Iustel, Madrid, 2007, p. 31.

como afirma la doctrina, la privación de la capacidad de obrar de una persona[5] o bien su reducción o limitación[6].

Es importante aclarar, dada la confusión que generalmente provoca, que los conceptos de incapacitación y discapacidad no son sinónimos[7]. El Real Decreto Legislativo 1/2013 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social define la discapacidad como la "situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"[8]. Se puede deducir, pues, que la discapacidad implica una dificultad para el desarrollo de la vida, que puede determinar el reconocimiento de una minusvalía[9], pero la persona sigue siendo capaz para gobernarse por sí misma, circunstancia que, como hemos comentado, no se produce cuando una persona es declarada incapacitada porque su capacidad de obrar debe ser complementada o suplida por la figura tuitiva nombrada al efecto.

III. EL INTERNAMIENTO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO.

1.Marco jurídico.

La normativa en vigor permite el internamiento de las personas por razón de enfermedad psíquica. Como expondremos a continuación, este internamiento puede ser voluntario o involuntario. Respecto al primero, nos limitaremos a señalar que se produce cuando la persona presuntamente incapaz, mayor de edad, presenta su consentimiento expreso a su ingreso en un centro psiquiátrico, bien a petición propia o por recomendación del psiquiatra competente. Este consentimiento debe estar exento de vicios desde el momento en que se produce el ingreso y durante el tiempo que se prolongue. Es una medida terapéutica cuya finalidad es el tratamiento de una enfermedad psiquiátrica. Respecto al segundo,

5 O'Callaghan Muñoz, X.: "La Incapacitación", *Actualidad Civil*, núm. 3, 1986, p. 5.

6 En este sentido, vid., Albaladejo García, M: *Derecho civil I: Introducción y parte general*, Edisofer, 19ª ed., Madrid, 2013, p. 178, "cuando por enfermedad o deficiencia duraderas, sean físicas o psíquicas, una persona baja del nivel (que, ciertamente, dentro de los límites de normalidad, varía de unas a otras) mínimo admisible para poder gobernarse por sí misma a tenor de su estado civil, la ley establece en beneficio y protección del interesado, que se le reduzca o limite la capacidad general de obrar, rebajándosela respecto a la que correspondería al estado civil en que se halla, ya que no es apto para poder usarla toda por sí solo".

7 Lafuente Torralba, J.: "Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial", *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, núm. 10, 2012, p. 126.

8 Sobre esta cuestión, vid. Vivas Tesón, I.: "Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la incapacidad", *Revista de Derecho UNED*, núm. 7, 2010, pp. 561-595.

9 Recover Balboa, T.: "Hacia la reforma del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de discapacidad", en VVAA: Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y de la dependencia, (coord. por C. García Garnica, R. Rojo Alvárez-Manzaneda), Dykinson, Madrid, 2014, pp. 252 y ss.

se encuentra recogido en el art. 763 LEC y procederemos a su análisis a lo largo del estudio.

2. ¿Qué se entiende por trastorno psíquico?

Una cuestión que nos parece de la mayor relevancia es la determinación de los supuestos que deben ser considerados como trastornos psíquicos. La lectura atenta de la doctrina emanada de las Audiencias provinciales permite observar la posición judicial sobre esta materia. En este sentido, es expresiva la SAP Sevilla 21 septiembre 2012 (JUR 2013,148088)[10] que indica "el trastorno psíquico a que se refiere el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se limita a la enfermedad mental, sino que se extiende también a aquellas deficiencias o patologías seniles que padecen frecuentemente personas de la tercera edad, como la demencia vascular, el mal de Alzheimer, la enfermedad de Parkinson, y otras alteraciones caracterizadas por el deterioro de la memoria, la reducción del control emocional o de la motivación, y la disminución de la capacidad cognoscitiva. No hay razón objetiva para no hacer extensivas a las enfermedades psíquicas de carácter crónico o degenerativo las garantías del mentado art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". La SAP La Rioja 8 septiembre 2011 (JUR 2011, 367848), incluye los casos de demencia degenerativa y alcoholismo. Por otro lado, la SAP Soria 22 mayo 2018 (JUR 2018, 241509), considera como tal el padecimiento de esquizofrenia paranoide de larga duración. Asimismo, la existencia de trastorno esquizoafectivo, tipo maniaco ha sido catalogada como trastorno psíquico por la SAP Vizcaya de 12 noviembre 2019 (JUR 2020, 69456). Por último, la SAP Cádiz 11 junio de 2019 (JUR 2019, 237979), entiende procedente el internamiento por presentar la persona esquizofrenia, insuficiencia renal crónica, neumonía y deterioro cognitivo moderado, siendo dependiente para el aseo, vestido y arreglo…

3. Internamiento no voluntario.

En relación al internamiento no voluntario, debemos acudir al citado art. 763 LEC que, como expondremos en las líneas siguientes, diferencia entre dos tipos de internamiento, el llamado ordinario y el urgente. En virtud de la privación de libertad que conlleva su ingreso, es preciso que se base en criterios terapéuticos[11]. Se debe probar, por tanto, la existencia de una enfermedad psiquiátrica que no puede ser tratada de forma ambulatoria, excluyéndose de esta forma los internamientos con fines asistenciales.

No obstante, es conveniente señalar que incluso en los supuestos en los que no se haya diagnosticado enfermedad mental, se ha considerado procedente el

10 En el mismo sentido, AAP Sevilla 29 junio 2013 (JUR 2013, 147393).

11 Como ha dispuesto el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

ingreso de la persona por sus circunstancias personales y familiares. Así lo ha determinado la SAP La Rioja 16 enero 2012 (JUR 2012,51835), por la situación de una mujer de 82 años sin apoyos familiares directos, que reside sola y aislada de todo contacto con el exterior, a excepción de una persona de 80 años, de la que depende para el suministro de la alimentación.

En cualquier caso, en ambos tipos de internamiento, la persona internada o bien no puede manifestar libremente su consentimiento, por razón de trastorno psíquico, o bien se opone al mismo, por lo que debe ser la autoridad judicial la que autorice o deniegue la petición, convirtiéndose así en garante de los derechos de la persona afectada. De esta forma, como recoge el art. 763.4 LEC, el Juez no decide, sino que autoriza o no el ingreso solicitado por un facultativo en atención a la situación clínica del paciente. En los casos de internamientos de urgencia, la ratificación judicial debe prestarse a *posteriori*, debiendo ser emitida en el plazo exigido por el precepto.

Dadas las consecuencias que esta medida supone para el afectado, la ley regula un procedimiento *ad hoc* que pretende la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo en consonancia con el tratamiento médico de su enfermedad. Además, se exige el seguimiento judicial del internamiento a través de los informes médicos que deben realizar los facultativos correspondientes cada seis meses (o en plazo menor si así lo considera el Tribunal) debiendo, asimismo, comunicar al Juez el alta del paciente. Se contempla, por otro lado, que el ingreso de menores deberá hacerse siempre en centro adecuados a su edad.

La primera cuestión que suscita este precepto es su posible colisión con el derecho fundamental recogido en el art. 17.1 C.E., el cual establece "toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley". Precisamente, la STC 132/2010, de 2 de diciembre de 2010 (RTC 2010,132), resolvió sobre la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4542-2001, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña, en relación con el art. 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, por posible infracción de los arts. 17.1 y 81.1 de la Constitución.

El Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad de los incisos de los párrafos primero y segundo del art. 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, consideraba que "en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante Ley orgánica, instando al legislador a remediarlo a la mayor brevedad posible". Este carácter de orgánico se confirió al

citado artículo mediante la disposición adicional 1, en la redacción dada por el art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio.

En las siguientes líneas, expondremos los dos tipos de internamiento regulados actualmente; el internamiento ordinario y el internamiento de urgencia.

A) El internamiento ordinario.

Se producirá en aquellos supuestos en los que la autorización judicial es previa al internamiento. La norma específica en su primer párrafo que se aplicará para todas aquellas personas que no estén en condiciones de decirlo por sí mismas, con independencia de que estén sometidas a la patria potestad o tutela.

Para su mejor conceptualización, traemos a colación lo recogido en la STC 141/2012, de 2 de julio (RTC 2012,141), "…este Tribunal sí tiene asentada doctrina referente a la conformidad de la medida de internamiento involuntario, desde la perspectiva del derecho fundamental del art. 17.1 CE, cuando es acordada directamente por la autoridad judicial bien como medida cautelar de un proceso ya iniciado, bien como medida definitiva impuesta en Sentencia. En concreto, tenemos declarado que dicha situación personal comporta para el afectado una privación de su libertad personal que "ha de respetar las garantías que la protección del referido derecho fundamental exige, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España (art. 10 C.E), y, en concreto, con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales... la legalidad del internamiento de un enajenado, prevista expresamente en el art. 5.1 e) del Convenio, ha de cumplir tres condiciones mínimas, según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar dicho artículo en su Sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp). Estas condiciones son: a) haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo".

a) Competencia.

La competencia corresponde el Juez de Primera Instancia "del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento". La posible duda que puede surgir

sobre la determinación del Tribunal competente ante un cambio de domicilio del internado, ha sido resuelta por la jurisprudencia. Así, el Tribunal Supremo en su Sentencia 1 junio 2004 (RJ 2004,4628) ha aclarado que la competencia para determinar el internamiento corresponde al Juzgado dónde está ubicado el domicilio de la persona afectada[12]. Este Juzgado que conoce de las actuaciones, debe resolver todas las incidencias que surjan durante el proceso. Conforme a los arts. 410 y 411 LEC, el fuero competencial se mantendrá, aunque se cambie el lugar de residencia del individuo.

Más concretamente, la SAP Alicante 31 marzo 2011 (AC 2011,1823), especifica que el art. 52.1. 5º LEC dispone que los juicios en los que se ejerciten acciones relativas a la asistencia o representación de incapaces, incapacitados o declarados pródigos, será competente el Tribunal del lugar en que éstos residan. En concordancia con dicho precepto, el art. 763.1 establece que el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del Tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. Señala, asimismo, que no cabe duda que la competencia para continuar con el internamiento es el correspondiente Tribunal al lugar de residencia de la presunta incapaz cuando se acordó la incapacidad y el internamiento, siguiendo siendo competente para las sucesivas autorizaciones de mantenimiento de la medida. Finaliza señalando "la competencia también se extiende a las alteraciones que una vez iniciado el proceso se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto, pues tales circunstancias no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia, ya que la Ley atribuye el seguimiento de la situación o evolución del incapaz al mismo Tribunal"[13].

b) Procedimiento.

Con anterioridad a su pronunciamiento, el Juez debe oír a la persona afectada, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona que considere conveniente, de oficio o a instancias del paciente. Debe, asimismo, examinar a la persona afectada por sí mismo y oír al facultativo que éste designe. Podrá, además, solicitar cualquier prueba que estime necesaria. La finalidad de este procedimiento es que el Tribunal aprecie personalmente la situación y las circunstancias físicas, mentales y vitales del que va a ser ingresado, para tomar la decisión con la mayor imparcialidad posible,

12 No obstante, la doctrina ha señalado la posible existencia de problemas prácticos relativos al cambio de domicilio de la persona afectada, VVAA.: *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (dir. por A., Lorca Navarrete), Tomo IV, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 224-240.

13 Asimismo, la SAP Alicante de 21 diciembre de 2010 (JUR 2011,77622), determina que, ante el traslado de una persona internada en un centro a otro situado en otro partido judicial, la competencia para realizar el seguimiento preceptivo corresponde al Juzgado que autorizó el internamiento.

conforme a lo establecido por el art. 5.1 e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que intenta prevenir los internamientos arbitrarios.

En relación al informe médico que preceptivamente debe ser realizado, se debe señalar que el Tribunal designará al facultativo que debe emitirlo, sin especificar el precepto que debe ser especialista en psiquiatría, aunque en nuestra opinión, sería lo más aconsejable porque se debe evacuar un diagnóstico sobre patologías psiquiátricas, que requieren unos conocimientos específicos. Cierta doctrina ha defendido que el médico elegido no debería ejercer su profesión en el centro donde se pretende el ingreso, para mantener la objetividad requerida[14]. En cualquier caso, el art. 632 LEC establece la naturaleza no vinculante de dicho informe. El Juez debe valorar de forma general la situación de la persona, la posibilidad de que en su entorno se le puedan prestar los cuidados necesarios…, en definitiva, su valoración debe basarse sobre un punto de vista jurídico y global, no sólo médico.

El incumplimiento de los requisitos formales ha provocado que judicialmente se haya declarado la nulidad de la medida del internamiento. En este sentido, vid., la SAP Alicante 12 julio 2019 (JUR 2019, 273961), en la que se relata que la ausencia de exploración al recurrente, así como la inexistencia de un informe forense o facultativo que probase la justificación del internamiento, lleva a la Sala a concluir que dicha medida se adoptó sin seguir el procedimiento establecido. Aclara, por otro lado, que se adopta esta medida sin perjuicio de que, si en el futuro se acreditasen nuevas razones que lo justifiquen y cumplidos los trámites procedimentales previstos, se pueda determinar nuevamente la necesidad de dicho internamiento.

En similar sentido se expresa la SAP Valencia 20 diciembre 2017 (JUR 2018, 72335) que declara la nulidad de las actuaciones y la existencia de indefensión, porque el demandante no pudo ejercer su derecho de defensa, al no poder solicitar la práctica de las diligencias que consideraba oportunas antes de resolverse sobre su internamiento.

De forma explícita, la SAP Lugo 2 febrero 2017 (JUR 2017, 84901) confirma la resolución de la sentencia de 1ª Instancia que desestimaba la adopción de la medida de internamiento no voluntario del demandando. En la fundamentación jurídica, se pone de manifiesto que la Sala otorga prevalencia al informe realizado por el médico forense[15], porque resulta notorio que éste se "se encuentra revestido

14 De Couto Gálvez, R., Mirat Hernández P., Armendáriz León C.: *La protección jurídica de los ancianos*, Colex, Madrid, 2007, p.141.

15 En el mismo se hace constar lo siguiente:- Diagnóstico: no consta ningún diagnóstico.- Enfermedad o deficiencia psíquica que le afecta y pronóstico: ninguno.- Alteración del comportamiento derivado de su trastorno: no.- Alteración de funciones psíquicas: no.- Existencia de compromiso de la capacidad de consentimiento al tratamiento: no.- Existencia de compromiso de la relación del informado con terceros

de unas condiciones de ecuanimidad, independencia y singular cualificación que, salvo prueba de error (que no consta en los presentes autos), conlleva, de modo lógico y razonable, a la aceptación de su dictamen, máxime en este caso en que su resultado resulta ciertamente claro, sin generar dudas al respecto, de modo que no se dan las circunstancias para poder considerar la necesidad de internamiento involuntario [del individuo] , pues la situación descrita en el informe Forense aleja el presupuesto fáctico exigible para la adopción de una medida de la gravedad y trascendencia de la interesada en el recurso de apelación, no concurriendo, por tanto, los requisitos a los exigidos [por la doctrina del Tribunal Constitucional]".

Por lo tanto, se desestima el recurso de apelación al considerar que la adopción de la medida cautelar de internamiento solicitada puede afectar seriamente a los derechos y libertades fundamentales del afectado, sin que quede justificada esta media tan restrictiva en virtud de lo establecido en el informe del forense.

No obstante, el Tribunal Supremo en su STS 26 enero 2016 (RJ 2016, 384), desestima el recurso de casación interpuesto por la actora en relación a la resolución judicial que autorizó su internamiento no voluntario por razón de trastorno psiquiátrico. La demandante pretende que se declare la existencia de error judicial porque no estuvo asistida por abogado y procurador ni presente el Ministerio Fiscal en la vista que autorizó su internamiento. Como se expone en la resolución, "la tesis de la demandante parte de una premisa errónea, como es que en el procedimiento de autorización de internamiento no voluntario por razón de trastorno psiquiátrico regulado en el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil existe una "vista" ante el juez a la que debe asistir el afectado con asistencia de abogado, designado por el interesado o de oficio, y en la que esté presente el Ministerio Fiscal, del tipo de la prevista en el art. 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

y con el contorno: no, al menos en relación con una supuesta existencia de patología psiquiátrica.- Riesgo para él derivado de su enfermedad (excluido el procedente de la escasez de medios económicos o sociales): no.- Riesgo para terceros derivado de su enfermedad: no- Requiere tratamiento para su mejoría o estabilización: no.- Obligatoriedad de tratamiento en régimen interno (independientemente de la existencia o no de recursos externos): no.- Incidencia del trastorno y evolución de éste en la capacidad de autogobierno (recomendación de iniciar un procedimiento de incapacidad civil): no. Por otro lado, en el apartado atinente a la exploración, se deja constancia de que Don Esteban se encuentra orientado en espacio y tiempo; que si bien inicialmente mantiene una cierta suspicacia, desaparece al poco tiempo y mantiene una conversación normal. Las respuestas son adecuadas a lo preguntado. Su lenguaje es normal, fluido y con detalles, y realiza preguntas de modo espontáneo. No presenta alteración de la memoria. No encuentra el Médico Forense ideación delirante o interpretación anómala de la realidad. No encuentra signos que sugieran la existencia de alucinaciones visuales o auditivas. Conoce el dinero y realiza cálculos sencillos. Conoce sus posesiones y los ingresos que tiene, así como los gastos. Tiene cierta planificación de actividades y conoce el estado de su casa. No presenta alteraciones de la movilidad. Realiza las actividades básicas de cuidado, aunque la casa presenta un estado deteriorado que dificulta tener un hábitat adecuado. Las limitaciones que presenta derivan exclusivamente de la edad que tiene, sin tener datos o signos en la exploración de la existencia de alteraciones neurológicas o psiquiátricas relevantes. Sí presenta cierta suspicacia que puede tener más que ver con un rasgo de su personalidad y la edad. La casa tiene problemas para una adecuada habitabilidad que puede repercutir en el cuidado de su salud.

El art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no prevé la existencia de esa vista, sino que el juez ha de oír y examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate. El último inciso del art. 763.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no impone como requisito que la persona supuestamente aquejada de un trastorno mental que justifica la solicitud de autorización de internamiento esté representada en ese trámite por procurador y asistida por abogado, ni que esté presente el Ministerio Fiscal, sino que otorga al afectado la posibilidad de disponer de representación y defensa. Se trata, por tanto, de una mera facultad, pero no de una intervención preceptiva.

La STC núm. 141/2012, de 2 de julio (RTC 2012, 141), interpreta esta previsión en el sentido de que exige que se informe a la persona afectada de que tiene derecho a contar con abogado y procurador y a proponer pruebas".

Asimismo, como hemos indicado, es precisa la intervención del Ministerio Fiscal, contemplada también el art. 1815 LEC. Estos procedimientos son materia de orden público porque, en esencia, cabe la posibilidad de que sea afectada la capacidad de obrar del individuo, así como la vulneración de ciertos derechos fundamentales de la persona. El Ministerio Fiscal es garante de los derechos de los ciudadanos y es importante su participación en estos procesos por la posible existencia de conflicto de intereses.

El auto dictado por el juez deberá ser notificado a este órgano público, debiendo llevar un control sobre los internamientos, evitando así que se prolonguen de forma indefinida o, incluso, que puedan llegar a ser ilegales. Así se recoge en el art. 4.2 de la Ley 50/1981, por el que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

En este sentido, la Fiscalía General del Estado ha encomendado fiscales visitar los centros de internamiento públicos y privados cuando lo estimen oportuno, examinar los expedientes de todos los internados, requerir información periódica a las autoridades administrativas en relación con las deficiencias observadas por sus propios servicios de inspección.

En relación a la función del Ministerio Fiscal, el Tribunal Constitucional en su doctrina consolidada ha reconocido la legitimidad de éste para interponer recurso de amparo en sede de internamiento en centro hospitalario por razón de trastorno psíquico al amparo del art. 763 LEC. En la STC núm. 50/2016, de 14 marzo (RTC 2016, 50)[16], el citado órgano público plantea demanda "por la doble vulneración del derecho a la libertad del derecho a la libertad personal (art.

16 En la misma línea de entendimiento, SSTC núm. 22/2016, de 15 febrero (RTC 2016, 22); núm. 13/2016, de 1 febrero (RTC 2016, 13); y núm. 141/2012, de 2 julio (RTC 2012, 141).

17.1 CE) y la del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al haberse omitido dos de las garantías esenciales de dicho procedimiento especial como son, de un lado, el proveer a la afectada de una defensa letrada antes de resolver el Juzgado sobre la ratificación del internamiento, con el fin de que aquélla pudiera actuar a su favor a partir de las pruebas practicadas, tal como además la propia interesada había solicitado; y de otro lado el contar con el dictamen del Ministerio Fiscal, también para que fuera tenido en cuenta al momento de dictar la resolución procedente".

En su Fundamento Jurídico 1º la Sala declara que la negativa a la intervención del representante procesal produjo la vulneración del derecho a la asistencia jurídica, que en el ámbito del proceso de internamiento no voluntario del art. 763 LEC por trastorno psíquico, produce la lesión del derecho a la libertad del art. 17.1 CE. La negación de esta intervención de su representante procesal y defensora produjo, pues, la vulneración del derecho a la asistencia jurídica, que en este ámbito del proceso de internamiento involuntario del art. 763 LEC por trastorno psíquico, se reconduce a una lesión del derecho a la libertad del art. 17.1 CE (SSTC núm. 141/2012, de 2 de julio, F.J. 1; núm. 13/2016, de 1 de febrero, F.J. 3, y núm. 22/2016, de 15 de febrero, F.J. 6), por lo que se estima este punto de la demanda, resultando innecesario analizar la queja referida a la falta de valoración del dictamen del Ministerio Fiscal. del que resulta titular doña R.A.S., lo que determina la estimación en este punto de la demanda de amparo, por lo que resulta innecesario analizar la otra queja vertida en esta última, acerca de la falta de valoración del dictamen del Ministerio Fiscal.

El fallo del Alto Tribunal es, por tanto, el siguiente "procede declarar la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas. Además, de acuerdo a lo señalado en la STC núm. 141/2012, de 2 de julio, F.J. 8, «la Sentencia ha de tener efectos puramente declarativos, sin acordar retroacción alguna de las actuaciones destinada a subsanar la omisión de derechos dentro del procedimiento, teniendo en cuenta la situación de libertad del recurrente materializada tras aquel alta médica y que la tutela de su derecho fundamental queda garantizada con los pronunciamientos indicados, siguiendo así la doctrina de este Tribunal fijada para situaciones similares (SSTC núm. 12/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 12) , F.J. 4; núm. 169/2008, de 15 de diciembre (RTC 2008, 169), F.J. 7 y núm. 179/2011, de 21 de noviembre (RTC 2011, 179), F.J. 6)» (en el mismo sentido, SSTC núm. 182/2015, de 7 de septiembre, F.J. 7, y núm. 22/2016, de 15 de febrero, F.J. 6)".

Por otro lado, el art. 763.3 LEC establece el derecho del internado a recurrir en apelación la resolución del Tribunal ante la Audiencia provincial competente. Asimismo, sería posible la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por vulneración del art. 17 C.E.

Por último, se establece en el apartado 4º del art. 763 LEC a la obligación de los facultativos de informar al Juez sobre la necesidad de mantener esta medida. Estos informes serán remitidos cada seis meses, salvo que el Tribunal, en virtud de la naturaleza de la enfermedad, establezca un plazo inferior, pudiendo también requerir cualquier otro informe que considere necesario. El Tribunal, en base a estos dictámenes y las pruebas que requiera, decidirá lo procedente sobre el mantenimiento o no del internamiento.

Es posible, asimismo, que los facultativos que atienden a la persona, den de alta al enfermo, por entender innecesaria la medida, debiendo comunicarla de forma inmediata al Juez.

c) Problemática derivada del ingreso de personas ancianas en residencias de mayores.

Conviene en este punto del estudio, hacer una mención especial a los supuestos en los que personas mayores que presentan enfermedades físicas o psíquicas, y que no en todos los casos han sido incapacitadas, son ingresadas en centros geriátricos por decisión de sus familiares[17]. Incluso, puede ocurrir que no presenten ningún tipo de enfermedad, sólo problemas de autogobierno que requieren, únicamente, de cuidados asistenciales y no tratamientos médicos[18]. No obstante, en estos casos, se debe advertir que la jurisprudencia de las Audiencias provinciales ha considerado que entre los trastornos psíquicos se deben incluir "las deficiencias y enfermedades seniles denominadas de involución mental (por lo común de tipo degenerativo) asociadas a la tercera edad y las degenerativas en general"[19].

En cualquier caso, esta circunstancia ha sido analizada por la doctrina porque en la mayoría de los casos no ha habido consentimiento expreso del anciano, ni ha estado sometida a control judicial. En numerosas ocasiones, el internamiento es en régimen cerrado que implica la restricción de la libertad personal del individuo, porque no puede entrar y salir voluntariamente, las llamadas telefónicas o las visitas son restringidas…[20] La falta de una regulación específica ha provocado que exista cierta inseguridad jurídica, llegándose a afirmar que se pueda producir una vulneración de sus derechos fundamentales[21], por lo que distintos

17 Sobre este tema vid., el completo estudio de De Verda y Beamonte, J. R.: El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos en el Derecho español, *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 4, febrero 2016, pp. 9-28.

18 Navarro-Michel, M.: "El ingreso involuntario en residencia, geriátrica y la autorización judicial", *Revista Bioética y Derecho*, núm. 45, 2019, p. 2.

19 SAP Cádiz 20 marzo 2018 (JUR 2018, 293651).

20 Como señala, Moretón-Sanz, Mª. F.: "Dos nuevos pronunciamientos del TC sobre el internamiento forzoso en establecimiento de salud mental como medida privativa de libertad: cuestiones sobre ingresos no voluntarios en centros geriátricos", *Revista de Derecho UNED,* núm. 7, 2010, p. 465.

21 De Couto Gálvez, R., Mirat Hernández P. y Armendáriz León C.: *La protección jurídica de los ancianos,* cit., p.136

postulados doctrinales defienden la aplicación del art. 763 LEC a estos tipos de internamientos[22]; en definitiva, que sean autorizados por el Juez[23].

Este problema ya había sido puesto de manifiesto por la Fiscalía General del Estado, en su instrucción núm. 3/1990, de 7 de mayo, sobre "Régimen jurídico que debe de regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad": "que las investigaciones llevadas a cabo, y que esta Fiscalía General ha tenido conocimiento, se vienen observando graves y generalizadas irregularidades en los ingresos, especialmente en los Centros en régimen de internado. Concretamente, viene siendo usual que los ingresos sean convenidos entre los familiares del interno y el Centro, llegando incluso a pactarse el régimen del internamiento, restringiendo o excluyendo la libertad personal al convenirse el régimen de visitas, salidas al exterior o incluso comunicaciones telefónicas o postales, lo que puede resultar gravemente atentatorio a derechos constitucionales básicos y a la dignidad de las personas. Esta práctica se viene amparando muchas veces en la imposibilidad en que se halla el anciano para prestar su consentimiento en condiciones de validez jurídica, por encontrarse afectado de enfermedad física o psíquica … En caso de enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, que impidan prestar tal consentimiento, a tenor de lo establecido en el artículo 211 del Código Civil, deberá solicitarse preceptivamente la autorización judicial con carácter previo al ingreso, o comunicarlo a la autoridad judicial en el plazo de 24 horas en los supuestos de urgencia". Añade esta instrucción de la Fiscalía General del Estado, que el centro formalizará la solicitud al Juez en los mismos términos, a partir del momento en que se constate que "el deterioro físico o mental, como consecuencia del avance de la vida, se [ha] producido con posterioridad al momento del internamiento" –ingreso voluntario, se entiende–. Y concluye diciendo: "De cuanto antecede se desprende que la práctica de efectuar el ingreso sin el consentimiento del titular del bien jurídico que se dispone o sin que este sea suplido por la autoridad judicial, en los casos y por las causas legalmente previstas … debe ser totalmente proscrita".

Al respecto el Tribunal Constitucional en su STC núm. 13/2016, de 1 febrero (RTC 2016, 13)[24], resuelve sobre la demanda de amparo presentada por la actora,

22 Pereña-Vicente, M.: "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa", *Revista de Derecho Privado*, núm. 7, 2016, p. 8.

23 Martín-Pérez, J. A.: "El internamiento o ingreso de personas mayores en centros geriátricos (Acerca de la procedencia de autorización judicial cuando el ingreso es involuntario)", en VV.AA: *Protección jurídica de los mayores* (coord. por E. Martínez-Gallego), Wolters Kluver, Cizur Menor, 2004, p. 168.

24 Igualmente, SSTC núm. 34/2016, de 29 febrero (RTC 2016, 34); y núm. 132/2016, de 18 julio (RTC 2016, 132). Con anterioridad al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, las Audiencias Provinciales habían emitido resoluciones en ese sentido. Vid. la SAP Sevilla 29 junio 2012 (JUR 2013, 147393) al afirmar que "este Tribunal considera que, siendo el internamiento no voluntario una clara limitación de la libertad personal, constitucionalmente consagrada, la exigencia de autorización judicial es predicable cuando no exista padecimiento o trastorno psíquico, o cuando se trata de una persona que, por sus limitaciones intelecto-volutivas, no puede prestar su consentimiento, sin que sea preciso que el ingreso tenga una finalidad terapéutica, curativa o de tratamiento temporal de la enfermedad, sino asistencial e indefinida en un Centro de tal naturaleza, como acontece con las residencias de ancianos o de personas que, por sus discapacidades o limitaciones, necesitan la permanente y continuada atención de terceras personas para

"cuyas circunstancias coinciden de manera sustancial con el de otras muchas personas que debido a su edad avanzada sufren una enfermedad neurodegenerativa y se encuentran recluidas en una residencia sin poder salir de ella, como medida de prevención. Han sido traídas allí por alguien de su entorno cercano, o a iniciativa de los servicios sociales; incluso en ocasiones se trata de un ingreso voluntario con el fin de recibir los cuidados de manutención y salud necesarios y, con el paso del tiempo, el afectado pierde la consciencia necesaria para emitir su voluntad de permanecer allí. La cuestión es que estos centros tienen bajo su cargo a personas que están privadas de su libertad ambulatoria y lo están, con cierta frecuencia en la práctica, sin ningún conocimiento ni autorización de la autoridad judicial".

En la citada resolución, la Sala determina que las residencias geriátricas puedan ser consideradas como "el «centro» al que se refiere el art. 763.1 LEC, siempre que disponga de médico psiquiatra que efectúe la valoración del estado de la persona que ingresa y motive la necesidad de su internamiento; así como los medios materiales y humanos para su tratamiento terapéutico, además de cumplir con los requisitos legales y administrativos para desarrollar su actividad". El internamiento en estos casos, requiere autorización judicial cuando no hay consentimiento expreso de la persona anciana.

Pese a lo dicho, aclara la sentencia que ".... no hay razón alguna por la que deba prescindirse de este control jurisdiccional cuando el ingreso se lleva a cabo en establecimiento o centros socio sanitarios o geriátricos, con una finalidad marcadamente asistencial, ante la imposibilidad de que la persona ingresada pueda cubrir fuera del entorno residencial sus necesidades más elementales, precisamente por razón del deterioro cognitivo que padece. Lo verdaderamente relevante, a efectos de exigir el control judicial, no es el tipo de centro o unidad en donde tiene lugar el ingreso, ni su finalidad (curativa, terapéutica o asistencial), ni siquiera su vocación temporal o permanente; sino el tipo de padecimiento mental que sufre la persona, esto es, que la misma no se encuentre en condiciones de decidirlo por sí mismo, como dispone expresamente el citado art. 763 LEC. Este precepto habla de 'centro' sin ningún calificativo más, sin restringirlo, por tanto, a los centros o unidades psiquiátricas".

B) El internamiento de urgencia.

a) Procedencia para su determinación.

Como se ha expuesto, el legislador exige para los ingresos no voluntarios, autorización judicial. Este axioma quiebra en los supuestos en que "salvo que

cubrir sus necesidades elementales, que no pueden ser satisfechas por sus parientes más próximos fuera del entorno residencial".

razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida", como indica el citado art. 763 LEC. Esta modalidad de internamiento se aplica para los supuestos de urgencias psiquiátricas porque supone una intervención facultativa en casos de crisis. El médico adopta esta medida porque el individuo padece un trastorno psíquico y sus condiciones volitivas y cognitivas son insuficientes para prestar consentimiento válido a su ingreso. La demora en su adopción puede provocar daños al propio afectado y a terceros[25].

b) Procedimiento.

En relación al procedimiento, el precepto indicado exige que se ponga en conocimiento del Juez a la mayor brevedad y, en todo caso, dentro de las veinticuatro horas siguientes al internamiento. Se trata, en definitiva, de un control *a posteriori,* donde se pretende una autorización sobre una decisión ya adoptada. Será competente el tribunal del lugar donde radique el centro donde se ha producido el ingreso. Al igual que en internamiento ordinario, la autoridad judicial deberá examinar a la persona ingresada, oír el dictamen del facultativo por él designado y resolver lo procedente en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que este internamiento haya llegado al conocimiento del tribunal. No obstante, es preciso señalar que en virtud del art. 17.2 CE; "nadie puede estar privado de libertad más de setenta y dos horas sin la intervención de la autoridad judicial", pudiera producirse su incumplimiento en algunos casos, si el responsable del centro comunica esta decisión a las veinticuatro horas y el juez agota el plazo máximo de setenta y dos horas para emitir su resolución; el tiempo que pueda llegar a estar la persona ingresada sin su consentimiento será aproximadamente de noventa y seis horas.

La importancia del cumplimiento de los plazos establecidos legalmente ha sido analizada por la STC núm. 182/2015, de 7 septiembre (RTC 2015, 182) que determina que es, en todo caso, "no un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. De este modo, la comunicación al tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las 24 horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad. Precisión esta última importante, en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio, siendo en ese preciso momento cuando, tornándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del art. 763.1 LEC para poder mantener

25 Sánchez Barrilao, J. F.: "Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental"', *Revista de Derecho Político*, núm. 87, 2013, pp. 184-186. Así lo recoge la SAP La Rioja 8 septiembre 2011 (JUR 2011, 367848).

el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial".

Sigue relatando la Sala, en el Fundamento Jurídico 6, la importancia de la observancia del plazo de setenta y dos horas del que, como máximo, dispone el órgano judicial, resaltando las consecuencias derivadas de su eventual incumplimiento: "Sin duda una de las principales garantías de este marco regulador del internamiento urgente lo constituye el límite temporal del que dispone el juez para resolver, inédito hasta la aprobación de la Ley 1/2000. La base constitucional de dicho plazo, al tratarse de una privación de libertad judicial, no reside en el art. 17.2 CE, sino el art. 17.1 CE, como tenemos ya dicho [SSTC núm. 37/1996, de 11 de marzo (RTC 1996, 37), F.J. 4; y núm. 180/2011, de 21 de noviembre (RTC 2011, 180), F.J. 2]. El plazo ha de considerarse improrrogable, tal como hemos reconocido con otros plazos de detención judicial que desarrollan el art. 17.1 CE [SSTC núm. 37/1996, de 11 de marzo (RTC 1996, 37), F.J. 4.B; núm. 180/2011 de 21 de noviembre (RTC 2011, 180), FF.JJ. 5 y 6]. Por tanto, no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el auto y éste resulte confirmatorio".

En otro sentido, es posible que la decisión del internamiento no voluntario adoptada de forma urgente pueda producir la vulneración de algunos derechos. A título ilustrativo, vid. la STC núm. 141/2012, de 2 julio (RTC 2012, 141) en la que se plantea recurso de amparo alegando los siguientes motivos: "a)la superación con exceso del plazo de las setenta y dos horas legales para que el Magistrado-Juez encargado del caso resolviera el internamiento; b) la ausencia de datos objetivos que justificasen la necesidad y proporcionalidad de la medida, teniendo en cuenta la insuficiencia del informe del médico forense en que se ha apoyado el Juzgado; y c) la falta de información al recurrente de sus derechos a ser asistido por Abogado y a la práctica de pruebas en el procedimiento; no habiéndose tomado declaración a sus hermanos ni permitido aportar un informe médico «imparcial» que pudiera oponerse al realizado por el médico forense".

En relación al primero de ellos, el Tribunal entiende que la orden de ingreso del demandante en un hospital por diagnóstico bipolar, fue comunicado en plazo al juzgado competente porque no superó las veinticuatro horas. No obstante, considera que éste no cumplió con el límite de setenta y dos horas para dictar auto sobre la autorización de dicho internamiento. Es más, determina que el Tribunal incurrió en un exceso de catorce días respecto de la fecha de vencimiento del plazo legal. Considera la Sala que el plazo de las setenta y dos horas es improrrogable y no puede ser demorado ni siquiera aduciendo carga excesiva del Juzgado. Todo

ello determina que el recurrente estuvo, en todo caso, privado ilegalmente de su libertad entre el 7 de mayo de 2007 y el 16 de mayo de 2007.

En segundo lugar, y en relación al contenido de la decisión adoptada por la Audiencia, ratificando la medida de internamiento, entiende la Sala que carece de la motivación reforzada que le era exigible, teniendo en cuenta su incidencia como medida privativa de la libertad personal[26]. Y ello porque la resolución, invocando "las actuaciones realizadas y… los informes obrantes en autos", afirma que el recurrente "tiene anuladas sus capacidades cognitivas y volitivas, y su estado de salud requiere de una intervención inmediata", por lo que considera "correcta y adecuada la medida".

Esta respuesta, razona el Tribunal, ha de considerarse objetivamente incorrecta, "porque el material de convicción del que el Juzgado dispuso para resolver, esto es, el informe de un folio del hospital universitario remitido el 3 de mayo de 2007, el acta de examen judicial personal del recurrente y el informe del médico forense, no permiten llegar al diagnóstico que describe el Auto en su fundamento segundo. Ninguno de esos informes ni tampoco el acta hablan de anulación de capacidades, ni cognitivas ni volitivas, del recurrente; limitándose los dos primeros (periciales) a referir un estado de trastorno bipolar de éste, y el acta judicial el resultado de su conversación con el Sr. Magistrado-Juez, sin ningún altibajo o anomalía en la conducta del interno referida en el acta y menos aún la constatación de un estado de enajenación fundante de la necesidad de mantenerle interno. Que tanto el informe del hospital como también el del médico forense, recomendaran en un texto pre-impreso que continuara el internamiento, sin una concreta argumentación acerca de la necesidad y proporcionalidad de la medida, esto es, sin explicar por qué no hubiera bastado con un tratamiento ambulatorio para tratar el referido trastorno, como al parecer ya venía sucediendo con el recurrente, hace indebida su asunción acrítica por el Juzgado, quien ante ese vacío debió solicitar como mínimo aclaraciones o ampliación de su informe al médico forense, fuese para dar por ciertas aquellas notas de necesidad y proporcionalidad, fuese para no ratificar la medida caso de no obtener una opinión científica convincente. No habiéndolo hecho así, no cabe considerar, ni razonable ni dotada de la debida motivación reforzada, su decisión".

Respecto a la última petición, el Tribunal da la razón al actor porque entiende que no recibió la necesaria información sobre sus derechos dentro del procedimiento, ni respecto a la asignación de Abogado y Procurador para su defensa, ni sobre la práctica de las posibles pruebas pertinentes. Las actuaciones remitidas muestran la ausencia de cualquier diligencia de notificación de tales derechos y en el acta

26 En el mismo sentido, SSTC núm. 251/2005, de 10 de octubre (RTC 2005, 251), F.J. 4; núm. 120/2008, de 13 de octubre (RTC 2008, 120), FF.JJ. 2 y 3; núm. 191/2009, de 28 de septiembre (RTC 2009, 1919), F.J. 4 y núm. 179/2011, de 21 de noviembre (RTC 2011, 179), FF.JJ. 3 y 5.

de examen personal del interno realizada por el Juez competente, no se hace a alusión a ninguna puesta en conocimiento de sus derechos. Como es sabido, este derecho a la información se integra por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como una garantía propia del derecho a la libertad personal y su omisión además de infringir el propio art. 763.3 LEC y no es constitucionalmente aceptable.

El problema es que, faltando la información sobre el derecho a la defensa jurídica y a la prueba, el recurrente no pudo ejercitar ninguna petición relacionada con éstos. "En este concreto ámbito, en el que la persona interna se halla prácticamente indefensa mientras está encerrada, la Ley y la jurisprudencia de derechos humanos impone que el órgano judicial tome la iniciativa en la información, no presuponer su conocimiento por el afectado, como erróneamente sostiene el Auto de la Audiencia Provincial para disculpar lo sucedido, ni tampoco dar por cubierta esa defensa con la presencia del Ministerio Fiscal, el cual actúa en defensa de la legalidad y no como defensor judicial del interno, quien ha de tener por tanto siempre su propia voz y defensa dentro del procedimiento, ya que en este momento procesal no está declarado incapaz. El resultado es una nueva lesión del derecho fundamental del art. 17.1 CE del recurrente".

En virtud de lo expuesto, el Tribunal otorga el amparo por vulneración del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE) del demandante y la declaración de nulidad de los dos Autos impugnados. No obstante, la Sentencia ha de tener efectos puramente declarativos, sin acordar retroacción alguna de las actuaciones destinada a subsanar la omisión de derechos dentro del procedimiento[27]

c) Posibles responsabilidades derivadas del internamiento no voluntario urgente.

Es importante en este punto, señalar la posible responsabilidad en que pudieran incurrir las distintas personas involucradas en este proceso, porque no se debe olvidar que es un supuesto claro de privación de libertad real y efectiva, sólo legitimada mediante decisión judicial, debiendo cumplirse los requisitos materiales y procedimentales establecidos. De forma clara, se produce un conflicto entre los derechos a la libertad y a la salud de la persona, pareciendo clara la primacía de éste frente a aquél. El responsable médico que toma esta decisión debe calibrar razonadamente la necesidad de este ingreso; ni debe ingresar a aquella persona que no lo requiera, ni tampoco debe negarse a ingresar al individuo cuya patología lo justifique. En el primer caso, si no se cumpliesen las garantías exigidas, se podría

27 Igualmente, SSTC núm. 12/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 12), F.J. 4; núm. 169/2008, de 15 de diciembre (RTC 2008, 169), F.J. 7 y núm. 179/2011, de 21 de noviembre (RTC 2011, 179), F.J. 6.

generar responsabilidad por una posible detención ilegal. En el segundo, se podría producir la comisión del delito de omisión del deber jurídico de asistencia sanitaria previsto en el artículo 196 Código Penal. Asimismo, el incumplimiento de dar cuenta en el plazo de veinticuatro horas al Juez del internamiento por parte del director del centro, daría lugar a un internamiento ilegal, encuadrable en el ámbito de aplicación del *habeas corpus* y podría llevar aparejada la responsabilidad ya mencionada. Por último, se debe tener en cuenta que el director del centro sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido.

IV. CONCLUSIONES.

La puesta en práctica de la medida recogida en el art. 763 LEC tiene unas connotaciones significativas para las personas afectadas por la misma. Son diversos los problemas que su adopción provoca y que han sido puestos de relieve a lo largo del estudio, teniendo en cuenta que el internamiento por razón de trastorno psíquico se produce sin el consentimiento expreso del afectado o bien contra su voluntad. La jurisprudencia, en su función de intérprete de la Ley, ha ido resolviendo las distintas cuestiones planteadas por los internados. El primer argumento es la posible vulneración del derecho a la libertad recogido en el art. 17 CE. El Tribunal Constitucional en doctrina reiterada ha señalado que, en la colisión entre este derecho y el derecho a la salud, debe primar éste último. Pero para la salvaguarda de este derecho fundamental, el Alto Tribunal exige el cumplimiento estricto de los requisitos formales recogidos en la LEC, del que se puede destacar como elemento fundamental la necesaria autorización judicial para el ingreso. De esta forma, la jurisprudencia ha aclarado en primer término la competencia del juzgado que debe tomar la decisión, el de lugar de residencia del paciente, que mantendrá con independencia de los posibles cambios de domicilio. Por otro lado, se ha considerado fundamental el cumplimiento de los plazos regulados para el internamiento de urgencia, aquel adoptado por el facultativo correspondiente, que requiere su puesta en conocimiento al juzgado por el director del centro a la mayor brevedad posible, sin superar en ningún caso, las veinticuatro horas y la autorización, o no, del Juez que no debe exceder las setenta y dos horas. Hemos tenido ocasión de observar que el incumplimiento de dichos plazos puede dar lugar a una situación del *habeas corpus,* lo que ha implicado en algún caso concreto, la nulidad de la medida de internamiento adoptada. En definitiva, nuestros tribunales han exigido el cumplimiento estricto del contenido del precepto, configurándose el Tribunal Constitucional como garante de los derechos fundamentales de las personas en estas situaciones.

BIBLIOGRAFÍA

Abellán García, A., Aceituno Nieto, P., Pérez Díaz, J., Ramiro Fariñas, D., Ayala García, A. Y Pujol Rodríguez, R.: "Un perfil de las personas mayores en España, 2019. Indicadores estadísticos básicos", *Informes Envejecimiento en red*, núm. 22, 2019.

Albaladejo García, M: *Derecho civil I: Introducción y parte general*, Edisofer, 19ª ed., Madrid, 2013.

Calaza López, S.: *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Iustel, Madrid, 2007.

De Couto Gálvez, R., Mirat Hernández P. y Armendáriz León C.: *La protección jurídica de los ancianos,* Colex, Madrid, 2007.

De Verda y Beamonte, J. R.: "El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos en el Derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 4, febrero 2016.

Iglesias Canle, I., Candal Jarrín, S.: *Los procesos sobre la capacidad de las personas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Lafuente Torralba, J.: "Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial", *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, núm. 10, 2012.

Martín-Pérez, J. A.: "El internamiento o ingreso de personas mayores en centros geriátricos (Acerca de la procedencia de autorización judicial cuando el ingreso es involuntario)", en *Protección jurídica de los mayores*, (coord. por E. Martínez-Gallego), Wolters Kluver, Cizur Menor, 2004.

Navarro-Michel, M.: "El ingreso involuntario en residencia, geriátrica y la autorización judicial", *Revista Bioética y Derecho*, núm. 45, 2019.

O'callaghan Muñoz, X.: "La Incapacitación", *Actualidad Civil*, núm. 3, 1986.

Moretón-Sanz, Mª. F.: "Dos nuevos pronunciamientos del TC sobre el internamiento forzoso en establecimiento de salud mental como medida privativa de libertad: cuestiones sobre ingresos no voluntarios en centros geriátricos", *Revista de Derecho UNED*, núm. 7, 2010.

Pereña-Vicente, M.: "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa", *Revista de Derecho Privado*, núm. 7, 2016.

RECOVER BALBOA, T.: "Hacia la reforma del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de discapacidad", en VV.AA.: *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y de la dependencia* (coord. por C. GARCÍA GARNICA, R. ROJO ALVÁREZ-MANZANEDA), Dykinson, Madrid,2014.

SÁNCHEZ BARRILAO, J. F.: "Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental", *Revista de Derecho Político*, núm. 87, 2013.

VV.AA.: *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (dir. por A. LORCA NAVARRETE), Tomo IV, Lex Nova, Valladolid, 2000.

VIVAS TESÓN, I.: "Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la incapacidad", *Revista de Derecho UNED*, núm. 7, 2010.

LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: NUEVAS PERSPECTIVAS

THE EXTINCTION OF THE RIGHT OF USE OF FAMILY HOUSING: NEW PERSPECTIVES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 100-121

Francisca
RAMÓN
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: Se analizarán los casos de extinción de la atribución de ese derecho de uso, incidiendo especialmente sobre el supuesto que ha contemplado la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la situación de la influencia de la convivencia con nueva pareja en el domicilio familiar, asignado a un menor que convive con un progenitor, al que se le asignó la custodia.

PALABRAS CLAVE: Derecho de uso; vivienda familiar; extinción; casos.

ABSTRACT: *The cases of extinction of the attribution of this right of use will be analyzed, with special emphasis on the assumption that the jurisprudence of the Supreme Court has contemplated on the situation of the influence of living with a new partner in the family home, assigned to a minor who lives with a parent, who was assigned custody.*

KEY WORDS: *Right of use; family house; extinction; cases.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- 1. La regulación en el art. 96 del Código civil y en los territorios forales.- 2. El Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.- 3. La propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil-. III. LA CONVIVENCIA CON UN TERCERO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO A TENER EN CUENTA.

I. INTRODUCCIÓN[1].

Uno de los temas más controvertidos dentro del Derecho de Familia cuando se produce una ruptura matrimonial es la vivienda familiar, principalmente su uso, y las causas de extinción de ese uso. Estamos en presencia de una medida que conlleva un contenido económico,[2] ya que la atribución del uso de la vivienda familiar, supone que el uso queda limitado y restringido a uno de los progenitores, con la finalidad de que conviva con los hijos comunes menores de edad. No se contempla en el texto del Código civil ninguna medida compensatoria del cónyuge beneficiario con ese uso, y hay que tener en cuenta que la vivienda puede ser privativa del otro cónyuge, que se ve despojado de ese uso, y además no recibir ninguna retribución, perdiendo la disponibilidad de la vivienda. Esta atribución, su

1 Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i «Retos investigación» del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: RTI2018-097354-B-100 (2019-2022). Investigadores Principales: Dr. D. Javier Plaza Penadés. Catedrático de Derecho civil y Dra. Dª. Luz M. Martínez Velencoso. Catedrática de Derecho civil. Universitat de València, y Microcluster VCL/CAMPUS "Estudios de Derecho y empresa sobre Tecnologías de la Información y la Comunicación (Law business studies on ICT)", resolución de la Convocatoria para la creación de Microcluster de Investigación (MCI) de 5 de mayo de 2011. Investigador responsable del Microcluster, Dr. D. Javier Plaza Penadés, Catedrático de Derecho civil. Departamento de Derecho civil. Universitat de València. Coordinadora desde abril de 2013, en la Universitat Politècnica de València, Francisca Ramón Fernández.

2 Berrocal Lanzarot, A. I.: "La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial por convivencia marital del usuario con otra persona", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 2019, pp. 2002-2042. Véase también: Rodríguez Chacón, R.: "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar"*, Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 2, enero, 1999 pp. 21-66; Sánchez-Calero Arribas, B.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia", en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja* (coord. Mª. D. Cervilla Garzón y Lasarte Álvarez, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 755-774.

• Francisca Ramón Fernández
Profesora titular de Derecho civil de la Universitat Politècnica de València. Licenciada y Doctora en Derecho por la Universitat de València. En la actualidad es Profesora titular de Derecho civil de la Universitat Politècnica de València. Es autora de diversas monografías, artículos y capítulos de libro especializados Su producción científica se puede consultar en: http://www.upv.es/ficha-personal/frarafer y en https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=237725. Ha participado como IP en diversos proyectos de investigación competitivos de la UPV y la GV y en distintos proyectos MINECO, y Grupo de Excelencia GVPROMETEOII2015-014. Ha sido reconocida su investigación con la obtención de diversos premios de investigación. Correo electrónico: frarafer@urb.upv.es.

duración y temporalidad,[3] así como sus características plantea otros problemas relacionados, ya que puede darse una casuística diversa en torno a quiénes van a convivir en la vivienda[4].

El punto de partida del presente trabajo es el art. 96 del Código civil respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar, con la distinción de si hubiera hijos o no. La atribución de ese derecho de uso no está exento de conflictos, ya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reciente en determinados supuestos, que van a ser objeto de nuestra atención. Nuestra pretensión es un análisis de ese derecho de uso, pero centrado en los motivos por los cuales se extingue el mismo tras los últimos pronunciamientos jurisprudenciales. Es por ello, que nos vamos a detener en la situación de la influencia de la convivencia con nueva pareja en el domicilio familiar, asignado a un menor que convive con un progenitor, al que se le asignó la custodia. Junto a ello, atenderemos al interés superior del menor y los conflictos que pueden derivarse del uso de la vivienda familiar distinguiendo los diversos supuestos, como, por ejemplo, al alcanzar el descendiente la mayoría de edad.

Respecto a la metodología que vamos a utilizar se realizará un análisis de la doctrina autorizada sobre el tema y los pronunciamientos de la jurisprudencia, especialmente del Tribunal Supremo, con las más recientes sentencias sobre la materia, con la finalidad de poder reflexionar sobre estas cuestiones y se intentará aportar alguna solución de aplicación en el ordenamiento jurídico en los casos de discusión.

3 Torrelles Torrea, E.: "Limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no titular durante dos años desde la Sentencia de casación. Comentario a la STS de 21 julio de 2016 (RJ 2016, 3445)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 103, 2017, pp. 471-498; Martínez Calvo, J.: "Temporalidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido en un proceso de ruptura matrimonial", *Actualidad civil*, núm. 12, 2018.

4 Como por ejemplo el pago de los gastos. Véase: García Mayo, M.: "Pago de los gastos vinculados a la vivienda familiar atribuida tras la crisis matrimonial", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 24, 2019, pp. 37-51.

II. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

1. La regulación en el art. 96 del Código civil y en los territorios forales.

La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar se contempla en el art. 96 del Código civil[5]. El precepto ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina[6], principalmente aludiendo a sus carencias e interpretación de los términos de su redacción, por ejemplo que es aplicable en los casos de custodia monoparental y no compartida, ya que se adjudica al cónyuge custodio.[7]Es cierto que además la jurisprudencia ha intentado paliar las lagunas que la lectura del artículo suscita, y no siempre ha resultado del agrado de todos. Se ha configurado como un derecho de uso personal, asistencial, temporal[8] y provisional, y nunca vitalicio. Se trata de hacer efectivo el sistema de custodia en interés del menor[9]. Y como han indicado las RRDGRN 19 julio 2011[10] y 9 julio 2013[11], no es un derecho real.

Se contemplaba también la regulación en los territorios forales en los arts. 233-20 y sigs. de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. La Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, en su art. 12 contempla una serie de causas de extinción de derecho de uso: a) Fallecimiento del beneficiario; b) Causas que hayan pactado; c) Mejora de la

5 "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.
Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.
No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.
Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial".

6 Véase, sin ánimo exhaustivo, De Verda y Beamonte, J. R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015, pp. 3389-3468; Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; Ordás Alonso, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Bosch, Barcelona, 2018; Gallardo Rodríguez, A.: "Problemas de la atribución del uso de la vivienda familiar y la guarda y custodia compartida en la legislación española", en *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, (coord. E. Llamas Pombo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 993-1002.

7 Chaparro Matamoros, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019; Pardo Pumar, Mª. J.: "La atribución del uso de la vivienda en supuestos de guarda y custodia compartida: análisis de la doctrina jurisprudencial", *Revista Estudios Institucionales*, vol. 6, núm. 10, 2019 pp. 7-20.

8 Más ampliamente: Costas Rodal, L.: "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2016, pp. 167-176.

9 Beltrá Cabello, C.: "Atribución del uso de la vivienda familiar en el cado de divorcio con custodia compartida: comentario a la STS de 20 de febrero de 2018", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 207, 2018, p. 83 y sigs., se atribuyó en esta sentencia el uso a ambos progenitores por anualidades alternas.

10 (TOL2.231.393).

11 (TOL3.861.344).

situación económica del beneficiario o empeoramiento de la otra parte, salvo pacto en contra; d) Matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con un tercero; salvo pacto en contra; e) Si se hubiera atribuido en proceso judicial por razón de la guarda, al finalizar, cesar ésta o de la obligación de prestar alimentos; f) Por vencimiento del plazo en la atribución temporal judicialmente adoptada.

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en su art. 81, contempla las distintas situaciones, tanto en el caso de custodia compartida como individual, y además la posibilidad de la venta, si fuera necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.

Y se refiere a ella también el pacto de parentalidad de la Ley 69 y 72 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

Por último, indicar la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunitat Valenciana, declarada inconstitucional por STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192). Se contemplaba, en su art. 6, un régimen de compensación por la pérdida de uso y disposición a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas de los alquileres[12].

2. El Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

El texto del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad[13] contempla una redacción del art. 96 del Código civil teniendo en cuenta la situación de atribución de la vivienda en los casos en que existan hijos con discapacidad[14].

Esta nueva redacción que mejora la actual del art. 96 del Código civil no da respuesta íntegra a los problemas que plantea la atribución del uso, y tampoco

12 Véase más ampliamente: Ramón Fernández, F.: "Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y gastos de atención a los hijos e hijas en la Ley, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", en *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 69-158; Cordero Cutillas, I.: "Algunas consideraciones de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", *Actualidad civil*, núm. 3, 2013, pp. 340-361; Algarra Prats, E. y Barceló Doménech, J.: "Atribución del uso de la vivienda en los casos de crisis familiares: anotaciones al artículo 6 de la Ley valenciana de relaciones familiares", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 *bis*, 2015, pp. 99-112.

13 *Revista de Derecho civil*, vol. 5, núm. 3, julio-septiembre 2018, pp. 247-310.

14 "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda

recoge la doctrina del Tribunal Supremo, que después veremos, sobre la extinción del uso en el caso de que exista una convivencia en la vivienda con un tercero. Además de omitir otros supuestos que en la ocasión de reformar el precepto hubieran sido deseables que se incluyeran, como por ejemplo, la situación de los hijos menores que alcancen la mayoría de edad, o también un elenco de causas que determinen la extinción de la atribución del derecho de uso, así como qué sucedería si además de los hijos comunes menores de edad, viviera también en la vivienda familiar el sobrino o sobrina, por fallecimiento de uno de los hermanos de los progenitores, o el caso de que pasara a vivir en la misma vivienda uno de los ascendientes del progenitor al que se le ha atribuido el uso. ¿Serían causas de extinción al igual que si viviera un tercero? ¿O dicha situación por haber lazos familiares, no serían supuestos de extinción de la vivienda?

Es loable que haga referencia, por ejemplo, a los hijos comunes, ya que en la actual redacción del precepto no realiza dicha precisión[15].

3. La propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil.

En el Libro Segundo De la Familia, Título I "Del matrimonio", se contempla la regulación de la atribución y adjudicación del uso de la vivienda familiar.

La Exposición de Motivos indica las razones de dotar de una nueva redacción a los preceptos, siguiendo la pauta marcada por el Código civil catalán[16], e incidiendo

familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho.
A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisaren de medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación.
Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.
Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.
No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.
Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges y, en su caso, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe".

15 Ordás Alonso, M.: "Luces y sombras de la propuesta de modificación del art. 96 CC prevista en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. extraordinario 10, 2, 2019, pp. 39.

16 "En lo atinente al uso y disfrute de la vivienda, se ha considerado imprescindible variar por completo el texto de la regulación actual. El artículo 96 del Código viene generando problemas prácticamente desde su promulgación en 1981. La jurisprudencia ha tenido que afanarse en colmar sus carencias con decisiones que no siempre han resultado del agrado de todos, sin llegar a instaurar, como hubiera sido deseable, unas líneas interpretativas uniformes que resolvieran las ambigüedades del precepto. La regulación que se propone de la asignación de la vivienda familiar, siguiendo la línea del Código Civil catalán, busca conciliar el interés supremo del menor con otros intereses familiares igualmente atendibles. Se pretende huir del automatismo que últimamente está presente en las sentencias del Tribunal Supremo y que el Alto Tribunal

en el cónyuge más necesitado de protección y no al criterio de la custodia, así como a su situación económica, ya que si el custodio no tiene problemas económicos no debe ser objeto de atribución automática por el hecho de ser custodio, cuando nos podemos encontrar con que la vivienda sea privativa del no custodio. Por ello, se atiende a otros criterios más allá de la custodia. Llama la atención que no se mencione, en ningún momento, el interés superior del menor.

Se dedican dos preceptos, uno de ellos a la atribución del uso de la vivienda habitual y su delimitación objetiva, art. 219-24[17], y el art. 219-25[18] que regula la adjudicación del uso de la vivienda habitual.

III. LA CONVIVENCIA CON UN TERCERO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

El actual art. 96 del Código civil no precisa de forma clara cuáles son las causas de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar. Al no delimitarlo, son diversos los interrogantes que se plantean en cuanto a qué situaciones pueden dar lugar a una extinción de ese derecho de uso. El art. 101 del Código civil respecto a la pensión compensatoria sí que indica de forma expresa que se extinguirá en

precisamente ha justificado en el tenor literal del artículo 96.1 del Código. Es aconsejable otorgar un mayor protagonismo, por ejemplo, al cónyuge más necesitado de protección, pues no parece sensato que este quede automáticamente postergado a un segundo plano si no obtuvo la custodia, pues también la discapacidad de uno de los progenitores y la adaptación de la vivienda a su minusvalía debe recibir la adecuada tutela por parte de los tribunales. Tampoco parece de recibo que si los recursos del custodio son holgados, deba ser atribuido automáticamente a este el uso de la vivienda que pudiera ser, además, privativa del otro consorte. Por tanto, la asignación se hace depender no solo de ostentar la custodia, sin más, sino de otro requisito adicional: que el guardador no tenga recursos suficientes para colmar esta necesidad del menor de forma adecuada (alquiler en el mismo barrio en que se ha residido, poseer en propiedad otra vivienda cercana, nivel adquisitivo que permita comprar un inmueble de similares características...). El objetivo de la norma que se propone es eliminar el automatismo: el juez puede ponderar otros factores y se pondrá punto y final a la litigiosidad que suscita la asociación guarda-uso de la vivienda." Véase: Moll De Alba Lacuve, Ch.: "Análisis crítico de la regulación de la extinción del uso de la vivienda familiar en el Código civil catalán y reforma del art. 96 CC", en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (coord. por G. Cerdeira Bravo De Mansilla y M. García Mayo), Reus, Madrid, 2017, pp. 203-212.

17 "1. Las medidas adoptadas por el juez pueden afectar a viviendas privativas de cualquiera de los cónyuges o comunes a ambos que hayan servido de domicilio familiar o que, en general, se revelen aptas para colmar sus necesidades de vivienda.
2. Sin embargo, quedan excluidos de este régimen aquellos inmuebles pertenecientes a terceras personas donde los cónyuges hayan vivido mientas duró la convivencia conyugal por mera tolerancia de su titular o mediando comodato a favor de cualquiera de los cónyuges".

18 "1. En defecto de acuerdo aprobado por el juez, el uso de la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario corresponde, si existen hijos menores, a quien ostente la guarda sobre aquellos y no disponga de medios suficientes para proporcionar un entorno adecuado al menor. La medida persistirá mientras el hijo esté sometido a guarda y custodia.
2. En cualquier caso el juez puede autorizar que la atribución de uso recaiga sobre otra vivienda distinta de la que constituyó el domicilio familiar si ello no compromete la estabilidad del menor.
3. Aunque existan hijos menores, el juez puede atribuir el uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección, cuando la vivienda de aquéllos sea satisfecha a través de otras vías idóneas.
4. Cuando la guarda sea compartida por ambos progenitores puede decretarse una alternancia de los mismos en el uso de la vivienda y los muebles de uso ordinario.
5. Cuando solo existan hijos mayores de edad o en ausencia de descendientes rige lo pactado entre los cónyuges. En defecto de acuerdo, el juez asignará el uso de la vivienda, con carácter temporal, al cónyuge más necesitado de protección".

el caso de nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona quien es acreedor de este derecho[19].

La cuestión radica en si esas causas de extinción de la pensión compensatoria se pueden extrapolar a la extinción del derecho de uso de la vivienda. De la lectura del art. 96 del Código civil contemplamos que rige el principio de autonomía de la voluntad en virtud de la aplicación del art. 1255 del Código civil, con lo que los cónyuges podrán acordar el destino del uso de la vivienda. En su defecto, se otorgará a los hijos y al cónyuge custodio[20]. El resto del precepto contempla la situación de hijos que queden en compañía de uno u otro cónyuge, y el caso de no tener hijos, en los que se establece un uso temporal atendidas a las indicaciones del precepto. Vemos, que en ningún momento indica, en ninguno de los casos, que los hijos sean comunes de los cónyuges, con lo que la interpretación resulta más compleja. También se omiten otras situaciones que se pueden dar respecto a la vivienda, como es el que la vivienda familiar sea propiedad de un tercero, familiar o no, la limitación temporal del derecho de uso, la compensación económica al cónyuge al que se le priva del uso en favor del cónyuge custodio[21]. Tampoco se pronuncia el precepto sobre las situaciones de extinción, que serían aplicables a falta de pacto de las partes.

Es por ello, que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre si el contraer matrimonio o convivir maritalmente con un tercero, puede determinar la extinción del derecho de uso por parte de quien lo disfruta. La pregunta también sería interesante formular en este punto, si la atribución del derecho de uso se concede al cónyuge o al menor. Parece claro que es al menor, y que debe ser éste el principal interés para que se adjudique en relación al cónyuge custodio. Pero todo ello no es tan sencillo de entender, a simple vista, ya que si el cónyuge custodio rehace su vida, y una tercera persona entra en escena en la vivienda, determine que el concepto de familiar de la vivienda quede desvirtuado, ya que la vivienda era familiar en tanto en cuanto la estaba usando los miembros que habían formado la familia, que después es afectado por un procedimiento de nulidad matrimonial, separación o divorcio, pero que en realidad mantienen unos lazos entre sí, al tener hijos comunes. En el caso de una tercera persona, no hay lazos comunes,

19 "El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.
El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima". Véase: Ordás Alonso, M.: "El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar: un halo de esperanza", *Diario La Ley*, núm. 9332, 2019.

20 Santos Morón, M.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge", *Revista de Derecho civil*, vol. I, núm. 3, 2014, pp. 1-36.

21 García Presas, I.: *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*, Reus, Madrid, 2019.

es totalmente ajena a ese núcleo familiar[22] y se podría desprender que puede haber un aprovechamiento del bien por parte de un tercero. En definitiva, se van cambiando los criterios para la adjudicación del uso de la vivienda familiar, sería una pregunta retórica[23].

La STS 20 noviembre 2018[24] se pronunció sobre este supuesto e indicó que si se introduce un tercero en la vivienda, teniendo una manifiesta relación estable de pareja con el progenitor que tiene el derecho del uso por ser el progenitor custodio, cambia el estatus del domicilio familiar. Ya no es el domicilio de la familia, sino el domicilio de "otra familia". Hay que tener en cuenta que el uso de la vivienda familiar, atención a que indica familiar, se otorga a los hijos, se supone de la familia que se creó, y en el caso de que una tercera persona viva en esa vivienda, e incluso con los hijos que tenga, se considera una intromisión en el núcleo familiar primitivo, que se ha adjudicado a unos hijos de un matrimonio ya extinto, junto con el cónyuge custodio. No es precisamente el espíritu de la norma que un tercero acceda a la convivencia en una vivienda que además se indica de forma expresa en el precepto que es la vivienda familiar.

Precisamente ese carácter familiar lo pone de manifiesto la sentencia mencionada, e indica que "la vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia" y señala en apoyo de dicho argumento la STS 19 noviembre 2013[25]. Y además considera que desaparece ese carácter familiar por la entrada de un tercero, ya que la vivienda deja de servir a los fines del matrimonio. Precisa la sentencia que "la introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza", y es contundente al incidir en que la razón es "por servir en su uso a una familia distinta y diferente".

22 Méndez Tojo, R.: "Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por convivencia con terceras personas: la novedosa STS 641/2018, de 20 de noviembre", *Actualidad civil*, núm. 1, 2019.

23 Ysàs Solanes, M.: "¿Han cambiado los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis de pareja?", en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa,* (coord. M. Cuena Casas, L. A. Anguita Villanueva y J. Ortega Doménech), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1675-1696.

24 (TOL6.921.906). Sobre la sentencia y su repercusión en la doctrina científica, se puede consultar, sin ánimo exhaustivo: Pérez Martín, A.: "Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que extingue el uso de la vivienda por convivencia del progenitor custodio con un tercero", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 82, 2019; Salas Carceller, A.: "La introducción de otra persona en el domicilio familiar y sus consecuencias respecto del derecho de uso atribuido en juicio de divorcio", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2019; Sánchez Jordán, Mª. E.: "Consecuencias de la convivencia de un tercero con el cónyuge custodio (y con los hijos menores del matrimonio) en la casa ganancial: la «desfamiliarización» de la vivienda", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 48, 2019; Vallespín Pérez, D.: "El derecho a rehacer la vida propia, tras el divorcio, y su repercusión en el uso de la vivienda familiar", *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 137, 2019, p. 7; Martínez Calvo, J.: "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho civil*, vol. 6, núm. 3, julio-septiembre, 2019, pp. 155-178.

25 (TOL7.260.565).

Respecto a ese carácter familiar, hay que diferenciar, incide la sentencia de 2018 mencionada, que hay que distinguir entre el carácter no familiar de la vivienda, ya que es distinto el uso que se hace de la misma durante la relación matrimonial, y la calificación como familiar del uso, si no sirve a los fines del matrimonio, porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. También hay que matizar si el hijo precisa o no de la vivienda, que puede no necesitarla por tener satisfechas las necesidades de habitación mediante otras formas, pero que se requiere que esa vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés del menor. Así se ha pronunciado las SSTS 5 noviembre 2012[26]; 3 mayo 2016[27]; 17 octubre 2017[28] y 4 abril 2018[29].

La atribución del uso a los hijos y al cónyuge custodio también queda puesto de manifiesto que se realiza para salvaguardar el derecho de los mismos, e incide en que "la atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores".

El entablar nuevas relaciones sentimentales al amparo del derecho a la libertad personal y el libre desarrollo de la personalidad no es cuestionable, pero sí que lo es que se utilice en perjuicio del progenitor no custodio.

Una nueva relación de pareja tras la ruptura matrimonial influye en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar y en el interés de los hijos, ya que se introducen elementos de valoración diferentes de los iniciales, y hay una alteración de las circunstancias originarias, sin olvidar el interés de los

26 (TOL2.675.572). Indicó esta sentencia que: "como así aparece recogido en el artículo. 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés) (STS 10 de octubre 2011).
Ocurre así en el caso presente en que la madre ha adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que esta quede desprotegida de sus derechos pues, de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento, «*cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre*», y no solo cubre estas necesidades sino que como consecuencia del cambio, además de que el padre recupera la vivienda y le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa, mejora con ello su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler.
La atribución del uso al menor y al progenitor, precisa la STS de 29 de marzo de 2011, «se produce para salvaguardar los derechos de este, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el art. 7 CC»".

27 (TOL5.716.390).

28 (TOL6.401.637).

29 (TOL6.566.197).

hijos, que es lo que se tuvo en cuenta para la atribución del uso del derecho de la vivienda familiar.

Se alude a la STS 1 abril 2011[30] que estableció "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC", y que luego fue aplicada en las SSTS 14 abril 2011[31]; 26 abril 2012[32]; 22 febrero 2017[33] y 8 marzo 2017[34].

La STS 29 octubre 2019[35] reiteró la doctrina anterior indicando que "debemos declarar que la introducción en la vivienda familiar de un tercero, en una relación afectiva estable, desnaturaliza el carácter de la vivienda, dado que deja de ser familiar, en el sentido de que manteniéndose la menor en la misma, se forma una nueva pareja sentimental entre su madre y un tercero que disfruta de una vivienda que también es propiedad del demandante, que además abona el 50% del préstamo hipotecario. (…) la vivienda familiar ha dejado de serlo, por lo que dejamos sin efecto la atribución de la misma a la menor y a la madre que la custodia, las cuales podrán permanecer en la misma por un tiempo prudencial de un año, tras el cual deberán desalojarla.

Debemos concretar que la atribución de uso de la vivienda se acordó en el correspondiente convenio regulador, pese a lo cual el art. 90, penúltimo párrafo, del Código Civil establece la posibilidad de modificarse si se alteran sustancialmente las circunstancias, como en este caso".

También se pueden consultar las siguientes sentencias sobre el presente tema: la STS 18 diciembre 2019[36], y la jurisprudencia menor, SSAP Alicante 30 noviembre 2018[37]; Cádiz 26 noviembre 2018[38]; Barcelona 07 diciembre 2018[39]; La Coruña 20 diciembre 2018[40]; Alicante 16 enero 2019[41]; La Coruña 14 febrero 2019[42]; Tenerife

30 **(TOL2. 093. 031).**
31 **(TOL2. 124.703).**
32 **(TOL2.532.755).**
33 **(TOL6.009.981).**
34 **(TOL5.990.945).**
35 **(TOL7.571.565).**
36 **(TOL7.663.916).**
37 **(TOL7.048.106).**
38 **(TOL7.048.273).**
39 **(TOL6.977.741).**
40 **(TOL7.030.419).**
41 **(TOL7.225.871).**
42 **(TOL7.120.348).**

28 febrero 2019[43]; Tenerife 04 abril 2019[44]; Tenerife 09 mayo 2019[45]; Cáceres 13 mayo 2019[46]; La Coruña 15 mayo 2019[47]; Málaga 05 junio 2019[48]; Valencia 18 julio 2019[49]; Barcelona 19 julio 2019[50]; Cádiz 24 septiembre 2019[51]; Girona 22 octubre 2019[52]; Tarragona 20 diciembre 2019[53]; Barcelona 7 febrero 2020[54].

IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO A TENER EN CUENTA.

La postura del Tribunal Supremo acerca de la convivencia marital del cónyuge que es beneficiario del uso de la vivienda familiar con un tercero y la extinción del uso del bien precisamente por ese motivo, plantea problemas jurídicos respecto de la atribución del uso, ya que debe ser atribuido atendiendo al interés superior de los hijos comunes que sean menores de edad[55].

La pregunta que nos podemos formular es si se produce una situación de desinterés para el menor, o si el interés del menor queda relegado a un segundo plano. Lo primero que nos tenemos que plantear es qué podemos entender por interés superior del menor[56].

La STS 20 noviembre 2018[57] indicó respecto al interés superior que: "Sin duda, el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales,

43 (TOL7.359.989).

44 (TOL7.459.345).

45 (TOL7.459.381).

46 (TOL7.343.024)

47 (TOL7.343.218).

48 (TOL7.702.722).

49 (TOL7.455.840).

50 (TOL7.481.893).

51 (TOL7.649.468).

52 (TOL7.590.765).

53 (TOL7.735.581).

54 (TOL7.766.068).

55 García Mayo, M.: "Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero: ¿y el interés del menor?", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019. Como precisan De Verda y Beamonte, J. R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", cit., pp. 3393-3394, "La búsqueda de criterios alternativos de atribución de la vivienda familiar en el Derecho común se ha acentuado desde el momento en que recientemente la jurisprudencia, con apoyo en el principio de protección del interés superior del menor, ha llevado a cabo una labor de «corrección» del artículo 92.8 del Código Civil, rechazando el carácter excepcional con que el precepto (en defecto de acuerdo de los progenitores) contempla la custodia compartida, considerándola incluso (de manera tendencial) lo más conveniente para los hijos".

56 Cfr. Álvarez Álvarez, H.: "Protección del interés del menor en la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 105, 2018, pp. 239-278.

57 (TOL6.921.906).

familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sí no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento. Esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre".

Hay que tener en cuenta respecto al interés superior del menor, lo indicado en la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Protección Jurídica del Menor. Indica la sentencia mencionada que "Se trata de una Ley que desarrolla y refuerza el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, algo que no es nuevo, teniendo en cuenta, entre otras cosas: a) que este interés no restrinja o limite más derechos que los que ampara y b) que las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados, primando, en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, el interés superior del menor sobre cualquier otro que pudiera concurrir.

El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda".

Este interés superior del menor debe también ser adaptado a los nuevos tiempos, a los avances tecnológicos, que fomentan una comunicación sin barreras

a través de distintos dispositivos electrónicos y que superan el concepto de un entorno cercano para la atribución del uso de la vivienda[58].

Respecto a la protección del menor y el mantenimiento en su entorno[59], resulta de interés mencionar la STS 23 mayo 2019[60] respecto a la patrimonialización del derecho de uso y que ante la petición de una matización del art. 96. 1 del Código civil, sosteniendo que "si se fijaron los alimentos en primera instancia teniendo en cuenta la atribución del uso de la vivienda familiar, la limitación del uso de la vivienda debería en su caso traducirse en un aumento automático del importe de los alimentos". El Tribunal Supremo en este caso considera lo siguiente:

"1. Los ingresos y titulaciones académicas son semejantes.

2. No consta que la venta de la vivienda familiar fuese beneficiosa para los intereses de los menores, que por su número constituyen familia numerosa.

3. La existencia de una carga hipotecaria de larga duración no es causa justificada, por si sola, para variar el régimen legal de asignación de la vivienda familiar (art. 96 del C. Civil), dado que ello se ha tenido en cuenta en la fijación de alimentos, valorando proporcionalmente ingresos y gastos.

4. No se discute la naturaleza familiar de la vivienda, ni que los menores tengan disponibilidad sobre otra vivienda, supuestos analizados en sentencias 282/2015, de 18 de mayo , y 646/2017, de 27 de noviembre"[61].

V. CONCLUSIONES.

Las crisis de pareja conllevan una serie de efectos económicos y personales en los sujetos. Uno de los más conflictivos a lo largo de los pronunciamientos jurisprudenciales ha sido la atribución del uso de la vivienda familiar. La redacción actual del art. 96 del Código civil y su interpretación por parte de la doctrina genera más sombras que luces, por lo que se hace preciso una reforma en profundidad del

58 Chaparro Matamoros, P.: "Custodia monoparental, atribución del uso de la vivienda familiar y «entorno» del menor: ¿una reformulación del interés superior del menor en la sociedad tecnológica?", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 51, 2019.

59 Véase: García Mayo, M.: "El interés del menor frente a la pretendida patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar. Comentario a la STS 284/2019 de 23 de mayo", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 50, 2019.

60 STS 23 mayo 2019 (TOL7.260.565).

61 Cfr. SSTS 5 noviembre 2008 (TOL1.401.729); 28 marzo 2011 (TOL2. 082.300); 26 octubre 2011 (TOL2.272.351); 11 noviembre 2013 (TOL4.022.595); 19 febrero 2014 (TOL4.124.378); 17 febrero 2014 (TOL4.119.495); 20 febrero 2014 (TOL4.142.537); 03 julio 2014 (TOL4.437.961); 25 septiembre 2014 (TOL4.525.349); 9 septiembre 2015 (TOL5.426.939); 18 noviembre 2014 (TOL4.556.709); 20 julio 2015 (TOL5.214.768); 23 junio 2015 (TOL5.190.968); 17 noviembre 2015 (TOL5.596.288); 11 febrero 2016 (TOL5.645.202);25 octubre 2016 (TOL5. 860.060); 20 junio 2017 (TOL6.201.568).

precepto para adaptarlo a la sociedad actual[62]. Ni qué decir que la jurisprudencia ha ido avanzando esa necesidad, a través de los últimos pronunciamientos que han propiciado que se arroje un poco de luz entre las tinieblas que el precepto suscita. La relación con el derecho fundamental a la vivienda y el denominado interés superior del menor, como criterio de atribución de ese uso[63], debe ser completado con otros criterios fruto de la situación que ha ido surgiendo de la doctrina generada con la voz del Tribunal Supremo. La omisión de un alquiler en ese uso[64], y el concepto de gratuidad[65] que embarga el precepto hace que si el cónyuge no custodio es el titular sufra una situación agravante de su propio patrimonio[66]. Si a ello unimos que entre en la vivienda una tercera persona, pareja del cónyuge custodio, se desvirtúa totalmente la aplicación de un precepto, que ni siquiera contempla esa situación. Nos referimos, claro está, al art. 96 del Código

62 Como indica Sánchez Alonso, M.: "Atribución del uso de la vivienda familiar. Modificación de la atribución del uso de la vivienda familiar. Derecho de uso", *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, "en las conclusiones del II Encuentro de Jueces y Abogados de Familia ya se dijo que el derecho de habitación del menor puede quedar garantizado sin necesidad de hacer atribución del uso del domicilio familiar al menor y al progenitor con el que resida, y en una de las conclusiones del III Encuentro de Jueces y Abogados de Familia se mantuvo que la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar debe contemplarse como un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos, lo que dio lugar a que en el IV Encuentro de Jueces y Abogados de Familia se aprobase la siguiente conclusión en relación con el derecho de uso de la vivienda familiar:
«5ª a) Se propone la reforma del artículo 96 CC de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual. Dicha regulación debe comprender asimismo la concesión al Juez de amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos, acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o adjudicación a una de ellas. La venta o adjudicación del inmueble, sede de la vivienda familiar, extinguirá automáticamente el derecho de uso constituido judicialmente. b) Hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 CC, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que: - La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos. - En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se haga siempre con carácter temporal. c) No existe obstáculo para la aprobación de cláusulas contractuales incluidas en el convenio regulador por las que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar. En caso de no haberse pactado en el convenio la extinción del derecho de uso por tal circunstancia, podrá solicitarse y obtenerse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido»". Véase también: Cabezuelo Arenas, A. L.: "El art. 96.1 CC: sobrevaloración del interés del menor versus aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 16, 2017.

63 Sobre ello, se puede consultar el trabajo de Berrocal Lanzarot, A. I.: "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 2014, pp. 1347-1375.

64 García Mayo, M.: "El arrendamiento forzoso de la vivienda tras la crisis familiar: una propuesta de futuro para España", *Actualidad civil*, núm. 9, 2019.

65 Manzano Fernández, Mª. Del M.: "Titularidad y atribución del uso de la vivienda familiar (problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 2019, pp. 1779-1806.

66 Véase sobre este aspecto la aportación de Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho civil*, vol. 1, núm. 2, 2014, pp. 9-39; Zumaquero Gil, L.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de mejora", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 41, 2016, pp. 111-151; Oliva Blázquez, F.: "Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: análisis crítico y propuestas de reforma legal", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 16, 2017.

civil. Más allá de las situaciones kafkianas que se pueden producir, y del elemento patrimonial innegable del bien, la vivienda, se une a la pérdida del concepto de "familiar"[67], ya que en realidad sí que albergará una familia, pero una familia nueva compuesta por miembros ajenos a esa familia que sí que convivió en su día en la vivienda.

67 Tena Piazuelo, I.: "Sentencia 16 enero 2015. Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 101, 2016, pp. 47-66. Como indica Chaparro Matamoros, P.: "La pérdida del carácter «familiar» de la vivienda en la que se había desarrollado la convivencia conyugal. Comentario a la STS núm. 524/2017, de 27 de septiembre", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018, p. 624, se considera como vivienda familiar "aquella en la que se desarrolla la convivencia familiar de forma habitual y continuada hasta que sobreviene la crisis familiar". A ello se une la consideración que realiza el autor al precisar que "En línea de principio, hay que tener en cuenta que el concepto de «vivienda familiar», una vez producida la crisis matrimonial y atribuido a uno de los cónyuges un derecho de uso sobre la misma, se matiza en cierta medida, para seguir hablando de «vivienda familiar» de aquella en la que no conviven todos los integrantes de la familia.
Sin embargo, la pérdida del carácter de «familiar» no deriva del hecho anterior, sino que va asociada, a nuestro juicio, a la extinción (o a la no aplicación) de la protección que ofrece el art. 96.1 CC. Es decir, la vivienda seguirá siendo «familiar», una vez producida la crisis familiar, si recae sobre ella la medida contemplada en el art. 96 CC (atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges). Y lo seguirá siendo hasta que finalice dicho periodo de uso de la vivienda familiar (por el motivo que sea), momento a partir del cual dejará de ofrecer protección a los integrantes de la familia *ex* art. 96.1 CC. Asimismo, la vivienda se vería despojada del carácter de «familiar» en el caso de que, producida la crisis familiar, el destino de la vivienda se ventilara al margen de las previsiones del art. 96 CC".

BIBLIOGRAFÍA

ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "Atribución del uso de la vivienda en los casos de crisis familiares: anotaciones al artículo 6 de la Ley valenciana de relaciones familiares", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 *bis*, 2015.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.:

- "Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Revista de Derecho civil*, vol. 5, núm. 3, julio-septiembre 2018.

- "Protección del interés del menor en la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 105, 2018.

BELTRÁ CABELLO, C.: "Atribución del uso de la vivienda familiar en el cado de divorcio con custodia compartida: comentario a la STS de 20 de febrero de 2018", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 207, 2018.

BERROCAL LANZAROT, A. I.:

- "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 2014.

- "La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial por convivencia marital del usuario con otra persona", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 2019.

CABEZUELO ARENAS, A. L.: "El art. 96.1 CC: sobrevaloración del interés del menor versus aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 16, 2017.

CORDERO CUTILLAS, I.: "Algunas consideraciones de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", *Actualidad civil*, núm. 3, 2013.

COSTAS RODAL, L.: "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2016.

CUENA CASAS, M.: "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho civil*, vol. 1, núm. 2, 2014.

Chaparro Matamoros, P.:

- "Custodia monoparental, atribución del uso de la vivienda familiar y «entorno» del menor: ¿una reformulación del interés superior del menor en la sociedad tecnológica?", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 51, 2019.

- *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- "La pérdida del carácter «familiar» de la vivienda en la que se había desarrollado la convivencia conyugal. Comentario a la STS núm. 524/2017, de 27 de septiembre", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018.

- "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019.

De Verda y Beamonte, J. R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015.

Gallardo Rodríguez, A.: "Problemas de la atribución del uso de la vivienda familiar y la guarda y custodia compartida en la legislación española", en *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, (coord. E. Llamas Pombo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

García Mayo, M.:

- "El arrendamiento forzoso de la vivienda tras la crisis familiar: una propuesta de futuro para España", *Actualidad civil*, núm. 9, 2019.

- "El interés del menor frente a la pretendida patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar. Comentario a la STS 284/2019 de 23 de mayo", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 50, 2019.

- "Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero: ¿y el interés del menor?", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019.

- "Pago de los gastos vinculados a la vivienda familiar atribuida tras la crisis matrimonial", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 24, 2019.

García Presas, I.: *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*, Reus, Madrid, 2019.

Martínez Calvo, J.:

- "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho civil*, vol. 6, núm. 3, julio-septiembre 2019.

- "Temporalidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido en un proceso de ruptura matrimonial", *Actualidad civil*, núm. 12, 2018.

Manzano Fernández, Mª. Del M.: "Titularidad y atribución del uso de la vivienda familiar (problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 2019.

Méndez Tojo, R.: "Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por convivencia con terceras personas: la novedosa STS 641/2018, de 20 de noviembre", *Actualidad civil*, núm. 1, 2019.

Moll De Alba Lacuve, Ch.: "Análisis crítico de la regulación de la extinción del uso de la vivienda familiar en el Código civil catalán y reforma del art. 96 CC", en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (coord. por G. Cerdeira

Bravo De Mansilla y M. García Mayo), Reus, Madrid, 2017.

Oliva Blázquez, F.: "Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: análisis crítico y propuestas de reforma legal", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 16, 2017.

Ordás Alonso, M.:

- "El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar: un halo de esperanza", *Diario La Ley*, núm. 9332, 2019.

- *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrente*s, Bosch, Barcelona, 2018.

- "Luces y sombras de la propuesta de modificación del art. 96 CC prevista en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y

procesal en materia de discapacidad", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. extraordinario 10, 2, 2019.

Pardo Pumar, Mª. J.: "La atribución del uso de la vivienda en supuestos de guarda y custodia compartida: análisis de la doctrina jurisprudencial", *Revista Estudios Institucionales*, vol. 6, núm. 10, 2019.

Pérez Martín, A.: "Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que extingue el uso de la vivienda por convivencia del progenitor custodio con un tercero", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 82, 2019.

Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Tecnos, Madrid, 2018.

Ramón Fernández, F.: "Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y gastos de atención a los hijos e hijas en la Ley, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", en *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Rodríguez Chacón, R.: "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar", *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 2, enero 1999.

Salas Carceller, A.: "La introducción de otra persona en el domicilio familiar y sus consecuencias respecto del derecho de uso atribuido en juicio de divorcio", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2019.

Sánchez Alonso, M.: "Atribución del uso de la vivienda familiar. Modificación de la atribución del uso de la vivienda familiar. Derecho de uso", *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Sánchez-Calero Arribas, B.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia", en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja* (coord. Mª. D. Cervilla Garzón y Lasarte Álvarez, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Sánchez Jordán, Mª. E.: "Consecuencias de la convivencia de un tercero con el cónyuge custodio (y con los hijos menores del matrimonio) en la casa ganancial: la «desfamiliarización» de la vivienda", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 48, 2019.

Santos Morón, M.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge", *Revista de Derecho civil*, vol. 1, núm. 3, 2014.

TENA PIAZUELO, I.: "Sentencia 16 enero 2015. Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101, 2016.

TORRELLES TORREA, E.: "Limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no titular durante dos años desde la Sentencia de casación. Comentario a la STS de 21 julio de 2016 (RJ 2016, 3445)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 103, 2017.

VALLESPÍN PÉREZ, D.: "El derecho a rehacer la vida propia, tras el divorcio, y su repercusión en el uso de la vivienda familiar", *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 137, 2019.

YSÀS SOLANES, M.: "¿Han cambiado los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis de pareja?", en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa,* (coord. M. CUENA CASAS, L. A. ANGUITA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013.

ZUMAQUERO GIL, L.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de mejora", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 41, 2016.

CONVIVENCIA MORE UXORIO Y CUENTAS CORRIENTES INDISTINTAS*

MORE UXORIO COHABITATION AND JOINT BANK ACCOUNTS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 122-151

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación de Referencia "De Iure" (S26_20R), subvencionado por el Gobierno de Aragón y la Unión Europea (Fondos FEDER), del que es IP el Dr. J.F. Herrero Perezagua, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.

Aurelio BARRIO GALLARDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El autor se muestra crítico con la tendencia jurisprudencial que favorece la consideración de una comunidad tácita de bienes entre los miembros de una pareja de hecho. Ante la falta de pacto expreso, el principio rector debería ser el mantenimiento de sus economías separadas y la aplicación a las disputas relativas al saldo de cuentas indistintas y adquisiciones a título oneroso de las normas generales de Derecho patrimonial en vez de recurrir a especialidades propias del matrimonio.

PALABRAS CLAVE: Pareja de hecho; consentimiento tácito; comunidad de bienes; cuentas corrientes indistintas; adquisiciones a título oneroso; negocios fiduciarios; reembolso.

ABSTRACT: *The author is critical of the case-law tendency favorable to hold the existence of a tacit tenancy in common between the members of a civil partnership. In the absence of an express agreement, the guiding principle should be to keep its property separated and to apply to disputes, concerning the balance of joint bank accounts and purchases of an onerous nature, the Patrimonial Law general rules instead of marriage specialties.*

KEY WORDS: *Civil partner; tacit consent; tenancy in common; joint bank accounts; onerous purchases; trust agreement; reimbursement.*

SUMARIO.- I. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LAS PAREJAS DE HECHO.- 1. Principios rectores de la economía entre convivientes.- A) Autonomía privada.- B) Ausencia de consecuencias jurídicas.- C) Independencia patrimonial.- 2. Controversia en torno a una supuesta voluntad tácita.- 3. Crítica de la teoría de los contratos implícitos.- II. EL EMPLEO DE CUENTAS CORRIENTES INDISTINTAS DURANTE LA CONVIVENCIA.- 1. Cuentas corrientes y gastos familiares.- 2. La cuenta corriente indistinta en la jurisprudencia.- A) Facultad de disposición.- B) Titularidad dominical.- C) El caso de las parejas de hecho.- III. ADQUISICIÓN DE BIENES CON CARGO A UNA CUENTA CORRIENTE INDISTINTA.- 1. Inexistencia de presunciones conyugales y remisión convencional a la sociedad de gananciales.- 2. Reglas patrimoniales de aplicación general.- 3. Ausencia de subrogación real y manifestación sobre la procedencia de los fondos.- 4. Estudio de las posibles soluciones a la discordancia entre titularidad formal y origen del precio.- A) El negocio fiduciario.- B) La aportación económica como acto concluyente.- C) La acción de reembolso.

I. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LAS PAREJAS DE HECHO.

1. Principios rectores de la economía entre convivientes.

A) Autonomía privada.

Nada impide que los miembros de una pareja de hecho celebren entre sí contratos que regulen el ámbito patrimonial[1] y sean los propios interesados quienes al amparo de la autonomía privada disciplinen los efectos económicos tanto de la convivencia como de una eventual ruptura[2]. Lejos quedaron aquellas anticuadas concepciones que reprendían la liviandad de esta clase de relaciones impregnando tales acuerdos de una nulidad radical e insubsanable por ilicitud de la causa. La progresiva apertura de la moralidad sexual acaecida a finales de la década de los setenta, así como un cambio radical en la concepción ética dominante durante el último medio siglo han conducido a que nadie cuestione en la actualidad la validez de tales pactos entre personas pertenecientes a una unión libre. Pone así de

1 STS 21 octubre 1992 (RAJ 8589); STS 18 febrero 1993 (RAJ 1246); STS 27 mayo 1994 (RAJ 3753); STS 11 octubre 1994 (RAJ 7476); STS 18 noviembre 1994 (RAJ 8777).

2 STS 22 enero 2001 (RAJ 1678) y STS 15 enero 2018 (RAJ 76)

• Aurelio Barrio Gallardo
Doctor en Derecho con Premio Extraordinario y Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza. Ha sido Visiting Research Fellow del Institut Suisse de Droit Comparé, del British Institute of International and Comparative Law y del Institute of Advanced Legal Studies. Es autor de cuatro monografías, más de una veintena de artículos y capítulos de libro e imparte lecciones de Derecho privado en la Facultad de Economía y Empresa de la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: abarrio@unizar.es.

relieve Lacruz Berdejo cómo los argumentos clásicos esgrimidos contra la validez de las convenciones entre convivientes *more uxorio* tienen hoy escaso alcance[3].

Buena muestra de tal aceptación es el viraje experimentado por la jurisprudencia a partir de los noventa[4] hasta alcanzar la pionera STS 18 noviembre 1994 (RAJ 8777) que supuso un destacado punto de inflexión. Desde entonces se admite como hecho incuestionable que la autonomía privada se cuenta entre las fuentes normativas de la convivencia *more uxorio*[5]. Entrados ya en el S. XXI, podría incluso afirmarse que lleva camino de alcanzar un papel protagónico una vez que el TC ha dejado tocada de muerte la sistemática de varias legislaciones autonómicas tras diversas declaraciones de inconstitucionalidad, ya lo fueran por limitar la libertad de pacto[6], ya por la falta de competencia para abordar la regulación de este fenómeno[7], invasión contraria al art. 149.1.8ª CE que a veces se ha excusado por la pasividad del legislador estatal.

La unión de hecho se rige fundamentalmente por la voluntad de los convivientes[8]. Pero a salvo de esta posibilidad de autorregulación, libremente asumida y expresión de la soberanía individual, la convivencia de pareja no supone *ex lege* la producción de efectos jurídicos entre sus miembros al docto decir de Parra Lucán[9]. Atendidos unos imperativos mínimos de justicia, inspirados en la buena fe, siempre existentes e impeditivos de una absoluta anomía -como p. ej. el principio que veda el enriquecimiento injusto de una parte a costa de la otra[10]-, una simple situación de hecho no debería desencadenar consecuencias jurídicas más allá de las expresamente aceptadas por sus integrantes. El pronunciamiento contenido en la STC 23 abril 2013 (RTC 93) no ha hecho sino reforzar dicho planteamiento.

3 Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, F.: *Derecho de familia*, III, Bosch, Barcelona, 1982, p. 583.

4 Cfr. STS 18 mayo 1992 (RAJ 4907).

5 STS 12 septiembre 2005 (RAJ 7148); STS 8 mayo 2008 (RAJ 2833); STS 22 febrero 2006 (RAJ 831); STS 7 julio 2010 (RAJ 3904).

6 STC 23 abril 2013 (RTC 93). Cfr., además, la DA3ª de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, que ha sido objeto de diversas cuestiones de inconstitucionalidad (STC 30 enero 2014 [RTC 18]; STC 8 mayo 2014 [RTC 75]; STC 21 julio 2014 [RTC 125]; STC 21 julio 2014 [RTC 127]) pero sin llegar a superar el juicio de relevancia.

7 STC 11 abril 2013 (RTC 81); STC 9 junio 2016 (RTC 110).

8 STS 12 septiembre 2005 (RAJ 7148); STS 26 enero 2006 (RAJ 417).

9 Vid. Parra Lucán, M. Á.: "Autonomía de la voluntad y Derecho de familia", *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado*, I, Wolters Kluwer, Madrid, 2012, p. 307.

10 STS 11 diciembre 1992 (RAJ 9733); STS 17 junio 2003 (RAJ 4605); STS 5 febrero 2004 (RAJ 213); STS 12 septiembre 2005 (RAJ 7148); STS 6 octubre 2006 (RAJ 6650); STS 8 mayo 2008 (RAJ 2833); STS 8 mayo 2008 (RAJ 3345); STS 30 octubre 2008 (RAJ 404); STS 7 julio 2010 (RAJ 3904); STS 6 mayo 2011 (RAJ 3843); STS 15 enero 2018 (RAJ 76).

B) Ausencia de consecuencias jurídicas.

Es lógico que la unión extramatrimonial no produzca ningún efecto por sí misma[11] habida cuenta de que sus componentes rechazan todo compromiso y huyen de lazos o ataduras; y si de algo resulta sintomática la pareja de hecho, sería de la voluntad de no estructurar jurídicamente las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes[12]. Por tanto, no es nada extraño que en ausencia de pacto o convención se excluya toda analogía con el matrimonio mientras dure la convivencia[13] y seguramente también después. Quedarían a salvo las relaciones verticales cuando el interés prevalente del menor impusiera medidas similares a las derivadas de una crisis matrimonial como p. ej. la atribución del uso de la vivienda familiar al conviviente custodio[14], mas no así en otro caso[15]. Tal vez el argumento más elocuente en contra de la citada analogía sea el propio rechazo de los convivientes al matrimonio, institución secular de la que los mismos interesados han decidido apartarse pudiendo contraerlo[16], intención que todavía resulta más clara tras la apertura del *ius connubi* una vez legalizado el matrimonio homosexual[17]. Es muy probable, además, que dicho rechazo quepa predicarlo, con carácter general, de cualquier régimen supletorio de primer grado y no solo de la sociedad de gananciales[18] a pesar de encontrar mayores sintonías entre la economía compartimentada de las parejas de hecho y la separación de bienes[19].

Llámese como se prefiera, derecho a la convivencia anómica en pareja o retorno al hombre primitivo lockeano, lo cierto es que no existe ninguna pretendida laguna legal que colmar. Ya lo anticipó parte de la jurisprudencia, vinculándolo con el respeto al libre albedrío y el desarrollo de la personalidad[20], al sostener que tal convivencia carece de normativa específica, pero no constituye un vacío legal[21]

11 Estrada Alonso, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Civitas, Madrid, 1991, p. 174.

12 Paz-Ares Rodríguez, C.: "De la sociedad", *Comentario del Código Civil,* II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1386.

13 Entre las más recientes, STS 12 septiembre 2005 (RAJ 7148); STS 5 diciembre 2005 (RAJ 10185); STS 19 octubre 2006 (RAJ 8976); STS 7 julio 2010 (RAJ 3904); STS 16 junio 2011 (RAJ 4246); pero, como el propio TS ha afirmado alguna vez, esta tesis constituye un cuerpo de doctrinal sólido: más antiguas, STS 21 octubre 1992 (RAJ 8589); STS 11 diciembre 1992 (RAJ 8589); STS 18 febrero 1993 (RAJ 1246); STS 22 julio 1993 (RAJ 6274); STS 11 octubre 1994 (RAJ 7476); STS 27 mayo 1994 (RAJ 3753); STS 4 junio 1998 (RAJ 3722); STS 23 julio 1998 (RAJ 6131), aunque no exenta de algunos titubeos iniciales relativos a la analogía *iuris* (STS 18 mayo 1992 [RAJ 4907]; STS 23 julio 1998 [RAJ 6131]).

14 STS 7 julio 2004 (RAJ 5108); STS 1 abril 2011 (RAJ 3139).

15 Cfr. STS 6 octubre 2011 (RAJ 6708).

16 STS 27 mayo 1994 (RAJ 3753); STS 30 diciembre 1994 (RAJ 10391); STS 4 junio 1998 (RAJ 3722).

17 STS 12 septiembre 2005 (RAJ 7148); STS 5 diciembre 2005 (RAJ 10185); STS 6 octubre 2011 (RAJ 6708); STC 6 noviembre 2012 (RTC 198).

18 Por todos, vid. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a la STS de 18 de febrero de 1993", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 31, 1993, p. 227.

19 Cfr. STS 27 marzo 2001 (RAJ 4770).

20 Cfr. STS 30 diciembre 1994 (RAJ 10391); STS 18 febrero 1993 (RAJ 1246).

21 STS 18 mayo 1992 (RAJ 4907); STS 29 octubre 1997 (RAJ 7341); STS 10 marzo 1998 (RAJ 1272); STS 17 enero 2003 (RAJ 4); STS 27 mayo 2004 (RAJ 3577).

y se ha tornado más evidente aún tras la proclamación diáfana de la STC 23 abril 2013 (RTC 93), tesis secundada luego por el TS[22]. La ausencia de regulación legal es deliberada: las parejas quedan abocadas al limbo jurídico de un no-régimen cimentado sobre los principios generales de Derecho patrimonial del que únicamente es posible escapar pactando. Esta es una decisión de política legislativa que no tiene por qué entrañar ninguna maldición, aunque sí presupone quizá un mayor nivel de diligencia y previsión en los particulares escasamente acorde con la idiosincrasia jurídica de nuestro país, poco proclive a la cultura pactista a excepción de algunas regiones forales.

En este modelo familiar no hay por consiguiente comunidad económica, aunque haya comunidad de vida[23] ni es razonable apreciar una presunción en tal sentido[24]. Dicha situación fáctica no debería tan siquiera evocar la idea de comunidad, pues si ha de derivarse alguna consecuencia de la mera unión fáctica sería justamente la contraria, es decir, que sus miembros no desean formarla, sea esta de cualquier clase o naturaleza, (proindivisión ordinaria, sociedad civil...) y han querido mantener sus economías enteramente separadas: ganancias, patrimonio así como sus respectivos poderes y esferas de actuación. De esta directriz cabe extraer un criterio hermenéutico, ante la duda, favorable a la menor confusión patrimonial. Hay quien opina incluso que debería consagrarse por Ley la vigencia de este principio por el ser el más adecuado a la voluntad de dos sujetos que no contraen matrimonio ni quedan, por ende, sujetos a sus normas reguladoras[25].

C) Independencia patrimonial.

La jurisprudencia no ha sido ajena a tales postulados al posicionarse a favor de la independencia económica en varias ocasiones[26]. Es razonable que, caso de existir una cierta voluntad presunta en los convivientes, la deducción lógica que quepa hacer sea "la de que cada uno conserve su total independencia frente al otro" al no querer "contraer las obligaciones personales y patrimoniales que nacen del matrimonio"[27]. Contraria a la idea de comunidad, afirma la STS 4 febrero 2010 (RAJ 264): puede, sin duda, suceder que, en las uniones que dan lugar a la

22 STS 15 enero 2018 (RAJ 76).

23 Gallego Domínguez, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995, p. 171; Corral Gijón, M. C.: "Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Parte 2ª: Efectos patrimoniales)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 664, 2001, vLex, 14/60; Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Acuerdos entre convivientes *more uxorio*", *Revista de Derecho Privado*, núm. 85, 2001, p. 855.

24 Torres Lana, J. A.: "De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas", *Aranzadi Civil,* 1993, II, BIB 1993\131, p. 7.

25 Gallego Domínguez, I.: *Las parejas*, cit., pp. 158 y 164; Corral Gijón, M. C.: "Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Parte 2ª: Efectos patrimoniales)", cit., p. 6.

26 STS 11 diciembre 1992 (RAJ 9733); STS 27 mayo 1994 (RAJ 3753); STS 27 mayo 1998 (RAJ 3382); STS 22 enero 2001 (RAJ 1678).

27 STS 27 mayo 1998 (RAJ 3382).

convivencia *more uxorio* prefieran, quienes la forman, mantener su independencia económica, supuesto, por otra parte, más conforme con la elusión de la formalidad matrimonial. La convivencia, aunque prolongada en el tiempo y susceptible de generar algunos derechos de naturaleza patrimonial entre sus integrantes, no implica en todo caso una economía plena en común. A falta de posibles pactos para atender necesidades básicas y sin un reparto convenido de los gastos, pues no existe deber recíproco de prestarse alimentos entre las partes[28], cada cual ha de procurarse su sustento, así como sufragar los diversos costes generados a su propia instancia. No hay inconveniente en el reconocimiento mutuo y convencional de tales derechos, pero debe mediar acuerdo al respecto.

2. Controversia en torno a una supuesta voluntad tácita.

No obstante, la jurisprudencia lleva varios años admitiendo a su vez que la expresión de la voluntad de constituir una comunidad, sobre bienes concretos o una pluralidad de los mismos, puede hallar origen no solo en el pacto expreso, sino también en el acuerdo tácito[29] que, por tal motivo, no sería teóricamente menos expresivo de la autonomía privada y libre iniciativa de las partes, aunque sí abierto a muchas más reservas y suspicacias que un acuerdo documentado. Incluso desde el prisma constitucional del libre desarrollo de la personalidad después del giro copernicano que ha supuesto la STC 23 abril 2013 (RTC 93), al exigir un acto de adhesión al régimen legal para que resulte aplicable a los interesados (modelo *opt-in*), podría replantearse la jurisprudencia recaída hasta la fecha en materia de comunidades tácitas en beneficio de una manifestación expresa.

Conviene aclarar, en cualquier caso, que consentimiento tácito no es sinónimo de voluntad presunta. La comunidad no surge espontáneamente, sino que obedece a una *causa iuris*, y precisa de la voluntad de los afectados[30]. Los expertos se cuidan así de puntualizar que el simple hecho de iniciarse la convivencia *more uxorio* no es suficiente para inferir un consentimiento tácito. Es una afirmación corriente entre la doctrina científica española[31] que además viene avalada por numerosísimo cuerpo de jurisprudencia[32]. Como muestra de pronunciamientos cercanos a la época presente, el TS ha resuelto que "la convivencia de hecho no comporta, *per se*, la creación de una comunidad de bienes, del tipo que sea" o que "la existencia

28 Vid. p. ej. SAP Zaragoza 25 febrero 1991; SAP Barcelona 3 noviembre 1992; SAP Madrid 22 noviembre 1992; SAP Cádiz 17 abril 2001 (JUR 191466); SAP Madrid 22 diciembre 2003 (JUR 2004, 252050).

29 Entre las recientes, STS 22 febrero 2006 (RAJ 831); STS 19 octubre 2006 (RAJ 8976); STS 7 julio 2010 (RAJ 3904).

30 Rivero Hernández, F.: "Sentencia de 9 de octubre de 1997", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 46, 1998, p. 198.

31 Torres Lana, J. A.: "De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas", cit., p. 2421, Gallego Domínguez, I.: *Las parejas*, cit., p. 192; Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Acuerdos entre convivientes *more uxorio*", cit., p. 855.

32 STS 21 octubre 1992 (RAJ 8589); STS 23 julio 1998 (RAJ 6131); STS 22 enero 2001 (RAJ 1678); STS 26 enero 2006 (RAJ 417); STS 4 febrero 2010 (RAJ 264).

de este consentimiento… no es una inferencia necesaria de la situación de unión extramatrimonial"[33].

Los contratos implícitos entre convivientes parecen encontrar un sutil precedente en el *case-law* norteamericano (*Marvin v. Marvin*, 1976)[34], cultura jurídica que, como es sabido, casi entroniza la discrecionalidad judicial. En el Derecho continental, en cambio, este recurso a los acuerdos tácitos es una manifestación, en cierta medida, de la técnica de la ficción[35] donde es vital conducirse con extrema cautela, pues se corre el riesgo de que el juez acabe por suplantar la voluntad real de las partes contraviniendo así los principios más elementales del Derecho privado. Esa labor que pretende hacer justicia sin una justificación adecuada es encomiable, pero puede derivar en la sustitución de la intención común de las partes por la propia del intérprete al intentar colmar una supuesta laguna cuya existencia podría hoy cuestionarse seriamente. En palabras de Rivero Hernández, "la única voluntad clara es la de convivir juntos. Si apelamos a otra voluntad de los convivientes, no cabe aquí ningún tipo de presunción, de hecho, ni de derecho: hay que demostrar, probar, el sentido de la voluntad que debe tomarse en consideración… Lo demás es jugar a ficciones, técnica jurídica hoy perfectamente desacreditada"[36].

Por esta razón el TS se afana en justificar que se ha realizado una investigación exhaustiva previa al dictado de cada una de sus resoluciones[37]. El riguroso análisis hermenéutico tiene por objeto el comportamiento de las partes durante la convivencia al efecto de dilucidar si se ha dado o no un pacto tácito para hacer comunes los bienes adquiridos constante la unión extramatrimonial. Tales pesquisas, que recaen sobre el comportamiento mantenido por ambos compañeros constante la relación, deben evidenciar -en expresión casi ritualista del TS- una voluntad clara e inequívoca de formar un patrimonio común[38] donde integrar todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión de hecho[39], en concordancia con nuestra jurisprudencia más reciente[40]. Un relevante sector de la doctrina ha señalado, en contraposición, que muchas conductas o actuaciones son

33 Vid. respectivamente STS 26 enero 2006 (RAJ 417) y STS 4 febrero 2010 (RAJ 264).

34 STS California, 17 diciembre 1976. Vid. Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, F.: *Derecho de familia*, cit., p. 582.

35 Así, Mesa Marrero, C.: *Las uniones de hecho: análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 116; Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Acuerdos entre convivientes *more uxorio*", cit., p. 855.

36 Rivero Hernández, F.: "Sentencia", cit., p. 195.

37 Vid. v.gr. STS 22 febrero 2006 (RAJ 831).

38 STS 22 febrero 2006 (RAJ 831); STS 7 febrero 2011 (RAJ 1816); STS 8 mayo 2008 (RAJ 2833); STS 19 octubre 2006 (RAJ 8976); STS 16 junio 2011 (RAJ 4246).

39 STS 21 octubre 1992 (RAJ 8589); STS 11 octubre 1994 (RAJ 7476).

40 STS 5 diciembre 2005 (RAJ 10185); STS 26 enero 2006 (RAJ 417).

menos inequívocas de lo que parece entender el Tribunal Supremo llevado por un plausible deseo de lograr la justicia del caso concreto[41].

3. Crítica de la teoría de los contratos implícitos.

La vida en común, estable y duradera, mientras sea expresiva de esta voluntad tácita, puede dar origen a una comunidad en sentido técnico-jurídico, deducible de meros actos o comportamientos con la consiguiente aplicación de las normas reguladoras de su disolución, trátese de un condominio tácito o de una sociedad irregular[42], sin que el procedimiento instado para la división de la cosa común sea el adecuado para discutir si procede o no entre los convivientes realizar compensaciones de otra naturaleza[43]. De la inquisitoria no siempre se deducirá claramente que hubo intención de crear un condominio, al no poder acreditarse un pacto entre las partes, pero es evidente que esta jurisprudencia, ni mucho menos escasa, constituye una grave salvedad al principio de separación patrimonial que, de ser aplicada con condescendencia, llegaría a desvirtuar fácilmente la directriz general[44]. Contra todo pronóstico razonable, reputados especialistas han detectado en este vasto cuerpo de resoluciones judiciales un *prejuicio de consorcialidad* que mueve al TS, con la loable intención de evitar la injusticia en el caso concreto, a buscar soluciones inspiradas en los regímenes de comunidad amparándose o -acaso pretextando- la existencia de acuerdos tácitos[45].

Es indudable que los pactos entre las partes relativos a la organización económica marcan el criterio para la posterior liquidación y por tales acuerdos debe estarse y pasarse[46], pues constituyen la principal fuente de regulación de la convivencia y sus consecuencias dentro del orden de prelación normativa en defecto de Ley específica[47]. Pero una cosa es que los propios interesados, en virtud de un convenio expreso, acudan a fórmulas patrimoniales diversas, como sucedáneo de los gananciales, p. ej. pactando una comunidad de bienes[48] o un sistema semejante[49] y otra bien distinta que deba sobrentenderse tal deseo de hacer comunes algunos o incluso la totalidad de los bienes a la vista del estudio de la conducta mantenida a lo largo de muchos años de convivencia. Esta forma

41 Vid. Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Acuerdos entre convivientes *more uxorio*", cit., p. 856.

42 STS 18 marzo 1995 (RAJ 1962).

43 STS 7 julio 2010 (RAJ 3904).

44 La mayoría de los pleitos habidos con ocasión de la ruptura de una pareja de hecho tienen por objeto dilucidar si ha existido o no un pacto tácito dirigido a crear una comunidad de bienes. Entre las desestimatorias, cfr. p. ej. STS 16 junio 2011 (RAJ 4246); STS 29 abril 2008 (RAJ 2683).

45 Cfr. Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Acuerdos entre convivientes *more uxorio*", cit., pp. 855 y 863 y los allí citados.

46 STS 18 febrero 2003 (RAJ 1049); STS 8 mayo 2008 (RAJ 2833).

47 STS 12 septiembre 2005 (RAJ 7148); STS 22 febrero 2006 (RAJ 831); STS 8 mayo 2008 (RAJ 2833).

48 STS 12 septiembre 2005 (RAJ 7148); STS 26 enero 2006 (RAJ 417).

49 STS 16 junio 2011 (RAJ 4246).

de proceder nos adentra en un terreno sumamente resbaladizo que puede llegar a pervertir la expresión de la autonomía privada y del que es difícil salir airoso.

La doctrina más autorizada nos previene contra esta peligrosa tentación. No significa -como frecuentemente se ha sostenido- que del hecho mismo de la convivencia *more uxorio* haya de referirse la existencia de una sociedad universal[50]. Quizá equiparar la convivencia a un contrato de sociedad se postulara en los albores de este fenómeno como la solución más elemental y equitativa, pero hoy habría de ser una fórmula claramente excepcional casi camino de la extinción. Tampoco la propia jurisprudencia parece completamente indiferente a este problema: acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales "sería tanto como imponer a una convivencia *more uxorio* la normativa de una comunidad de gananciales o más bien de una comunidad incluso más amplia que la ganancial y presuponer una comunidad convencional (que no incidental) que nunca las partes quisieron establecer"[51]. Y aún más, sobreentender, a falta de pacto expreso, que la cohabitación estable, duradera, aun prolongada a lo largo de los años, y practicada de forma externa y pública[52] ha de conducir a la atribución del 50% de la propiedad del entero patrimonio generado constante la unión libre, no es ningún acto de justicia, sino más bien un efecto perverso, semejante a la extensión analógica del estatuto conyugal de deberes y obligaciones a quienes han rechazado voluntariamente acogerse a la disciplina matrimonial. Es una consecuencia excesivamente severa como para colegirse de la simple conducta de los interesados y probablemente haría bien la jurisprudencia en acudir a ella solo cuando medie un pacto expreso.

No se alcanza a comprender por qué la extensión analógica -o incluso convencional- de la sociedad de gananciales causa tanto estupor mientras que apreciar un consentimiento implícito en la conducta de las partes favorable a un condominio tácito o una sociedad universal se admite con silenciosa normalidad en la comunidad científica. Incluso la formación de comunidades *sui generis* tan extravagantes, como p. ej. la perfección de una sociedad mercantil irregular por actos concluyentes[53], pasaron casi completamente desapercibidas a la crítica a pesar de que la comunitarización de ganancias y adquisiciones constante la unión de hecho puede ser significativamente superior a la que depararía cualquier régimen económico-matrimonial típico en vigor. Es razonable que el hecho de poder inferir de los *facta concludentia* una comunidad universal extensible al conjunto de los bienes adquiridos indistintamente por cualquiera de los convivientes suscite dudas entre la doctrina. Escasas voces han denunciado esta situación, pero cabe hallar

50 Paz-Ares Rodríguez, C.: "De la sociedad", cit., p. 1386.

51 STS 17 enero 2003 (RAJ 4).

52 Vid. STS 18 mayo 1992 (RAJ 4907).

53 STS 18 mayo 1992 (RJ 4907).

juristas versados en esas lides que han denunciado efectos tan exorbitados[54] con algún eco en aquellos legisladores autonómicos que se decantaron por eliminar dicha posibilidad de su regulación optando por otras formas de compensar al conviviente perjudicado por la ruptura[55].

Tal es el grado de incertidumbre -hasta temor- ante el fallo adverso de una decisión judicial que se ha sugerido dejar constancia de esta voluntad contraria a la comunidad para evitar cualquier equívoco[56], cuando debería bastar con la sola pasividad para permitir el juego de la presunción contraria a toda idea de confusión patrimonial. Pero, a la vista de la numerosa jurisprudencia recaída sobre la materia[57], bien se comprende que el conviviente avisado adopte precauciones si quiere impedir que se hagan comunes las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los miembros de la unión de hecho[58]. De no ser así, el sujeto poco precavido quedará expuesto a un pronunciamiento que resolverá de modo particular atendiendo a los pormenores de cada supuesto sometido a su consideración. Este sistema es propiciatorio de un casuismo de consecuencias imprevisibles. Y entre las invitaciones a una redistribución judicial del activo de la economía doméstica en modo y manera que difícilmente cabe anticipar, ocupa un lugar preeminente el depósito del ahorro por uno de los convivientes en una cuenta corriente abierta junto con su pareja.

II. EL EMPLEO DE CUENTAS CORRIENTES INDISTINTAS DURANTE LA CONVIVENCIA.

1. Cuentas corrientes y gastos familiares.

El uso de cuentas bancarias de titularidad indistinta entre los miembros de una pareja de hecho se encuentra casi tan extendido en nuestros días como pudiera estarlo para la unión conyugal y obedece al fenómeno más amplio de la bancarización. La realidad subyacente es prácticamente idéntica en el matrimonio y en la unión de hecho: la convivencia en pareja, casada o no[59]. La vida en común origina ciertas relaciones económicas y se tiene que hacer frente a las necesidades que se presenten. Si bien es cierto que en el matrimonio tales gastos se dice en teoría que son instantáneos, mientras que en la pareja de hecho obedecen a la

54 Vid. Gallego Domínguez, I.: *Las parejas*, cit., p. 196.

55 SAP Zaragoza, 5ª, 3 septiembre 2007 (JUR 2008, 36021).

56 Vid. Parra Lucán, M. Á.: "Autonomía de la voluntad y Derecho de familia", cit., p. 307.

57 STS 21 octubre 1992 (RAJ 8589); STS 18 febrero 1993 (RAJ 1246); STS 11 octubre 1994 (RAJ 7476); STS 27 mayo 1998 (RAJ 3382); STS 23 julio 1998 (RAJ 6131); STS 22 enero 2001 (RAJ 1678); STS 23 noviembre 2004 (RAJ 7385); STS 22 febrero 2006 (RAJ 831); STS 19 octubre 2006 (RAJ 8976); STS 29 abril 2008 (RAJ 2683); STS 8 mayo 2008 (RAJ 2833); STS 7 julio 2010 (RAJ 3904); STS 16 junio 2011 (RAJ 4246).

58 Cfr. p. ej. STS 4 junio 1998 (RAJ 3722).

59 Rivero Hernández, F.: "Sentencia", cit., p. 194.

vida en común[60], no lo es menos que, de encarar este tipo de relaciones con un poco más de realismo -y menor grado de formalismo-, las cuestiones que merecen respuesta son bastante similares. En ambos supuestos se debe hacer frente a las cargas: gastos de la vivienda familiar, atención primaria, p. ej. sanitaria, alimentación de los hijos propios y comunes, etc.

La ausencia de un régimen patrimonial legal en las uniones libres, máxime tras la STC 23 abril 2013 (RTC 93) que declaró inconstitucional el sistema navarro de contribución a las incumbencias comunes previsto en la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (art. 5.3), aconseja un cierto entendimiento de los interesados en esta materia. En ausencia de hijos comunes y de todo pacto al respecto, parece lógico pensar que cada cual hará frente a las contingencias que le afecten con cargo a su propio peculio. Resultaría hoy muy discutible reclamar una obligación frente al otro conviviente sin haber sido previa y voluntariamente asumida por la contraparte. Con todo, no es nada inusual que concurra un acuerdo estipulando que tales expensas se distribuyan por mitad o en forma proporcional a los respectivos recursos. Tanto es así que muchos autores suelen mencionar esta clase de convenio tendente a subvenir los gastos generados por la propia vida cuasimarital como el caso paradigmático de acuerdo[61]. Es frecuente que este contrato se lleve a efecto mediante un depósito a la vista instrumentado en una cuenta corriente abierta a nombre de ambos convivientes donde p. ej. cargar los costos comunes de la pareja.

La finalidad de tal contrato bancario no es sino dar cumplimiento en exclusiva a dicho acuerdo muchas veces adoptado de forma verbal. Sin embargo, tras las desavenencias que desembocan en la ruptura sentimental, y con ella en la extinción en vida de la pareja, se observa en la práctica una tendencia a presentar la apertura de una cuenta bancaria indistinta como un acto revelador de una voluntad que iría mucho más allá del fin antes apuntado. Es usual en la estrategia forense servirse del manejo de las cuentas conjuntas como prueba de la existencia de una comunidad tácita sobre las ganancias obtenidas por cualquiera de los convivientes durante la pervivencia de la unión extramatrimonial. En ocasiones dicha voluntad se pretende hacer extensiva a una parte[62] o incluso a la totalidad de las adquisiciones a título oneroso realizadas por cualquier de los compañeros mientras duró la relación, conformando un entero patrimonio común[63]; en otras, su empleo sirve

60 Gallego Domínguez, I.: *Las parejas*, cit., pp. 156 y 166.

61 Vid. De Verda y Beamonte, J. R.: "Uniones de hecho, libre desarrollo de la personalidad y enriquecimiento injusto", *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 80, 2018, BIB 2018\11527, p. 3.

62 STS 21 octubre 1992 (RAJ 8589); STS 27 mayo 1998 (RAJ 3382); STS 23 julio 1998 (RAJ 6131); STS 22 enero 2001 (RAJ 1678); STS 26 enero 2006 (RAJ 417); STS 22 febrero 2006 (RAJ 831); STS 19 octubre 2006 (RAJ 8976); STS 7 febrero 2011 (RAJ 1816).

63 STS 23 noviembre 2004 (RAJ 7385); STS 5 diciembre 2005 (RAJ 10185); STS 22 febrero 2006 (RAJ 831); STS 8 mayo 2008 (RAJ 2833).

como apoyo -a veces pretexto- para tratar de acreditar la conclusión entre ambos convivientes de una sociedad irregular[64].

El hecho de que dos personas convivan *more uxorio* supone una cierta colaboración económica, pero, como bien advierten los especialistas, tal comunicación de patrimonios, adquisiciones y expensas comunes suele ser de escasa importancia[65]. Compartir gastos es lo que con mayor frecuencia mueve a abrir la cuenta corriente conjunta; de ahí a entender que hay algo parecido a una sociedad de gananciales media un abismo. Deducir una comunidad sobre todos los bienes adquiridos, o una sociedad civil y, más aún, si es universal y, por ende, comprensiva de todas las ganancias se antoja sin lugar a dudas excesivo. Presumir en el hecho de compartir una cuenta corriente bancaria una voluntad tácita de formar a su vez un patrimonio común, se reputa una consecuencia jurídica desmedida, si no viene acompañada de otros hechos que resulten más determinantes. Para alcanzar una conclusión de semejante trascendencia harían falta actos concluyentes y verdaderamente reveladores de socializar no solo el gasto para levantamiento de las cargas familiares, sino el conjunto del activo de la economía doméstica. Entre dichos requisitos exigibles debería figurar la concurrencia del tradicional requisito de la *affectio societatis* con el que el TS se ha mostrado especialmente riguroso a lo largo de estos últimos decenios[66] justamente por resultar un elemento extraño al ámbito familiar.

En otro caso, al efectuar la liquidación ni tan siquiera es probable que el reparto del saldo resultante en la cuenta corriente -una de las cuestiones habituales que se suele plantear con ocasión de la ruptura- deba realizarse a partes iguales, sino en proporción a la aportación realizada por cada uno. No resulta tan evidente el *aninus donandi* como causa de la apertura de una cuenta indistinta, sino más bien el afán de atender a las necesidades que pueda originar la vida en común y solo en la media en que la relación sentimental pueda prolongarse. La convivencia quizá ofrezca una explicación social al porqué de una cuenta corriente con facultades alternas de disposición, pero no constituye en sí misma causa en sentido técnico-jurídico a no ser que los convivientes –como explica Álvarez Lata- acordaran de forma expresa realizarse prestaciones recíprocamente durante la vida en común[67]. Cualquier movimiento contable exige un título causal eficiente para resolver acerca del destino de los fondos[68].

64 STS 18 mayo 1992 (RAJ 4907); STS 26 mayo 2006 (RAJ 3341).

65 Cfr. Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Acuerdos entre convivientes *more uxorio*", cit., p. 856.

66 STS 29 abril 2008 (RAJ 2683); STS 4 febrero 2010 (RAJ 264). Cfr. además, STS 11 diciembre 1992 (RAJ 9733); STS 22 julio 1993 (RAJ 6274).

67 Álvarez Lata, N.: "Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial", *Derecho Privado y Conatitución*, núm. 12, 1998, p. 51. Cfr. también STS 11 diciembre 1992 (RAJ 9733).

68 Gudín Rodríguez-Magariños, A. E.: "El embargo de cuentas corrientes.: Especialidades que plantea su ejecución telemática centralizada", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2013, p. 7.

Concluida la vida en pareja procede realizar la liquidación y no hay motivo sólido para presumir que las aportaciones de dinero, iniciales o posteriores, realizadas a la cuenta corriente indistinta se han efectuado a título gratuito sin que medie acuerdo expreso en el sentido de favorecer al otro conviviente. Incluso el hecho de la apertura de la cuenta con fondos propios a nombre de un tercero, como p. ej. un familiar, o la inclusión en ella de un segundo titular no es objeto de liberalidad salvo que se acredite una clara intención de donar. Así lo tiene declarado desde antiguo la jurisprudencia con escasas excepciones[69]. Quien es propietario de esos activos antes de abrirse la cuenta lo sigue siendo posteriormente dado que –como manifiestan Muñoz Planas y Muñoz Paredes- "la titularidad de la cuenta solo atribuye facultades dispositivas sobre los activos ingresados, pero nada más"[70].

2. La cuenta corriente indistinta en la jurisprudencia.

A) Facultad de disposición.

Para la adecuada comprensión del funcionamiento de este contrato, de naturaleza instrumental respecto del depósito, es de interés diferenciar dos relaciones: la externa, entendiendo por tal la que une a los miembros de la pareja de hecho, en su calidad de clientes, frente a la entidad financiera, que es depositaria de los fondos y prestadora del servicio de caja, el cual permite agilizar el proceso de verificación de cobros y pagos[71], y la interna, aquella consistente en la relación jurídica que vincula a los titulares de la cuenta entre sí. En atención a la relación crediticia que media entre los cuentacorrentistas y la entidad financiera ambos son acreedores de la restitución del *tantundem* pudiendo reclamar o disponer *ad nutum* de la suma depositada[72]. Lo aclara así la jurisprudencia al señalar que la conclusión de este contrato bancario conlleva que frente al banco pueden uno y otro retirar cuantas cantidades no supongan el cierre de la cuenta[73].

En cualquier cuenta común, sea cual sea su modalidad, es preciso el concurso de todos los titulares para proceder su modificación o cancelación sin que pueda llevarse a cabo de forma autónoma por cualquiera de ellos. Tal disposición puede ser conjunta, y tener que realizarse a la vez –mancomunada-, o bien indistinta, estando ambos cotitulares legitimados para realizarla por separado –solidaria-. En el primer caso cualquiera de los dos miembros de la pareja se halla facultado para

69 Cfr. STS 8 abril 1926; STS 3 febrero 1963 (RAJ 766); STS 11 diciembre 1974 (RAJ 4592); STS 28 abril 1975 (RAJ 1891); STS 5 julio 1999 (RAJ 5966); STS 29 mayo 2000 (RAJ 3922); STS 21 julio 2003 (RAJ 5147); en cambio, vid. STS 25 febrero 2004 (RAJ 1646); STS 28 septiembre 2018 (RAJ 4240).

70 Muñoz Planas, J. M. y Muñoz Paredes, J. M.: *El embargo de cuentas corrientes con varios titulares*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2003, p. 174.

71 Madrazo Leal, J.: "Depósitos bancarios de dinero", en Gadea Soler, E. y Sequeira Martín, A. J. (coord.): *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 572.

72 Ibid.

73 STS 21 noviembre 1994 (RAJ 8541).

realizar libremente ingresos en la cuenta corriente sin contar con el otro, pero la disponibilidad quedará sometida a la firma de ambos como medida de control recíproco[74]. En ella el banco realiza una actividad principalmente de gestión[75]. El segundo tipo permite igualmente ingresos individuales, pero implica que cada uno de integrantes de la pareja de hecho ostenta un derecho a la disposición separada sobre la totalidad de los fondos depositados como si fuera el único titular. En defecto de mención expresa al abrirse la cuenta corriente bancaria la jurisprudencia se muestra favorable a la solidaridad[76].

B) Titularidad dominical.

La relación crediticia que autoriza la disposición de los fondos a uno u otro frente a la entidad no prejuzga, sin embargo, la titularidad dominical sobre el dinero depositado, que bien podría pertenecer a uno o ambos titulares de la cuenta según los casos. Una cosa es la legitimación para actuar frente a la entidad en el ámbito contractual y otra bien distinta la propiedad del saldo[77]. Por tanto, no habría inconveniente en que el depósito estuviera constituido gracias a las aportaciones exclusivas de uno solo de los miembros de la pareja, pero, frente al banco, el restante estuviera legitimado para realizar extracciones de numerario, aunque no hubiese contribuido en modo alguno a engrosar los fondos existentes en la cuenta corriente. La perfección de este negocio jurídico bancario genera una relación crediticia entre cliente y entidad financiera, pero esta última no indaga acerca de quién es el verdadero titular del dinero depositado cuya propiedad le es transmitida junto con los riesgos, sino que le basta con permitir a cada uno de los titulares disponer de los fondos a través de los medios de pago habituales (tarjeta, cheque, transferencia…) que se registrarán en la cuenta corriente mediante la oportuna anotación contable.

El negocio jurídico antecedente que constituye la relación interna es *res inter alios acta* para la entidad depositaria[78] a quien resulta ajena la titularidad real de los fondos depositados. El banco con cerciorarse de la legitimación a través de las comprobaciones oportunas cumple y queda indemne frente a una eventual disposición indebida sin tener obligación de averiguar quién es en realidad el dueño del dinero depositado en la entidad. Abstracción hecha de quien sea el propietario real del numerario, la entidad está obligada a atender las órdenes procedentes de cualquiera de los titulares de la cuenta indistinta. Los clientes que abran una cuenta

74 Cfr. Uría González, R.: *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 806.

75 Gudín Rodríguez-Magariños, A. E.: "El embargo de cuentas corrientes.: Especialidades que plantea su ejecución telemática centralizada", cit., p. 5.

76 STS 12 marzo 1987 (RAJ 1436); STS 28 mayo 1990 (RAJ 4091); SAP Toledo 2 mayo 1992 (AC 738).

77 Vid. Menéndez Menéndez, A. y Rojo Fernández-Río, A. J.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, II, Civitas, Madrid, 2013, p. 251.

78 Madrazo Leal, J.: "Depósitos bancarios", cit., p. 584.

solidaria no pueden exigir responsabilidad a la entidad de crédito por atender las peticiones realizadas por cualquier otro cotitular, sin perjuicio de resolver, más tarde y entre sí, las diputas atinentes a la titularidad de los fondos.

En el contrato de depósito, la relación jurídica se establece entre el depositante, dueño de la cosa depositada –cliente-, y el depositario que la recibe –banco-, sin que tal modifique la situación legal del depositante en cuanto a lo depositado por el hecho de haberse designado a otras personas que puedan retirarla[79]. La celebración de este contrato, que permite a ambos titulares disponer frente a la entidad de los fondos depositados, no debe llevar a la apreciación de una copropiedad sobre el dinero ingresado en ella[80] o no, al menos, sin entrar en mayores consideraciones. Esta dilatada doctrina jurisprudencial no ha venido sino a ser confirmada por resoluciones de fecha más cercana al presente[81]. Entre las recientes más significadas merece ser traída a colación la citada STS 15 febrero 2013 (RAJ 2014) en las que los titulares de la cuenta *a maior*e eran cónyuges. En esta resolución el Alto Tribunal deja sentado que "el mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que significa *prima facie*, es que cualquiera de los titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí solo la existencia de un condominio". La titularidad dominical sobre el dinero "vendrá determinada únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta"[82]. "Tales depósitos indistintos no suponen por ello comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a cuanto dispongan los tribunales sobre su propiedad"[83].

C) El caso de las parejas de hecho.

Para dilucidar si concurre un motivo que justifique una eventual reclamación sobre los fondos depositados sería preciso profundizar en la relación interna que vincula a las partes más allá del propio contrato bancario sin que quepa deducirla automáticamente de la apertura de una cuenta corriente pluripersonal, aunque revista carácter solidario. Quizá otrora se era más proclive a predicar una copropiedad sobre el objeto depositado[84], pero en la actualidad la pauta decisiva radica en averiguar su procedencia. No se puede aceptar el criterio de que el dinero

79 Cfr. STS 15 febrero 2013 (RAJ 2014).

80 STS 19 octubre 1988 (RJ 7589); STS 8 febrero 1991 (RAJ 1156); STS 23 mayo 1992 (RAJ 4280); STS 15 julio 1993 (RAJ 5805); STS 15 diciembre 1993 (RAJ 9987); STS 19 diciembre 1995 (RAJ 9425); STS 7 junio 1996 (RAJ 4826); STS 31 octubre 1996 (RAJ 7731), STS 29 mayo 2000 (RAJ 3922); STS 14 marzo 2003 (RAJ 2748) y STS 12 noviembre 2003 (RAJ 8294).

81 Con algún matiz, STS 28 septiembre 2018 (RAJ 4240).

82 STS 15 febrero 2013 (RAJ 2014).

83 Ibíd.

84 Vid. Uría González, R.: *Derecho mercantil*, cit., p. 806.

depositado una cuenta corriente pase a ser propiedad de uno de los miembros de la pareja por el solo hecho de figurar en ella como titular indistinto. La titularidad indistinta no determina, por sí sola, la existencia de un condominio, y menos aún por partes iguales[85] sin perjuicio de quepa desvirtuar dicha presunción aportando una justificación en contrario[86]. En el caso de que deba procederse al reparto del numerario de la cuenta habrá de realizarse en la proporción correspondiente, teniendo en cuenta las aportaciones respectivas realizadas por cada uno de los cotitulares y a tal fin podrán esgrimirse todos los medios de prueba admitidos en Derecho. Solo en el supuesto de que no llegue a esclarecerse la procedencia de los fondos depositados en la cuenta –hecho insólito al ser factible acudir a medios modernos y sofisticados como p. ej. el rastreo bancario- se habrá de aplicar lo dispuesto en el art. 393.II CC.

Cabe añadir que dicha regla legal opera para los cotitulares de una cuenta corriente bancaria, pero no rige para los simples autorizados como aclaran De Verda y Beamonte y Chaparro Matamoros[87]. En el tráfico mercantil es frecuente este modo de operar en los depósitos constituidos por sociedades mercantiles para facilitar la gestión patrimonial de su administrador. Estas personas disponen de los fondos en nombre y representación del depositante, pero en otros casos también es admisible que los retiren por propia cuenta e interés. En este último caso su legitimación encontrará explicación en la relación interna subyacente que les vincule al titular de la cuenta que suele resultar bastante más difícil de conocer[88]. Tales circunstancias tampoco obstan a que el legitimado haya podido efectuar aportaciones de su propio peculio para engrosar la cuenta corriente, pero por su propia calidad de autorizado no deben presumirse realizadas[89]. Si tales aportaciones existen entre convivientes *more uxorio* habrán de ser tenidas en cuenta cuando se haya dispuesto de tales fondos para la adquisición de bienes como p. ej. la vivienda familiar.

En cualquier caso, es necesario precisar que la presunción *iuris tantum* de cuotas viriles es un remedio legal supletorio que solo rige en última instancia, cuando no es posible acreditar un negocio jurídico con efecto traslativo que vincule a los

85 STS 8 febrero 1991 (RAJ 1156); STS 7 junio 1996 (RAJ 4826); STS 5 julio 1999 (RAJ 5966); STS 29 mayo 2000 (RAJ 3922).

86 De los pocos casos donde no rige con plenitud tal presunción es en la Ley concursal cuyo art. 79 contiene un mandato de integración del saldo acreedor en la masa activa del concursado lo que equivale, a falta de prueba, a entender que la totalidad del dinero depositado pertenece al deudor.

87 Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 323; De Verda y Beamonte, J. R. y Chaparro Matamoros, P.: "Uniones de hecho y comunidad de bienes", en Reyes López, Mª. J. (coord.): *Comunidad de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 402-403.

88 Cfr. Gudín Rodríguez-Magariños, A. E.: "El embargo de cuentas corrientes.: Especialidades que plantea su ejecución telemática centralizada", cit., p. 23.

89 Vid., p. ej., SAP Alicante 29 octubre 2001 (JUR 332951); SAP Pontevedra 28 abril 2006 (JUR 158898).

cotitulares ni trazar tampoco la procedencia originaria de los fondos[90]. Una vez restituido el saldo positivo a cualquiera de los acreedores solidarios, la relación externa con la entidad financiera deudora, en principio, se habrá extinguido salvo cláusula contractual en contrario v.gr. en las condiciones generales del contrato. Restará entonces por esclarecer la titularidad dominical sobre los fondos siendo prioritario el negocio jurídico antecedente para entablar la pertinente acción de regreso entre los cotitulares. El hecho de que uno de ellos tenga derecho a disponer individualmente contra el banco de la totalidad de los fondos en nada empece a que puedan pleitear después para dilucidar a quién pertenecen las sumas depositadas[91]. Y, en el contexto de tal contienda, se podrá recurrir al –ya apuntado y siempre controvertido- consentimiento tácito para intentar demostrar que, a pesar de la desigual contribución, había una voluntad de repartir por mitad todas las ganancias incluido el dinero objeto de depósito bancario. Falta una razón de peso suficiente para dejar de aplicar los principios generales por los que se gobierna este contrato cuando son los integrantes de una pareja de hecho quienes lo concluyen con la entidad financiera.

III. ADQUISICIÓN DE BIENES CON CARGO A UNA CUENTA CORRIENTE INDISTINTA.

1. Inexistencia de presunciones conyugales y remisión convencional a la sociedad de gananciales.

La separación patrimonial en las parejas de hecho es la tónica: lo que cada uno adquiere solo a él le corresponde. La mera confusión de bienes resultante de una unión libre no tiene por objeto el reparto de beneficios y deben individualizarse las adquisiciones de cada uno de sus miembros con ocasión de la ruptura[92]. Del mismo modo que los saldos de la cuenta corriente pertenecen a aquel que los haya depositado, la titularidad del inmueble adquirido durante la convivencia corresponde, por principio, al adquirente y a su favor habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad. La convivencia *more uxorio* no genera presunciones de comunidad paralelas a las establecidas para las uniones conyugales[93]. En esta sede no puede tener cabida por tanto un mecanismo de actuación similar al previsto en el art. 1361 CC. Asimismo, los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen comunes, sino que pertenecen en exclusiva a quien los haya comprado[94].

90 STS 8 febrero 1991 (RAJ 1156); STS 23 mayo 1992 (RAJ 4280); STS 19 diciembre 1995 (RAJ 9425).

91 STS 7 julio 1992 (RAJ 6188).

92 Vid. Estrada Alonso, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, cit., p. 182.

93 Cfr. Torres Lana, J. A.: "De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas", cit., p. 12.

94 STS 27 mayo 2004 (RAJ 3577); STS 8 mayo 2008 (RAJ 2833) y lo mismo sucederá con las adquisiciones realizadas con posterioridad a la ruptura una vez producida la liquidación convencional (STS 4 febrero 2010 [RAJ 264]).

Si es dable predicar alguna presunción, será la ya citada de cuotas viriles del art. 393.II CC cuyo presupuesto operativo es acreditar previamente una adquisición conjunta. Frente a los arts. 1361 y 1441 CC el art. 393 CC nada tiene que ver con la prueba de que existe una comunidad. Más que de una presunción se trata de una norma interpretativa que rige en las adquisiciones negociales[95]. Ciertamente los arts. 1414 y 1413 CC -último al que a su vez remite el art. 1441- contienen dos reglas distintas con diferente significado, que operan de forma asíncrona en el tiempo. En tal sentido la intervención de ambos convivientes -p. ej. en la compra de una vivienda- produce un efecto semejante al art. 1414 CC. No es inusual sugerir la aplicación de dicha norma por la similitud funcional apreciable entre las parejas de hecho y el régimen matrimonial de separación de bienes. En verdad el citado art. 1414 CC poco o nada aporta al no ser sino iteración de las reglas generales que son precisamente las rectoras de la economía de las uniones libres.

Más dudoso resulta en cambio deducir una voluntad implícita de donar la mitad indivisa de una finca o los fondos empleados p. ej. para su compra cuando se ha declarado que la adquisición se realiza para la sociedad conyugal. Cabe cuestionar que dicha manifestación sea reflejo de una voluntad consciente y deliberada en vez de provenir de la mera inercia de los convivientes que se presentan socialmente como cónyuges[96] cuando no de una simple cláusula de estilo notarial consecuencia del territorio donde se ha otorgado la escritura[97]. A pesar de estas admoniciones doctrinales, que sugieren la ausencia de contenido volitivo en tales fórmulas cuando son meros ritualismos, así ha parecido entenderlo la jurisprudencia en alguna ocasión[98]. Dadas las serias reticencias a admitir que las parejas de hecho puedan acogerse convencionalmente a un régimen económico-matrimonial, particularmente de comunidad, frente a algunas insinuaciones previas de la jurisprudencia[99] a las que suele atribuirse el simple carácter de *obiter dicta*, la doctrina registral más reciente ha optado por traducir la citada expresión ritual adquirida para la sociedad conyugal en una comunidad romana por mitades indivisas[100].

La remisión a la sociedad de gananciales se enfrenta a defectos estructurales básicos difícilmente superables dado que mera voluntad privada carece de entidad suficiente para desencadenar de forma automática consecuencias con trascendencia real idénticas a las de un régimen matrimonial cuyo origen se

95 Vid. Miquel González, J. M.: "De la comunidad de bienes", *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1074.

96 Torres Lana, J. A.: "De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas", cit., p. 3; Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Acuerdos entre convivientes *more uxorio*", cit., p. 856.

97 Torres Lana, J. A.: "De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas", cit., p. 3.

98 Vid. SAP Córdoba 21 abril 1986; STS 2 septiembre 1991 (RAJ 6042).

99 STS 18 mayo 1992 (RAJ 4907); STS 4 abril 1997 (RAJ 2731); STS 16 junio 2011 (RAJ 4246); con matices, STS 23 julio 1998 (RAJ 6131).

100 RDGRN 7 febrero 2013 (RAJ 2908); RDGRN 11 junio 2018 (RAJ 176486).

encuentra en la propia Ley como p. ej. la afección de los bienes a la responsabilidad por deudas o su ingreso y desplazamiento entre las distintas masas patrimoniales. El hecho de que quizá no baste una simple norma facultativa, sino una remisión legal, no debería impedir que el contrato de ganancialidad fuera un pacto válido con plena operatividad entre las partes cuya eficacia quedaría diferida al tiempo de la liquidación una vez extinguida la pareja[101].

A pesar de estas poderosas razones, de poco o nada sirve erigir un sistema cimentado sobre la autonomía privada como pilar fundamental[102] si no viene acompañado de alguna medida legislativa adicional que proyecte la oponibilidad *erga omnes* de los acuerdos entre convivientes mediante su inscripción en un Registro con publicidad legal[103] en vez de en otros de naturaleza meramente administrativa. Convendría igualmente suavizar la presión fiscal sobre la pléyade de categorías patrimoniales ensayadas hasta la fecha como sucedáneo de un régimen económico-matrimonial -ese sistema alternativo al que parece aludir tímidamente la jurisprudencia, pero sin entrar en pormenores ni perfilar con detalle su régimen[104]- que no ha cosechado todavía demasiado éxito debido a las carencias de componente técnico-jurídico inherentes al propio modelo en vigor.

2. Reglas patrimoniales de aplicación general.

Así pues, el hecho fáctico de la convivencia no altera la esencia del régimen de los comuneros ni le añade nada en absoluto. Los miembros de la unión de hecho son a tales efectos dos extraños a quienes se aplican con normalidad las reglas generales en la materia (arts. 392 y ss. CC)[105]. En la actualidad, con el auge vertiginoso de este fenómeno, se ha hecho bastante frecuente la adquisición *pro indiviso* de viviendas entre dos personas que cohabitan *more uxorio* y que a veces proyectan contraer matrimonio en el futuro. En tal caso, se regirán por las normas de la disolución de la comunidad de bienes como señala la jurisprudencia[106] y la *actio communi dividundo* recobrará todo su sentido cuando cese con carácter definitivo la convivencia familiar[107]. Pero el juego del art. 393.II CC que depara un

101 Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Las parejas de hecho", *Aranzadi Civil*, 1993, I, p. 1836; Torres Lana, J. A.: "De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas", cit., p. 2418; Gallego Domínguez, I.: *Las parejas*, cit., p. 135; Rivero Hernández, F.: "Sentencia", cit., p. 96; Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Acuerdos entre convivientes *more uxorio*", cit., p. 867; Parra Lucán, M. Á.: "Autonomía de la voluntad y Derecho de familia", cit., pp. 305-306.

102 Vid. STC 23 abril 2013 (RTC 93).

103 Cfr., en particular, para el Derecho civil vasco, SAP Vizcaya, 5ª, 29 diciembre 2016 (JUR 2017, 66325); SAP Vizcaya, 4ª, 17 octubre 2017 (JUR 2018, 36236).

104 Vid. STS 27 mayo 1994 (RAJ 3753); STS 11 octubre 1994 (RAJ 7476); STS 5 diciembre 2005 (RAJ 10185); STS 26 enero 2006 (RAJ 417); STS 16 junio 2011 (RAJ 4246).

105 Cfr. Corral Gijón, M. C.: "Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Parte 2ª: Efectos patrimoniales)", cit., vLex, pp. 15-17 y 24; Parra Lucán, M. Á.: "Autonomía de la voluntad y Derecho de familia", cit., p. 339.

106 STS 12 septiembre 2005 (RAJ 7148); STS 5 diciembre 2005 (RAJ 10185).

107 STS 18 mayo 1992 (RAJ 4907).

proindiviso ordinario no rige para cualquier clase de adquisición, sino únicamente para las conjuntas y siempre a falta de mayores indicaciones[108].

Conviene precisar con la mejor doctrina que el elemento decisivo para fijar la cuota de cada partícipe –v. gr. 30%, 70% o 100%- es el título de adquisición que debe pasar por delante de la prueba del capital invertido, salvo que ésta se revele en el propio contrato con el tercero[109]. Afirma así Miquel González que "la medida de la adquisición la da el contrato con el tercero, y no la procedencia del dinero"[110]. Cuando no quepa precisarse la participación de los miembros de la unión de hecho, el art. 393.II CC da a entender que las cuotas son idénticas[111] y conduce a establecer un condominio al 50% cada uno. Entonces el inmueble comprado por la pareja y destinado p. ej. a ser la vivienda familiar habrá sido adquirido en comunidad por mitades partes indivisas[112]. En la inscripción del inmueble, sin embargo, el principio registral de especialidad unido al art. 54 RH hace indispensable indicar con datos matemáticos la porción ideal exacta de cada condómino en la copropiedad, sin que dicha omisión en el título pueda integrarla el registrador recurriendo a la ya citada presunción de igualdad de cuotas[113].

3. Ausencia de subrogación real y manifestación sobre la procedencia de los fondos.

Sostiene Martínez Cortes, con buen criterio, que "la procedencia de los fondos invertidos no tiene ninguna relevancia a la hora de determinar la titularidad de los bienes adquiridos"[114]. Tal es el sentir de la corriente dominante y la opinión que con mayor probabilidad debe prevalecer. En contra, sin embargo, es posible localizar más de una resolución aislada donde se deduce que lo verdaderamente determinante es el origen del precio de la compraventa[115]. De seguirse esta doctrina, para inscribir la titularidad dual sobre una vivienda sería preciso acreditar que el precio se ha satisfecho íntegramente con cargo al peculio de los dos miembros de la pareja o, al menos, manifestarse que el inmueble ha sido adquirido con dinero de ambos[116], pero esta no termina de ser la pauta general. Si bajo el régimen matrimonial de separación de bienes se suele entender inoperante la

108 STS 4 febrero 2000 (RAJ 836).

109 Miquel González, J. M.: "De la comunidad de bienes", cit., p. 1074.

110 Ibid.

111 Cfr. STS 29 octubre 1997 (RAJ 7341).

112 STS 7 febrero 2011 (RAJ 1816).

113 RDGRN 11 julio 2009 (RAJ 5721); RDGRN 9 octubre 2012 (RJ 10974); RDGRN 19 julio 2018 (RJ 3501).

114 Martínez Cortes, J.: "El régimen económico matrimonial de separación de bienes", *AFDA*, XIII Encuentros, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, p. 113.

115 Existen varias resoluciones del TS referidas al régimen matrimonial de separación de bienes; entre ellas, vid., p. ej. STS noviembre 1965 (RAJ 4847); STS 2 marzo 1977 (RAJ 852); STS 23 noviembre 1990 (RAJ 9045); STS 28 abril 1997 (RAJ 3407).

116 Corral Gijón, M. C.: "Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Parte 2ª: Efectos patrimoniales)", cit., vLex, p. 15.

subrogación real[117], con mayor razón, no debería jugar ante la ausencia de un régimen económico-matrimonial como acontece con las uniones de hecho[118].

Que rija por principio una titularidad formal –aquella que se desprende del título de adquisición- al margen de la propiedad del capital empleado para financiar su adquisición, no impide que en el propio negocio -p. ej. compraventa- se realice una declaración relativa a la pertenencia de los fondos. Esta confesión acerca del origen del precio desplegará consecuencias para la pareja de hecho, pudiendo perjudicar al otro integrante de la misma si la confirma, pero se cuestiona que pueda surtir plenos efectos frente a terceros. Téngase en cuenta que en ocasiones no se tratará de una mera declaración de ciencia o reconocimiento, sino simplemente de voluntad cuya verdad intrínseca bien puede escapar al control de los fedatarios públicos. Tal manifestación podría limitarse a encubrir una donación disimulada de fondos[119] bajo la apariencia de un derecho al reembolso –incluso pactado en la escritura de compraventa- que en el futuro nunca llegará a reclamarse merced a un acuerdo secreto entre los convivientes. Dicha declaración sobre la propiedad del capital invertido, si es consentida por la contraparte, tendría valor semejante a una confesión e impediría a quien se allanara impugnarla después frente a su pareja en virtud de la doctrina de los actos propios a no ser que procediese por vicios volitivos o simulación[120]. No obstante, siempre quedarán a salvo las acciones que acreedores y legitimarios puedan interponer en aras de la salvaguarda de sus respectivos derechos[121].

Pero ni unos y ni otros remedios deberían impedir, en principio, la inscripción p. ej. de la vivienda según conste el negocio jurídico adquisitivo. Es discutible que su acceso registral deba presentar los mismos obstáculos que enfrenta justificar el carácter privativo del precio bajo la sociedad de gananciales, así como la rigurosa doctrina elaborada por la DGRN a propósito del art. 95.2 RH, a quien no basta la simple manifestación realizada por el adquirente acerca de la procedencia de los fondos[122] ni que la cuenta de cargo de la contraprestación sea la individual del susodicho[123]. Recuérdese que no existe aquí presunción de ganancialidad ni tampoco rige para las uniones extramatrimoniales el principio de subrogación real. Quienes salgan perjudicados por la falsedad de las manifestaciones vertidas

117 STS 14 febrero 1989 (RAJ 836).

118 Dicho principio carecería de aplicación pese a mediar entre convivientes un pacto de ganancialidad. Vid. RDGRN 11 junio 2018 (RAJ 176486).

119 Miquel González, J. M.: "De la comunidad de bienes", cit., p. 1074; Corral Gijón, M. C.: "Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Parte 2ª: Efectos patrimoniales)", cit., vLex, p. 15.

120 Cfr. STS 3 diciembre 2015 (RAJ 5441); STS 15 enero 2020 (RAJ 23087).

121 Se puede además plantear hasta qué punto el art. 78.1 de Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no debería extender su ámbito de aplicación hasta alcanzar por igual a las parejas de hecho.

122 RDGRN 21 mayo 1998 (RAJ 4456); RDGRN 18 octubre 1999 (RAJ 7674); RDGRN 7 diciembre 2000 (RAJ 2001, 2580); RDGRN 10 octubre 2005 (RAJ 7446); RDGRN 15 diciembre 2006 (RAJ 9707).

123 RDGRN 11 octubre 2006 (BOE 18 noviembre 2006); RDGRN 25 octubre 2007 (RAJ 9250).

en el título adquisitivo tienen expedita la vía judicial para contender acerca de la veracidad o no de tales extremos como sucedería con un negocio jurídico concluido entre otros dos cualesquiera particulares[124]. Lo limitado de la prueba en el proceso registral hace inviable pronunciarse acerca de aspectos como la simulación negocial que exceden de la función calificadora de quien tiene a su cargo la dación de fe pública extrajudicial[125].

4. Estudio de las posibles soluciones a la discordancia entre titularidad formal y origen del precio.

A) El negocio fiduciario.

Como se puede comprobar, no resulta tan inusual en la práctica que exista una falta de correspondencia entre el verdadero origen de los fondos -p. ej. individual- y la titulación -p. ej. común- del bien adquirido. Este desajuste puede venir en parte propiciado por ser la cuenta de cargo de titularidad indistinta y otras veces por el recurso frecuente en las operaciones inmobiliarias al cheque bancario como medio de pago que aparece desvinculado de aquellas cuentas que los clientes tienen abiertas en la entidad[126]. En todos estos supuestos parte de la doctrina afirma que se produce una suerte de disociación entre la titularidad formal y la titularidad material[127]. Esa situación quizá ha movido a la jurisprudencia a entender que concurren los requisitos de un *pactum fiducia*e entre los convivientes[128]. Dicha consideración permite otorgar prioridad a la *verdadera* titularidad encubierta bajo el ropaje de otra supuesta o meramente formal.

Cabe añadir que tal declaración dominical se ha producido con independencia de quién constara en el título de adquisición amparado por la fe pública notarial y registral. Se prescinde, por tanto, de la titularidad formal de los bienes para formar un acervo común aunque el bien figurara solo a nombre de uno de los miembros de la pareja[129]. La conclusión encuentra su fundamento en apreciar "una titularidad dominical fiduciaria, a la que se superpone la verdadera titularidad compartida"[130] o "una titularidad fiduciaria que encubre la verdadera titularidad dominical"[131] comunitaria. Una vez que prosperase la acción declarativa de dominio, se rectificaría el asiento registral de quien era propietario -v. gr. de la

124 RDGRN 24 mayo 2012 (RAJ 7941); RDGRN 29 octubre 2018 (RAJ 4843).

125 RDGRN 22 junio 2006 (BOE 20 julio 2006); RDGRN 10 diciembre 2007 (RAJ 2008, 2782); RDGRN 30 julio 2018 (RAJ 3887).

126 Cfr. RDGRN 25 octubre 2007 (RAJ 9250).

127 Gallego Domínguez, *Las parejas*, cit., p. 204.

128 STS 3 julio 1984 (RAJ 3794); STS 18 mayo 1992 (RAJ 4907).

129 Álvarez Lata, N.: "Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial", cit., p. 45; Parra Lucán, M. Á.: "Autonomía de la voluntad y Derecho de familia", cit., p. 335.

130 STS 18 mayo 1992 (RAJ 4907).

131 STS 3 julio 1984 (RAJ 3794).

vivienda- según la escritura pública quedando convertido en una copropiedad con participación igualitaria entre ambos miembros de la unión de hecho[132]. Esta clase de razonamiento jurisprudencial se antoja preñado de sensatez cuando viene acompañado de una contribución económica, es decir, si, investigada la procedencia del precio, se acredita que las aportaciones destinadas a la adquisición del inmueble -v.gr. vivienda familiar- provenían de ambas partes y, además, lo eran en cuantía similar[133]. Tampoco parece un inconveniente insuperable para la inscripción de la finca por iguales partes indivisas que el capital invertido por una de ellas superase ligeramente el 50%, en cuyo caso bastaría con mantener dicho condominio paritario mientras se compensara a la otra el exceso referido[134]. En dichos supuestos podría entenderse que la titularidad individual fuera simplemente fiduciaria frente a la existencia de una copropiedad real cuya liquidación, sobrevenida de la ruptura, procedería de acuerdo con las reglas del condominio ordinario. Esta interpretación parece conforme con la intención real de las partes si es secundada con la aportación de los fondos usados para la compra del inmueble[135]. Lo mismo cabe predicar cuando las actividades negociables compartidas generadoras de un producto común durante veinte años de convivencia, pese a ser consecuencia del esfuerzo mutuo, han dado lugar a titulaciones individuales únicamente a favor de uno de los convivientes[136].

Sin embargo, la respuesta dada por esta doctrina se juzga menos razonable ante la ausencia de una prueba que acredite haber contribuido a satisfacer el precio de la adquisición. Tampoco parece del todo cabal si se la impide operar en sentido inverso. No se entiende por qué negar la acción de la fiducia *cum amico* en aras de convertir el condominio en una titularidad individual cuando el abono del precio de la compra o la amortización del préstamo ha corrido a cargo de una cuenta, sea individual o conjunta, que se ha nutrido únicamente gracias a los ingresos de uno de los convivientes[137]. Fallar entonces en sentido opuesto a la fiducia alimenta la duda acerca de si la decisión ha sido adoptada al margen los esquemas clásicos de Derecho común e invita a reflexionar hasta qué punto han podido influir en ella consideraciones exógenas a dichas conjunto normativo, como p. ej. una incidencia indirecta de las especialidades propias de la regulación matrimonial contraria al elemental principio de separación patrimonial.

132 Cfr. Parra Lucán, M. Á.: "Autonomía de la voluntad y Derecho de familia", cit., pp. 335 y 337.

133 Torres Lana, J. A.: "De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas", cit., p. 2.; De Verda y Beamonte, J. R.: "Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 11, 2019, pp. 28-29.

134 Vid. STS 29 octubre 1997 (RAJ 7341).

135 Cfr. STS 23 junio 2006 (RAJ 4610).

136 STS 18 mayo 1992 (RAJ 4907).

137 Cfr. STS 5 diciembre 2005 (RAJ 10185).

B) La aportación económica como acto concluyente.

Para otra corriente de opinión importante en la doctrina española regiría un criterio materialista cuyo eje vertebrador estriba en haber realizado un desembolso económico tendente a la adquisición del inmueble. Conforme a la tesis principal de dicha teoría es posible realizar una lectura proclive al condominio gracias a la aportación conjunta efectuada p. ej. para cumplir la prestación en una compraventa. Puede resultar razonable en la medida que ambos miembros de la pareja han pechado con el coste monetario de la adquisición y, por ende, se benefician de la titularidad dominical, aunque supone -claro está- una excepción al principio en cuya virtud la propiedad queda determinada según se desprenda del título adquisitivo. Inmersos en este contexto, no es tanto el manejo como la aportación veraz a cuentas corrientes de titularidad indistinta el acto que puede resultar concluyente y revelador de la intención de constituir una comunidad tácita de bienes[138]. Y tal interpretación cabría realizarla no solo del empleo de sus fondos para el pago del precio, sino por igual de la amortización de las diversas cuotas del préstamo hipotecario solicitado para su adquisición.

Es de interés insistir en que se está ante un acto concluyente y no una simple presunción, conceptos bien diferenciados según la jurisprudencia[139]. La mera apertura una cuenta en una entidad bancaria siempre obedece a una relación subyacente que explica la legitimación para disponer de los fondos depositados, pero sin llegar a prejuzgar tal vínculo interno entre los diversos cotitulares[140]. La existencia de dicha cuenta no proporcionaría una prueba plena ni tan siquiera ofrecería una presunción *iuris tantum,* sino un simple hecho indiciario que precisaría verse acompañado necesariamente de otros más determinantes -como p. ej. una actividad comercial o industrial conjunta[141] o una aportación continuada y duradera de las ganancias o el trabajo al acervo común[142]- para alcanzar semejante conclusión. La relación que media entre ambas no es de causa-efecto. Por sí sola la cuenta indistinta no es suficiente; es preciso algo más: la realización de aportaciones periódicas conjuntas -y acaso también significativas- de parte de ambos convivientes cuyo destino sea abonar el precio de la vivienda o amortizar las cuotas del préstamo hipotecario que han permitido su pago al contado[143].

138 De Verda y Beamonte, J. R. y Chaparro Matamoros, P.: "Uniones de hecho", cit. pp. 402-403; De Verda y Beamonte, J. R.: "Pactos de carácter", cit., p. 26.

139 Vid. STS 27 marzo 1992 (RAJ 2335); STS 15 octubre 1993 (RAJ 7326); STS 6 mayo 1994 (3717).

140 STS 15 febrero 2013 (RAJ 2014); STS 28 septiembre 2018 (RAJ 4240).

141 STS 18 mayo 1992 (RAJ 4907); STS 18 marzo 1995 (RAJ 1962); STS 22 febrero 2006 (RAJ 831).

142 STS 21 octubre 1992 (RAJ 8589); STS 23 julio 1998 (RAJ 6131); STS 27 mayo 1998 (RAJ 3382); STS 22 enero 2001 (RAJ 1678); STS 8 mayo 2008 (RAJ 2833).

143 Cfr. Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, cit., p. 320.

Caso de aceptar la teoría de los contratos tácitos entre convivientes -no admisible sin ninguna reserva como ya se ha apuntado en el primer epígrafe de este trabajo-, el único acto verdaderamente relevador de que ha habido intención de adquirir para ambos es compartir o soportar la carga económica de su adquisición. No hay prueba más concluyente e inequívoca para colegir razonablemente dicho consentimiento que la contribución en metálico[144]. Esta aportación es lo principal, y más accesorio resulta siempre cuál sea su instrumento de gestión, muchas veces bancario por imperativos de la vida moderna. Piénsese que cabe perfectamente una cuenta corriente conjunta donde únicamente uno de los miembros de la pareja ha realizado aportaciones -v. gr. domiciliación de nómina- u otra, en cambio, de titularidad individual donde periódicamente se efectúen ingresos tendentes a amortizar el préstamo hipotecario. En todos estos escenarios sostiene Chaparro Matamoros que "no parece prudente deducir de tal comportamiento la existencia de una voluntad tácita de hacer común la vivienda adquirida"[145]. Solo en aquellos casos en que se acredite de modo inequívoco una contribución efectiva con caudales propios por parte de ambos convivientes debería haber lugar a apreciar un condominio[146] que recaiga v.gr. sobre la vivienda familiar[147] u otro bien distinto. No generaría especial disonancia con este planteamiento determinar la cuota del partícipe en la comunidad en función de su efectiva aportación -p. ej. un tercio de los fondos ingresados en la cuenta corriente-, sin que debiera necesariamente inscribirse por partes iguales o, cuando menos, naciera un crédito en cabeza del conviviente mayor pagador.

C) La acción de reembolso.

En cualquier caso, conviene precisar que estos modos de proceder –fiducia y comunidad tácita de bienes- implican el empleo jurisprudencial de instituciones patrimoniales en un hábitat jurídico que les es extraño y con una finalidad alejada de su función típica. En el concreto ámbito de la convivencia *more uxorio,* tanto el negocio fiduciario como los acuerdos implícitos no dejan de suponer una excepción a las normas generales porque quien compra con dinero ajeno adquiere él la propiedad sin que importe de dónde procedan los fondos[148]. En el Derecho común rige un principio más formal que material aun a riesgo de poderse verter manifestaciones falsas ya que los negocios encubiertos cuentan con sus propios instrumentos de corrección en el ordenamiento jurídico (simulación, rescisión…).

144 Vid. SAP Pontevedra 28 abril 2006 (JUR 158898).

145 Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, cit., p. 322.

146 STS 5 febrero 2004 (RAJ 213). Cfr., en particular, STS 31 diciembre 2003 (RAJ 9005); STS 26 enero 2006 (RAJ 417); STS 19 octubre 2006 (RAJ 8976).

147 Vid. p. ej. STS 4 julio 2007 (RAJ 4937).

148 Vid. Miquel González, J. M.: "De la comunidad de bienes", cit. p. 1074.

Quiénes sean parte en el título de adquisición -v. gr. de compraventa- es el hecho determinante de la inscripción a su favor -p. ej. la vivienda adquirida- en el Registro de la Propiedad[149]. Y no importará tanto -al menos inicialmente- el origen del capital invertido. Pero si la adquisición es conjunta y no se ha realizado manifestación acerca de la procedencia de los fondos, se tendrá que esclarecer después si la cantidad entregada en pago del precio pertenecía al adquirente en su integridad, solo en parte o, en cambio, era enteramente ajena. Acreditada la titularidad dominical de la contraprestación de la pareja con cargo al depósito bancario en cuenta corriente -p. ej. indistinta pero alimentada en exclusiva con fondos únicamente propiedad de un conviviente- no se producirá una rectificación registral, sino el mantenimiento del asiento, pero será necesario dilucidar si los fondos entregados para completar el pago del precio -p. ej. de una vivienda- lo fueron con causa gratuita o a título oneroso.

Es del dominio público que no cabe sobreentender la voluntad de donar, sino que es una cuestión de hecho necesitada de prueba. Se hace difícil dar por sentado que la vida en pareja -y más aún la gobernada por economías separadas- implique automáticamente que un ánimo de liberalidad presida los desplazamientos patrimoniales acontecidos entre compañeros. La jurisprudencia ha expresado en diversas ocasiones que el *animus donandi* no se presume nunca[150] ni siquiera entre cónyuges o familiares cercanos[151]. No habría motivo a tales efectos para hacer de mejor condición a las parejas de hecho que a los matrimonios. Tampoco la convivencia continuada *more uxorio* debe llevar, por tanto, a la conclusión apresurada de que los fondos que integran el pago de la contraprestación en una adquisición a título oneroso se han dado de forma desinteresada ya que el principio rector general es contrario desde antiguo al ánimo liberal[152], doctrina que sigue siendo prevalente en la actualidad[153].

Cuando existe duda sobre el carácter de la causa de un determinado negocio jurídico, esta última habrá de resolverse a favor de la menor transmisión de derechos e intereses entre las partes. Establecer un criterio favorable a que los desplazamientos patrimoniales encuentren fundamento en una causa onerosa conlleva, ante la falta de evidencias claras, que el capital invertido se ha de reputar entregado con una finalidad económica similar a la del mutuo o simple préstamo[154], es decir, con derecho a su devolución. Así lo ha declarado también la jurisprudencia

149 STS 27 mayo 2004 (RAJ 3577); STS 7 julio 2010 (RAJ 3904).

150 Cfr. STS 6 octubre 1994 (RAJ 7459); STS 12 noviembre 1997 (RAJ 7876); STS 13 julio 2000 (RAJ 6691); STS 21 julio 2007 (RAJ 5575).

151 STS 31 octubre 2016 (RAJ 5100).

152 STS 28 abril 1975 (RAJ 1891); STS 2 enero 1978 (RAJ 3); STS 7 julio 1978 (RAJ 2756); STS 31 mayo 1982 (RAJ 2614); STS 30 noviembre 1987 (RAJ 8711); STS 27 marzo 1992 (RAJ 2335); STS 13 julio 2000 (RAJ 6691).

153 STS 30 diciembre 2003 (RAJ 2004, 360); STS 11 febrero 2005 (RAJ 1666); STS 15 junio 2007 (RAJ 5122); STS 31 octubre 2016 (RAJ 5100).

154 STS 30 noviembre 1987 (RAJ 8711).

más reciente cuando se realiza una aportación de caudales privativos para la adquisición de un bien dotado de naturaleza ganancial por mutuo acuerdo de los cónyuges[155]. En el supuesto más habitual, sin que se pueda acreditar la liberalidad, devendrá exigible la restitución del capital adelantado merced a una acción de reembolso. No operará aquí el principio de subrogación real, pero restaurar el equilibrio patrimonial es sin duda una exigencia inexcusable de justicia material que se articula merced a un sencillo mecanismo: el resultado natural del juego de desembolsos, gastos y reintegros efectuados entre miembros de la pareja con ocasión de su vida en común[156].

Esa opción de reequilibrar el desbalance contable entre las economías separadas a través de la restitución de la parte de los fondos aportados a fin de pagar el precio, ha sido explorada por el TS en varias ocasiones. Incluso en la pionera resolución STS 21 octubre 1992 (RAJ 8589) ya se dejaba entrever la posibilidad de que existieran pagos que pudieran originar algún derecho al reintegro[157]. La concesión de esta acción por el exceso suele venir amparada por la distinta contribución a la satisfacción del precio –p. ej. de la vivienda familiar o, en su caso, además del garaje- pese a la escrituración por mitades indivisas[158]. En tales casos la desigual aportación no alterará la titularidad dominical sobre el condominio, que se mantiene en la proporción manifestada al tiempo de la adquisición -p.ej. 50%-50%-, pero sí se origina en contra de la comunidad un crédito a favor de quien ha realizado una contribución económica mayor. Aunque no quepa reclamar la acción directa ni analógica del art. 1358 CC, sino de las reglas generales de Derecho patrimonial, la conclusión que cabe extraer es similar. Habrá lugar a una acción de reembolso contra el conviviente beneficiario de los fondos para recuperar el importe actualizado de aquella parte del precio que satisfizo el otro miembro de la pareja[159].

155 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2143); STS 11 julio 2019 (RAJ 2797); STS 6 febrero 2020 (RAJ 326); STS 2 marzo 2020 (RAJ 599).

156 STS 3 julio 1984 (RAJ 3794).

157 Cfr. Torres Lana, J. A.: "De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas", cit., p. 5.

158 Vid. STS 29 octubre 1997 (RAJ 7341); STS 10 marzo 1998 (RAJ 1272); STS 7 febrero 2011 (RAJ 1816).

159 Esta deuda de valor se reclamará normalmente al cese la convivencia (STS 7 febrero 2011 [RAJ 1816]).

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Lata, N.: "Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, 1998.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.:

"Comentario a la STS de 18 de febrero de 1993", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 31, 1993.

"Las parejas de hecho", *Aranzadi Civil*, 1993, I, BIB 1993\16.

Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Corral Gijón, M. C.: "Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Parte 2ª: Efectos patrimoniales)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 664, 2001.

De Verda y Beamonte, J. R.:

"Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 11, 2019.

"Uniones de hecho, libre desarrollo de la personalidad y enriquecimiento injusto", *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 80, 2018, BIB 2018\11527.

De Verda y Beamonte, J. R. y Chaparro Matamoros, P.: "Uniones de hecho y comunidad de bienes", en Reyes López, Mª. J. (coord.): *Comunidad de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Estrada Alonso, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Civitas, Madrid, 1991.

Gallego Domínguez, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995.

Gudín Rodríguez-Magariños, A. E.: "El embargo de cuentas corrientes.: Especialidades que plantea su ejecución telemática centralizada", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2013.

Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, F.: *Derecho de familia*, III, Bosch, Barcelona, 1982.

MADRAZO LEAL, J.: "Depósitos bancarios de dinero", en GADEA SOLER, E. y SEQUEIRA MARTÍN, A. J. (coord.): *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ CORTES, J.: "El régimen económico matrimonial de separación de bienes", *Actas del Foro de Derecho Aragonés (AFDA)*, XIII Encuentros, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "Acuerdos entre convivientes *more uxorio*", *Revista de Derecho Privado*, núm. 85, 2001.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. J.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, II, Civitas, Madrid, 2013.

MESA MARRERO, C.: *Las uniones de hecho: análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: "De la comunidad de bienes", *Comentario del Código Civil,* I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

MUÑOZ PLANAS, J. M. y MUÑOZ PAREDES, J. M.: *El embargo de cuentas corrientes con varios titulares*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2003.

PARRA LUCÁN, M. Á.: "Autonomía de la voluntad y Derecho de familia", *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado*, I, Wolters Kluwer, Madrid, 2012.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "De la sociedad", *Comentario del Código Civil,* II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Comentario a la STS de 9 de octubre de 1997", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 46, 1998.

TORRES LANA, J. A.: "De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas", *Aranzadi Civil*, 1993, II, BIB 1993\131.

URÍA GONZÁLEZ, R.: *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

LA NUEVA GUARDA DE HECHO COMO VERDADERA INSTITUCIÓN DE APOYO

THE NEW FACTUAL GUARD AS A REAL SUPPORT INSTITUTION

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 152-177

Esther ALBA
FERRÉ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: La guarda de hecho debe dejar de ser una mera situación fáctica de carácter provisional y convertirse en una verdadera institución jurídica de apoyo cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de las personas protegidas, como ya lo indica el Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Así la nueva guarda de hecho pasará a ser una guarda de derecho.

PALABRAS CLAVE: Guarda de hecho; personas con la capacidad modificada judicialmente; personas con discapacidad; menores.

ABSTRACT: *The fact-keeper must cease to be a mere factual situation of a provisional nature and become a true legal institution when it manifests itself as sufficient and adequate for the safeguarding of rights of protected people, as already indicated by the Preliminary Draft Law of 21 September 2018 reforming civil and procedural legislation on disability. So the new guard will actually become a lawkeeper.*

KEY WORDS: *Fact-keeper; persons with judicially modified capacity; persons with disabilities; minors.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA GUARDA DE HECHO COMO MERA SITUACIÓN FÁCTICA.- III. EL CÓDIGO CIVIL ANTE LA GUARDA DE HECHO: SU NECESARIA REFORMA.- IV. LA LEGISLACIÓN FORAL Y LA GUARDA DE HECHO.- V. LA GUARDA DE HECHO COMO VERDADERA INSTITUCIÓN DE APOYO.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Hoy en día la guarda de hecho sigue siendo una situación fáctica de carácter provisional que tiende a la protección de menores o personas con discapacidad. El verdadero obstáculo será determinar la existencia de esta realidad, lo que genera una gran inseguridad jurídica. Puede que ello justifique que nuestro Código civil (en adelante, CC) y la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) hayan regulado de manera escasa esta figura, siendo el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales los que pongan de manifiesto su relevancia y reclamen un mayor reconocimiento.

Además, la protección de los menores y la preocupación legal por la discapacidad ha evolucionado desde la promulgación de nuestro Código civil de 1889 hasta nuestros días. Ya la Constitución española (en adelante, CE) en su art. 39 se preocupa por la protección de la familia y en concreto, por la protección integral de los menores y la Ley Orgánica1/1996, de 15 enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM)[1], recientemente actualizada, es un claro ejemplo de ello. Además la protección de la discapacidad deja de verse como un mero problema económico[2], y se atiende al mandato de nuestra Constitución, al establecer la necesidad de que se vean garantizados los derechos de las personas con discapacidad, especialmente el libre desarrollo de su personalidad, como la de cualquier otro ciudadano, debiendo estar especialmente amparados por los poderes públicos (art. 49 CE). Será también necesario adecuar la guarda de hecho a la Convención Internacional de los Derechos de Personas con Discapacidad (en

1 BOE núm. 15, de 7 enero 1996.

2 Véase en este sentido, Bercovtiz Rodríguez-Cano, R. y Castilla Del Pino, C.: *La marginación de los locos y el Derecho,* Taurus, Madrid, 1976.

• Esther Alba Ferré
Dra. Profesora de Derecho Civil, Universidad Europea de Madrid.
Correo electrónico: esther.alba@universidadeuropea.es

adelante, CDPD) de 13 de diciembre de 2006 para que vean salvaguardadas su igualdad y dignidad humana a través de esta figura[3].

Frente al modo de actuar de nuestro Código Civil, que nos llevará a demandar una reforma legislativa, la legislación foral de nuestro ordenamiento cada vez tiende a una mayor regulación de la guarda de hecho.

Tras analizar con una visión crítica cómo nuestro Código civil regula la guarda de hecho, y en concreto, el art. 303 CC de nueva redacción por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia[4], y teniendo en cuenta siempre la jurisprudencia de Tribunal Supremo, se comparará dicha regulación con la existente en la legislación foral para tomar de ella las cuestiones que se consideren más apropiadas y de necesaria incorporación en una futura reforma de la legislación común sobre la guarda de hecho que nos sirva para que esta figura se llegue a convertir en un claro sistema de protección y salvaguarda de los derechos de los menores o de las personas con discapacidad.

Si lo que queremos es un reconocimiento más amplio de una nueva guarda de hecho en nuestro ordenamiento jurídico para que esta realidad sea visualizada jurídicamente y centrándonos en las personas con discapacidad, podemos tomar como ejemplo las novedades que nos propone el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018[5].

Inicialmente debemos conocer cuál es la regulación existente en nuestro Código Civil, para de esta forma poder proponer esa tan ansiada reforma que nos permita hablar de una nueva guarda de hecho, como verdadera institución jurídica de apoyo, lo que nos permita incluso calificarla de guarda de derecho.

II. LA GUARDA DE HECHO COMO MERA SITUACIÓN FÁCTICA.

La guarda de hecho ha sido entendida tradicionalmente como una situación fáctica en que una o varias personas, no jurídicamente obligadas, acogen en su domicilio y presentan asistencia sin nombramiento judicial a un menor desvalido o persona con discapacidad o incluso con capacidad modificada judicialmente

3 Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96 de 21 abril 2008).

4 BOE núm. 180, de 29 julio 2015.

5 Disponible en https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429192410?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL__por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF (fecha de consulta: 20 marzo 2020).

cuando el cargo tutelar no ejerce sus funciones adecuadamente o aún no ha sido nombrado.

Es una institución de protección privada que actúa como cierre de las demás y que en el caso de tener como destinatarios a personas ancianas, no exige desembocar en una incapacitación judicial[6]. Por ello, como indica Lasarte Álvarez la guarda de hecho es "un mecanismo protector de los más humildes económicamente"[7] y de los más necesitados para poder interactuar en los actos de la vida cotidiana. Hoy en día esta figura se está extendiendo mucho por el desconocimiento social existente, por la desconfianza hacia las formalidades legales o por el miedo a las costas del procedimiento, lo que hace necesario que el legislador le preste la atención adecuada.

La compleja constatación de la guarda de hecho dificulta su efectividad y crea inseguridad jurídica. Incluso la intervención del guardador de hecho en el tráfico jurídico puede verse restringida ante las personas con discapacidad que no han visto modificada judicialmente su capacidad. Ante la falta de ella, evidente de los discapacitados, los Notarios no tienen más remedio que negar la posibilidad de otorgamiento del negocio jurídico pretendido, remitiéndolo a un momento posterior relacionado con la incapacitación, o bien admitir la actuación negocial del guardador de hecho. Sin embargo, Leña Fernández reconoce que en relación con la opción de dar validez a los actos del guardador "…, son escasísimas las veces que los Notarios y, en general, los profesionales del Derecho, accedemos a la utilización de esta última posibilidad dada la inseguridad jurídica en que se desenvuelve esta figura"[8].

Eso nos lleva buscar mecanismos que permitan acreditar su existencia y amparar al guardador en su función aun cuando no tenga facultades administrativas o representativas de la persona guardada. Podemos constatar esta realidad a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria, amparándonos en el art. 158 CC o a través de las medidas cautelares del art. 762 Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)[9]. El acta notarial de notoriedad puede ser otra herramienta promovida por el guardador donde se deje constancia de que la persona guardada está desvalida, de que no existe un nombramiento judicial de un cargo tutelar o

6 Gete Alonso y Calera, M.C: *La protección de personas sometidas a manipulación mental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 303.

7 Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil, Tomo I,* Trivium, Madrid, 1994, p. 258.

8 Leña Fernández, R.: "El tráfico jurídico negocial y el discapacitado" en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales,* Civitas, Madrid, 2000, p. 207.

9 Si el guardado es un menor desvalido sería de aplicación el art. 158 CC que establece la posibilidad que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las medidas convenientes para asegurar la protección del menor.
En relación con el presunto incapaz, el art. 762 LEC señala como medidas cautelares que "1. Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto

una modificación judicial de la capacidad y de que sin embargo, existe una actual y prolongada situación de cuidado y asistencia por el guardador de hecho, acreditada por testigos o por la declaración de otros familiares.

También se podría utilizar para constatar la guarda de hecho el decreto del Ministerio Fiscal dictado en un expediente informativo o la declaración de los propios Directores de los centros donde se encuentra el residente demenciado, al ser verdaderos guardadores de hecho como ya reconoce SAP Tarragona 11 diciembre 2000. Esta sentencia nos recuerda que "…, si a ello se une que entre los medios de guarda, está establecido por la ley, la "guarda de hecho" a través: del art. 303 del C. Civil; que si bien no establece que ha de entenderse por tal, ni cuales son los supuestos comprendidos en la misma, da a entender dentro de ella el caso de una persona incapacitada o susceptible de serlo, respecto a la persona o personas a las que se les hubiese, encargado su custodia; ha de afirmarse que si bien tanto Felipe y Flora, como los encargados que eran de la DIRECCION000 (la residencia) -director y titular respectivamente- y, por tanto con la obligación de custodiar y proteger a los allí residentes, debiendo impedir los actos que pudiesen serles perjudiciales, podían ser sujetos activos en relación a los mismos, no puede predicarse lo mismo respecto a Marina, que era una empleada más, según ha quedado probado"[10].

Por lo tanto, el mayor problema que conlleva la guarda de hecho es la acreditación de la situación fáctica aunque parece que ello será más fácil si el guardador es un familiar, a quien de acuerdo con el art. 142 CC se le impone el deber de alimentos. Esta guarda de hecho es cada vez más una realidad que hasta es desconocida por quien la ejerce. Tenemos como ejemplo de ello SAP Cádiz 22 diciembre 2004 que, en relación a una mujer que venía ejerciendo la guarda de hecho de un menor adolescente desde que este tenía 3 meses de edad, expone: "En el mismo acto fue informada de las competencias de la Delegación Provincial en materia de protección de menores y del procedimiento a seguir, manifestando aquella su desconocimiento de que la guarda de hecho que venía ejerciendo

incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación.

2. El Ministerio Fiscal podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.

Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación.

3. Como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas afectadas. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley".

10 Parra Lucán, M.ª A.: "La incidencia de las reformas del año 2015 en la protección de las personas con discapacidad", en aa.vv.: *Protección jurídica de la persona con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 15 y ss. SAP Tarragona 11 diciembre 2000 (ROJ SAP T 2000, 1928). En este mismo sentido, el Decreto 176/2000, de 15 mayo, de modificación del Decreto 284/1996 de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales (publicado en Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, núm 3148, de 26 mayo 2000, Disposición nº 176/2000) en su art. 7.3 establece que el Director técnico de los establecimientos residenciales de personas que no pueden manifestar libremente su voluntad es el guardador de hecho.

constituyera una irregularidad, solicitando que por esta Entidad Pública se le diera una solución para mantener al menor en forma legal" [11].

No podemos olvidarnos de que no sólo estamos protegiendo con esta figura a personas de la tercera edad o a las personas con discapacidad que tengan dificultades para tomar decisiones, sino también a los menores, siendo los guardadores los familiares más cercanos, amigos u organismos de ayuda. El Tribunal Supremo nos recuerda que la guarda de hecho debe ser siempre interpretada bajo el principio del superior interés del menor. Así la STS 27 octubre 2014 establece que "cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección"[12]. Es importante tener presente que el interés superior del menor es un concepto relacional, dinámico, complejo, flexible y adaptable, y verdadero concepto valor o de experiencia como indica Verdera Izquierdo[13]. Este concepto jurídico indeterminado ha sido concretado a través de una serie de criterios y elementos generales en el art. 2 LOPJM, de nueva redacción por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[14]. De esta forma, este principio se ha configurado no sólo como un derecho sustantivo, sino también como un principio interpretativo y norma de procedimiento[15].

Los dos rasgos definidores de la guarda de hecho son según Fábrega Ruiz "uno de ellos positivo, cual es la asunción de algún deber de protección respecto de un

11 SAP Cádiz 22 diciembre 2004 (ROJ SAP CA 2004,1787).

12 STS 27 octubre 2014 (ROJ 2014, 4243). En este mismo sentido, STS 21/12/2016 (ROJ 2016, 5530).

13 Verdera Izquierdo, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción,* Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 57 y ss.

14 BOE núm. 175, de 23 julio 2015.

15 Según la observación general nº 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en al ámbito de las Naciones Unidas , el interés superior del niño tiene tres dimensiones "A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño...C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales...". Disponible en https://www.observatoriodelainfancia.es/.../3990_d_CRC.C.GC.14 (fecha de consulta: 15 marzo 2020).

menor de edad o de un incapaz, y el otro negativo, cual es el de la inexistencia de un específico deber de protección, establecido por el ordenamiento"[16].

Por ello, esta guarda de hecho no se contemplaba como permanente, sino con un carácter provisional y transitorio, pudiendo ser sustituida por la tutela o la curatela. La SAP Cádiz 22 diciembre 2004 reconoce que la guarda de hecho está reconocida como "figura dotada de un cierto, aunque mínimo y provisional, estatuto legal o jurídico y sustantividad propia, merecedora, por tanto, de respeto durante el tiempo imprescindible para que se establezcan y entren en funcionamiento las instituciones tutelares o de protección de menores dotadas de normalidad"[17]. Sin embargo, también existen casos en los que al guardador de hecho se le puede atribuir la custodia del menor guardado, buscando siempre la estabilidad del menor y procurando no variar su *statu quo*, reconociendo que está perfectamente integrado. Así, la STS 14 septiembre 2018 admite la posibilidad de atribuir la guarda y custodia de un menor a personas distintas de sus progenitores y atribuye la custodia de una menor a su tía paterna con la que convive y que era guardadora de hecho, debido a la muerte prematura de la madre de la menor, y no al padre biológico titular de la patria potestad, al menos hasta que se consolide el cambio, para evitar dañar a la niña, reconociendo un amplio régimen de visitas. El Tribunal valora la estabilidad que goza el menor en ese momento "teniendo en cuenta la edad y el tiempo de convivencia con su tía paterna, con la que la propia sentencia reconoce que está perfectamente integrada, y dejaría, de otro, expuesta a la niña a una situación de incertidumbre, al menos hasta que la situación se reconduzca, como sería deseable"[18].

Siguiendo a Lacruz Berdejo, "el guardador de hecho no es órgano tutelar de ninguna clase, porque no es la ley la que lo establece, aunque ésta no la desconoce"[19]. Como veremos a continuación, la ley no le presta suficiente atención cuando realmente está cumpliendo las funciones esenciales de protección de las personas más vulnerables tanto a nivel personal como patrimonial. Una vez más encontramos cómo la ley y la realidad no van de la mano. Parra Lucán reconoce que es "una situación avocada a desaparecer para dar paso a una guarda institucional", en donde reina una contradicción entre la legislación y la práctica y "se sabe que abundan las guardas de hecho que funcionan bien, unido a la percepción de que en muchos de estos casos no derivaría ningún beneficio de la constitución de una

16 Fábrega Ruiz, C.F.: *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad,* Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 87.

17 SAP Cádiz 22 diciembre 2004 (ROJ SAP CA 2004, 1784).

18 STS 14 septiembre 2018 (ROJ 2018, 3158). Entre otras, STS 13 febrero 2015 (ROJ 2015, 253) admite la posibilidad de atribuir la guarda y custodia de un menor a personas distintas de sus progenitores (la tía paterna), por las especiales circunstancias que han rodeado la vida y crecimiento del niño, cuya madre asesinó a su padre. Lo que debe primar, se dice, es el interés del menor en el marco de unas relaciones familiares complejas.

19 Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil IV,* vol. 2°., Bosch, Barcelona, 1989, p. 285.

tutela sometida a todos los controles legales -y previa la incapacitación, en el caso de los mayores-"[20].

III. EL CÓDIGO CIVIL ANTE LA GUARDA DE HECHO: SU NECESARIA REFORMA.

Debemos diferenciar dos posibles situaciones ante la guarda de hecho. La situación de hecho en sentido estricto y el control y vigilancia judicial de la guarda de hecho. La primera tiene un carácter preeminentemente protector, y aunque no está debidamente regulada como a continuación observaremos, es donde vemos que el guardador ejerce funciones tanto de carácter personal como patrimonial, fundamentalmente de carácter administrativo, produciendo consecuencias jurídicas. Así, la SAP Cádiz 28 mayo 1999 reconoce que "el guardador de hecho pueda realizar aquellos actos urgentes y perentorios en defensa del presunto incapaz, como en este caso hubiera sido el interrumpir la posible prescripción de la acción, cosa que sí era posible con la mera remisión de un requerimiento (aunque fuera telegráfico) y que entraría de lleno en las facultades que prevé el artículo 304 del Código Civil"[21].

El procedimiento de control y vigilancia judicial del guardador viene dado por el art. 303 CC[22] y el art. 52 LJV. El primero nos recuerda que la autoridad judicial que tenga conocimiento de la existencia de la guarda de hecho puede requerir al guardador para que informe de la situación. Este artículo ha sido recientemente modificado por la Ley 26/2015, de 28 julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[23]. Las dos primeras modificaciones pueden ser calificadas de menor entidad porque simplemente conllevando una corrección del texto eliminando la inicial remisión conjunta a los arts. 203 y 208 por una exclusiva al art. 228 CC y la modernización del lenguaje, sustituyendo la anterior referencia al "presunto incapaz" por la de "la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo". Interesa resaltar que este artículo permite que mientras se mantenga la situación y hasta que se constituya

20 Parra Lucán, M.ª A.: "La incidencia de las reformas", cit. pp. 307 y 309.

21 SAP Cádiz 28 mayo 1999 (ROJ SAP CA 1999, 502).

22 El art. 303 CC establece "1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.
Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades cautelares a los guardadores. Igualmente, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.
2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.
En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o nombramiento del tutor"

23 BOE núm. 180, de 29 julio 2015.

la medida de protección adecuada, se otorguen judicialmente facultades tutelares a los guardadores o, si se trata de un menor, que se constituya, siendo acogedores los guardadores. La modificación principal fue la consistente en añadir un segundo párrafo que se ocupa de la relación de la guarda de hecho y la situación de desamparo y la posibilidad de privar o suspender la patria potestad a los padres o de remover al tutor de quien está en situación de guarda de hecho.

Sólo con dos artículos más, los arts. 304 y 306 CC, se completan las referencias a la guarda de hecho[24]. El art. 304 CC indirectamente conlleva que la ley les autoriza a actuar en nombre y representación del guardando, tomando decisiones destinadas a procurar la protección y salvaguarda de sus derechos. Y en el caso de que el guardador en el ejercicio de su función sufra daños y perjuicios, sin culpa de su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del guardado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento, siguiendo el mandato del art. 220 CC al que nos remite el 306 CC.

Asimismo, el art. 52 LJV simplemente se limita a reconocer la posibilidad de requerimiento de la información y la adopción de medidas de control, coincidiendo con el primer párrafo del art. 303 CC[25]. De estos preceptos cabe señalar que, se mantiene la importancia de la información por parte del guardador para que el Juez tenga conocimiento de la situación y en su caso imponga las medidas de vigilancia y control oportunas establecidas en nuestro Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, detectamos que no existe una obligación de informar ya que ambos artículos utilizan la expresión "podrá requerir", dejándose a la prudencia judicial su exigencia.

Analizado cómo el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil contemplan la guarda de hecho, estamos en situación de hacer una crítica en el sentido de que dicha regulación es insuficiente, parcial y equívoca ante la falta de concreción de quién es el guardado o el guardador o de cuáles son sus funciones[26]. La STS 27 octubre 2014 nos ayuda a diferenciar dos posibles escenarios que puede abarcar

24 El art. 304 CC establece "Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad". El artículo sigue utilizando la expresión "presunto incapaz".
El art. 306 CC nos recuerda que "Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el art. 220 respecto del tutor". El art. 305 CC y los art. 307 a 313 fueron derogados por Ley 13/1983, de 24 de octubre de Reforma del Código Civil en materia de tutela (BOE núm. 256, de 26 octubre 1983).

25 El art. 52 LJV establece "1. A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos. 2. El Juez podrá establecer las medidas de control y vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela y la curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.

26 Esta misma crítica es realizada por Fábrega Ruiz, C. F.: *La guarda de hecho,* cit., p. 29 y Álvarez lata, N. y Seoane rodríguez, J.A.: *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental,* Fundación Paideia, La Coruña, 1999, p. 192.

la guarda de hecho "… tanto situaciones de encomiable altruismo (sería el caso de abuelos que con esfuerzo asumen la crianza del nieto ante el abandono o imposibilidad de los progenitores, como es el caso aquí contemplado) como otros sumamente peligrosos para el menor en los que se hacen cargo de estos personas que no tienen vínculos con ellos y que persiguen deseos reprobables, a veces incluso mediando retribución. De ahí que deberá distinguirse entre aquellos casos en que la guarda de hecho se ejerce por personas ajenas al círculo familiar de aquellos otros en que se ostenta por familiares del menor"[27].

Además es necesario adaptar la legislación española de nuestro Código Civil a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006[28] para proporcionar el acceso a las personas con discapacidad al apoyo que necesiten en el ejercicio de su capacidad en condiciones de igualdad y respeto de su dignidad humana. Esta Convención está exigiendo una inaplazable reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y deja claro que la discapacidad ya no es un concepto estático sino que "… evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan una participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás". En concreto, el art. 12 CDPJ obliga a los Estado parte a adoptar "las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al poyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica"[29] y entre estas medidas vemos incluida la guarda de hecho.

El criterio rector de toda actuación relacionada con las personas con discapacidad es el interés superior de la persona con discapacidad y como indica Santos Urbaneja cuando "… no llegue el propio autogobierno y, en la medida que éste sea vea comprometida por el concurso de barreras de distinto tipo, se

27 STS 27 octubre 2014 (ROJ 2014, 4243).

28 En relación con la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento a la protección de los discapacitados en 1999 la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europea a los Estados miembros, adoptada el 23 de febrero, sobre los "Principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados" reconoce el llamado "principio de flexibilidad en la respuesta jurídica". El art. 2 CDPD recuerda la posibilidad de realizar ajustes razonables entendidos como "… las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

29 El art. 12 CDPD al establecer que "las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos" utiliza sólo un concepto general de capacidad jurídica que parece compatible con nuestro sistema tradicional de diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar ya que como indica Munar Bernat, P.A.: "La curatela: principal medida de apoyo para las personas con discapacidad", Revista de Derecho civil, vol. V, núm. 3, 2018, p. 123 "La CDPD no da el mismo tratamiento a la capacidad jurídica y a su ejercicio".
Sin embargo, autores como Goñi Huarte, E.: "La necesaria reforma del Código civil en materia de discapacidad", en AA.VV.: *La persona en el S.XXI. Una visión desde el Derecho*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 197 califican de un acierto de la Convención el hecho de utilizar el concepto único de capacidad jurídica e incluso consideran "… conveniente eliminar esta diferenciación de conceptos, porque la Observación General N. 1 (2014) insiste en que la igualdad en la capacidad jurídica incluye ambos aspectos".

precisará el apoyo de las personas más cercanas y afectivamente más vinculadas a la persona con discapacidad. Normalmente serán sus familiares cercanos, amigos, vecinos, etc…"[30]. Si es necesario garantizar el principio de dignidad de la persona con discapacidad y de proporcionalidad en la respuesta, puede que la guarda de hecho sea una medida menos restrictiva de derechos y que la protección de personas con discapacidad ya no sólo se logre con su declaración judicial de incapacitación.

La escasa regulación en nuestro Código civil sobre la guarda de hecho ha llevado a una discusión doctrinal sobre la aplicación supletoria de las normas de la curatela o de la tutela para colmar las lagunas existentes aunque no toda la doctrina está de acuerdo. Así Lescano Feria considera que hay normas de la tutela que son incompatibles con la guarda de hecho como las exigencias de garantías o inventario, recomendando que a falta de norma expresa sobre su actuación "… debe aplicarse el principio general de «diligencia de todo buen padre de familia»"[31].

Podría considerarse que la guarda de hecho se asimila a la gestión de negocios ajenos regulada en el art. 1.887 y ss. CC pero está claro que son dos instituciones distintas. La primera se caracteriza por la inexistencia de una obligación inicial de llevar a cabo la gestión ajena sin perjuicio de que tiene obligación a continuar la gestión hasta el término del asunto. Sin embargo en la guarda de hecho en muchos casos los que ejercen estas funciones suelen estar obligados a instar la incapacitación o la tutela y pueden tener determinadas obligaciones en relación con el menor o persona que necesite asistencia. La gestión de negocios ajenos está prevista para asuntos determinados de carácter exclusivamente patrimonial frente a la guarda de hecho que afecta a los asuntos del desvalido, tanto personales como patrimoniales[32].

No podemos olvidar que la guarda de hecho no sólo puede ser familiar y de carácter privado, sino que también puede ser institucional y de carácter público a la que hace referencia el art 172.1 CC al exponer que "Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal …", y matiza que se considera "… como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral

30 Santos Urbaneja, F.: "Futuro de la guarda de hecho", cit., p. 198.

31 Lescano Feria, P.A.: *La guarda de hecho*, Dykinson, Colección Monografías de Derecho Civil, Madrid, 2017, p. 75.

32 Parra Lucán, M.ª A.: "La incidencia de las reformas", cit. p. 53.

o material". La STS 27 octubre 2014 nos recuerda que ni "… el Código Civil ni la LOPJM resuelven la cuestión de si un menor de edad que recibe asistencia de un guardador de hecho, es decir, de persona que no ostenta autoridad o poder jurídico alguno sobre el mismo, puede ser declarado en desamparo y sometido a tutela automática"[33].

Puede que sea necesario que los guardadores de hecho puedan encontrar apoyo en su actuación en las instituciones tutelares públicas, formando una "coalición de apoyos" como lo denomina Santos Urbaneja y siendo esta la situación y la realidad de la guarda de hecho, parece cierto que "… un derecho viejo que no acaba de irse y un derecho nuevo que no acaba de llegar". Conocida la escasa regulación de la guarda de hecho en ordenamiento jurídico común, es el momento de comprobar cómo el Derecho foral afronta esta situación fáctica y tomarlo en cuenta en una futura regulación[34].

IV. LA LEGISLACIÓN FORAL Y LA GUARDA DE HECHO.

Sin ánimo de realizar un estudio exhaustivo de la legislación foral en materia de guarda de hecho, podemos destacar que frente a la escasa regulación en nuestro Derecho Común, y a modo de ejemplo las legislaciones forales de Aragón y Cataluña no sólo reconocen esta figura, como lo hacen también Galicia y Navarra, sino que la misma se encuentra más ampliamente regulada, fijándose su régimen jurídico e incluso exigiéndose una obligación de su notificación e información, así como un mayor control y vigilancia.

La guarda de hecho y la asistencia son dos instituciones reguladas en el Código Civil de Cataluña (en adelante, CCat) en el Libro Segundo, relativo a la persona y la familia (aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio[35]) para la protección de las personas en situaciones especiales. La SAP Barcelona 19 enero 2016, como ya lo han dicho reiteradamente los tribunales, reconoce a la guarda de hecho como una institución más para proveer de guarda y protección a la persona y bienes o solo a la persona o los bienes, junto a la tutela, la curatela, el defensor judicial, la asistencia, el patrimonio protegido o la prórroga o rehabilitación de la patria potestad[36]. Incluso el AAP Barcelona 4 mayo 2018, la llega a configurar como "una

33 STS 27 octubre 2004 (ROJ 2004, 4243). En torno a la definición de desamparo dada por nuestro Código Civil esta misma sentencia resalta la existencia de dos tesis doctrinales contrapuestas, objetiva y subjetiva, entendiendo que para la primera "… se contempla como una situación de hecho en la que lo que prima es la desasistencia del menor; de forma que si alguien lo atiende no existe situación de desamparo. Por contra, la tesis subjetiva mantiene que si el menor no se encuentra atendido por las personas que ostentan la patria potestad o la tutela, existe situación de desamparo, aunque tengan cubierta su asistencia por un guardador de hecho".

34 Santos Urbaneja, F.: "Futuro de la guarda de hecho", en Serrano García, I.: y Candau Pérez, A.: Protección jurídica de la persona con discapacidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 199.

35 DOGC núm. 5686, de 5 agosto 2010. BOE núm. 203, de 21 agosto 2010.

36 SAP Barcelona 19 enero 2016 (ROJ SAP B 2016, 395).

institución de protección de las personas de rango similar a la tutela o la curatela y adquiere significación mayor cuando las personas afectadas ven, por razón de edad, progresivamente disminuidas sus facultades cognitivas y volitivas. y de mayor amplitud que el resto de España y de carácter permanente"[37].

Cataluña igual que Navarra establecen una regulación más amplia. Constando de un capítulo para su regulación (Capítulo V, La guarda de hecho), así como también del art. 212.1.4 que hace referencia a la asistencia en urgencias sanitarias, donde el guardador tomará las decisiones si el sujeto no se encuentra capacitado[38]. Este capítulo comienza dejando claro quién es la guardadora de hecho en el art. 225-1 que entiende que es "… la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen". De esta forma, el Código Civil Catalán nos aclara los sujetos de la guarda de hecho, cosa que da por sobreentendido nuestro Código Civil.

Hay que resaltar el art. 225-2 CCat donde, a diferencia del Código Civil, establece la obligación de comunicar la guarda de hecho a la entidad pública competente o autoridad judicial en los casos en que el menor ha sido desamparado por las personas que tienen la obligación de cuidarlo y en el que concurra una causa de incapacitación del mayor que esté en un establecimiento residencial[39].

A continuación aclara cuáles son las funciones que deberá cumplir el guardador en el art. 225-3, cosa que no hace nuestro Código Civil, diferenciando indirectamente funciones personales tendentes al cuidado y beneficio del guardado y funciones patrimoniales, limitadas a los actos de administración. Pudiendo asumir funciones tutelares si lo estima así la autoridad judicial[40]. No hay que olvidar que

37 AAP Barcelona 4 mayo 2018 (ROJ AAP B 2018, 1547).

38 El art. 212.1 relativo al derecho a la información sobre la salud en su apartado 4 hace referencia al guardador al decir "Si la persona se halla en un estado físico o psíquico que no le permite recibir la información o comprenderla, esta debe darse, de la forma establecida por la legislación para el ámbito sanitario, a la persona designada en el documento de voluntades anticipadas, al asistente legalmente designado, al representante legal, a la persona que tiene la guarda de hecho, a los familiares o a las personas que están vinculadas a ella, según proceda".

39 El art. 225.2 Ccat establece en relación con la obligación de comunicar la guarda "El guardador de hecho que ha acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por las personas que tienen la obligación de cuidarlo debe comunicarlo a la entidad pública competente en materia de protección de menores o a la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda. 2. En caso de guarda de hecho de una persona mayor de edad en quien se da una causa de incapacitación, si esta está en un establecimiento residencial, la persona titular del establecimiento residencial debe comunicarlo a la autoridad judicial o al ministerio fiscal en el plazo fijado por el apartado 1".

40 El art. 225-3 Ccat titulado las funciones del guardador de hecho dispone "1. El guardador de hecho debe cuidar de la persona en guarda y debe actuar siempre en beneficio de esta. Si asume la gestión patrimonial, debe limitarse a realizar actos de administración ordinaria.
2. En la guarda de hecho de personas que estén en potestad parental o en tutela, la autoridad judicial puede conferir al guardador, si lo solicitan aquellas personas, las funciones tutelares, siempre y cuando concurran circunstancias que lo hagan aconsejable. Las funciones tutelares se atribuyen en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con la audiencia de las personas titulares de la potestad o tutela si es posible. Esta atribución comporta la suspensión de la potestad parental o tutela".

se reconoce el derecho del guardador de hecho "al reembolso de los gastos y a la indemnización por daños por razón de la guarda, a cargo de los bienes de la persona protegida" según art. 225-4 Ccat.

Por último, en relación con la extinción de la guarda de hecho se determinan las causas de su extinción en el art. 225-5 recordando que se produce "… por desaparición de las causas que la motivaron, por la declaración de desamparo del menor, por el nombramiento de defensor judicial o por la constitución del pertinente régimen de protección". Sin perjuicio de establecer en su segundo apartado que la obligación de rendir cuentas a la autoridad judicial al finalizar la guarda de hecho si este lo dispone.

A través del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón"[41] (en adelante, CDFA), el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas y en concreto, en el art. 100 CDFA dedicado a las instituciones tutelares, se deja clara la diferencia entre la tutela, la curatela y el defensor judicial, y la guarda de hecho o la guarda administrativa sin tutela, , al considerar que estás últimas pueden contribuir a la guarda y protección de menores o incapacitados[42]. Por ello la guarda de hecho en el Código Foral de Aragón se puede calificar de instituciones tutelares de segundo orden, siguiendo a Delgado Echevarría[43]. En su Título III, Capítulo VII, referente a la guarda de hecho se definen los elementos principales de esta institución con gran similitud con la regulación catalana y así, comienza dejando claro quién es el guardador de hecho en su art. 156 CDFA al establecer que es "… la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada". A continuación, resalta la obligación de notificar el hecho, poniéndolo "en conocimiento del Juez y al Ministerio Fiscal" (art. 157 CDFA) y todo lo relativo a la información, control y vigilancia de la guarda de hecho llevada a cabo por la autoridad judicial[44]. El AAP de Zaragoza 30 mayo 2001 aplica por analogía reglas de la tutela para exigir al guardador rendición de cuentas

41 BOA núm. 67 de 29 marzo 2011.

42 El art. 100 titulado instituciones tutelares dispone "1. La guarda y protección de la persona y bienes o solo de la persona o de los bienes del menor o incapacitado se realizará, en los supuestos previstos en la ley, mediante: a) La tutela. b) La curatela. c) El defensor judicial. 2. A la guarda y protección pueden contribuir la guarda de hecho y la guarda administrativa sin tutela".

43 Delgado Echeverría, d.: *Código de Derecho foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia,* Gobierno de Aragón, Departamento de Justicia y Presidencia, 2015, p. 300 disponible en http://estatuto.aragon.es/sites/default/files/derechoForalAragon.pdf (fecha de consulta: 17 mayo 2020).

44 El art. 158 CDFA titulado información, control y vigilancia establece "1. Cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, le requerirá para que informe de la situación de la persona bajo su guarda y de sus bienes, así como de la actuación del guardador en relación con ambos extremos.
2. La autoridad judicial podrá establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

suficientes e informar de la incapacidad al Ministerio Fiscal[45]. Curiosamente no termina la regulación de esta figura con el reconocimiento de una indemnización o la referencia a la extinción, sino con el art. 159 donde se deja claro cuáles son las funciones del guardador, limitadas al cuidado de la persona protegida y a la realización de actos de administración, comportando la realización de estos actos, frente a terceros, la necesaria representación legal y requiriendo una declaración de la Junta de Parientes de la persona protegida que justifique la necesidad del acto y la condición del guardador[46].

Sin embargo en Navarra, esta figura se regula a través de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo[47] únicamente se menciona la guarda de hecho en la Ley 59 al hablar de los sujetos susceptibles de ser adoptados, mencionando en su punto 5 que lo serán "Las personas mayores de edad o emancipadas que hayan convivido ininterrumpidamente con la adoptante o adoptantes con anterioridad a su emancipación o hayan estado bajo su guarda legal o de hecho, tutela o acogimiento, en todos los casos, por tiempo superior a un año". Y en la Ley 2/2006, de 14 de junio de derecho civil de Galicia no se regula la guarda de hecho ni se hace mención de ella en la adopción ya que sus artículos han sido derogados[48].

Si constatamos que ni el Código Civil ni la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor resuelven si el menor que recibe asistencia de un guardador de hecho puede ser declarado en desamparo y sometido a tutela automática parece que, siguiendo STS 27 octubre 2014, "los legisladores autonómicos consideran que, en principio, no toda situación de guarda de hecho debe dar lugar a la intervención administrativa a través del desamparo y de la tutela automática, de forma que sólo sería de aplicación cuando no fuese posible otra solución más acorde con los intereses del menor'[49].

45 AAP Zaragoza 30 mayo 2001 (ROJ AAPZ 2001, 293). En este sentido el Auto dispone "En tanto se reconoce, no sólo legitimación, sino incluso su deber de promover la declaración de incapacidad a los parientes que determina el art. 202 C. Civil, los mismos con más razón estarán legitimados para promover lo conducente en una situación de guarda del hecho. Las personas designadas en las disposiciones de última voluntad son tenidos en cuenta por el legislador en las situaciones de incapacidad (relevantemente en la delación de la tutela: art. 234-4 C.C.). Pero ello no excluye la legitimación de los demás en lo afectante a la protección del presunto incapaz".

46 El art. 159 titulado régimen jurídico establece "1. La actuación del guardador de hecho en función tutelar debe limitarse a cuidar de la persona protegida y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios. La realización de estos actos comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal.
2. Para justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes de la persona protegida.
3. El acto declarado necesario por la Junta de Parientes será válido; los demás serán anulables si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida".

47 BOE núm. 137, de 8 junio 2019.

48 DOG núm. 124, de 29 junio 2006.

49 STS 27 octubre 2014 (ROJ 2014, 4243). Esta sentencia nos recomienda que se observa a tal fin " … la Ley 4/1994 de 10 de noviembre de Protección y Atención a Menores de la Comunidad Autónoma de

Conocida la regulación que nuestro Código Civil realiza de la guarda de hecho y la necesidad de su reforma, y realizada una comparación con la regulación elaborada por los legisladores forales, es el momento de preocupamos por la naturaleza jurídica de la guarda de hecho. Para transformar la guarda de hecho en una guarda de derecho habrá que tener en cuenta las consideraciones de Lescano Feria cuando establece que "… hablar de situaciones de hecho y situaciones de derecho es insuficiente si no se alcanza el verdadero significado que aporta la especial normativa a la figura", calificándola de "una situación jurídicamente protegida"[50]. Es el momento de conocer los avances que se han realizado en relación con una futura reforma de la guarda de hecho.

V. LA GUARDA DE HECHO COMO UNA VERDADERA INSTITUCIÓN DE APOYO.

Si queremos que la guarda de hecho se convierta en una verdadera guarda de derecho,-debemos tener en consideración el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018. Nos recuerda que es necesario adecuar el sistema legal actual "en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afecta a las personas con discapacidad, por otro basado en el respecto a la voluntad y preferencias de la persona"[51].

Extremadura (artículo 6, c y d); la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor , de Andalucía (artículo 23); la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor , de Asturias (artículo 31); la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral de los Menores de Canarias (artículo 46); la Ley de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo , de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (artículo 105); la Ley 3/2011, de 30 de junio, de Apoyo a la Familia y a la Convivencia de Galicia (artículo 52, i) y la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre , de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra (artículo 50). De un modo expreso así lo afirma el artículo 49.3 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero de Protección de Menores de La Rioja".

50 Lescano Feria, P. A. *La guarda de hecho,* cit., p. 34.

51 En las pp. 247 y 248 del Anteproyecto. El art. 1 del Anteproyecto da un concepto amplio y genérico de las personas con discapacidad entendiendo que son aquellas que "… tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo". El Anteproyecto hace desaparecer nuestro vigente art. 200 CC que sigue haciendo referencia a las personas que "no pueden gobernarse por sí mismo" y ordena en el art. quinto, apartado catorce la sustitución en la Ley de Jurisdicción Voluntaria de los términos de "personas con capacidad modificada judicialmente". Pereña Vicente, M.: "La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley", Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, p. 64 considera que es necesario que el término "personas con discapacidad" se concrete un poco más, "… lo que el texto no hace, seguramente sensible ante la necesidad de adoptar una terminología respetuosa de la dignidad de la persona, neutro, <<aséptico>> , que no estigmatice ni hiera. Pero al generalizar tanto, no consagra un estándar que justifique las medidas, lo que puede generar dificultades de interpretación". Este mismo autor en la p. 66 considera que puede que sea suficiente referirse a "la persona" sin ningún adjetivo para designarla, sin perjuicio de que cuando sea necesario precisar con más detalle considera "… muy adecuada la expresión francesa de adulto protegido, que además es la terminología consagrada por algunos textos de la Unión Europea y por el Convenio de la Haya de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de adultos". En este mismo sentido, véase el Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección de los adultos vulnerables (2015/2085(INL)), 3 de abril de 2017.

Este Anteproyecto propone que la guarda de hecho pase a ser una institución propia de apoyo[52]. Así lo menciona el art. 249 al considerar que "Las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial". Estas tres medidas son las pertinentes para el ejercicio de la capacidad jurídica según el Anteproyecto[53]. Este mismo artículo define al guardador de hecho "como la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente", permitiendo coexistir la guarda de hecho con otras medidas judiciales o voluntarias, como la curatela o poderes preventivos, siempre que no sean eficaces. Por lo tanto, en la futura regulación se debe partir de reconocer que la guarda de hecho es una verdadera institución de apoyo y se debe comenzar dando una definición que determine sus características.

En el Anteproyecto se produce una clara separación en su regulación según que se refiera a los menores o a los mayores de edad que necesitan apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica. En relación con los menores en donde concurra una causa de incapacidad se ve suprimida la patria potestad prorrogada o inhabilitada y se ve reserva la tutela sólo para los menores. La regulación relacionada a la guarda de hecho de los mayores se ve contenida en el Título XI, Capítulo III del Anteproyecto, en concreto en los arts. 261 a 265 que serán objeto de análisis a continuación.

Este Anteproyecto conjuga los principios de necesidad y de proporcionalidad a la hora de adoptar el sistema de apoyo más adecuado, aunque en el ámbito de guarda de hecho debemos también tener presente el principio de subsidiariedad, ya que, como indica el art. 261, "Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad, continuará en el desempeño de su función, a menos que existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente", eliminando así el carácter provisional de esta institución, alejándose de la legislación foral, catalana y aragonesa, que como vimos insiste en dicho carácter[54]. Pereña Vicente interpreta este artículo

52 En su exposición de motivos resalta que "… conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente atendida por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera al guardador que acredite la representación, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias".

53 Este ejercicio de la capacidad jurídica es lo que nosotros conocemos tradicionalmente como capacidad de obrar.

54 La función provisional corresponde a la entidad pública, dotándose a la guarda de un carácter permanente (art. 253) aunque sigue siendo una institución de hecho al no precisar de investidura judicial formal ni nacer de un poder porque se estaría ante los poderes preventivos.

diciendo que la guarda de hecho "… es subsidiaria respecto de la curatela y los mandatos preventivos, si estos son eficaces. Pero la subsidiariedad también se puede leer en sentido inverso: no procederá una curatela si existe una guarda de hecho que funcione adecuadamente"[55]. Esto último lo confirma el art. 267 del Anteproyecto al decir que la autoridad judicial constituirá la tutela "cuando no exista otra medida de apoyo suficiente"[56].

El propio Anteproyecto sigue usando conceptos jurídicos indeterminados que derivan de la aplicación combinada de los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad. Si la guarda de hecho ha de ser suficiente, habrá que concretar qué se entiende por tal, lo que no hace el Anteproyecto. Pereña Vicente realiza dos lecturas a la respuesta de qué significa que la guarda sea suficiente, diferenciando una lectura positiva que "… implica que la guarda de hecho ha de permitir a la persona el ejercicio de su capacidad jurídica con la ayuda o apoyo de su persona e incluso, mediante la representación si así lo exigen las circunstancias. Representación que, como veremos, debe ser autorizada por el juez y sólo para actos de administración. Ello va a implicar que para que la guarda sea suficiente no sea necesario realizar ningún acto de trascendencia jurídica real o de naturaleza dispositiva o traslativa, En caso contrario, la guarda de hecho ya no será suficiente y tendrá que dar paso a otra medida. Esta idea es la que confina la guarda de hecho en sus propios límites y la convierte, como dicen algunos autores, en la institución de los desfavorecidos, por no decir de los pobres".

Además, habrá que hacer conjugar el requisito de que la guarda de hecho sea suficiente con que la misma impida los abusos y las influencias indebidas. Será el juez el que deberá ordenar los controles que estime oportunos según el art. 263 pero si no se establecen al ser el guardado una persona plenamente capaz, podrá prestar su consentimiento a cualesquiera actos de disposición y poner en riesgo su patrimonio. Sería necesario siguiendo a Pereña Vicente, que el Anteproyecto dote a la guarda de hecho "… de un régimen jurídico adecuado"[57] a la altura de la consagración como propia institución de apoyo.

Es cierto que el Anteproyecto establece una regulación más extensa sobre la guarda de hecho pero sigue sin resolver si son de aplicación supletoriamente las normas de la curatela. Lo que sí es claro es que el eje central de todas las instituciones de apoyo, impliquen o no representación, es la voluntad o preferencias de la persona[58]. Como indica Parra Lucán, sólo excepcionalmente, "… cuando

55 Pereña Vicente, M.: "La transformación", cit., p. 68.

56 *Ibidem*, p. 71. Entre los autores a que hace referencia cita a Lasarte Alvarez, C.: *Derecho de Familia,* Marcial Pons, Barcelona, 2017, p. 387.

57 Pereña Vicent, "La transformación", cit., p. 72.

58 El art. 248 impone a las personas que presten apoyo una actuación "atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera", procurando "que la persona con discapacidad pueda desarrollar su

ni siquiera con los apoyos de otras personas de su entorno y de su confianza pueda llegar a formarse una opinión propia sobre lo que quiere y le conviene, es admisible que la decisión sea tomada por otra persona en su lugar. Pero ni siquiera en este caso debe prescindirse de las preferencias, la personalidad, las creencias, la voluntad de quien por sí solo no está en condiciones de tomar una decisión"[59].

En relación con el ámbito de actuación ordinario del guardador, se circunscribe a los actos de carácter personal, cuidado y asistencia necesario, incluyendo actos de administración ordinaria del patrimonio de la persona guardada, pero, en ningún caso, ni con autorización judicial, comprende actos de disposición según el art. 261. Los llamados actos de administración de actuación extraordinaria (calificados así en función de la necesidad que exista de tener que acreditar una legitimación para actuar en beneficio de la persona guardada) deberán ser autorizados judicialmente, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. También esta autorización será requerida para actos de carácter personal, como un cambio de residencia o traslado a un centro sanitario, que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado cuando esta no pueda prestarlo[60].

Para evitar cualquier riesgo en la actuación del guardador, el juez podrá exigirle que le informe y rinda cuentas en cualquier momento y también puede nombrar un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan y establecer salvaguardias que estime necesarias. Pereña Vicente considera de especial importancia "… aquellas que tienen por objeto impedir la enajenación de ciertos bienes, especialmente de la vivienda habitual de la persona, pudiendo tener acceso al Registro de la Propiedad por vía del artículo 2.4 de la Ley Hipotecaria, al que el Anteproyecto también ha dado nueva redacción" y echa en falta la consagración de salvaguardas legales "… como puede ser la prohibición de autocontrato o, al menos, ampliar los supuestos del artículo 1459 al que el Anteproyecto también da nueva redacción para que afecte a guardador de hecho y a sus familiares"[61].

---

propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias". Si apostamos por la aplicación subsidiaria de las reglas de la curatela, a los guardadores podría serles de aplicación el art. 280 del Anteproyecto donde impone al curador la obligación de prestar apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica "respetando su voluntad, deseos y preferencias" y le impone la obligación de procurar que "la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones".

59 Parra Lucán, M. A.: *La voluntad y el interés de las personas vulnerables*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015, p. 13.

60 Existen excepciones a la necesidad de la autorización judicial según el último párrafo del art. 261 tanto "cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad" como "cuando realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carencia de especial significado personal o familiar".

61 Pereña Vicente, M.: "La transformación", cit., p. 79.

Como la persona guardada tiene plena capacidad de contratar[62], sólo se podrán impugnar los actos realizados alegando un vicio del consentimiento, probando que cuando realizaba el acto ya estaba afectando la discapacidad a su toma de decisiones.

Los actos del guardador no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad según el art. 262 del Anteproyecto y los actos patrimoniales que causen perjuicio no podrán ser rescindibles sin perjuicio de que se le podría exigir responsabilidad[63].

Pereña Vicente considera que es necesario el equilibrio de dos premisas para que la guarda de hecho sea una institución realmente suficiente. Estas premisas requieren que "… se dote al guardador de legitimación para poder realizar actos jurídicos con una cierta agilidad y, al mismo, que se establezcan las salvaguardias adecuadas, al menos para la generalidad de sus destinatarios, que son los españoles con un patrimonio medio en el que el bien que se ha de proteger es la vivienda habitual".

De esta forma la guarda de hecho conseguirá por fin la preferencia y el reconocimiento tan reclamado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, convirtiéndose en una verdadera institución de apoyo a las personas con discapacidad y dejando de ser una mera situación fáctica de carácter provisional.

VI. CONCLUSIONES.

La guarda de hecho, entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional, debe convertirse en una verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo y consagrando así una realidad, como lo hace el Anteproyecto de ley de 21 de septiembre de 2018 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. De esta forma la guarda de hecho cumpliría un papel esencial para facilitar a las personas protegidas el ejercicio de sus derechos y no una mera asistencia en los actos ordinarios de la vida. Una de las grandes reformas propuestas en el Anteproyecto es limitar la guarda de hecho a las personas adultas, haciendo desaparecer la patria potestad prorrogada y rehabilitada de menores con capacidad modificada judicialmente, considerando la tutela como el mecanismo de protección de estos.

El respeto a la dignidad, a la voluntad y preferencias de los menores o personas con discapacidad nos lleva a repensar todo el sistema de apoyo existente tradicionalmente en nuestro ordenamiento, que debe ser adaptado a los mandatos

62 El art. 1263 .2 CC sería objeto de nueva redacción por el Anteproyecto disponiendo que "Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas".

63 La nueva redacción del art. 1291.1 no incluye como rescindibles los actos realizados por el guardador.

de la Convención de Nueva York y en concreto, al art. 12 que requiere que "… existan las salvaguardas adecuadas para impedir los abusos y las influencias indebidas". Puede que la guarda de hecho, que ya es una realidad pero poco reconocida legalmente, sea una de las medidas menos restrictivas y más acordes con los deseos de sus beneficiarios. Además, debemos tener siempre presente el interés superior del menor o de la persona adulta que requiera protección, así como su voluntad, deseos o preferencias.

Uno de los mayores obstáculos con los que nos encontramos es la dificultad de constatar la guarda de hecho, lo que genera gran inseguridad jurídica. Las herramientas que pueden ayudar a dar a conocer esta institución pueden ser el procedimiento de jurisdicción voluntaria, el decreto del Ministerio Fiscal dictado en un expediente informativo del mismo, el acta notarial de notoriedad o la propia declaración del Director de residencias de ancianos que actúa como guardador de hecho.

La regulación existente en el Código Civil no sólo es insuficiente, sino también parcial y equivoca ante la falta de concreción de los sujetos implicados o de las funciones del guardador. Todo ello nos lleva a proponer una modificación en la regulación del Código Civil en relación con la guarda de hecho donde se tenga en cuenta la voluntad de la persona guardada para que sea lo más efectiva su asistencia y se imponga la obligación de notificar al Juez la situación en interés del guardado, al menos cuando haya sido desamparado o tenga una causa de incapacitación, como lo hacen por ejemplo la legislación foral Catalana o Aragonesa. Puede que sea necesario que nuestro Código Civil, igual que hemos visto que lo hace la legislación foral Catalana y Aragonesa, deje claro qué es la guarda de hecho y quienes son los sujetos involucrados, así como cuáles son sus funciones y derechos y obligaciones y cuándo se extingue esta institución.

La aprobación de la reforma propuesta por el Anteproyecto analizado supondría una verdadera adaptación de nuestra legislación civil al reconocerla como verdadera institución de apoyo junto a la tutela y a la curatela. Sin embargo, se detecta que siguen existiendo una serie de deficiencias que deberían ser subsanadas antes de su entrada de vigor. El Anteproyecto sigue utilizando, como lo hace la Convención de Nueva York, el término amplio de personas con discapacidad y podría el mismo ser sustituido por "personas protegidas". Así mismo, al regular la guarda de hecho no combina correctamente la aplicación de los principios de subsidiariedad, necesidad y proporcionalidad sin aclarar qué se entiende por el requisito de suficiencia de esta institución ni garantizar si esta guarda de hecho es suficiente para impedir los abusos y las influencias indebidas si no se incorporan las salvaguardias requeridas por la Convención.

La guarda de hecho será una institución de apoyo suficiente siempre que el guardador esté legitimado para realizar actos jurídicos con cierta agilidad y se establezcan las salvaguardas adecuadas para proteger sus bienes. Mientras no se produzca la reforma demandada puede que sea necesario una coalición de apoyos por las instituciones tutelares públicas a los guardadores de hecho en su actuación.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Lata, N. y Seoane Rodríguez, J. A.: *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental,* Fundación Paideia, La Coruña, 1999.

Bernat, P. A.: "La curatela: principal medida de apoyo para las personas con discapacidad", Revista de Derecho civil, vol. V, núm. 3, 2018.

Bercovtiz Rodríguez-Cano, R. y Castilla Del Pino, C.: *La marginación de los locos y el Derecho,* Taurus, Madrid, 1976.

Delgado Echevarría, D.: Código de Derecho foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia, Gobierno de Aragón, Departamento de Justicia y Presidencia, 2015 disponible en http://estatuto.aragon.es/sites/default/files/derechoForalAragon.pdf (fecha de consulta: 17 mayo 2020).

Goñi Huarte, E.: "La necesaria reforma del Código civil en materia de discapacidad", en AA.VV.: *La persona en el S.XXI. Una visión desde el Derecho,* Aranzadi, Navarra, 2019.

Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil IV,* vol. 2º., Bosch, Barcelona, 1989.

Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil, Tomo I,* Trivium, Madrid, 1994.

Lasarte Alvarez, C.: *Derecho de Familia,* Marcial Pons, Barcelona, 2017.

Leña Fernández, R.: "El tráfico jurídico negocial y el discapacitado" en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales,* Civitas, Madrid, 2000.

Lescano Feria, P. A. *La guarda de hecho,* Dykinson, Colección Monografías de Derecho Civil, Madrid, 2017.

Parra Lucán, Mª. Á.: *La voluntad y el interés de las personas vulnerables*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015.

Parra Lucán, Mª. Á.: "La incidencia de las reformas del año 2015 en la protección de las personas con discapacidad", en AA.VV.: Protección jurídica de la persona con discapacidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Pereña Vicente, M.: "La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley", Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018.

SANTOS URBANEJA, F.: "Futuro de la guarda de hecho", en SERRANO GARCÍA, I. y CANDAU PÉREZ, A.: *Protección jurídica de la persona con discapacidad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción,* Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

EL CAMBIO DE DOMICILIO DE LOS PROGENITORES: SU INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN DE CUSTODIA Y VISITAS

THE PARENTS ADDRESS CHANGE: ITS IMPACT ON THE CUSTODY REGIME AND VISITING ARRENGEMENT

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 178-199

Gonzalo MUÑOZ RODRIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El presente artículo analiza desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial qué posibilidades tienen los progenitores de cambiar de domicilio, haciendo especial hincapié en el caso del progenitor custodio. Asimismo, se estudian las consecuencias que puede implicar dicha modificación por lo que respecta tanto al régimen de visitas, como de custodia.

PALABRAS CLAVE: Cambio de domicilio; régimen de custodia; régimen de visitas; menores; patria potestad; guarda y custodia; custodia compartida; custodia monoparental; alteración sustancial de las circunstancias.

ABSTRACT: *This paper analyses which possiblilities the parents have to change their address, especially in regard to the parent with residence. Likewise, it is studied the consequences involved with that modification regarding the custody regime and visiting arrengement.*

KEY WORDS: *Address change; custody regime; visiting arrengement; minors; parental responsibility; residence; shared residence; resident parent; non-resident parent, substantial alteration of the circumstances.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CAMBIO DE DOMICILIO Y PATRIA POTESTAD.- III. CAMBIO DE DOMICILIO CUANDO SE TRASLADA EL PROGENITOR NO CUSTODIO.- IV. CAMBIO DE DOMICILIO CUANDO SE TRASLADA EL PROGENITOR CUSTODIO.- V. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ANTE EL CAMBIO DE DOMICILIO DE LOS MENORES.- VI. LOS GASTOS DE TRASLADO A CAUSA DEL CAMBIO DE DOMICILIO.

I. INTRODUCCIÓN.

Una de las más controvertidas vicisitudes que se suelen producir tras la separación o el divorcio es el cambio de domicilio de uno de los ex cónyuges, siendo singularmente problemático el supuesto del traslado del progenitor custodio con los menores.

No son pocas las veces que, tras la ruptura matrimonial, uno de los progenitores cambia de trabajo, encuentra trabajo en otra localidad o rehace su vida con otra persona, yendo a vivir a otro sitio distinto del lugar dónde se encontraba. Lo que implicará una revisión de las medidas acordadas, sobre todo, si hay menores. Ya sea un cambio en el régimen de visitas o incluso un cambio en el régimen de custodia. Puesto que, el interés de los menores[1] que prima ante cualquier otra consideración, está principalmente enraizado en la idea de que no se debe obstaculizar la relación del mismo con su padre o con su madre. Así como, en garantizar su estabilidad emocional y desarrollo personal, protegiéndolo ante una abrupta pérdida de contacto con alguno de sus progenitores o salida injustificada de su entorno familiar y social.

Por esta razón, cada caso tendrá que ser analizado en función de sus concretas circunstancias, sopesando los diferentes factores en juego como la posible

1 Así lo considera la doctrina mayoritaria, encabezada por Carbajo González, J.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 97, 2015, p. 4. Cuando señala que: "La concreción en este caso se resuelve en una proposición diseñada en sentido negativo: el sistema no puede dificultar la relación del menor con cada uno de los progenitores. […] Así que la proposición judicial más bien parece insistir en la idea de que el mecanismo que se conciba no deba dificultar –en negativo- o incluso, deba facilitar o procurar –en positivo-, la relación con el progenitor no custodio, es decir, aquel favorecido por el derecho de visitas".

• Gonzalo Muñoz Rodrigo
Abogado. Doctorando en Derecho Civil. Graduado en Derecho por la Universitat de València, obteniendo el Premio Extraordinario de Grado. Máster en Abogacía y en Derecho de la Empresa (Especialidad Mercantil) por la misma Universidad. Actualmente, se encuentra realizando el Doctorado en la Universitat de València sobre Derecho Civil, también colabora habitualmente con el Instituto de Derecho Iberoamericano, así como ha publicado varios artículos en revistas científicas. gonmuro@idibe.org.

justificación del traslado, pero sin perder de vista el principio ante el cual muchas veces ceden los demás: el interés superior del menor. De este modo, el presente estudio se dirigirá a analizar bajo qué condicionantes pueden cambiar de domicilio los progenitores, especialmente el progenitor custodio que tiene a los menores en su compañía, qué criterios sigue la jurisprudencia en la materia, así como determinadas consecuencias que se derivan de la modificación del mismo.

II. CAMBIO DE DOMICILIO Y PATRIA POTESTAD.

Expuesto lo anterior, la primera pregunta que cabe hacerse es si es posible que uno de los progenitores cambie unilateralmente de domicilio cuando hay menores en común. Lógicamente, podemos pensar que esto dependerá de si estamos hablando del domicilio familiar o no, es decir, de si quién cambia de domicilio es el progenitor que tiene atribuida la custodia y, por tanto, el domicilio que va a ser modificado es el domicilio de los menores (el domicilio familiar).

Esto supone, como veremos en el apartado siguiente, que si el progenitor que cambia de domicilio es el progenitor no custodio que solo tiene atribuido el régimen de visitas. Su traslado implicará, generalmente, el paso de un régimen de visitas más convencional (fines de semana alternos, algunas visitas intersemanales y vacaciones por mitad) a un régimen de visitas más flexible (muchas veces un solo fin de semana al mes o ni eso, compensando con un mayor número de días de vacaciones, puentes y festividades). Sin que su desplazamiento a otro domicilio pueda ser restringido, ya que el hogar de los menores permanecerá invariable.

Sin embargo, cuando quién decide cambiar de domicilio es el progenitor custodio, la cuestión se complica considerablemente. Puesto que, en este escenario, el domicilio que se altera es el domicilio familiar. Por consiguiente, tendríamos que dilucidar si esa facultad estaría recogida dentro de la guarda y custodia o si en cambio pertenece al ámbito de la patria potestad y, en consecuencia, debe ser tomada por ambos progenitores. La cuestión no es baladí porque el Código Civil no se pronuncia al respecto y no aparece recogido entre los deberes/derechos que integran la patria potestad. El art. 154 CC se limita a decir que comprende: "1. Velar por ellos [los menores], tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. Representarlos y administrar sus bienes".

Resulta clave en este ámbito diferenciar la guarda y custodia de la patria potestad. Mientras la primera se configura como una atribución que tiene uno de los progenitores cuando estos viven separados, salvo que se haya establecido la custodia compartida (y por tanto, ambos la disfruten); la segunda sigue correspondiendo a los dos y no la pierde el progenitor no custodio. Así, las decisiones del día a día que deben tomarse de forma ejecutiva estarían dentro de guarda y custodia, por el contrario, las decisiones más trascendentales que afectan

a la vida del menor, como puede ser su educación o el lugar dónde va a vivir, se encontrarían comprendidas en la patria potestad[2] y deben ser tomadas por los dos progenitores.

Pues bien, siguiendo lo anterior, la doctrina mayoritaria entiende ínsita en la patria potestad[3] la fijación del domicilio de los menores, ante el silencio de la ley o mejor dicho su parquedad. Igualmente, la jurisprudencia como explico en el párrafo siguiente.

En síntesis, la STS 25 abril 2016[4] resulta interesante en la medida que recoge cuál es la posición de la jurisprudencia entorno a los elementos que considera integrados en la patria potestad y entre ellos se encuentra la fijación del domicilio de los menores, cuando cita el fallo de primera instancia: "El ejercicio conjunto de la patria potestad implica la participación de ambos progenitores en cuantas decisiones relevantes afecten a sus hijos, especialmente, en el ámbito educativo, sanitario, religioso, social y deportivo. Por ello, ambos deberán intervenir necesariamente en la elección o cambio de centro o modelo educativo (público, concertado o privado) o contratación de actividades extraescolares a realizar (deportivas, formativas o lúdicas y en general todas aquellas que constituyen gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores); en la autorización de cualquier intervención médica, preventiva, curativa o quirúrgica incluidas las estéticas (salvo casos de urgente necesidad), tratamiento médico no banal o tratamiento psicológico, vacunas no previstas en el calendario oficial publicado por las autoridades sanitarias competentes, tratamiento de quimioterapia, etc. tanto si entrañan algún gasto como si están cubierto por el sistema público de sanidad o por algún seguro privado, siempre que no sea suficiente el mero consentimiento de los menores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica y a la realización por los menores de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión (bautismo, comunión, confirmación y similares en otras religiones)

2 En similares términos se pronuncia Campo Izquierdo, A. L.: "Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?", *Diario La Ley,* núm. 7206, 2009, p. 1, que indica que la guardia y custodia estaría integrada dentro de la patria potestad y consistiría en el "derecho-deber" del progenitor que tenga al menor en su compañía a tomar las decisiones del día a día y a cuidarlo, pero "cualquier otra decisión importante que afecte al desarrollo integral del menor constituye ejercicio de la patria potestad". Pinto Andrade, C.: *La custodia compartida,* Vol. I, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 2009, p. 35, también pone de relieve que existe una "relación del todo a la parte" entre la patria potestad y la guardia y custodia, por tanto, en una situación de "normal convivencia" no sería posible distinguirlas. Sin embargo, cuando tiene lugar la separación o el divorcio, la guardia y custodia se correspondería con "las funciones de ésta [patria potestad] que requieran de la convivencia (cuidado y compañía) con el hijo, pues no es posible que los padres realicen materialmente las funciones encomendadas en la patria potestad, sino que sólo el progenitor que tenga encomendada la convivencia o guardia podrá realizarlas".

3 *Vid. Supra,* también Nevado Montero, J. J.: "El cambio de domicilio unilateral por el progenitor custodio", *La LEY: Derecho de familia*, núm. 16, octubre-diciembre, 2017, p. 12. Del mismo modo, Díaz Solís, A.: "Divergencias en el ejercicio de la patria potestad, en especial autorización para el cambio de domicilio", *Diario La Ley,* núm. 9186, 2018, p. 5, apunta que: "en modo alguno cabe dejar al arbitrio del progenitor que tenga atribuida la guardia y custodia, ya que tomar esa decisión unilateralmente [cambiar el domicilio del menor] excedería con mucho el ámbito del ejercicio ordinario de la patria potestad".

4 STS 25 abril 2016 (Roj 2016, 1793).

así como en la decisión sobre la realización o no de un acto social relevante y el modo de llevarlo a cabo, sin que al respecto tenga prioridad el progenitor con quién se encontraran los menores en el momento de ser realizado; en la fijación y posteriores traslados de domicilio fuera de la provincia o al extranjero (salvo viajes vacacionales) siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de visitas o relaciones vigente y/o apartarlos de su entorno habitual; y en la autorización para la salida del territorio nacional. En defecto de acuerdo, deberá someterse la decisión a la autoridad judicial correspondiente".

Esta postura jurisprudencial, no ha sido del agrado de todos y en su día ya se planteó si era posible restringir de esta forma al progenitor custodio en relación a su capacidad de fijar su domicilio y el de los menores. No obstante, el Supremo ya señaló en la STS 15 octubre 2014[5] que: "Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia. Y si la determinación del domicilio de los menores debe estar presidida por el principio de protección que todos ellos merecen, en el marco del proceso matrimonial, la sentencia recurrida debe mantenerse por sus propios términos". Confirmado en el mismo sentido por la STS 20 octubre 2014[6], que reproduce en casi exactos términos dicha doctrina en su fundamento de derecho segundo.

Igualmente, la STS 18 enero 2017[7], vuelve a poner el acento en que: "Lo importante y relevante no es si se puede coartar la libertad del progenitor custodio a elegir residencia, sino sobre la procedencia o improcedencia de pasar el menor a residir en otro lugar, lo que le puede comportar un cambio radical tanto en su entorno social como parental, con problemas de adaptación". Es decir, ya podemos concluir que será el interés del menor el que determine fundamentalmente si se autoriza o no el traslado.

Dicho esto, queda claro que el traslado del progenitor custodio con los menores precisará necesariamente del acuerdo de ambos progenitores y quedará sometido al régimen del art. 156 CC, el cual determina en su primer párrafo que: "La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno

5 F.J. 4º, STS 15 octubre 2014 (Roj 2014, 3900).

6 STS 20 octubre 2014 (Roj 2014, 4072).

7 F.J. 3º, STS 18 enero 2017 (Roj 2017, 166).

solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad".

No obstante, en caso de desacuerdo sigue diciendo que: "cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todos caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuir total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años".

III. CAMBIO DE DOMICILIO CUANDO SE TRASLADA EL PROGENITOR NO CUSTODIO.

Como ya he adelantado antes, el cambio de domicilio del progenitor no custodio no encierra tanta dificultad y no existe norma que limite su libertad de fijar domicilio. De todos modos, esto no supone que no hayamos de tener presentes determinadas cautelas, ya que, a pesar de la distancia, sigue existiendo un derecho a relacionarse y comunicarse con sus hijos. Es más, no se trata de un privilegio del progenitor, sino de un derecho-deber que cumple la función de cubrir las necesidades emocionales y educativas de los hijos, así como de mantener los lazos afectivos entre estos y sus progenitores[8]. Por tanto, si no queremos incurrir en un incumplimiento de las medidas pactadas o impuestas judicialmente tras la ruptura matrimonial (debido a la imposibilidad de cumplirlas por la distancia geográfica), deberemos revisarlas y proponer unas nuevas que se ajusten a las nuevas circunstancias. Para ello, lo más recomendable sería que las partes pactasen un nuevo convenio regulador que posteriormente fuese homologado judicialmente o, en defecto de acuerdo, presentar una demanda de modificación de medidas ante el cambio de circunstancias acaecido.

Un buen ejemplo de modificación de régimen de visitas por traslado del progenitor no custodio es la SAP Las Palmas 27 junio 2017[9], en dicha sentencia se describe la situación de la madre no custodia que se traslada a vivir de Las Canarias a Barcelona, lo que supuso el paso a un régimen de visitas flexible de puentes, festividades y vacaciones escolares. Asimismo, la resolución resulta de interés

8 Así, lo considera la doctrina mayoritaria, encabezada por Rivero Hernández, F.: "Comentario al art. 94 CC" en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. J. Rams Albesa y R. M. Moreno Flórez), Tomo II, Vol. 1º, Bosch, Barcelona, 2000, p. 962; véase también, Díaz Martínez, A.: "Comentario al art. 94 CC" en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 976; y Ordás Alonso, M.: *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad,* Bosch (Wolters Kluwer), 1ª ed., Madrid, 2019, pp. 25-26.

9 SAP Las Palmas 27 junio 2017 (AC 2017, 1191).

porque la sentencia de instancia que fija el mencionado sistema es recurrida en apelación por el padre custodio, alegando que el interés del menor también pasa por disfrutar de la presencia paterna durante los momentos de ocio y no solo a lo largo del año escolar. De esta forma, el Tribunal concluye que: "el menor tiene que tener un contacto lo más frecuente posible con la madre y esto se favorece concediéndole todos los puentes del año, carnavales y semana santa, pero que por otro lado el padre y el menor también han de poder disfrutar de la mutua compañía en períodos de ocio, y no solo durante el año escolar, y esto se cumpliría estableciendo el reparto de las vacaciones de navidad y verano entre ambos progenitores".

Por último, como es lógico, en caso de que el traslado sea de poca entidad y no exista un cambio sustancial de las circunstancias[10] que justifique una modificación de las medidas acordadas, en general, no habría razón para anudar al cambio de domicilio una consecuencia como la descrita en este apartado.

IV. CAMBIO DE DOMICILIO CUANDO SE TRASLADA EL PROGENITOR CUSTODIO.

A diferencia de lo anterior, cuando quién se traslada es el progenitor custodio con los menores, nos encontramos ante una decisión que sí afecta al ámbito de la patria potestad y debe ser consensuada entre los dos. Lo mejor, al igual que el supuesto anterior, es que las partes lleguen a un acuerdo que puede consistir también en una modificación del régimen de visitas para que el progenitor no custodio no pierda el contacto con los menores y pueda seguir formando parte de su vida. Del mismo modo, será recomendable que este convenio pase por la homologación judicial.

Sin perjuicio de lo anterior, entendemos al igual que cierta parte de la doctrina[11], que cabría sostener una teoría ecléctica por la que los cambios de domicilio de escasa entidad que no implicasen una salida del entorno familiar o social, tampoco supusiesen un cambio de colegio, ni una modificación de las medidas adoptadas. A saber, un traslado a otro barrio de la misma población o incluso, desde mi punto de vista, a un pueblo u otra localidad muy cercana, no precisarían el consentimiento de ambos progenitores. Solamente sería necesario notificar de forma fehaciente a

10 Cómo señala Ordás Alonso, M.: *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad,* cit., p. 174, "no puede verse en la reforma legislativa una vía abierta para la solicitud de una modificación de medidas en ausencia de un cambio sustancial de las circunstancias". Puesto que, como sigue diciendo: "las medidas definitivas son fijadas con vocación de fututo y permanencia en el tiempo, en evitación de que pequeñas incidencias, (…) aboquen a las partes a incesantes procesos de modificación de las mismas para su reajuste".

11 Pinto Andrade, C.: "La decisión de cambio de residencia del menor: Cómo encararla jurídicamente de manera adecuada", en el *Blog de Cristóbal Pinto* (Consultado el 18 mayo 2020) https://www.jurisprudenciaderechofamilia.wordpress.com/

la otra parte de la nueva situación, a pesar de que técnicamente seguiría estando dentro del ámbito de la patria potestad.

Sin embargo, lo usual es que estos asuntos acaben siendo muy conflictivos. Así, en mi opinión, diferenciaría dos grandes grupos de casos. Por un lado, aquellos en los que el progenitor custodio de buena fe hace saber al no custodio que, por diversos motivos, desea cambiar de domicilio a otro lugar, pero se encuentra con la oposición frontal del otro progenitor en relación con sacar a los menores de su entorno habitual. A su vez, este primer grupo tendría una variante, consistente en que el no custodio no se opone al traslado, pero solicita el cambio de custodia. Por otro lado, tendríamos aquellos, más peligrosos, en los cuales el progenitor custodio decide cambiar de domicilio unilateralmente sin contar con el consentimiento del no custodio, los que, obviamente, pueden implicar consecuencias muy graves.

Si seguimos el primer grupo de casos, al progenitor custodio de buena fe le puede resultar muy útil proceder de una determinada forma, con el objeto de intentar minimizar los problemas con el otro progenitor. Aunque inevitablemente acaben acudiendo a los tribunales para que el juez decida.

Para esto, retomaré la ya mencionada STS 25 abril 2016, la cual también establece el procedimiento a seguir para informar sobre el cambio de domicilio: "Cada progenitor deberá comunicar al otro con una antelación mínima de 20 días su intención de cambiar de domicilio en la misma población o de 60 días si es en otra población. Si dicho cambio de domicilio de un progenitor deviene incompatible con el régimen de estancias del otro progenitor con sus hijos, ambas partes de común acuerdo deberán revisar el régimen de relaciones y visitas para alcanzar otro sistema que salvaguarde la relación de los menores con cada progenitor, considerando el interés superior de los hijos. Y todo ello sin perjuicio de solicitar el progenitor que lo estime necesario la oportuna modificación de medidas a través del trámite procesal oportuno".

Asimismo, no debemos olvidar que la patria potestad se puede ejercer con el consentimiento tácito del otro progenitor, por lo que si se prueba que la intención de traslado fue comunicada de forma fehaciente y el no custodio decidió ignorarla, se podrá entender que ha consentido de forma tácita el cambio de domicilio. A este respecto, traería a colación una conclusión que tuvo lugar en las Jornadas Encuentro entre Abogados, Jueces y Secretarios de 2012, según la cual: "Los progenitores que ejercen la potestad parental, patria potestad, autoridad parental, y/o autoridad familiar, con independencia de cual sea el progenitor custodio y el progenitor que solo tenga derecho de visitas, salvo que la autoridad judicial haya dispuesto otra cosa, necesitan el consentimiento expreso o tácito del otro para cambiar el lugar de residencia del menor si esto le aparta de su entorno habitual. Se entiende que se ha conferido tácitamente si ha vencido el plazo de 30 días

desde la notificación, debidamente acreditada para obtenerlo, y el otro progenitor no ha se ha opuesto por cualquier medio admitido en derecho. En caso de que sea necesaria una resolución judicial se considera que la misma ha de obtenerse a través de un procedimiento sumario en toda su tramitación incluida la apelación"[12].

Finalmente, si tras la correcta comunicación, el progenitor no custodio se opone al cambio de domicilio de los menores, quedaría expedita la vía judicial. En principio, una divergencia puntual sobre las decisiones cubiertas por la patria potestad debería ser encauzada a través del procedimiento regulado en el art. 85 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. No obstante, cuando nos encontramos ante un supuesto como el presente en el cual se puedan ver afectadas las medidas definitivas acordadas por sentencia firme o convenio regulador, porque se establezca un nuevo régimen de visitas en caso de autorizar el cambio o ,tal vez, se modifique la custodia inicialmente determinada, tendremos que acudir al procedimiento regulado en el art.775 LEC[13].

Dicho esto, en el segundo grupo de situaciones nos encontraríamos aquellas en las cuales el progenitor custodio decide de forma unilateral cambiar el domicilio de los menores sin el consentimiento del otro progenitor. Estas conductas, sobre todo si implican una lejanía tal que impiden el contacto con el progenitor no custodio (véase un traslado al extranjero), pueden acarrear graves consecuencias, por ejemplo, constituir un supuesto de sustracción internacional de menores. De todos modos, no constituye el objeto de este estudio analizar dichas figuras sino centrarnos en cómo articular desde un punto de vista civil el cambio de domicilio, así como los criterios que a los efectos del mismo sigue nuestra jurisprudencia.

A pesar de ello, cabe destacar, a modo de análisis de tales situaciones, que la necesidad de actuar rápido, incluso de manera preventiva, resulta en ocasiones lo más adecuado. En ese sentido, si existen sospechas fundadas de que se va a producir dicho escenario, no hay que perder de vista las medidas cautelares que propone el Código Civil en el art. 158.3º para evitar la sustracción de los hijos, esto es: "a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiera expedido; c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor". Las dos primeras son verdaderamente drásticas, aunque pueden ser muy útiles si existen indicios suficientes para sospechar que el custodio va a sacar al menor del país. La tercera, en cambio, tiene más sentido desde un punto de vista geográfico nacional, y puede servir para poner sobre aviso al progenitor custodio de que, si procede a trasladar al menor a otro punto del

12 Así lo recoge Nevado Montero, J. J.: "El cambio", cit., p. 6.

13 Comparte nuestra opinión, Díaz Solís, A.: "Divergencias", cit., p. 3.

Estado, nos situaríamos ante un claro incumplimiento de resolución judicial lo que puede redundar en una pérdida de custodia.

De hecho, pondría de relieve hasta que punto es importante la prevención con la STS 18 abril 2018[14], pues muestra cuál es la postura del Supremo ante alteraciones de domicilio de los menores que, si bien han sido irregulares, ya se han consolidado con el paso del tiempo. En dicha sentencia, los antecedentes fueron los siguientes: En 2015 la progenitora custodia informa al progenitor custodio su intención de trasladarse con la menor de Vitoria (Álava) a Oñati (a 38 km de distancia, en Guipúzcoa), pues su nueva pareja tiene trabajo allí e igualmente viven con él sus dos hijos de un anterior matrimonio. El progenitor custodio se niega pues considera que no es apropiado que su hija salga de su entorno en Vitoria y pase a vivir a Oñati. Sin embargo, a pesar de la oposición de su ex cónyuge, la progenitora custodia decide de forma unilateral efectuar el traslado, ante lo cual, una vez consumado, el no custodio presenta una demanda de modificación de medidas solicitando al Juzgado que establezca el sistema de guarda y custodia que considere más adecuado en función de las circunstancias, pero que la menor sea reintegrada en su entorno y siga estudiando en Vitoria. La tramitación se complica y llega hasta el Supremo, resolviéndose tres años después.

Pues bien, el Alto Tribunal señala que, si bien la actitud de la ex cónyuge es "reprobable", ello no supone que deba "acarrear una sanción que perjudique el interés de la menor". El Supremo centra el asunto desde el punto de vista del interés del menor ante cualquier otra consideración. Sigue diciendo que: "Es forzoso reconocer que casi tres años después de efectuado el cambio de residencia es difícil abordar la cuestión, dado que la menor se ha enraizado en un nuevo entorno, en un nuevo colegio, con nuevas amigas/os y vecinos. En esa nueva ciudad, Oñati, de la que es natural el marido de su madre (D. Jaime), el mismo trabaja en una fábrica, en dicha localidad reside la familia extensa de D. Jaime. También en Oñati están escolarizados en el mismo colegio los dos hermanos (de vínculo sencillo) de Agustina. Igualmente en el mismo colegio trabaja la cuñada de la hoy recurrente"[15].

Por lo que concluye que: "De lo expresado se deduce que se ha producido la consolidación de una nueva residencia en Oñati que, en su día, pudo haberse evitado con la adopción de las correspondientes medidas provisionales o cautelares, pero que a estas alturas provoca que no sea aconsejable someter a la menor a un nuevo cambio de ciudad, colegio, amigos y entorno, máxime cuando la escasa distancia entre localidades no impide el contacto del padre con la menor (arts. 92, 94 y 103 CC)".

14 STS 18 abril 2018 (Roj 2018, 1383).

15 F.J. 6º, STS 18 abril 2018 (Roj 2018, 1383).

En definitiva, el Supremo indica que no le parece lo más adecuado someter a la menor a la inestabilidad de un nuevo cambio de domicilio, cuando ya parece adaptada a su nuevo entorno, sin que haya surgido ningún inconveniente que aconseje su vuelta a Vitoria. Y al mismo tiempo, considera que ese argumento pesa más que dicho traslado se haya producido por la vía de hecho, incluso llega a decir que si el demandante quería evitar este escenario tendría que haber interpuesto las correspondientes medidas cautelares.

De esta forma, mantiene la custodia de la madre y establece que se tendrá que fijar un nuevo régimen de visitas en el cual los gastos de desplazamiento no perjudiquen al progenitor no custodio.

En un pronunciamiento reciente el Supremo se ha vuelto a pronunciar sobre la cuestión[16], el supuesto de hecho era parecido. La madre custodia decide unilateralmente sin el consentimiento de la madre no custodia llevarse a la menor de Vitoria a Alicante. Tras la correspondiente demanda y los subsiguientes trámites, llega hasta el Alto Tribunal, el cual señala que siendo imposible establecer un sistema de custodia compartida por la distancia de 400 km de ambas localidades y que, por tanto, deberá recurrirse a la custodia monoparental, decide mantener la custodia en la progenitora que la ostentaba. Porque, "el cambio de residencia unilateralmente acordado, es reprobable, pero ello no puede acarrear una sanción que perjudique el interés de la menor". Así, "a la vista de estos datos, esta Sala, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, ha de sustentar su decisión en el fundado informe psicosocial, al no constar con otro argumento más poderoso (art. 92 CC), por lo que se ha de estimar el recurso de Dña. Paulina, íntegramente, de forma que se declara que la custodia de la menor se ostentará por Dña. Paulina en la localidad de DIRECCION010, sin perjuicio de que la concreción del sistema de visitas, alimentos y medidas derivadas y necesarias tras un proceso de divorcio, en relación con la menor, se desarrollará en ejecución de sentencia […]".

V. CRITERIOS DEL SUPREMO ANTE EL CAMBIO DE DOMICILIO DE LOS MENORES.

1. Criterios generales.

Una vez ya nos encontramos ante una solicitud de autorización judicial para cambio de domicilio de los menores porque los progenitores no llegan a un acuerdo, toca analizar cuáles son los criterios a los que suele recurrir la jurisprudencia para denegar o autorizar el mismo.

16 STS 28 enero 2020 (Roj 2020, 176).

En primer lugar, destacaría que, desde hace un tiempo, nuestra jurisprudencia en general y el Tribunal Supremo en particular no cae en el reduccionismo de identificar el interés del menor con la necesidad de permanecer en un entorno determinado porque sea negativo salir del ambiente social en el que hasta el momento había vivido. Todo lo contrario, considera que en una sociedad como la actual, el cambiar de residencia puede resultar hasta enriquecedor y no se puede entender a priori como una circunstancia nociva para el desarrollo de los menores. De hecho, la SAP Barcelona 14 septiembre de 2011[17] ya apuntaba que: "Los hijos no nacen anclados a un lugar físico determinado, a una ciudad o a un territorio sino que, en todo caso, están fuertemente vinculados al domicilio de su familia y al lugar en el que desarrollan la vida habitual sus progenitores. Cuando se produce la separación de éstos y el cambio de domicilio de alguno de ellos, es deseable que se mantenga una cierta normalidad para que las modificaciones consiguientes a la ruptura afectiva entre sus padres no le repercutan negativamente, pero no es éste un bien absoluto en sí mismo, puesto que lo esencial sigue siendo la determinación del superior interés del menor". Es decir, lo fundamental consiste en que se encuentren acompañados de las personas que favorezcan su estabilidad emocional y repercutan positivamente en su evolución como personas. No en que residan en una concreta localidad.

En similares términos, la SAP Barcelona 8 abril 2016[18], pone de relieve, a la hora de valorar la opinión del menor sobre el cambio de domicilio, que: "Es evidente que todo cambio produce sensaciones y sentimientos encontrados, y que es sumamente difícil la adaptación a los mismos. Mas la experiencia demuestra, y en ello es buena muestra la movilidad de ciertas profesiones (como ocurre con una buena parte de los funcionarios públicos), o la que impone la vida de excelentes deportistas, investigadores y científicos, que la capacidad de adaptación a las nuevas circunstancias que aportan los cambios de residencia en la niñez y en la juventud, lejos de ser un riesgo para los hijos es una oportunidad para el aprendizaje y la preparación para afrontar los retos de la sociedad del siglo XXI en la que la movilidad personal, condicionada por muchas y muy diversas circunstancias, va a ser una característica relevante".

En ese sentido, la jurisprudencia considera mucho más decisivo, en el momento de autorizar o no el cambio de domicilio, si la medida está realmente justificada y es razonable, por ejemplo, porque el progenitor custodio haya encontrado trabajo en otra localidad o haya rehecho su vida con otra persona y pase a vivir con ella en otro lugar. Poniendo el foco de atención en que la alteración de la residencia no constituya una mera estratagema para obstaculizar la relación del menor con el progenitor no custodio.

17 F.J. 2º, SAP Barcelona, 14 septiembre 2011 (Roj 2011, 9953).

18 F.J. 6º, SAP Barcelona, 8 abril 2016 (Roj 2016, 3303).

Un buen ejemplo de autorización de cambio de domicilio porque el progenitor custodio ha encontrado trabajo en otro municipio es la STS 10 septiembre 2015[19], el supuesto de hecho es el siguiente: La madre custodia residente en Porto Colom (Mallorca) encuentra empleo de profesora de colegio en Sitges (Barcelona), tras comunicarlo a su ex cónyuge este se niega al cambio de domicilio. Entonces, presenta demanda de modificación de medidas alegando que en el futuro ya no será posible cumplir con las medidas pactadas pues se tendrá que trasladar a Sitges, implicando como mínimo un cambio en el régimen de visitas. En la contestación de la demanda, el progenitor no custodio alega que no tiene inconveniente en el cambio de domicilio de su ex esposa, pero que en ese caso solicita la custodia de los menores.

En Primera Instancia, el Juzgado de Manacor da la razón al padre pues considera que sus posibilidades económicas y que todo su entorno familiar (tanto materno como paterno) resida en la isla resulta mucho más beneficioso para los menores. En apelación, la Audiencia de Palma de Mallorca estima el recurso de la madre pues entiende "que dicho cambio de domicilio no supondrá problemas de adaptación de los menores. Que durante la convivencia de los progenitores era la madre la que se ocupaba personalmente y en mayor medida a atender todas sus necesidades, aunque el padre le ayudara cuando sus ocupaciones laborales se lo permitían. Asimismo, señala que por la profesión de la madre (maestra de escuela), esta ha podido cuidar y podrá cuidar en el futuro de sus hijos de manera personal y sin necesidad de acudir habitualmente a la ayuda de terceras personas al coincidir su horario laboral con el horario escolar de los menores mientras que el padre por razón de su trabajo precisaría de la asistencia y ayuda de terceras personas para cuidar de los menores".

Recurrida en casación la sentencia, el Supremo confirma la resolución de segunda instancia habida cuenta que en "la sentencia recurrida se ha velado por el interés de los menores, analizando exhaustivamente la situación de los mismos, partiendo de la aptitud de ambos progenitores, pero concluyendo que la guarda y custodia por la madre era la mejor opción posible, dado que esa fue la situación adoptada, de común acuerdo, por ambos miembros de la pareja, al iniciarse la crisis, unido a que la profesión de la madre como maestra le permitía una mejor adaptación a los horarios de los menores, sin necesidad de acudir al apoyo externo, del que el padre sí ha precisado al regentar un negocio familiar"[20].

Como se puede observar, el Tribunal Supremo no considera perjudicial para los menores el cambio de entorno o que se tengan que adaptar a una nueva realidad vital. Sino que da más importancia a exista un motivo justificado para

19 STS 10 septiembre 2015 (RJ 2015, 5991).

20 F.J. 4º, STS 10 septiembre 2015 (RJ 2015, 5991).

alterar la residencia y, sobre todo, otros factores como la mejor conciliación familiar de la que disfruta la madre custodia por su trabajo y el hecho de que fuese ella la encargada de la guarda y custodia de los menores en virtud del convenio regulador que se pactó tras la ruptura. En otras palabras, considera que, si la custodia se ha ido desarrollando positivamente, su modificación puede implicar más desventajas que mejoras.

Por último, la sentencia otorga un amplio régimen de vistas al padre para compensar la distancia geográfica, incluyendo la totalidad de las vacaciones de Semana Santa y puentes. Sin perjuicio de que, manteniendo lo precedente, puedan adoptar el reparto que consideren más beneficioso para los menores como ya lo venían haciendo antes.

Sentado lo anterior, cuando no exista un motivo razonable para justificar el cambio de domicilio o el interés del menor lo desaconseje por tratarse de una "decisión caprichosa" del progenitor custodio, la jurisprudencia tiende a restringir la modificación del domicilio de los menores[21]. Prueba de ello, es la STS 15 octubre 2015[22], en dicha sentencia se plantea la siguiente situación: la madre custodia decide tras el divorcio cambiar de domicilio pues, según ella, existe un ambiente de tensión con la familia paterna en la localidad dónde residen, Billabona (Guipúzcoa). Por lo que pretende irse a Tolosa en la misma provincia. En primera instancia, el Juzgado mantiene la guarda y custodia de la madre, otorgándole la facultad de elegir el domicilio de los menores. En apelación, la Audiencia Provincial, no modifica la guarda y custodia (mientras por el ex cónyuge se solicitaba una custodia compartida), pero retira la potestad de elegir el domicilio.

El Supremo finalmente confirma la resolución de segunda instancia pues considera que no existen razones fundadas para alterar la residencia de los menores, es más señala que el interés de los mismos aconseja que se queden en Billabona. Los principales argumentos del Supremo son: Por un lado, que alejar a los menores de su entorno paterno no va a mejorar la situación existente, todo lo contrario, según el informe psicosocial es más probable que empeore. Por otro lado, que la ubicación de la nueva residencia en el Polígono Industrial Usabal 29-1 de Tolosa, no es el mejor ambiente para el domicilio de los menores. Pues Billabona "ofrece mayores y mejores prestaciones para los menores en áreas

21 Un sector de la doctrina igualmente lo considera, véase Callejo Rodríguez, C., "Determinación del domicilio del menor y su modificación", *La LEY: Derecho de Familia,* núm. 10, 2016, p. 5. "La razonabilidad de la decisión del cambio de residencia lleva a analizar cuál es su origen y causa real. Para la valoración de este criterio, como ya hemos señalado, se parte de que el cambio de residencia no tiene que ser necesariamente perjudicial para los menores, pero tampoco puede responder a una decisión caprichosa del progenitor custodio y menos aún, que su finalidad sea obstaculizar o impedir la relación con el otro progenitor".

22 STS 15 octubre 2015 (RJ 2014, 4894).

tales como parques infantiles, cercanía de los domicilios de los amigos, ikastola, parroquia, lo que favorece a su desarrollo integral"[23].

En relación con la custodia compartida, el Tribunal indica que "es la madre quien se dedicó prácticamente en exclusiva al cuidado de los tres niños desde su nacimiento hasta el momento actual, quien por tal motivo dejó de trabajar, y sin que se le pueda efectuar reproche de ningún tipo en cuanto a las labores de cuidado, atención y correcto ejercicio de las funciones parentales; que el padre tiene una menor disponibilidad de tiempo para el cuidado y la atención de los mismos; que 'de la prueba practicada, esencialmente el Dictamen del equipo Psicosocial y el interrogatorio de la Sra. Elisabeth, entendemos que existe una relación de conflictividad centrada, fundamentalmente, entre la Sra. Elisabeth y la familia paterna', que puede no resultar beneficiosa para los hijos teniendo en cuenta las labores de cuidado y atención que deberían prestarles en razón a esa escasa disponibilidad de tiempo por parte del padre; todo lo cual no parece la fórmula idónea para proteger el interés de los menores que es lo que, en definitiva, fundamenta la medida"[24]. Es decir, para este expediente si considera relevante la existencia de una mala relación con la familia paterna, ya que dadas las circunstancias será esta y no el padre no custodio quién atienda mayoritariamente a los menores durante el período de visitas. Igualmente, como ya he apuntado anteriormente, se valora positivamente para mantener la custodia que ya fuera ella quién se ha encargado de los menores, sin que, además, haya surgido ningún problema.

Cierto autor señala que para valorar la adecuación o no de la medida de cambio de domicilio, sin olvidarnos de los criterios que ya hemos señalado, deberemos llevar a cabo una "una simulación de escenarios, no con dotes adivinatorios, sino basada en hechos objetivos, es decir, respondiendo a las siguientes preguntas: Cómo se va a solucionar en la nueva ciudad el problema de vivienda, colegio, atención médica; apoyos de terceras personas si el progenitor custodio y su nueva pareja trabajan, etc."[25]. En consecuencia, podríamos concluir que si efectuamos ese análisis y no se desprende que la nueva situación vaya a afectar negativamente a los menores, pues van a tener todas sus necesidades cubiertas, los tribunales no deberían poner ningún obstáculo a su efectividad. Siempre y cuando, claro está, se trate de una medida razonable y no responda a un intento de dificultar la relación de los menores con su otro progenitor.

Para terminar, no podemos dejar de mencionar que, tal como recoge la Ley, se deberá oír a los menores cuando tengan suficiente madurez y, en todo caso, si

23 F.J. 4º, STS 15 octubre 2015 (RJ 2014, 4894).

24 F.J. 5º, STS 15 octubre 2015 (RJ 2014, 4894).

25 Pérez Martín, A. J.: "Peticiones de cambio de custodia por traslado del progenitor custodio a la ciudad donde reside su nueva pareja", *Revista Aranzadi de Derecho de Familia*, núm. 83, 2019, p. 3.

son mayores de doce años (art. 156 CC). Sobre esta idea la doctrina ha puesto manifesto que el menor ha de ser "capaz de expresar su opinión, de forma madura y razonable, y siempre que la decisión a adoptar por los padres, le afecte directa o indirectamente, pues, de no afectarle el menor no ha de ser oído. Es claro que, operan en este precepto dos criterios subjetivos: el suficiente juicio y que la decisión afecte al menor"[26]. En mi opinión, añadiría que, como también ha podido apreciar la jurisprudencia, la mera negativa injustificada del menor de abandonar su hogar por el propio temor o rechazo natural a los cambios (que puede deberse a la incertidumbre que le genera su nuevo colegio, el alejamiento de sus amigos, etc.) no puede tener un peso especial en la valoración del Tribunal.

Así se desprende de la SAP Málaga 15 junio 2015[27] cuando dice que: "el hecho de que Sonsoles quiera permanecer en Marbella no es sino el deseo de que su vida no se altere, pero la misma no refirió ni consta ninguna circunstancia objetiva que desaconseje que sea llevada a Madrid por causarle un perjuicio cierto más allá de lo ya expuesto; que tal como puso de manifiesto el Ministerio Fiscal no cabe otorgar a la pericial de parte más valor que el hecho de que constata el deseo de la niña de permanecer en Marbella, ya que la Sra. psicóloga no ha entrevistado a la madre ni comprobado el vínculo afectivo que mantiene la niña con ella; y por último, pese a las alegaciones de que la menor no mantiene una buena relación con la actual pareja de la madre porque el mismo no le presta atención, no se ha constatado que tal pareja haya influido o pueda hacerlo de forma negativa en aspecto alguno relacionado con Sonsoles. Y teniendo en cuenta lo expuesto, se concluye en la Sentencia recurrida que se causaría un mayor perjuicio a la niña privándola de la compañía de la madre en la forma en que la ha venido disfrutando desde su nacimiento, que permitiendo su traslado a Madrid, cabiendo fijar un régimen de visitas que asegure y afiance la relación con el padre pese a tal traslado, así como que la menor conviviendo con su madre pasará más tiempo con ésta que el que podría dedicarle su padre".

2. El caso particular de la custodia compartida.

Cuando el sistema del que partimos es el de custodia compartida y no la custodia monoparental, el escenario que se nos presenta ante un cambio de domicilio de uno de los progenitores es un tanto diferente. Pues, de entrada, a partir de una determinada distancia lo aconsejable será siempre el cambio de sistema de guarda y custodia compartida a monoparental[28]. Además, algunos criterios decisivos que hemos apuntado, como es la positiva valoración que generalmente

26 Berrocal Lanzarot, A. I.: "La audiencia del menor en los procesos judiciales", *La LEY: Derecho de Familia*, núm. 7, 2015, p. 2.

27 F.J. 4º, SAP Málaga, 15 junio 2015 (Roj 2015, 2114).

28 El Supremo indica que a partir de 50 km ya es recomendable pasar a una custodia monoparental. En cambio, si la modificación es de muy poca distancia, no sería necesario alterar el sistema.

hacen los tribunales hacia el progenitor custodio que hasta el momento ha estado cuidando de los menores (debido a que, muchas veces, se pactó por las partes que fuese él quién se encargase de esa labor); pierden el sentido, ya que ambos han compartido esa función.

Así, desde mi punto vista, cobrarán mucha más importancia otros factores como la conciliación familiar de cada uno de los progenitores (o más posibilidades de apoyo familiar) e incluso, posiblemente, la salida del entorno social ya no se verá con tanta ligereza cómo se hace cuando quién debe trasladarse es el progenitor custodio. Habida cuenta que, si ambos han estado colaborando, más o menos, en la misma medida en las labores de cuidado y custodia de los menores, ninguno de los dos podrá valerse de dicho argumento para poder conservar la custodia de los menores. Es decir, ninguno podrá alegar un mayor derecho por ese motivo. Por consiguiente, en dichas circunstancias, el progenitor que por razones de trabajo deba abandonar el entorno en el que se encontraba hasta el momento e irse a otro punto de la geografía nacional, seguramente perderá la custodia y deberá establecerse un régimen de comunicación y estancia. Más aún, si el progenitor que permanece dispone de mayores posibilidades de conciliación familiar, parientes que le puedan ayudar, etc.

Algunos pronunciamientos recientes sobre el cambio de domicilio en relación con la custodia compartida son: La ya mencionada STS 28 enero 2020 por la cual el Supremo deniega la custodia compartida concedida en segunda instancia, habida cuenta que la extrema distancia entre los nuevos domicilios de las madres era de 400 Km. En ese sentido, se establece la custodia monoparental a la progenitora saliente a pesar de que se había llevado unilateralmente de su domicilio a la menor. Aquí se observa la tendencia que tiene la jurisprudencia de mantener las situaciones consolidadas.

También puede resultar de interés la STS 25 noviembre 2019[29], en ella se resuelve un caso en el cual la madre custodia traslada su domicilio solamente a cuatro kilómetros de distancia. Esta circunstancia parece a priori insignificante a efectos de solicitar una modificación de medidas, así como en relación con el consentimiento del otro progenitor por cambio de residencia de los menores. Sin embargo, el Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el padre, ya que la sentencia de la Audiencia Provincial se limita a "constatar que no se aprecia cambio de circunstancias que pueda fundamentar dicha modificación desde la custodia exclusiva a la compartida por ambos progenitores". Cuando, en opinión del Alto Tribunal, sí la habría no solo por el cambio de domicilio a cuatro kilómetros de distancia, sino también porque "éstas tienen ya tres años más que en la fecha de la sentencia de divorcio e incluso, como pone de manifiesto la sentencia de

29 STS 25 noviembre 2019 (Roj 2019, 3855).

primera instancia -remitiéndose al informe pericial- la figura de referencia de las menores es la abuela paterna".

La presente decisión del Supremo se podría explicar desde la perspectiva de que, desde hace un tiempo, existe una opinión mayoritaria en la jurisprudencia que aboga por la custodia compartida. De hecho, la propia sentencia se encarga de ponerlo de manifiesto. Y, en ese sentido, se podría decir que la evolución de las circunstancias se utiliza a modo de "excusa" para introducir un sistema que se considera más beneficioso para los menores. Es decir, aunque no nos encontremos ante una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de fijar las medidas, propiamente dicha, pesa más el interés de los menores tal como lo interpreta el tribunal[30].

VI. LOS GASTOS DE TRASLADO A CAUSA DEL CAMBIO DE DOMICILIO.

Para terminar, una de las cuestiones que será necesario abordar tras el efectivo cambio de domicilio (sea del progenitor que sea) será el reparto de los gastos por el desplazamiento para ejercer el derecho de visitas. Especialmente, cuando se trate de una distancia considerable. El fundamento de este reparto lo podemos entender igualmente ínsito en el interés del menor, pues como ya he indicado al principio del estudio, se interpreta en este ámbito como el derecho del menor a relacionarse con sus progenitores, sin que la ruptura sea motivo para obstaculizar su contacto. De esta forma, un reparto de los gastos que repercutiese la totalidad del esfuerzo económico para visitar a los menores en uno de los progenitores, perjudicaría al menor en la medida que podría impedir *de facto* la efectividad de las visitas.

Dicho esto, la doctrina existente sobre la materia fue fijada por la STS 26 de mayo 2014[31], la cual señala, como regla general, en defecto del deseable acuerdo entre las partes, que: "Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual. Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y

30 Se percata de ello, Álvarez Olalla, P.: "Modificación de medidas y custodia compartida, Comentario la STS 20 noviembre 2018", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 2019, p. 7. Si bien, luego señala que esta postura no está consolidada y es posible encontrar fallos en uno y en otro sentido, aunque la no concesión de custodia compartida se apoya más en la falta de informe psicosocial que en la constatación de que no ha habido alteración sustancial de las circunstancias. Ordás Alonso, M.: *El derecho,* cit., p. 182 y ss., también observa la tendencia del Tribunal Supremo a no considerar la alteración sustancial de las circunstancias como "un requisito *sine qua non*" para modificar el régimen de comunicación y estancia. Siendo suficiente que el interés del menor aconseje el cambio del mismo.

31 STS 26 mayo 2014 (Roj 2609, 2014).

debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables"[32].

Si bien es cierto que propone una solución, no fija exactamente como repartir los gastos, solamente indica los principios que se deben seguir en este caso, tales como: "es preciso un reparto de cargas, de forma que ambos progenitores sufraguen los costes de traslado de forma equilibrada y proporcionada a su capacidad económica, teniéndose en cuenta sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad de horario laboral, etc.". A mayor abundamiento, también añade que: "es preciso que se establezca un sistema prioritario y otro subsidiario, dado que pueden presentarse diferentes situaciones y será necesario ofrecer soluciones alternativas adaptadas a las particularidades de cada situación".

Al final, lo más importante de la sentencia es la puesta en valor de los principios de reparto equitativo de cargas y el siempre presente interés del menor (entendido como la no obstrucción de la relación del mismo con el progenitor no custodio, a través de obstáculos como la completa atribución de los gastos de visita). Desterrando de la doctrina del Supremo la idea de que debe ser el progenitor no custodio quién debe hacerse cargo íntegramente del desplazamiento en el régimen de comunicación y estancia con todo lo que acarrea, y planteamientos en la línea de la sentencia casada, en el sentido de justificar la atribución de la obligación de recogida y entrega al padre por haber cambiado de domicilio y, en consecuencia, de localidad de residencia. Más aún, cuando en las relaciones laborales actuales los traslados son comunes y, en ocasiones, innegociables.[33]

32 F.J. 2º, STS 26 mayo 2014 (Roj 2609, 2014).

33 En este sentido, ya me pronuncié en Muñoz Rodrigo, G.: "El desplazamiento en el régimen de comunicación y estancia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, febrero 2020, p. 735.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Olalla, P.: "Modificación de medidas y custodia compartida, Comentario la STS 20 noviembre 2018", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 2019.

Berrocal Lanzarot, A. I.: "La audiencia del menor en los procesos judiciales", *La LEY: Derecho de Familia*, núm. 7, 2015.

Callejo Rodríguez, C., "Determinación del domicilio del menor y su modificación", *La LEY: Derecho de Familia,* núm. 10, 2016.

Campo Izquierdo, A.L.: "Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?", *Diario La Ley,* núm. 7206, 2009.

Carbajo González, J.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 97, 2015.

Díaz Martínez, A.: "Comentario al art. 94 CC" en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

Díaz Solís, A.: "Divergencias en el ejercicio de la patria potestad, en especial autorización para el cambio de domicilio", *Diario La Ley,* núm. 9186, 2018.

Muñoz Rodrigo, G.: "El desplazamiento en el régimen de comunicación y estancia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, febrero 2020.

Nevado Montero, J. J.: "El cambio de domicilio unilateral por el progenitor custodio", *La LEY: Derecho de familia*, núm. 16, octubre-diciembre, 2017.

Ordás Alonso, M.: *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad,* Bosch (Wolters Kluwer), 1ª ed., Madrid, 2019.

Pérez Martín, A. J.: "Peticiones de cambio de custodia por traslado del progenitor custodio a la ciudad donde reside su nueva pareja", *Revista Aranzadi de Derecho de Familia*, núm. 83, 2019.

Pinto Andrade, C.:

La custodia compartida, Vol. I, Bosch, 1ª ed., Barcelona, 2009.

"La decisión de cambio de residencia del menor: Cómo encararla jurídicamente de manera adecuada", en el *Blog de Cristóbal Pinto,* (Consultado el 18 mayo 2020), https://www.jurisprudenciaderechofamilia.wordpress.com/

Rivero Hernández, F.: "Comentario al art. 94 CC" en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. J. Rams Albesa y R.M. Moreno Flórez), Tomo II, Vol. 1º, Bosch, Barcelona, 2000.

LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO RÉGIMEN SUPLETORIO EN UN SISTEMA CONVENCIONAL DE LIBERTAD RESTRINGIDA. CONTRASTE ENTRE PERÚ Y ESPAÑA*

COMMUNITY OF PROPERTY AS A SUPPLETIVE REGIME IN A CONVENTIONAL SYSTEM OF RESTRICTED FREEDOM. CONTRAST BETWEEN PERU AND SPAIN

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 200-229

* 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.

Romina
SANTILLÁN
SANTA CRUZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: Este trabajo ofrece un estudio sobre la configuración de la sociedad de gananciales como régimen supletorio en los sistemas jurídicos peruano y español. Existen notables diferencias entre ambos sistemas. El sistema peruano conjuga las características de un régimen convencional, restringido en su ámbito de aplicación —pues se limita a la libre elección de uno de los regímenes patrimoniales legalmente establecidos, como a su sustitución—, con las de un régimen legal. La ley fija el contenido de cada uno de los regímenes entre los que pueden elegir los cónyuges, sin que estos puedan alterar ese contenido ni el régimen supletorio que operará a falta de voluntad expresa. Hay un contraste con el Derecho español común, que tiene, a este respecto, un sistema convencional de libertad absoluta. Los cónyuges tienen amplia autonomía privada para otorgar capitulaciones matrimoniales y pueden incluso pactar la exclusión de la sociedad de gananciales como régimen supletorio. Estas cuestiones son analizadas desde la óptica del derecho comparado.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; régimen económico matrimonial; sociedad de gananciales; régimen supletorio; sistema convencional; autonomía privada de los cónyuges.

ABSTRACT: *This work offers a study on the configuration of community of property as a suppletive regime in the Peruvian and Spanish legal systems. There are remarkable differences between both systems. Peruvian system combines the characteristics of a conventional regime, restricted in their scope —because it is limited only to the free choice of one of the legally established property regimes, as well as to their replacement—, with the characteristics of a legal regime. The law establishes the content of each of the matrimonial property regimes that spouses can choose, without them being able to alter its contents or the suppletive regime that will operate in the absence of expressed will. There is a contrast with common Spanish Law which has a conventional system of absolute freedom. Spouses have extensive private autonomy to conclude marriage agreements and may agree to the exclusion of community of property as a suppletive regime. All these issues are analysed from a comparative law perspective.*

KEY WORDS: *Marriage; matrimonial property regime; community of property; suppletive regime; conventional system; private autonomy of the spouses..*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. NOCIÓN Y DEFINICIÓN DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.- III. CLASIFICACIÓN GENERAL DE LOS REGÍMENES MATRIMONIALES.- IV. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN UN SISTEMA CONVENCIONAL DE LIBERTAD RESTRINGIDA.- 1. Elección del régimen.- 2. Sustitución voluntaria.- 3. Sustitución judicial.- V. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO RÉGIMEN SUPLETORIO EN PERÚ Y ESPAÑA.

I. INTRODUCCIÓN.

En cuanto compete a la organización económica y patrimonial del matrimonio, los ordenamientos se caracterizan por adoptar diferentes modelos. En su clasificación general se admiten dos grandes sistemas o regímenes económico matrimoniales: el convencional y el legal, que responden al nivel de participación que los cónyuges van a tener en la determinación del régimen económico. Se distinguen, entonces, por ese mayor o menor ámbito de libertad que eventualmente se puede atribuir a los sujetos del matrimonio para fijar las reglas ordenadoras de sus relaciones económicas, y, en su caso, para decidir cómo ha de operar el régimen supletorio a falta de voluntad expresa.

En concreto, este trabajo ofrece un estudio sobre la configuración de la sociedad de gananciales como régimen supletorio en los sistemas jurídicos peruano y español, porque existen notables diferencias entre ambos. El sistema peruano conjuga las características de un régimen convencional, restringido en su ámbito de aplicación -pues se limita a la libre elección de uno de los regímenes patrimoniales legalmente establecidos, como a su sustitución-, con las de un régimen legal. La ley fija el contenido de cada uno de los regímenes entre los que pueden elegir los cónyuges, sin que estos puedan alterar ese contenido ni el régimen supletorio que operará ante la ausencia de una elección expresa. Sin embargo, no por eso deja de ser un sistema convencional, si bien con algunos matices que luego veremos.

Hay un claro contraste con el Derecho español común, que tiene, a este respecto, un sistema convencional de libertad absoluta. Los cónyuges gozan de una amplia autonomía privada para otorgar capitulaciones matrimoniales y pueden incluso pactar la exclusión de la sociedad de gananciales como régimen supletorio.

• Romina Santillán Santa Cruz
Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Investigadora contratada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Su labor investigadora se desarrolla en el seno del Grupo Consolidado de Investigación Ius Familiae y del Proyecto de Investigación "Análisis mediante Big Data de la argumentación jurídica contenida en las resoluciones de la Jurisdicción civil en Aragón". Correo electrónico: rsantillan@unizar.es.

La falta de capitulaciones dirigidas a la elección de un régimen determinado posibilita poner en marcha un sistema de supletoriedades (de primer y segundo grado), que tiene unas características propias y distintas a las de aquellos órdenes jurídicos, como el peruano, que están diseñados para la mera elección entre regímenes legalmente establecidos y en los que la sociedad de gananciales operará automáticamente como régimen supletorio ante la falta de elección expresa de un régimen en particular.

Vistas estas cuestiones, bajo la óptica del derecho comparado, se pretende analizar las reglas que se aplican en este escenario para comprender y valorar, como es propio en el estudio de las legislaciones modernas, la pertinencia de seguir conservando, en estos tiempos, preceptos que son restrictivos de la autonomía privada de los cónyuges y de su libertad para contratar entre sí, y que, como se verá más adelante, aún tienen acogida en el Derecho peruano. Una restricción de actuación que se presenta, no solo ya en cuanto a la elección del régimen, sino en cuanto a decidir si la sociedad de gananciales debe operar o no como régimen supletorio.

Con tal propósito, se presenta en este trabajo un breve estudio del concepto de régimen económico matrimonial para abordar seguidamente la clasificación general de los regímenes matrimoniales. Así mismo, se desarrollan los criterios que son aplicados en Derecho peruano para la determinación de este régimen económico, por tratarse de un sistema convencional más complejo que el adoptado en Derecho español común, como se había anticipado. Para finalizar, me ocuparé de la configuración legal de la sociedad de gananciales como régimen supletorio en Perú y España. Esto justifica una remisión a la doctrina de las capitulaciones matrimoniales y a la legislación española pertinente para un cabal entendimiento de los regímenes supletorios, de primer y de segundo grado, que en esta última son de aplicación.

II. NOCIÓN Y DEFINICIÓN DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

La institución del matrimonio es, sin duda, una de las realidades socio-jurídicas más importantes. Lo que hace que lo sea es, precisamente, la serie de efectos que desencadena su celebración y la forma en que esos mismos trascienden, pues inevitablemente van a tener repercusión en la esfera jurídica. Tales efectos, que se dividen tradicionalmente en personales y patrimoniales, no son indiferentes para el Derecho, que dispensa a su causa generadora, el matrimonio, una regulación civil especial en relación con los demás actos jurídicos[1], atendiendo, claro está, a las particularidades de cada ordenamiento.

1 Sobre matrimonio y Derecho, en general, *vid.* Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*: *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*, Dykinson, 4ª ed., Madrid, 2010, pp. 39-82; Albaladejo, M.: *Curso de Derecho civil*, tomo IV, Bosch, 4ª ed., Barcelona, 1998, pp. 31-74; De Pablo Contreras, P.: "El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad

Es cierto que toda relación matrimonial tiene efectos básicamente extrapatrimoniales entre las personas que han decidido casarse, pero comporta también, al propio tiempo, importantes repercusiones económicas y patrimoniales entre ambos cónyuges y de estos con terceros[2]. Las reglas a aplicarse a la dinámica patrimonial del matrimonio, provocada por la actuación de los cónyuges, variarán en función de lo que, convencional o legalmente, ellos decidan asumir o —que, ante su no elección— supletoriamente les sea dispuesto. Y ese conjunto de reglas que van a ordenar estas relaciones económicas son las que comúnmente reciben el nombre de "régimen económico del matrimonio".

El matrimonio se constituye, entonces, en el presupuesto del régimen económico matrimonial, pues la existencia de este último estará inevitablemente supeditada por la del primero, de modo tal que su inicio y término dependerán siempre de él. Pero, a su vez, y de modo inescindible, este régimen económico no es algo de lo que los cónyuges puedan prescindir, pues todo matrimonio necesita de un mínimo de reglas para organizar sus aspectos patrimoniales. A este respecto, Lacruz Berdejo justamente afirmaba que "no existe matrimonio sin régimen económico matrimonial"[3]. En tanto que para Basset, que sigue una lógica muy similar a la señalada, "por régimen económico del matrimonio (o régimen de bienes) se entiende un estatuto cuya materia son los actos jurídicos de contenido o significación económica bajo la formalidad causal del matrimonio"[4].

Por "régimen económico matrimonial", como es comúnmente denominado por la doctrina española[5], ha de entenderse aquel "conjunto de reglas dirigidas a ordenar jurídicamente las relaciones económicas de los cónyuges entre sí, y respecto a terceros"[6]. Díez-Picazo y Gullón prefieren denominarlo "régimen

del matrimonio", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016, pp. 115-149; y Peña Bernaldo De Quirós, M.: *Derecho de Familia,* Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989, p. 143. En la doctrina peruana, Gutiérrez Camacho, W. y Rebaza González, A.: "Definición de matrimonio e igualdad de los cónyuges", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. Gutiérrez Camacho), t. II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007, pp. 23-28.

2 *Cfr.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016, p. 223.

3 Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*: *Elementos de Derecho Civil IV*, cit., p. 117. Secundan esta misma afirmación, Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La economía del matrimonio", cit., p. 229; y, Monje Balmaseda, O.: "Sistemas de organización de la economía conyugal", en AA.VV.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia* (dir. por F. Lledó Yagüe y R. Herrera Campos), Dykinson, Madrid, 2002, p. 120.

4 Basset, U. C.: *La calificación de bienes en la sociedad conyugal: principios, reglas, criterios y supuestos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 50.

5 Esta tendencia doctrinal al empleo de las expresiones régimen económico del matrimonio o régimen económico matrimonial viene marcada por la legislación vigente, pues se trata de conceptos que aparecen explícitamente en el Código civil español de 1889, cuyo Libro Cuarto "De las obligaciones y contratos" contiene el Título III denominado "Del régimen económico matrimonial".

6 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La economía del matrimonio", cit., p. 223.

económico conyugal"[7], expresando bajo este concepto la misma idea sostenida en la definición más generalizada: "conjunto de reglas jurídicas que disciplinan la economía del matrimonio"[8].

Dentro del esquema del Código civil peruano (en adelante, CC per.) la dicción empleada para denominar a este régimen económico del matrimonio es la de "régimen patrimonial"[9], pero no por esto dejan de admitirse, a nivel académico, otras terminologías como la usada por la doctrina civil española mayoritaria[10]. En la misma medida, otro extremo de la doctrina comparada, especialmente dentro del contexto sudamericano, bajo el influjo de los conceptos normados en sus regulaciones vigentes, denomina también a dicho régimen del modo que lo hace el Derecho peruano[11].

En la doctrina peruana, Aguilar Llanos emplea el concepto de régimen patrimonial para referirse "a la regulación de las relaciones económicas que se dan en la sociedad conyugal"[12]. Completando esta definición, Plácido Vilcachagua caracteriza al régimen patrimonial como aquel referido a la propiedad y al manejo de los bienes que cada uno de los cónyuges adquiere o que adquieren ambos, y que es necesario para la organización patrimonial del matrimonio[13].

En suma, debe entenderse el régimen patrimonial como ese conjunto de reglas concretas de Derecho civil -y en el caso peruano se podría decir, incluso de manera más específica, de Derecho de familia[14]- orientadas a organizar los aspectos patrimoniales del matrimonio, en el que no se generan relaciones puramente económicas, pero que, en definitiva, requieren un tratamiento especial

7 *Cfr.* Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2003, p. 137.

8 Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho*, cit., p. 137.

9 *Vid.* Título III del "Régimen Patrimonial", comprendido en la Sección Segunda sobre la "Sociedad Conyugal", a su vez estructurada dentro del Libro III, dedicado al "Derecho de Familia", en el CC per. 1984.

10 *Vid.* Aguilar Llanos, B.: *La Familia en el Código Civil peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2008, p. 136.

11 En Derecho colombiano, la doctrina usa la expresión régimen patrimonial. *Vid.* Parra Benítez, J.: *Manual de Derecho civil*, Temis, 4ª ed., Bogotá, 2002, p. 288. Véase también el art. 180 del Código civil de Colombia de 1887 —ubicado dentro del Capítulo I de las "Reglas Generales", a su vez comprendido en el Título IX sobre las "Obligaciones y derechos entre los Cónyuges", que pertenece al Libro Primero "De las Personas"—, del cual se extrae que el concepto de régimen patrimonial alude a la sociedad de bienes y al régimen de bienes separados. Igual sucede en el Derecho argentino, cuyo Código civil y comercial de 2015 se refiere al "Régimen Patrimonial del Matrimonio" en el Título II del Libro Segundo de las "Relaciones de Familia", aunque su doctrina incluso suela denominarlo bajo la forma abreviada de "régimen matrimonial". *Vid.* Basset, U. C. *et al.*: "Tomo III. Artículos 401 a 723. Relaciones de Familia", en AA.VV.: *Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético* (dir. por J. H. Alterini), La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 185-192; y, Fleitas Ortiz De Rosas, A. y Roveda, E. G.: *Régimen de bienes del matrimonio*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 1.

12 Aguilar Llanos, B.: *La Familia en el Código Civil peruano*, cit., p. 136.

13 Plácido Vilcachagua, A.: "Elección y formalidades del régimen patrimonial", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. Gutiérrez Camacho), tomo II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007, p. 175.

14 En el CC per., las reglas relativas al régimen patrimonial del matrimonio aparecen articuladas dentro de uno de los Títulos que forman parte del Libro III del "Derecho de Familia".

por encontrar en el vínculo matrimonial tanto su presupuesto y causa, como su finalidad: el sostenimiento de la familia. Y aun cuando el contenido patrimonial del matrimonio tiene un cierto carácter accesorio o instrumental frente al contenido personal[15], en la práctica bien pueden darse situaciones que, frente a la necesidad de ofrecerles una solución jurídica, resulten ser tan significativas y complejas en el primer caso como en el segundo.

III. CLASIFICACIÓN GENERAL DE LOS REGÍMENES MATRIMONIALES.

Los regímenes económicos son muy variados y pueden tener diversos matices dependiendo de la regulación que les dispense cada ordenamiento en concreto. Una clasificación científica de los mismos suele ser considerada poco viable[16], siendo por ello más apropiada una referencia directa a los modelos típicos recogidos dentro del marco jurídico de cada uno de los ordenamientos implicados en este estudio, y que, en efecto, se mencionan más adelante. Este apartado está específicamente dedicado al desarrollo de la clasificación general de los sistemas o regímenes económico matrimoniales.

Desde esta perspectiva general, cuyo enfoque se centra en el sistema de organización de la economía conyugal en su conjunto, "los regímenes económico matrimoniales admiten, en cuanto a su origen inmediato, una clasificación en dos grandes categorías: la convencional y la legal propiamente dicha, en atención al papel que la autonomía de la voluntad juega en orden a determinar las reglas reguladoras de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, y entre éstos y los terceros"[17].

Esta clasificación más genérica, en la que se identifican dos grandes sistemas o regímenes (convencional y legal), responde al nivel de participación que los cónyuges pueden tener en la determinación del régimen económico. Se trata de una clasificación que se caracteriza por el ámbito de libertad que eventualmente, y con sus diversas variantes, el ordenamiento puede atribuir a los cónyuges para fijar las reglas ordenadoras de sus relaciones económicas, y, en su caso, para decidir cómo ha de operar el régimen supletorio a falta de voluntad expresa.

El sistema convencional o contractual es aquel en el cual los propios cónyuges van a estipular el régimen patrimonial que regirá los aspectos económicos de su matrimonio. Se constituye a través de los capítulos o capitulaciones matrimoniales[18]

15 *Cfr.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La economía del matrimonio", cit., p. 224.

16 *Cfr.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La economía del matrimonio", cit., p. 224.

17 Monje Balmaseda, O.: "Sistemas de organización", cit., p. 121.

18 Este es un tema sobre el que volveré después, por lo que en esta instancia me limitaré a definir las capitulaciones matrimoniales como ese acuerdo de naturaleza contractual mediante el cual los otorgantes pueden establecer o modificar el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones de carácter patrimonial que guarden relación con el mismo, y que debe celebrarse con sujeción a ciertos

que los cónyuges celebran dando cumplimiento a los requisitos legalmente preceptuados. Esta propia regulación del régimen económico puede hacerse en un ámbito de absoluta libertad, aunque con arreglo a unos límites fijados mediante normas de orden público dirigidas a garantizar la adecuada atención de las necesidades fundamentales de la familia. En este tipo de escenarios no se descartan los regímenes predeterminados, pudiendo los cónyuges elegir uno de los modelos legalmente previstos o idear su propio estatuto económico sobre la base de esos regímenes típicos[19].

En el contexto de los sistemas convencionales, donde se asienta el de libertad absoluta antes descrito, se encuentra también aquel que da a los cónyuges la posibilidad de optar por el régimen patrimonial que mejor se ajuste a sus necesidades e intereses, pero dentro de un ámbito de libertad restringida, pues dicha elección estará limitada por un número cerrado de regímenes regulados por la ley[20]. En este caso, los cónyuges se limitan a elegir un régimen entre los modelos diseñados a nivel normativo, sin posibilidad de modificar su contenido. La autonomía de la voluntad de los futuros esposos se encuentra restringida a la mera elección entre varios regímenes económicos legalmente preestablecidos, aunque reservándose la posibilidad de su sustitución las veces que se estime conveniente, pero siempre dentro del margen exigido por ley.

Frente al sistema convencional puede admitirse válidamente en los ordenamientos el sistema legal o predeterminado. En este último la ley es la encargada de fijar las normas que van a regir los aspectos económicos del matrimonio. Este sistema legal se subdivide, a su vez, en dos tipos específicos: el primero, un sistema legal o forzoso, que viene establecido por la ley como modelo único que no admite que los cónyuges puedan regular libremente sus intereses patrimoniales; y el segundo, un sistema legal supletorio, en el que la ley fijará el régimen económico aplicable al matrimonio en caso que los cónyuges no hubieran elegido, de manera autodeterminada, uno de los regímenes legalmente establecidos[21].

Vista esta clasificación general de los sistemas económicos del matrimonio, el modelo español coincide con un sistema convencional de libertad absoluta. Acoge

límites, más o menos amplios, expresamente previstos en la normativa pertinente (p. ej. limitaciones relativas a las buenas costumbres, al orden público y a la igualdad de derechos entre cónyuges). *Cfr.* Lasarte, C.: *Curso de Derecho Civil patrimonial. Introducción al Derecho*, Tecnos, 12ª ed., Madrid, 2006, pp. 133-134; y, Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La economía del matrimonio", cit., p. 239.

19 *Cfr.* Monje Balmaseda, O.: "Sistemas de organización", cit., pp. 121-122; y, Plácido Vilcachagua, A.: "Elección y formalidades", cit., p. 178.

20 *Cfr.* Monje Balmaseda, O.: "Sistemas de organización", cit., p. 122.

21 *Cfr.* Monje Balmaseda, O.: "Sistemas de organización", cit., p. 122.

en su regulación la posibilidad de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales[22]. Los cónyuges gozan de plena autonomía patrimonial al otorgar capitulaciones, pueden elegir entre los regímenes legalmente previstos (sociedad de gananciales, separación de bienes y régimen de participación[23]) o diseñar su propio régimen, que puede contener o no características de aquellos. Pueden incluso pactar la exclusión de la sociedad de gananciales como régimen supletorio. La falta de capitulaciones dirigidas a la elección de un régimen determinado posibilita poner en marcha un sistema de supletoriedades, en el que se distinguen los regímenes supletorios de primer y segundo grado, como se verá más adelante.

El modelo peruano, por su parte, se caracteriza por adoptar un sistema convencional de libertad restringida. Prevé dos tipos de regímenes económicos para el matrimonio: sociedad de gananciales y separación de patrimonios. La referencia explícita a estos regímenes -como opciones diferenciadas por las que, de modo excluyente, pueden optar libremente los cónyuges- aparece en el art. 295 CC per., que recoge las reglas para la elección del régimen patrimonial. Dichos regímenes tienen preestablecidas por ley todas las reglas que ordenarán las relaciones de tipo patrimonial que se instauren durante el matrimonio. En el sistema peruano, los cónyuges no se encuentran facultados para autorregular su régimen patrimonial. Su ámbito de libertad se limita a una mera elección y variabilidad del mismo -esta última referida al cambio de régimen en su conjunto, mas no a la posibilidad de modificar su contenido-.

No obstante, toda vez que la elección del régimen patrimonial se encuentra establecida como una mera opción que podría ser no utilizada por los futuros contrayentes, el sistema peruano establece, además, con carácter supletorio, un régimen legal: el de sociedad de gananciales. "En el Código Civil peruano el sistema de elección entre regímenes típicos es mutable; contemplándose los derechos de opción y de sustitución del régimen patrimonial, ya sea que el pacto nupcial se otorgue antes o durante el matrimonio"[24]. En este sentido, ha llegado a afirmarse que si los contrayentes desearan optar por el régimen legal supletorio, solo haría falta su inacción respecto a la mencionada elección[25]. Lo mismo sucedería si quedara invalidado el documento mediante el cual se hubiese efectuado la

22 Como bien sostiene Lasarte, C.: *Curso de Derecho Civil patrimonial*, cit., p. 134, "[l]a libertad matrimonial de organización del régimen económico matrimonial se estructura a través del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales". Sobre la configuración y alcance de la libertad de estipulación en capitulaciones matrimoniales, *vid.* Guilarte Gutiérrez, V.; Guilarte Martín-Calero, C.; Martínez Escribano, C. y Raga Sastre, N.: "Las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones por razón de matrimonio", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la familia. Los regímenes económicos matrimoniales (I)* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), vol. III, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 443-623.

23 *Cfr.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La economía del matrimonio", cit., pp. 224-225.

24 Plácido Vilcachagua, A.: "Elección y formalidades", cit., p. 178.

25 *Cfr.* Plácido Vilcachagua, A.: "Elección y formalidades", cit., p. 181.

elección del régimen patrimonial, pues se aplicaría supletoriamente el régimen de sociedad de gananciales.

Todos estos matices hacen advertir que en Derecho peruano habría una suerte de sistema mixto que conjuga las características de un régimen matrimonial convencional, de alcance muy restringido -únicamente a la libre elección de uno de los regímenes patrimoniales legalmente establecidos, como a su sustitución, si se diera el caso-, con las de un régimen matrimonial legal. Es la ley la que fija el contenido de cada uno de los regímenes patrimoniales entre los que pueden elegir los cónyuges, sin que estos puedan alterar ese contenido ni el régimen supletorio que operará a falta de voluntad expresa o cuando se invalide el documento mediante el cual se hizo la elección. Conjunto de cuestiones sobre las que se profundiza a continuación.

IV. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN UN SISTEMA CONVENCIONAL DE LIBERTAD RESTRINGIDA.

Dedicaré este apartado al estudio de los criterios que se aplican en Derecho peruano para la determinación del régimen económico matrimonial, por ser un sistema convencional más complejo que el adoptado en Derecho español. En este último, los cónyuges tienen amplia autonomía privada para otorgar capitulaciones matrimoniales y decidir el régimen económico al que desean someter las relaciones económicas y patrimoniales que procedan de su matrimonio. En cambio, el Derecho peruano contiene previsiones que frenan la autonomía privada de los cónyuges cuando se trata de ejercer su libertad de elección del régimen económico y de decisión del régimen supletorio, como seguidamente veremos.

1. Elección del régimen.

Dentro del Código civil peruano, la norma que encabeza el conjunto de disposiciones generales sobre el régimen patrimonial es aquella que contiene las reglas relativas a su elección. Se trata del art. 295 CC per., cuyo tenor literal expresa: "Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales".

El principio general es, pues, el de libertad de los cónyuges para elegir el régimen patrimonial al que decidan sujetar su matrimonio. Conforme al art. 295

CC per., la facultad para optar por uno de los regímenes preestablecidos solo puede ser ejercida antes de la celebración del matrimonio, aunque el régimen elegido no comenzará a regir sino hasta ocurrida dicha celebración. Se extrae también del citado dispositivo que el derecho de opción puede ser ejercitado por los futuros cónyuges respecto de cualesquiera de los dos regímenes típicos, siendo la forma para efectivizar su elección la que variará en uno y otro caso.

De haber decidido los futuros cónyuges que su matrimonio ha de estar regido por una separación de patrimonios, la norma dispone que aquellos deben observar tanto la forma prescrita bajo sanción de nulidad, como el requisito registral de eficacia igualmente establecido. El comentado precepto no dice que los contrayentes deban seguir la formalidad regulada si han optado por una sociedad de gananciales, pues aquella solo es exigida -y siempre de modo condicional- para el régimen de separación de patrimonios. La regulación de la forma prescrita tiene como finalidad prever la aplicación de una presunción *iuris et de iure:* si los interesados no otorgaron la escritura pública se infiere, sin admitirse prueba en contrario, que han elegido el régimen de gananciales.

Así lo apunta, precisamente, Avendaño Valdez, cuando señala que la opción por el régimen matrimonial de separación de patrimonios debe ser expresa: "[E] l silencio de los cónyuges hace presumir, *Jure et de Jure (sic),* que se ha elegido el régimen de comunidad. Más aún, la opción expresa a favor de la separación patrimonial tiene una formalidad esencial que comprende dos etapas: el otorgamiento de una escritura pública y su inscripción en el Registro Personal. El artículo 295º es muy claro cuando al referirse a esa última, dice que ella es indispensable para que la separación patrimonial 'surta efectos'. La naturaleza esencial de la inscripción queda reiterada por el artículo 296º"[26].

En caso de optar por el régimen patrimonial de sociedad de gananciales, solo haría falta que los cónyuges omitieran seguir el procedimiento previsto para la elección de la separación de patrimonios, en virtud de lo cual operará la presunción antes mencionada. El régimen de gananciales igualmente tendrá aplicación cuando, pese a haber optado los cónyuges por un modelo de separación, el documento en que lo hicieron constar fuese nulo o se declarara posteriormente su nulidad, en cuyo caso la sociedad de gananciales regirá como régimen legal supletorio. Entiéndase que esta aplicación supletoria también tendrá lugar en caso que los cónyuges no hubieran elegido nada al tiempo del matrimonio, ya sea porque desconocían su derecho de optar por un régimen patrimonial o porque sencillamente decidieron sujetarse, sin más, a lo que legalmente en esta materia se hallara previsto.

26 Avendaño Valdez, J.: "Los bienes en el matrimonio", en AA.VV.: *La Familia en el Derecho peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 254.

A propósito de la facultad de opción regulada para la determinación del régimen patrimonial, afirma Plácido Vilcachagua que, "al contemplarse los regímenes patrimoniales de sociedad de gananciales y de separación de patrimonios, se incorpora el sistema de elección y de variabilidad entre estos dos regímenes típicos, regulados en la ley"[27]. A lo que añade el mismo autor que, "con la introducción de este sistema, se desarrolla el derecho de opción entre los contrayentes (artículo 295 del Código civil), para elegir -antes del matrimonio y no durante; posibilidad, esta última, que permitiría eliminar formalidades costosas si la opción constara en el acta matrimonial- el régimen patrimonial al que se adhieren y que comienza a regir al celebrarse el matrimonio, y el derecho de sustitución entre los cónyuges (artículo 296 del Código Civil), para cambiar el régimen patrimonial en que se encuentran y adherirse al otro"[28]. El derecho de sustitución será abordado en el epígrafe siguiente.

Respecto de la forma prescrita para la elección del régimen de separación de patrimonios, de modo unánime la doctrina peruana ha señalado que se trata de una forma *ad solemnitatem,* pues debe hacerse por escritura pública y su inobservancia es sancionada con nulidad[29]. Además de la forma establecida como requisito de validez para la constitución del anotado régimen patrimonial, se dispone como requisito de eficacia su inscripción en el Registro Personal. Aunque la norma no lo diga expresamente, se deduce que esta inscripción registral tiene como finalidad dotar al acto de una publicidad especial para la protección de los terceros que, de buena fe y a título oneroso, pudieran contratar con los cónyuges[30].

Resulta oportuno anotar aquí el comentario que merece el tema en cuestión para Tuesta Silva, en cuyas palabras la inscripción registral es un requisito de eficacia u oponibilidad frente a terceros, mas no así para las partes, pues entre estas el acuerdo debe entenderse oponible desde el otorgamiento de la escritura pública correspondiente[31]. La interpretación que propone este autor concuerda con lo

27 Plácido Vilcachagua, A.: "Elección y formalidades", cit., p. 179.

28 Plácido Vilcachagua, A.: "Elección y formalidades", cit., p. 179.

29 *Cfr.* Varsi Rospigliosi, E.: *Tratado de Derecho de familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*, tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 59; y, Plácido Vilcachagua, A.: "Elección y formalidades", cit., p. 181. La Corte Suprema también se ha pronunciado en el mismo sentido: "La sustitución de un régimen patrimonial por otro durante la vigencia del matrimonio debe constar en escritura pública, lo cual constituye un requisito para su validez que es la cualidad o atributo necesario de un acto jurídico para que surta efectos legales, pero su inobservancia no es sancionada con nulidad. Siguiendo la regla contenida en el artículo 144 del Código Civil, se concluye que se trata de una forma *AD PROBATIONEM*, y en consecuencia las partes pueden compelerse recíprocamente a llenarla; a diferencia de lo estipulado por el artículo 295 del Código sustantivo donde la exigencia de que el acuerdo de separación de patrimonios adoptado antes del momento de la celebración del matrimonio deba constar en escritura pública, constituye una formalidad *AD SOLEMNITATEM*, pues su inobservancia es sancionada con la nulidad del acto jurídico de conformidad con lo establecido por el inciso sexto del artículo 219 del Código acotado" (Cas. N° 1345-98-Lima, 16 diciembre 1998, compilada por Iberico Castañeda, L. F. *et al.*: *El Código civil a través de la jurisprudencia casatoria*, Ediciones Legales, Lima, 2000, p. 142).

30 *Vid.* Avendaño Valdez, J.: "Los bienes en el matrimonio", cit., p. 254; y, Cornejo Chávez, H.: *Derecho familiar peruano,* tomo I, Studium, 8ª ed., Lima, 1991, p. 318.

31 *Cfr.* Tuesta Silva, W.: *Código Civil comentado,* Grijley, 2ª ed., Lima, 2001, p. 186.

preceptuado por el art. 330 CC per.[32] -que regula la sustitución de pleno derecho del régimen de gananciales por el de separación de patrimonios tras la declaración de inicio del procedimiento concursal ordinario de uno de los cónyuges-. Según este artículo, para que la sustitución de un régimen de gananciales por uno de separación de patrimonios produzca efectos frente a terceros, es indispensable su inscripción en el Registro Personal, mas no así para su eficacia entre los cónyuges.

Es fundamental hacer una precisión para cerrar la exposición sobre la elección del régimen. Al margen del tema de la inscripción y del alcance que pudieran tener sus efectos, lo cierto es -al menos hasta aquí- que la eficacia del régimen de separación de patrimonios siempre estará supeditada a la celebración del matrimonio. De nada servirá su válida constitución formal mediante escritura pública ni su respectiva inscripción en el Registro Personal para que surta efectos, si al final de cuentas el matrimonio no llega a celebrarse. Del mismo modo, debe entenderse que -de no elegirse el régimen de separación- no habrá sociedad de gananciales sino hasta celebrado el matrimonio.

2. Sustitución voluntaria.

Las reglas que deben observarse para la sustitución voluntaria del régimen patrimonial están previstas en el art. 296 CC per. Según dispone esta norma: "Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción".

La sustitución convencional del régimen presupone una facultad que solo puede ser ejercida durante el matrimonio, entendiéndose, por tanto, que los únicos sujetos habilitados para ello son los cónyuges. Antes del matrimonio no puede hablarse de un derecho de sustitución o variación del régimen económico. Se trata de una facultad que se adquiere en el seno del matrimonio y que es propia de la autonomía privada de los cónyuges, aunque no por esto dejará de estar sujeta a unas reglas.

Tal sustitución puede ser realizada cuantas veces los cónyuges lo estimen conveniente, pues la norma de la materia no fija límite alguno sobre este punto

32 El art. 330 CC per. prescribe: "La declaración de inicio de Procedimiento Concursal Ordinario de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios y, para que produzca efectos frente a terceros, se inscribirá en el registro personal de oficio a solicitud de la Comisión de Procedimientos Concursales competente, del deudor, de su cónyuge o del administrador o liquidador, Presidente de la Junta de Acreedores o cualquier acreedor interesado. No obstante lo anterior, en el supuesto de que al momento de iniciarse el procedimiento concursal de una persona natural se encontrase vigente otro procedimiento de la misma naturaleza previamente difundido conforme a la ley de la materia respecto de la sociedad conyugal que integra, no se producirá la consecuencia prevista en el párrafo precedente en tanto se desarrolle el trámite de tal procedimiento".

-la doctrina jurisprudencial no se pronuncia y tampoco lo hacen las normas registrales-. El sistema peruano es un sistema de elección mutable[33]. "No sigue el sistema de inmutabilidad del régimen patrimonial según el cual, después de la celebración del matrimonio, no es posible modificar el régimen elegido; por el contrario, adopta el principio de la libre variabilidad durante el matrimonio"[34].

Para ejercer dicha facultad, los cónyuges deben celebrar un convenio de sustitución de régimen patrimonial. Dicho convenio debe ajustarse a unos requisitos formales que se encuentran expresamente previstos por el art. 296 CC per., y a los que habría que sumar la obligación de liquidar formalmente el régimen que se pretende sustituir, ya que, conforme al art. 298 CC per., "al terminar la vigencia de un régimen patrimonial se procederá necesariamente a su liquidación"; disposición general que, como se desprende de su redacción, es de ineludible cumplimiento[35].

Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro Personal. La validez del convenio viene conjuntamente determinada por ambos requisitos. No basta la sola escritura pública de sustitución, pues se necesita, además, su inscripción. Ambos actos formales son fundamentales para la validez del convenio de sustitución de régimen patrimonial.

En relación con sus efectos, el art. 296 CC per. establece que el nuevo régimen tendrá vigencia desde la fecha de su inscripción en el Registro Personal. El concepto de vigencia, como se puede ver, es empleado en términos de eficacia[36]. Con ello, en el marco de lo preceptuado, la inscripción del convenio aparece como una suerte de requisito de naturaleza dual: requisito de validez, pero, y al propio tiempo, también de eficacia del nuevo régimen patrimonial.

---

33 *Cfr.* Plácido Vilcachagua, A.: "Sustitución voluntaria del régimen patrimonial", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. Gutiérrez Camacho), tomo II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007, p. 184.

34 Plácido Vilcachagua, A.: "Sustitución voluntaria", cit., p. 184.

35 Esto es lo que se extrae de la disposición contemplada por el art. 298 CC per., con independencia de lo que pueda llegar a considerar la mayor parte de la doctrina nacional, que suele identificar la liquidación del régimen patrimonial con la liquidación del régimen de sociedad de gananciales, por cuanto las reglas específicas de este procedimiento están previstas dentro del capítulo dedicado al régimen de gananciales. *Vid.* Jiménez Vargas-Machuca, R.: "Liquidación del régimen patrimonial", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. Gutiérrez Camacho), t. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2ª ed., 2007, pp. 187-190.

36 En su acepción general, vigencia quiere indicar la calidad de vigente. Desde una visión más estricta, y específicamente referida al ámbito legal, se refiere a la calidad de vigencia de la ley, es decir, "la obligatoriedad de un precepto legislativo o de la orden de una competente autoridad. Subsistencia de una disposición cualquiera, pese al tiempo transcurrido, a su no aplicación e incluso contra el uso" (Alfaro Pinillos, R.: *Diccionario práctico de Derecho civil y Derecho procesal civil*, tomo II, Motivensa, Lima, 2014, p. 1715). Visto así, es posible entender que el art. 296 CC per. habría empleado el concepto de "vigencia" para indicar el momento a partir del cual el "nuevo régimen" va a desplegar sus correspondientes consecuencias o efectos jurídicos.

Castro Pérez Treviño hace una lectura similar cuando afirma que, para la validez del convenio, el art. 296 CC per. ha previsto dos formalidades esenciales que son obligatorias: la escritura pública de sustitución y su inscripción en el Registro Personal. Así mismo, destaca la atribución de un carácter constitutivo a la inscripción al haberse regulado que el nuevo régimen tendrá vigencia desde su inscripción registral, entendiendo así que desde ese momento el régimen es oponible en relación con los cónyuges y terceros. No obstante, la misma autora considera que lo establecido por dicha disposición general no es congruente con lo previsto por el art. 319 CC per., que regula el fenecimiento de la sociedad de gananciales, y conforme al cual, en las relaciones entre cónyuges, dicho fenecimiento debe entenderse producido en la fecha de la escritura pública de separación de patrimonios[37].

Gran parte de la doctrina peruana respalda esta última opinión. Se considera que lo dispuesto en el art. 296 CC per. no guarda concordancia con lo expresado por el art. 319 CC per., que, al regular el supuesto de fenecimiento del régimen de gananciales con causa en la separación de bienes, contempla reglas precisas respecto al momento en que se han de producir sus efectos[38]. Este último artículo prescribe, sobre el tema que interesa, que "para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce (…) en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo. (…). Respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal".

De la redacción del art. 319 CC per. se extrae claramente que, para las relaciones entre cónyuges, el régimen de gananciales se considera fenecido en la fecha de la escritura pública[39], y en relación con los terceros, en la fecha de su inscripción en el Registro Personal. De ahí que, a diferencia de lo que señala el art. 296 CC per., y solo para el caso de la sustitución voluntaria de un régimen de gananciales por uno de separación de patrimonios, sería adecuado considerar como único requisito para la validez del acto de sustitución, y solo para las relaciones entre cónyuges, el otorgamiento de la escritura pública de sustitución del régimen. Esto último en consonancia con lo expresado por el art. 319 CC per., que es la norma reguladora del "Fin de la sociedad".

37 *Cfr.* Castro Pérez Treviño, O. M.: "La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales", *Revista Institucional. Academia de la Magistratura*, 2010, núm. 9, p. 113.

38 *Cfr.* Tuesta Silva, W.: *Código Civil comentado*, cit., pp. 186, 187; y, Plácido Vilcachagua, A.: "Sustitución voluntaria", cit., p. 184.

39 Debe entenderse aquí que se quiere hacer referencia a la escritura pública de sustitución convencional o voluntaria del régimen patrimonial.

Si desde la fecha del otorgamiento de la escritura pública empieza a surtir efectos entre los cónyuges el nuevo régimen, esto es así porque con la sola escritura pública queda válidamente constituida, respecto de ellos, la sustitución del régimen de gananciales por el de separación de patrimonios. Respecto de terceros, esta sustitución de régimen patrimonial siempre surtirá efectos desde la fecha de su inscripción en el Registro Personal, sea que se invoque el art. 296 CC per. o el art. 319 CC per.

Sobre lo que se viene analizando, Plácido Vilcachagua dice que esta "deficiencia legislativa es relevante, si se considera que los cónyuges pueden adquirir bienes y contraer obligaciones en el lapso de tiempo que exista entre la fecha de la escritura pública y la fecha de la inscripción en el registro personal; surgiendo el problema de calificar como propios o sociales a los indicados bienes y obligaciones"[40]. A lo anterior, el autor agrega que dicha deficiencia debe resolverse no solo con base en la especialidad del art. 319 CC per., que regula cuestiones propias del régimen de sociedad de gananciales, frente al art. 296 CC per. que tiene carácter de disposición general, sino considerando además la función que viene a cumplir la inscripción registral, que no es otra que la protección de los derechos de terceros[41].

Por tales razones se considera que, cuando la sustitución voluntaria del régimen patrimonial sea una que genere el fenecimiento de la sociedad de gananciales —al quedar variada por una separación patrimonial—, la norma aplicable debe ser la del art. 319 CC per., toda vez que se trata de una disposición específica del régimen patrimonial de sociedad de gananciales. Con lo cual, la disposición general del art. 296 CC per., que aunque ha sido prevista para la sustitución voluntaria de cualquier régimen patrimonial, debe quedar reservada para la sustitución del régimen de separación de bienes por uno de gananciales[42].

Conforme al marco regulador vigente, los terceros están protegidos en la medida que el nuevo régimen patrimonial no les podrá ser opuesto sino desde el momento de su inscripción en el Registro Personal. No obstante, con el objeto de evitar un fraude a terceros eventualmente derivado de la sustitución del régimen -y más aún cuando esta se vuelve constante, pudiendo generar suspicacia sobre las reales intenciones de los cónyuges bajo la apariencia de una simple variación de régimen económico-, quizá hubiera sido conveniente que la norma peruana estableciera un precepto similar al que contiene el Código civil español (en adelante, CC esp.) en su art. 1.317: "La modificación del régimen económico

40 Plácido Vilcachagua, A.: "Sustitución voluntaria", cit., p. 184.

41 *Cfr.* Plácido Vilcachagua, A.: "Sustitución voluntaria", cit., p. 184.

42 *Cfr.* Castro Pérez Treviño, O. M.: "La legislación peruana", cit., pp. 113-114.

matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros".

Del art. 1.317 CC esp., como explica Martínez de Aguirre, se extrae una regla general, que es la de eficacia de la modificación del régimen económico matrimonial frente a terceros, así como una excepción: tal modificación no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros[43]. Sin embargo, como destaca el mismo autor, "parece claro que los terceros pueden prevalerse de la modificación cuando les beneficie, y que en todo caso les afecta cuando no les perjudica. Se respeta, entonces, la posición jurídica que tenían los terceros antes de la novación del régimen económico del matrimonio, lo que incluye, al decir de Lacruz, una proyección con respecto al futuro, de suerte que, frente a esos terceros, el régimen seguirá funcionando en adelante como antes de producirse la modificación"[44]. Lo que el tercero debe probar, en todo caso, es la titularidad de un derecho anterior a la modificación del régimen y que sobre tal derecho se ha producido un perjuicio a causa de esa modificación, mas no se exige que esta sea propiamente fraudulenta[45]. En cuanto a su alcance, la protección dispensada a los terceros es *erga omnes* y no solo frente a los cónyuges.

La ausencia de un precepto así en el Derecho civil peruano, que amplíe el ámbito de protección a los terceros en caso de eventual fraude por parte de los cónyuges a través del mecanismo de la sustitución convencional, por ahora solo puede quedar cubierta con la exigencia de la liquidación del régimen patrimonial[46]. Sin embargo, en la práctica suelen presentarse problemas. Como las reglas sobre la liquidación están dentro del capítulo de la sociedad de gananciales, suele exigirse este procedimiento para la sustitución del régimen de gananciales, mas no cuando el que se quiere sustituir es un régimen de separación de patrimonios[47]. Ello dificulta que se pueda detectar cualquier posible perjuicio a los acreedores de los cónyuges cuando se sustituye el régimen de separación de patrimonios por uno de sociedad de gananciales.

43 *Cfr.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La economía del matrimonio", cit., p. 226.

44 El autor antes citado prosigue: "la solución es, sin embargo, disfuncional, en cuanto determina la coexistencia virtual de dos regímenes económicos: el modificado, eficaz entre los cónyuges y frente a los terceros que no tenían derechos previamente adquiridos, y el anterior, eficaz frente a los terceros que tenían derechos adquiridos" (Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La economía del matrimonio", cit., p. 226). Críticas aparte, y al margen de la existencia de los dos regímenes matrimoniales a los que virtualmente puede dar lugar la aplicación del aludido precepto, lo cierto es que la prueba va a cobrar un rol importantísimo cuando el tercero pretenda revestirse del efecto protector en él previsto.

45 *Cfr.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La economía del matrimonio", cit., p. 226. También véase el estudio que sobre este tema realiza Monfort Ferrero, M. J.: "Del régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *Código civil comentado. Libro IV: De las obligaciones y contratos* (dir. por A. Cañizares Laso *et al.*), vol. III, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 824-828.

46 El art. 298 CC per. dice: "Al terminar la vigencia de un régimen patrimonial se procederá necesariamente a su liquidación".

47 *Vid.* Jiménez Vargas-Machuca, R.: "Liquidación del régimen patrimonial", cit., p. 188.

3. Sustitución judicial.

La sustitución judicial del régimen está prevista por el art. 297 CC per. En específico, este artículo dispone que, "en el caso de hallarse en vigencia el régimen de sociedad de gananciales, cualquiera de los cónyuges puede recurrir al juez para que dicho régimen se sustituya por el de separación, en los casos a que se refiere el Artículo 329°". Mediante esta forma de sustitución, como bien se aprecia, solo se podría establecer un régimen de separación de patrimonios. Judicialmente no se concibe el establecimiento de una sociedad de gananciales.

Por otra parte, véase que el art. 329 CC per., al que se remite el art. 297 CC per., prescribe los supuestos en los que procede solicitar judicialmente la sustitución del régimen patrimonial: "Además de los casos a que se refieren los Artículos 295° y 296°, el régimen de separación es establecido por el juez, a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa. Interpuesta la demanda, puede el juez dictar, a pedido del demandante o de oficio, las providencias concernientes a la seguridad de los intereses de aquél. Dichas medidas, así como la sentencia, deben ser inscritas en el registro personal para que surtan efecto frente a terceros. La separación surte efecto entre los cónyuges desde la fecha de la notificación con la demanda".

La lectura conjunta de los arts. 297 y 329 CC per. proporciona dos datos importantes. El primero es que la sustitución de un régimen patrimonial procede no solo por voluntad de los cónyuges, sino también por decisión judicial, aunque en este último caso solo cuando se pretenda sustituir un régimen de gananciales por uno de separación patrimonial. Por derivación, el segundo dato tiene que ver con la razón que motiva que la sustitución judicial solo proceda durante la vigencia de una sociedad de gananciales. Plácido Vilcachagua considera que la justificación reside en la necesidad de contrarrestar los perjuicios económicos que puede representar para uno de los cónyuges el manejo inadecuado de la comunidad de bienes por parte del otro cónyuge[48]. Lo cual se comprueba cuando el art. 329 CC per. establece que la sustitución judicial procede en los casos en que uno de los cónyuges abuse de sus facultades o actúe con dolo o culpa en la gestión de los bienes del matrimonio.

En lo que atañe a la legitimación activa, el art. 297 CC per. prevé que la sustitución judicial puede ser incoada a pedido de cualquiera de los cónyuges. Sin embargo, conforme al art. 329 CC per., solo el cónyuge agraviado estaría legalmente habilitado para promover un proceso judicial de sustitución. La aparente contradicción entre estas dos disposiciones ha dado lugar a que una

48 *Cfr.* Plácido Vilcachagua, A.: "Sustitución del régimen patrimonial por decisión judicial", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. Gutiérrez Camacho), tomo II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007, p. 186.

parte de la doctrina considere que existe una cierta disonancia entre los arts. 297 y 329 CC per., concluyendo que la legitimación activa corresponde tan solo al cónyuge agraviado[49].

En mi opinión, realmente no se apreciaría tal incongruencia. El art. 297 CC per., desde una perspectiva general, cumple con establecer que la sustitución del régimen por decisión judicial puede ser solicitada por cualquiera de los cónyuges, lo cual concuerda con lo dispuesto por el art. 329 CC per., en la medida que, precisamente, cualquiera de los cónyuges puede llegar a tener la condición de cónyuge agraviado[50]. Es la norma específica de la sociedad de gananciales (contenida en el art. 329 CC per.) la encargada de designar cuál de los cónyuges es el que tiene la cualidad para accionar una separación de patrimonios en la vía judicial: el cónyuge agraviado, el cual solo podrá ser tal cuando acredite que se encuentra incurso en alguno de los supuestos que lo reviste con esa condición.

Del art. 329 CC per. se extraen tres supuestos en virtud de los cuales el interesado -entiéndase, bajo la posición habilitante de cónyuge agraviado- puede solicitar la sustitución judicial del régimen de gananciales: i) el abuso de facultades por parte del otro cónyuge; ii) su actuación dolosa en la gestión del patrimonio común; y, iii) su actuación culposa en la gestión de este mismo patrimonio.

Se considera que el Código civil peruano sigue un criterio muy restrictivo en cuanto a los casos que posibilitan la variación del régimen de sociedad de gananciales por decisión judicial. Se dice también que, en algunos de estos casos, los aspectos que se deben demostrar son tan subjetivos que suman al proceso una dificultad probatoria que no sería fácil de superar[51]. Esta es la razón última por la que no ha faltado quien sostenga que sería mejor "optar por un sistema con causales objetivas que respondan a situaciones de inhabilitación de uno de los cónyuges para la gestión de los bienes, por un lado, y a situaciones de incumplimiento de deberes conyugales con repercusión patrimonial, que evidencian la inexistencia de la comunidad de intereses que es el sustento de la sociedad de gananciales, por el otro"[52].

Pese a los cuestionamientos que pueda recibir el art. 329 CC per. en relación con los supuestos en él contenidos, lo cierto es que solo en los casos actualmente previstos procederá la sustitución judicial del régimen de gananciales. En lo que respecta a la prueba, la doctrina jurisprudencial ha ido fijando algunas pautas

49 *Cfr.* Plácido Vilcachagua, A.: "Sustitución del régimen patrimonial", cit., p. 186.

50 Así también lo dejaría entrever Tuesta Silva, W.: *Código Civil comentado*, cit., pp. 186-187, al sostener que, cuando cualquiera de los cónyuges abusa de las facultades que le corresponden dentro del régimen de gananciales, en tal supuesto el otro cónyuge puede obtener el cambio del régimen vía sentencia, previo proceso judicial.

51 *Cfr.* Plácido Vilcachagua, A.: "Sustitución del régimen patrimonial", cit., p. 186.

52 Plácido Vilcachagua, A.: "Sustitución del régimen patrimonial", cit., p. 186.

acerca de lo que puede o no probar la concurrencia de tales supuestos. Para la adecuada configuración de cada supuesto es necesario tener en cuenta los criterios de la jurisprudencia que se mencionan más abajo.

i) El abuso de facultades. Con relación a este supuesto, tanto la doctrina académica como la jurisprudencial[53] han señalado que dicho abuso implica un ejercicio irregular de las facultades de administración por parte de uno de los cónyuges, que, al propio tiempo, causa perjuicio en el otro cónyuge, al que la norma ha venido a denominar "cónyuge agraviado"[54]. No obstante, algunos autores consideran que este abuso de facultades se daría, como premisa general, en la gestión imputable al otro cónyuge, para comprender así no solo los actos de administración sino también los de disposición, pues en ambos casos podría presentarse tal abuso[55].

La propia norma da cabida a la última interpretación, por cuanto utiliza una fórmula amplia al decir que se trata de un abuso de las facultades que le corresponden al cónyuge, sin especificar si esas facultades son de administración o de disposición. Así las cosas, a decir de Aguilar Llanos, este abuso puede deberse, entre otras cosas, a la disposición inconsulta de bienes sociales[56], la mala administración que pone en peligro los bienes sociales, así como a la falta de reporte sobre los frutos producidos por los bienes propios y sociales con el objeto de impedir su disfrute por parte del otro cónyuge[57].

Al amparo de lo regulado por el Art. II del Título Preliminar CC per.[58] -conforme al cual, el abuso del derecho puede darse por acción o por omisión-, Plácido Vilcachagua señala que el abuso de facultades no solo se presenta cuando uno de los cónyuges se excede manifiestamente de los límites de la buena fe, sino también

53 En efecto, la Corte Suprema restringe el abuso de facultades al ámbito de la administración de los bienes de la sociedad al decir que: "[La] facultad de administración de los bienes sociales corresponde a ambos cónyuges, pudiendo uno de ellos asumir la administración exclusiva cuando se encuentre facultado por el otro para dicha finalidad; y solo recién, si dentro de la facultad de administración que se le ha concedido, efectúa actos que importen una disminución patrimonial o un perjuicio para el cónyuge que representa, se configuraría la causal de abuso de facultades" (Cas. N° 2148-2001-Cajamarca, 12 noviembre 2001, compilada por Carranza Álvarez, C.: *Jurisprudencia civil*, tomo I, Normas Legales, Trujillo, 2002, pp. 643-644).

54 *Cfr.* Aguilar Llanos, B.: *La Familia en el Código Civil peruano*, cit., p. 188.

55 *Cfr.* Varsi Rospigliosi, E.: *Tratado de Derecho de familia*, cit., p. 275; Plácido Vilcachagua, A.: "Sustitución del régimen patrimonial", cit., p. 186; y, Castro Pérez Treviño, O. M.: "La legislación peruana", cit., p. 135.

56 "Bienes sociales" es la expresión normativa con que se denomina en Derecho peruano a los bienes comunes de los cónyuges. *Vid.* arts. 310 y 315 CC per.

57 *Cfr.* Aguilar Llanos, B.: *La Familia en el Código Civil peruano*, cit., p. 188. Véase que, paradójicamente, pese a sostener este autor que el abuso de facultades se da en el ámbito de la administración de los bienes de la sociedad, termina señalando que este abuso también puede deberse a la disposición inconsulta de dichos bienes.

58 Dispositivo que regula el "Ejercicio abusivo del derecho" y lo hace bajo el siguiente tenor: "La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso".

cuando omite realizar aquello que es necesario para la debida administración de los bienes de la sociedad[59]. Se trata de una acción u omisión que no debe guardar coherencia con el interés familiar, "que es la finalidad institucional y la función social en razón de la cual se han reconocido las respectivas facultades"[60].

ii) La actuación dolosa. Se da lugar a este supuesto, a decir de la doctrina predominante, cuando uno de los cónyuges realiza actos de administración o de disposición patrimonial que entrañan fraude, grave daño o peligro para los derechos del otro o de la sociedad conyugal; que ocasionan el deterioro, pérdida o destrucción de los bienes propios del otro o de los bienes de la sociedad; o, cuando se incumple reiteradamente el deber de informar los rendimientos de la administración unilateral que se le ha confiado[61].

iii) La actuación culposa. Esta se presenta cuando uno de los cónyuges, con su negligente administración, pone en peligro o causa la pérdida de los bienes propios del otro o de los bienes sociales.

Con relación a los dos últimos supuestos de aplicación de la norma, la jurisprudencia ha señalado algunas notas para distinguir el dolo y la culpa en la actuación del cónyuge. Así, según pronunciamiento de la Corte Suprema en la sentencia Cas. Nº 2148-2001-Cajamarca, 12 noviembre 2001[62]: "[P]or dolo debe entenderse el accionar deliberado de uno de los cónyuges en perjuicio del otro, lo que puede traslucirse, entre otros, en el aprovechamiento de los bienes sociales que se encuentran a su disposición para su propio beneficio; del mismo modo, por culpa debe entenderse aquel accionar negligente en [el] que el elemento común al igual que el dolo, es el perjuicio que se causa al otro cónyuge, derivado de una conducta negligente, como puede ser la dilapidación de los bienes sociales".

Para una mejor delimitación de la materia, se ha establecido también en la jurisprudencia que los supuestos previstos por el art. 329 CC per. no se prueban con la existencia de un proceso de alimentos ni con los supuestos maltratos que el demandado hubiera podido propinar a su cónyuge. Su viabilidad probatoria ha sido directamente excluida conforme al siguiente criterio judicial que suele ser reiterado por la doctrina académica: "[E]l régimen de separación de patrimonios opera a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden sobre los inmuebles que conforman el patrimonio conyugal o cuando el emplazado actúa con dolo o culpa; dichas exigencias legales que contiene

59 *Cfr.* Plácido Vilcachagua, A.: "Sustitución del régimen patrimonial", cit., p. 186.

60 Plácido Vilcachagua, A.: "Sustitución del régimen patrimonial", cit., p. 186. Sobre el interés familiar como pauta de actuación de los cónyuges en la gestión de los bienes matrimoniales, *vid.* Varsi Rospigliosi, E.: *Tratado de Derecho de familia*, cit., p. 51.

61 *Cfr.* Plácido Vilcachagua, A.: "Sustitución del régimen patrimonial", cit., p. 186; y, Varsi Rospigliosi, E.: *Tratado de Derecho de familia*, cit., p. 275.

62 Compilada por Carranza Álvarez, C.: *Jurisprudencia civil*, cit., p. 6644.

el artículo trescientos veintinueve del Código civil no se prueban con la existencia de un juicio de alimentos ni con los supuestos maltratos, que el demandado infería a su esposa, maltratos que pueden dar lugar al divorcio por sevicia, pero no a una separación de patrimonios"[63]. Cualquier medio probatorio que guardara una mínima relación con estos sucesos, podría ser también cuestionado con las herramientas procesales que el ordenamiento pone a disposición de las partes, para evitar así su inoficiosa actuación en el proceso.

De quedar judicialmente sustituido el régimen patrimonial, debe tenerse presente que tanto la sentencia que determina el nuevo régimen, que es uno de separación de patrimonios, como las medidas cautelares que se tengan por convenientes en el proceso, deberán ser inscritas en el Registro Personal para que surtan efectos frente a terceros, aunque tal régimen dado por el juez será eficaz entre los cónyuges desde la fecha de la notificación con la demanda, de acuerdo con lo previsto en el art. 329 CC per.

No está de más indicar que la sustitución del régimen patrimonial también puede producirse por la vía legal. La sustitución del régimen de sociedad de gananciales operará, de pleno derecho, con la declaración de inicio de procedimiento concursal de uno de los cónyuges, según lo dispuesto en el art. 330 CC per. El régimen de sociedad de gananciales también queda sustituido *ipso iure* por el de separación de patrimonios, cuando se produce la separación de cuerpos o se declara judicialmente la ausencia de uno de los cónyuges; ello, en aplicación del art. 319 CC per. regulador del "Fin de la sociedad". Se considera a estos dos últimos casos como formas de sustitución legal porque al producirse tales no se extingue con ellos el vínculo conyugal sino que finaliza el régimen de gananciales para dar paso a uno de bienes separados[64].

V. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO RÉGIMEN SUPLETORIO EN PERÚ Y ESPAÑA.

Para estudiar el régimen legal supletorio aplicable en Derecho peruano es necesario volver la mirada a las reglas del art. 295 CC per. De acuerdo con esta norma, el principio que orienta la determinación del régimen matrimonial es el de libertad de elección que corresponde a los futuros cónyuges. Estos pueden optar por cualesquiera de los dos regímenes legalmente establecidos, aunque

63 Sentencia recaída en el Exp. N° 933-91-Lima, 24 julio 1991, compilada por Torres Vásquez, A.: *Diccionario de jurisprudencia civil*, Grijley, Lima, 2008, p. 643. Esta misma jurisprudencia ha sido citada en el análisis normativo que, del art. 329 CC per., realiza Plácido Vilcachagua, A.: "Sustitución judicial del régimen. Artículo 329", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. Gutiérrez Camacho), tomo II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007, p. 333.

64 *Cfr.* Varsi Rospigliosi, E.: *Tratado de Derecho de familia*, cit., pp. 278-282. Este autor aborda con mayor extensión cada uno de los supuestos en los que la sustitución del régimen patrimonial opera de pleno derecho.

sin posibilidad de introducir modificaciones en su contenido. Tampoco pueden diseñar un régimen económico propio, como sí es posible en los ordenamientos donde la ley los faculta a hacerlo. El sistema económico matrimonial peruano, como se puede concluir, no se encuentra organizado bajo un principio de libertad de regulación que permita a los cónyuges otorgar capitulaciones matrimoniales.

Y aunque en Derecho peruano no sea posible otorgar capitulaciones matrimoniales, resulta especialmente interesante qué son y para qué pueden estipularlas los cónyuges en los ordenamientos donde sí son admitidas. En palabras de Martínez de Aguirre, dichas capitulaciones "no son cualesquiera acuerdos de los cónyuges relativos al matrimonio, antes o después de su celebración. En sentido estricto, las capitulaciones matrimoniales se acuerdan para regular, con mayor o menor extensión, aspectos relacionados con la economía conyugal: reglas que van a regirla, aportaciones de los cónyuges o terceras personas a fin de hacer frente a las cargas del matrimonio, etc."[65]. Dichas capitulaciones suponen un mayor ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad de los cónyuges -o futuros cónyuges, dependiendo del momento en que se estipulen- para determinar el régimen económico que regirá su matrimonio.

La facultad de pactar en capitulaciones se sustenta en el principio de libertad de regulación. Y como apuntan Díez-Picazo y Gullón, este principio, también conocido como principio de libertad de estipulación, "constituye una aplicación particular del principio general de autonomía privada"[66] en materia económico matrimonial. Pero tal facultad de capitular atribuida a los cónyuges estará sujeta a ciertos límites, constituyéndose precisamente en uno de estos el principio constitucional de igualdad. La función de este cardinal principio es impedir todo pacto que consagre una desigualdad radical e irrevocable entre los cónyuges, o que entrañe un desequilibrio excesivo e irrevocable en sus posibilidades de actuación eficaz[67].

La pertinencia de traer a colación el tema de las capitulaciones reside en la estrecha relación que estas guardan con la operatividad del régimen legal supletorio en los ordenamientos en que son admitidas. La falta de capitulaciones dirigidas a la elección de un régimen concreto[68] -para las que se exige, por lo general, una forma *ad solemnitatem* o constitutiva[69]- posibilita poner en marcha

65 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La economía del matrimonio", cit., p. 240.

66 Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho*, cit., p. 138.

67 *Cfr.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La economía del matrimonio", cit., pp. 243-244.

68 Para ampliar el estudio sobre la repercusión que puede tener la falta de capitulaciones matrimoniales en la determinación del régimen económico, vid. Monfort Ferrero, M. J.: "Del régimen económico matrimonial", cit., pp. 821-823.

69 El art. 1.327 CC esp. prescribe: "Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública". Las capitulaciones no son válidas si no constan en escritura pública. De ahí que se trate de una exigencia *ad*

un sistema de supletoriedades[70], que tiene unas características propias y distintas a las de aquellos órdenes jurídicos, como el peruano, que están diseñados para la mera elección entre regímenes legalmente establecidos y en los que el régimen supletorio operará automáticamente ante la falta de elección expresa de un régimen en particular.

En Derecho español se prevé la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales[71]. De acuerdo con el art. 1.315 CC esp., "el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código". Precepto que se complementa con lo dispuesto en el art. 1.316 CC esp., conforme al cual, "a falta de capitulaciones, o si estas son ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales". El régimen legal supletorio aplicable en el Derecho español común es, según se ha previsto, el régimen de sociedad de gananciales, y lo es, además, como régimen supletorio de primer grado[72].

La observación anotada es fundamental por cuanto el CC esp. establece, al mismo tiempo, un régimen legal supletorio de segundo grado para aquellos matrimonios cuyos cónyuges no hubiesen pactado un régimen determinado, pero sí acordaron la expresa exclusión del régimen de gananciales. En este escenario no les sería aplicable este último régimen ni tampoco el de participación[73] -también previsto en el CC esp.-, cuya aplicación precisaría de la voluntad expresa de los cónyuges. Y si además no se ha pactado ningún otro régimen atípico, el matrimonio quedará entonces sometido al régimen de separación de bienes[74]

---

solemnitatem o constitutiva. Sobre la forma y tiempo de las capitulaciones matrimoniales, *vid.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La economía del matrimonio", cit., p. 241.

70 Varsi Rospigliosi, E.: *Tratado de Derecho de familia*, cit., p. 73, señala que el régimen supletorio, también llamado incidental, es aquel fijado *ope legis* y opera en función del sistema adoptado por cada ordenamiento. Este régimen supletorio, según lo esquematizado por el mismo autor, puede ser de dos tipos: de primer grado, que opera a falta de voluntad expresa de los contrayentes; y, de segundo grado, que opera cuando los contrayentes expresan su voluntad de no sujetar su matrimonio al régimen supletorio de primer grado.

71 Existe abundantísima bibliografía sobre el tema. *Vid.* Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*: *Elementos de Derecho Civil IV*, cit., pp. 133-147; Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho*, cit., pp. 148-156; Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La economía del matrimonio", cit., pp. 239-246; y, Gutiérrez Barrenengoa, A.: "El instrumento de autorregulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges: las capitulaciones matrimoniales", en AA.VV.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia* (dir. por F. Lledó Yagüe y R. Herrera Campos), Dykinson, Madrid, 2002, pp. 145-162.

72 *Vid.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La economía del matrimonio", cit., p. 225; Lasarte, C.: *Curso de Derecho Civil patrimonial*, cit., p. 133; y, Monje Balmaseda, O.: "Sistemas de organización", cit., pp. 129-132.

73 Pérez Álvarez, M. A.: "Los regímenes de separación y de participación. El régimen de participación", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016, p. 303, explica que se trata de un régimen económico matrimonial de carácter convencional que apenas ha tenido aplicación práctica en el Derecho español. Señala, además, que el régimen de participación tiene características similares al de separación, pero con la particularidad de que, una vez extinguido, a cada cónyuge le asiste el derecho a participar en las ganancias que hubiera obtenido el otro durante el tiempo en que tal régimen estuvo vigente.

74 Un desarrollo claro y sucinto de este régimen aparece en De Pablo Contreras, P.: "Los regímenes de separación y de participación. El régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016, pp. 295-303.

como régimen supletorio de segundo grado[75]. Esto, conforme art. 1.435.2º CC esp., cuyo tenor apunta que "existirá entre los cónyuges separación de bienes: 2º Cuando (…) hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes"[76].

El Derecho matrimonial peruano ha previsto la figura del régimen legal supletorio, pero no siguiendo un sistema de supletoriedades de primer y segundo orden como el recogido en Derecho español. No obstante, en algo sí coindicen ambos ordenamientos: la sociedad de gananciales operará como régimen supletorio, con la particularidad de que en el CC esp. se trata de un régimen de primer grado (salvo que se excluya expresamente su aplicación), como antes se ha podido ver. En cambio, en el CC per. la sociedad de gananciales opera directamente como régimen supletorio cuando los cónyuges no se adhieren en forma expresa a la separación de patrimonios o cuando resulte inválido el convenio en que hicieron constar esta elección, conforme a las reglas previstas en el art. 295 CC per. En este último Derecho, los cónyuges no tienen la opción de alterar el régimen legal supletorio que ha de operar a falta de elección expresa entre uno de los dos regímenes predeterminados.

Pero, ¿cómo funciona específicamente este sistema de supletoriedad del régimen legal en el Derecho peruano? El art. 295 CC per., que antes se ha tenido ocasión de analizar, establece un procedimiento solemne para que los futuros cónyuges elijan el régimen de separación de patrimonios, sancionando con nulidad la inobservancia de la forma prescrita para tal fin. Los contrayentes no están obligados a seguir esta formalidad cuando deseen someter su matrimonio a una sociedad de gananciales, pues aquella solo es necesaria para la configuración de una separación de patrimonios: "si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de

75 *Vid.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La economía del matrimonio", cit., p. 225; y, Monfort Ferrero, M. J.: "Del régimen económico matrimonial", cit., pp. 823-824.

76 A lo anotado, Monfort Ferrero, M. J.: "Del régimen económico matrimonial", cit., pp. 823-824, agrega que el régimen de separación de bienes igualmente funciona como supletorio de segundo grado cuando se extingue, constante el matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, al no haber otorgado los cónyuges nuevas capitulaciones que señalen un nuevo régimen económico —conforme a lo previsto por el art. 1.435.3º CC esp.: "existirá entre los cónyuges separación de bienes: 3º Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto"—. Así mismo, señala que la separación de bienes tendrá aplicación cuando se extinga la sociedad de gananciales por embargo del patrimonio ganancial por deudas privativas de uno de los cónyuges —como lo establece el art. 1.373 CC esp.: "Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla. Si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal"—.

nulidad" y "para que surta efecto [dicha escritura] debe inscribirse en el registro personal".

Dicha formalidad constituye un aspecto básico del sistema peruano de supletoriedad legal del régimen patrimonial, pues es en torno a dicha formalidad que se establece una presunción *iuris et de iure* que permite operar al régimen de gananciales como régimen supletorio, y conforme a esta medida, a falta de escritura pública de separación de patrimonios se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales. El régimen supletorio se basa, entonces, en una presunción de pleno derecho[77], que se activa ante la falta de voluntad expresa de los contrayentes o futuros cónyuges, como ya se ha visto más arriba con mayor detalle. Del mismo modo, el régimen de gananciales tendrá una aplicación supletoria cuando, pese a haber elegido los cónyuges un modelo de bienes separados, el convenio matrimonial donde esto se hubiese pactado fuera nulo o declarada posteriormente su nulidad por un defecto de forma o de fondo.

Como se acaba de ver, a diferencia de España, el sistema económico matrimonial que opera en Perú contiene reglas restrictivas de la autonomía privada de los cónyuges. Lo cual responde, a su vez, a una afincada y tradicional forma de entender la contratación entre cónyuges, pues estos llevan impuesto un impedimento de pactar respecto de los bienes de la sociedad (art. 312 CC per.) -que ha sido interpretado sin los matices adecuados-[78], y en cuya virtud, precisamente, resulta inadmisible la figura de las capitulaciones matrimoniales. He aquí la razón por la que el sistema económico matrimonial peruano es, conforme a la tipología general, uno de corte convencional de libertad restringida, como antes hemos visto. La propia estructura sistemática del CC per. se opone a una taxonomía de libertad absoluta.

77 *Vid.* Tuesta Silva, W.: *Código Civil comentado*, cit., p. 185.

78 *Cfr.* Santillán Santa Cruz, R.: "Pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a los bienes bajo un régimen de gananciales. Apuntes de Derecho español y peruano", *Rev. Boliv. de Derecho*, 2020, núm. 29, pp. 494-497.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Llanos, B.: *La Familia en el Código Civil peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2008.

Albaladejo, M.: *Curso de Derecho civil*, tomo IV, Bosch, 4ª ed., Barcelona, 1998.

Alfaro Pinillos, R.: *Diccionario práctico de Derecho civil y Derecho procesal civil*, tomo II, Motivensa, Lima, 2014.

Avendaño Valdez, J.: "Los bienes en el matrimonio", en AA.VV.: *La Familia en el Derecho peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.

Basset, U. C. *et al.*: "Tomo III. Artículos 401 a 723. Relaciones de Familia", en AA.VV.: *Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético* (dir. por J. H. Alterini), La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

Basset, U. C.: *La calificación de bienes en la sociedad conyugal: principios, reglas, criterios y supuestos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

Carranza Álvarez, C.: *Jurisprudencia civil*, tomo I, Normas Legales, Trujillo, 2002.

Castro Pérez Treviño, O. M.: "La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales", *Revista Institucional. Academia de la Magistratura*, núm. 9, 2010.

Cornejo Chávez, H.: *Derecho familiar peruano,* tomo I, Studium, 8ª ed., Lima, 1991.

De Pablo Contreras, P.: "El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016.

De Pablo Contreras, P.: "Los regímenes de separación y de participación. El régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2003.

Fleitas Ortiz De Rosas, A. y Roveda, E. G.: *Régimen de bienes del matrimonio*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

Guilarte Gutiérrez, V.; Guilarte Martín-Calero, C.; Martínez Escribano, C. y Raga Sastre, N.: "Las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones por razón de matrimonio", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la familia. Los regímenes económicos matrimoniales (I)* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), vol. III, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

Gutiérrez Barrenengoa, A.: "El instrumento de autorregulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges: las capitulaciones matrimoniales", en AA.VV.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia* (dir. por F. Lledó Yagüe y R. Herrera Campos), Dykinson, Madrid, 2002.

Gutiérrez Camacho, W. y Rebaza González, A.: "Definición de matrimonio e igualdad de los cónyuges", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. Gutiérrez Camacho), t. II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007.

Iberico Castañeda, L. F. *et al.*: *El Código civil a través de la jurisprudencia casatoria*, Ediciones Legales, Lima, 2000.

Jiménez Vargas-Machuca, R.: "Liquidación del régimen patrimonial", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. Gutiérrez Camacho), t. II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007.

Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*: *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*, Dykinson, 4ª ed., Madrid, 2010.

Lasarte, C.: *Curso de Derecho Civil patrimonial. Introducción al Derecho*, Tecnos, 12ª ed., Madrid, 2006.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016.

Monfort Ferrero, M. J.: "Del régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *Código civil comentado. Libro IV: De las obligaciones y contratos* (dir. por A. Cañizares Laso *et al.*), vol. III, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2011.

Monje Balmaseda, O.: "Sistemas de organización de la economía conyugal", en AA.VV.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia* (dir. por F. Lledó Yagüe y R. Herrera Campos), Dykinson, Madrid, 2002.

Parra Benítez, J.: *Manual de Derecho civil*, Temis, 4ª ed., Bogotá, 2002.

Peña Bernaldo De Quirós, M.: *Derecho de Familia,* Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989.

Pérez Álvarez, M. A.: "Los regímenes de separación y de participación. El régimen de participación", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016.

Plácido Vilcachagua, A.: "Elección y formalidades del régimen patrimonial", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. Gutiérrez Camacho), tomo II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007.

Plácido Vilcachagua, A.: "Sustitución del régimen patrimonial por decisión judicial", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. Gutiérrez Camacho), tomo II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007.

Plácido Vilcachagua, A.: "Sustitución judicial del régimen. Artículo 329", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. Gutiérrez Camacho), tomo II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007.

Plácido Vilcachagua, A.: "Sustitución voluntaria del régimen patrimonial", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. Gutiérrez Camacho), tomo II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007.

Santillán Santa Cruz, R.: "Pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a los bienes bajo un régimen de gananciales. Apuntes de Derecho español y peruano", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 29, 2020.

Torres Vásquez, A.: *Diccionario de jurisprudencia civil*, Grijley, Lima, 2008.

Tuesta Silva, W.: *Código Civil comentado,* Grijley, 2ª ed., Lima, 2001.

Varsi Rospigliosi, E.: *Tratado de Derecho de familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*, tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

EN TORNO A LA RENTA VITALICIA

ABOUT THE ANNUITY CONTRACT

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 230-275

María Candelaria
DOMÍNGUEZ
GUILLÉN

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El artículo trata sobre el contrato de renta vitalicia en el ordenamiento jurídico venezolano. Es un tema desarrollado tímidamente por la doctrina local, por contraste con el abundante tratamiento de la doctrina española que lo diferencia del contrato vitalicio o de alimentos. Se hace referencia a la noción, antecedentes, fuentes, caracteres, constitución, elementos, efectos y extinción, concluyéndose que dicho contrato suele menguar en economías de hiperinflación como en caso venezolano, pero no debe perderse de vista que la idea que cobija este tipo contractual podría resolver importantes necesidades concretas.

PALABRAS CLAVE: Renta vitalicia; pensión periódica; pensión alimenticia; muerte.

ABSTRACT: *The article addresses the annuity contract under the Venezuelan legal system. It is a matter timidly developed by local doctrine, in contrast to the abundant treatment of the Spanish legal commentators that differentiates it from the lifetime tenure or the maintenance and alimony contract. Reference is made to the notion, background, sources, characters, constitution, elements, effects and extinction, concluding that this contract is usually reduced in cases of hyperinflation as Venezuelan's, but it should not be ignored that the idea that covers this type of contract could solve important concrete needs.*

KEY WORDS: *Annuity; periodic pension; alimony; death.*

SUMARIO.- I. NOCIÓN.- II. ANTECEDENTES.- III. FUENTES.- IV. CARACTERES.- V. CONSTITUCIÓN.- 1. A título gratuito.- 2. A título oneroso.- VI. ELEMENTOS.- VII. EFECTOS.- VIII.EXTINCIÓN.- IX. FUNCIÓN PREVENTIVA.

Trataremos el tema de la renta vitalicia en Venezuela[1], el cual presenta una tímida regulación en el Código Civil (CC) venezolano (arts. 1788 a 1799). Utilizaremos también algunas referencias a la doctrina española[2] que aporta sustancialmente mayor desarrollo, aunque el CC le dedique apenas siete artículos (arts. 1802 a

1 Véase: Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos y Garantías (Derecho Civil IV)*, Universidad Católica Andrés Bello, 7ª ed., Caracas, 1989, pp. 525-531; Marín Echeverría, A.R.: *Contratos. °Contrato de obra °La sociedad °El mandato °Enfiteusis °La transacción °El comodato °El mutuo °El depósito °La renta vitalicia,* Universidad de los Andes, Mérida, 1998, Vol. III, pp. 415-451; Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil en el Derecho Venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, T. II, pp. 127-146.

2 Véase entre otros: Toral Lara, E: *El contrato de renta vitalicia*, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, Salamanca, 2008, Dir. E. Llamas Pombo; Rodríguez Ramos, A. M.: *La renta vitalicia gratuita*, Colección Estudios de Derecho Privado 52, Dirigida por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Comares, Granada, 2006; Rodríguez Ramos, A. M.: "Consideraciones sobre la renta vitalicia gratuita en los derechos español y colombiano, *Revista de Derecho Privado,* núm. 6, Universidad Externado de Colombia, Julio-Diciembre 2000, pp. 17-34; Riera Álvarez, J. A.: "Consideración de los contratos de renta vitalicia y de alimentos como contratos de asistencia", *Academia Sevillana del Notariado, Conferencias del Curso Académico 2006/07*, 2009, Tomo XVIII, pp. 161-198; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación jurídica de renta vitalicia", *Anales de la Universidad de Murcia Derecho*, Vol. XXXIII, núm. 1-2, Curso 1974-1975, Universidad de Murcia, 1979, pp. 3-91; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación jurídica de renta vitalicia" (continuación), *Anales de la Universidad de Murcia Derecho,* Vol. XXXIII, núm. 3-4, Curso 1974-1975, Universidad de Murcia, 1979, pp. 319-401; López Peláez, P.: "La financiación de la calidad de vida de las personas mayores: renta vitalicia y contrato de alimentos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 70, 2007, pp. 107-133; Imaz Zubiaur, L.: "Elementos estructurales y régimen de ineficacia del contrato de renta vitalicia", *Revista de Derecho Privado*, año núm. 92, núm. 1, 2008, pp. 43-82; Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de Derecho Civil,* Tecnos, 9ª ed., 3ª reimp., Madrid, 2003, Vol. II, pp. 431-435; Albaladejo, M.: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Edisofer S.L, 14ª ed., Madrid, 2011, pp. 840-848; Lete del Río, J. M.: *Derecho de Obligaciones,* Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1995, Vol. III, Contratos en particular, pp. 250-255; 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, pp. 348 y 349; Martínez de Aguirre Aldaz, C. y otros: *Curso de Derecho Civil (II) Derecho de Obligaciones*, Colex, 3ª ed., Madrid, 2011, Vol. II, pp. 771-774; Medina de Lemus, M.: *Derecho Civil II (reestructurado conforme al plan de Bolognia),* Dilex, Madrid, 2010, pp. 339-341; Orduña Moreno, J. y otros: *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2001, pp. 516 y 517. Véase también en la doctrina extranjera: Zago, J. A.: *El contrato oneroso de renta vitalicia*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1990; Delgado Vergara, T.: "El contrato aleatorio de renta vitalicia. Especial referencia como una vía de protección jurídica a las personas con discapacidad o dependencia", *Contratos Aleatorios,* L. Pérez Gallardo (Coord.), Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, España, 2012, pp. 103-114; Gastaldi, J. M. y E. Centanario: *Contratos aleatorios y reales*, Editorial de Belgrano, Argentina, 1997, pp. 51-96. Agradezco al profesor Domínguez Luelmo el envío de gran parte del material aquí citado.

• María Candelaria Domínguez Guillén
Profesora Titular de "Derecho Civil I: Personas" y "Derecho Civil III: Obligaciones" de la Universidad Central de Venezuela. Correo electrónico: mariacandela1970@gmail.com.

1808[3]). El contrato de renta vitalicia figura en las distintas legislaciones modernas, aunque con modalidades especiales[4].

El tema para algunos no destaca por su novedad pero puede resultar interesante[5]. Mientras que para otros el tópico de la renta vitalicia es a la vez clásico y moderno, por la "rica problemática" que genera[6], amén de que todavía presenta actualidad según se evidencia de las ofertas de la propia web[7]. Aunque se acota sin embargo que la renta vitalicia ha perdido la importancia de otrora ante la aparición de nuevo tipos contractuales[8]. Se trata de un contrato que suele ser ofrecido por entidades financieras o aseguradoras[9], en que la posición dominante del ente que oferta el servicio permite meditar sobre la efectiva incidencia de la normativa de la figura y la consecuente aplicación de otras alternativas equivalentes[10]. Pues no escapa el interesado de la posición dominante de las entidades financieras[11]. La

3 Véase: Toral Lara, E.: *El contrato,* cit., p. 10, desde su promulgación en 1889 no ha sufrido ninguna modificación legislativa, a pesar de la evolución de la economía y la sociedad.

4 Zago, J. A.: *El contrato*, cit., pp. 16 y 30.

5 Delgado Vergara, T.: "El contrato", cit., p. 104.

6 Mosset Iturraspe, J.: Prólogo, en: Zago, J. A.: *El contrato*, cit., p. 11, los juristas contemporáneos se sienten atraídos por la rica problemática de este negocio.

7 Donde es común ver ofertas de entidades financieras del contrato bajo análisis.

8 Véase: Esborraz, D. F., "Contrato oneroso de renta vitalicia", *Fundamentos de Derecho Contractual*, Parte Especial, Direct. N. L. Nicolau, coord. A. C. Ariza y C.A. Hernández, La Ley, Buenos Aires, 2009, T. II, p. 414, en la actualidad ha perdido la importancia que pudo haber tenido en otras épocas, en atención a que la finalidad económica otrora perseguida por las partes a través de este tipo contractual se alcanza hoy mediante otras formas más aptas. Véase refiriendo una de las partes que la otra se valió de una "institución en desuso": TSJ/SConst., Sent, núm. 600 de 10-8-18.

9 Véase: Lacruz Berdejo, J. L.: *Nociones de,* cit., p. 348, el contrato de renta vitalicia, las más de las veces se concluye en masa por las compañías aseguradoras. Pero en España no está necesariamente sometido a la ley de seguros privados, sino que puede contratarse como convención civil, así lo decide la sentencia 27-6-73, para el pago de las pensiones vitalicias de prácticos de puerto.

10 Véase: Toral Lara, E.: *El contrato,* cit., p. 10, No deja de sorprender que los particulares formalicen escasos contratos de renta vitalicia, mientras cada vez son más las compañías aseguradoras y las entidades crediticias que idean y comercializan formulas muy similares a las que esta relación contractual proporciona. Sin embargo, una meditación detenida nos proporciona las claves de tal paradoja. ¿Por qué un particular prefiere formalizar una relación de estas características con entidades aseguradoras o financieras, cuyos intereses y posibilidades de abusar de su posición dominante son bien conocidos, otorgándosele la alternativa de hacerlo con otros particulares cercanos de manera mucho menos onerosa? La respuesta parece clara: el contrato de renta vitalicia ha caído en el olvido a causa de los importantes problemas que genera su regulación. Sí se han percatado de ello las aseguradoras y los bancos, que, a la vista de la importante demanda de una figura de estas características, han adaptado los productos ya existentes al contrato que nos ocupa.

11 Baamonde Méndez, J. M.: *El contrato de vitalicio de la Ley 2/2006 de 14 de junio, de derecho civil de Galicia*, Memoria para optar al grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2017, Director: J. I. Fernández Domingo, p. 18, las compañías aseguradoras y las entidades crediticias, cada día sacan al mercado gran número de atrayentes productos bancarios y financieros, dirigidos a potenciales clientes. Productos generalmente regulados por abusivas cláusulas contractuales, redactadas unilateralmente por las propias entidades mercantiles. El elenco de planes de jubilación de naturaleza privada que son ofertados a los particulares, en la mayor parte de los casos, no otorga a sus beneficiarios la cobertura económica y el aseguramiento de la calidad de vida para los que fueron contratados. Las prestaciones económicas no alcanzan a sufragar los gastos que las necesidades vitales con las que las personas de edad avanzada van a enfrentarse al momento de su percepción. No obstante, es un dato perfectamente contrastable, el aumento de la demanda de todo tipo de productos de jubilación, a través de los que los particulares tratan de procurarse una efectiva calidad de vida en el futuro.

doctrina española lo diferencia de otros contratos[12] como la hipoteca inversa[13], el de seguro de vida[14], así como del contrato de vitalicio o alimentos[15]. Siendo estos últimos, también especies del género asociado a la prestación vitalicia[16]. Se trata de un contrato centenario cuya revisión permite poner al día algunos conceptos añejos como la aleatoriedad o la gratuidad[17]. Sin duda una interesante figura contractual, aunque un tanto olvidada en países de reciente hiperinflación como el caso venezolano, pues la incertidumbre golpea la posibilidad de relaciones jurídicas a largo plazo. En todo caso la esencia que configura este tipo contractual podría actualizarse o inspirar otras modalidades contractuales adaptables a las necesidades[18] de los tiempos que corren.

I. NOCIÓN.

En sencillas palabras de Albaladejo el "derecho de renta vitalicia es el de recibir de por vida una renta"[19]. La renta vitalicia se traduce en la obligación de una persona de pagar a otra, determinada cantidad de dinero u otro bien o servicio,

12 Véase: Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., pp. 334-338; Morillas Romero, J.F.: *Contrato de renta vitalicia Diferenciación con las figuras afines*, Grado en Derecho, Universidad de Jaen, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, 2016. Véase también en la doctrina cubana y argentina, respectivamente: Delgado Vergara, T.: "El contrato", cit., pp. 109-111; Esborraz, D. F.: "Contrato oneroso", cit., pp. 418-423.

13 Véase: Toral lara, E.: *El contrato,* cit., p. 159-179. Véase ibid, p. 554, Nada tiene que ver la denominada "hipoteca inversa" con el contrato de renta vitalicia. En la hipoteca inversa el constituyente recibe un préstamo del que es garantía su propia vivienda, sin tener que renunciar a su uso o titularidad; García Mares, S.: *La hipoteca inversa*, Tesis doctoral, Universidad Jaume I de Castellón, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Departamento de Derecho Privado, Julio 2015, Dir. L. M. Vázquez de Castro, pp. 331-336.

14 Véase: Toral lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 122-137; Zago, J. A.: *El contrato*, cit., pp.57-64, lo diferencia de la compraventa a plazos largos y la donación con cargo. Véase sobre el contrato de seguro: Franzoni, M.: "El seguro entre los contratos aleatorios", *Contratos Aleatorios*, L. Pérez Gallardo (Coord.), Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, España, 2012, pp. 171-194.

15 Véase: Toral lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 137-159; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 1-2, cit., pp. 62-69; Baamonde Méndez, J. M.: *El contrato,* cit., pp. 241-246, especialmente 242 y 244, entendía el Supremo: "[…] el denominado "vitalicio" no es una modalidad de la renta vitalicia regulada en los artículos 1802 a 1808 del Código Civil, sino un contrato autónomo, innominado y susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad; Mariño de Andrés, A. M.: *El contrato de vitalicio. Elaboración jurisprudencial,* Universidad de Vigo, Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo, Departamento de Derecho Privado, Tesis Doctoral, Vigo 2013, Direct. de tesis: H. Martínez Hens, pp. 79-97, especialmente p. 81, cita sentencia 18-1-01, en el contrato de vitalicio se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida del o de los cedentes; Riera Álvarez, J.A.: "Consideración de", cit., pp. 165-167; echeverría de rada, T.: "El nuevo contrato de alimentos: Estudio critico de sus caracteres", *Boletín del Ministerio de Justicia,* Año 60, núm. 2019-2020, 2006, pp. 3461-3481; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., pp. 255 y 256; Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de,* cit., p. 435.

16 Véase: Rodríguez Ramos, A. M.: "La renta", cit., p. 3, la renta vitalicia es una especie más del género prestación vitalicia, como pudiera serlo la prestación de alimentos, el autor cita (ibid., p. 5, nota 4) a: Zurita Martín, I: *Contratos vitalicios*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

17 Rodríguez Ramos, A. M.: "Consideraciones sobre", cit., p. 34, que revisa las diferencias entre lo oneroso y lo gratuito, desgaja la teoría de los negocios jurídicos bilaterales y constata nuevos términos como el negocio neutro.

18 El contrato surge como una forma de satisfacer necesidades del hombre. Véase nuestros comentarios en: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, RVLJ, Caracas, 2017, p. 40; *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*, Colección Estudios, núm. 2, Cenlae, Caracas, 2019, p. 205, nota 1098.

19 Albaladejo, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 840: Orduña moreno, j. y otros: *Derecho Civil,* cit., por este contrato, el deudor se obliga a pagar un pensión o rédito durante la vida de una o más personas determinadas.

en forma periódica, durante la vida de una o más personas[20]. Se trata – a decir de Rodríguez Ramos- de una relación jurídica que genera para una persona el derecho de percibir periódicamente una cantidad de dinero o una cosa fungible de otra, durante la vida de cualquiera de ambas, de un tercero o de varios[21]. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina venezolana[22].

La prestación puede ser cumplida mediante una cantidad de dinero u otra cosa mueble fungible o en especie; dicho pago debe acontecer periódicamente[23], por lo que la continuidad o periodicidad es fundamental. La expresión "vitalicia" que aplica a la renta o prestación deriva del hecho de fijar su duración por el lapso de tiempo que dure la vida de la persona que sirve de referencia, que aun cuando normalmente es el acreedor, puede ser el deudor o de un tercero, de quien no se requiere asentimiento alguno. Su fuente es indiferente y puede aplicarse a más de una persona[24].

Dispone el art. 1791 CC venezolano: "La renta vitalicia puede constituirse por la duración de la vida de quien da el precio o por la de un tercero que no tiene derecho a la renta". De seguidas, indica el art. 1792 CC: "Puede constituirse por la duración de la vida de una persona o de varias".

Con base a tales normas, se afirma que la figura puede constituirse a título oneroso o a título gratuito; por contrato o por testamento; a favor de alguien sin que se requiera que la beneficiaria sea la misma persona que da el precio; pero también puede constituirse a favor de varias personas[25]. Si bien la obligación suele ser pagadera en dinero, nada obsta para la validez de acuerdos de pago en especie o de otro orden[26].

---

20 Véase: Mazeaud, H. y otros: *Lecciones de Derecho Civil, Los principales contratos (continuación)*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974, Parte Tercera, Vol. IV, .Trad. L. Alcalá-Zamora y Castillo, pp. 591 y 603, por el contrato de renta vitalicia, una parte, el deudor de la renta, se obliga a pagarle periódicamente a otra, el acreedor de la renta, ciertas pensiones durante toda la vida de ésta (o de un tercero); Lacruz Berdejo, J. L.: *Nociones de,* cit., p. 348, representa una relación de obligación en virtud de la cual un sujeto, deudor, viene obligado a entregar a otro, persona natural, pensionista, una cantidad periódica durante la vida de ésta o teniendo como límite, además la vida de otra persona natural.

21 Rodríguez Ramos, A. M.: "Consideraciones sobre", cit., p. 18.

22 Véase: Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos y,* cit., p. 525, la renta vitalicia es el acto jurídico a título gratuito u oneroso, por el cual una persona se obliga a pagar a otra periódicamente, y por toda la duración de la vida de una o más personas cierta cantidad de dinero; Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., p. 417, siguiendo a Messineo señala que se trata de una relación obligatoria en virtud de la cual una persona (deudor) se obliga a pagar a otra (acreedor), una prestación periódica, en dinero o en especie, durante la vida del acreedor, del deudor o de un tercero; Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 129, acto jurídico en virtud del cual una persona (deudor) se obliga a pagar a otra (acreedor) periódicamente una pensión o renta en dinero o en especie, durante la vida de una o más personas determinadas, sea la vida del acreedor, del deudor o de un tercero.

23 Véase: Gastaldi, J. M. y E. Centanario: *Contratos aleatorios,* cit., p. 51, resulta criticable pretender la calificación "anual".

24 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., pp. 419 y 420.

25 Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos*, cit., p. 525, cita arts. 1789, 1780 y 1795, ap. Único CC.

26 Ibid., p. 526; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 251, aunque lo normal sea la entrega de un capital de bienes muebles o inmuebles cuyo dominio se transfiere, también cabe la transmisión de derechos de naturaleza

El contrato está referido en el art. 1802 del CC español: "El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le mantiene desde luego con la carga de la pensión".

II. ANTECEDENTES[27].

Se discute la incidencia de la figura en Roma, donde para algunos el contrato no alcanzó gran importancia, mientras para otros se trata de una institución genuinamente romana donde se establecieron las bases de lo que posteriormente llegaría a ser[28]. De allí que se afirme que la institución tuvo su origen en el Derecho Romano[29] aunque durante la edad media alcanzó su mayor relieve especialmente en su fuente contractual[30]. Se admite que la opción testamentaria era considerada en Roma[31] por vía de donación y de contrato innominado[32].

real o personal, como una servidumbre, usufructo o cesión de créditos. La contraprestación consiste más frecuentemente en un capital del dinero, pero es siempre posible cualquier otra contraprestación, como, por ejemplo, la entrega de un fundo; MARIÑO DE ANDRÉS, A. M.: *El contrato,* cit., pp. 93 y 94, cita STS de 11 de julio de 1997, como dice literalmente dicho art. 1802 pero que se interpreta en un sentido amplio que comprende no sólo la transmisión del derecho de propiedad de cosa mueble o inmueble, sino también la de cualquier otro derecho real que no sea el de propiedad o incluso un derecho personal; entenderlo así se corresponde a una interpretación progresiva del articulado de un más que centenario código, adaptándolo a la siempre cambiante realidad social.

27 MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos,* cit., pp. 420-422.

28 BERNAD MAINAR, R.: Contratación Civil, cit., p. 127.

29 Véase: ZAGO, J. A.: *El contrato*, cit., p. 15; TORAL LARA, E.: *El contrato,* cit., pp. 16-31, especialmente p. 16, Existen disputas en la doctrina jurídica en relación con los orígenes de la figura. Aunque la generalidad de los autores considera que tiene sus antecedentes en el Derecho Romano, una minoría considera que no era conocida en Roma. En nuestra opinión, y así lo confirman las fuentes, hay indicios de relaciones jurídicas generadoras de rentas vitalicias en Roma, que constituyen los antecedentes remotos del actual contrato de renta vitalicia; QUIÑONERO CERVANTES, E.: "La situación", núm. 1-2, cit., p. 8, Aunque existen autores que niegan que la renta vitalicia era conocida en Roma, no parece que esto tenga fundamento, pues hay indicios de lo contrario, aunque la institución tuviera el refinamiento y la sutileza de que la ha revestido la ciencia moderna.

30 MARÍN ECHEVERRÍA, A. R.: *Contratos,* cit., p. 420, en su fuente testamentaria siguió los lineamientos del Derecho Romano, en su fuente contractual onerosa se desarrolló y evolucionó hasta configurarse tal y como ha sido recogida las modernas legislaciones; MOSSET ITURRASPE, Jorge: "Prólogo", en: ZAGO, J. A.: *El contrato*, cit., p. 11, se le reconoce antecedentes en el Derecho Romano y se difundió en la edad media; TORAL LARA, E.: *El contrato,* cit., p. 31, Resulta meridianamente claro que la renta vitalicia no fue desconocida para el Derecho Romano, pero no cabe duda de que su mayor expansión y desarrollo se producen en la Edad Media... Es opinión generalizada que el derecho y la economía medievales ofrecen un terreno muy favorable para la evolución y el desarrollo del contrato de renta vitalicia. De hecho, a lo largo de estos siglos la renta vitalicia goza de una amplia difusión, adaptándose a las diversas necesidades de quienes las estipulan. En la alta Edad Media, a través de los distintos mecanismos usados para su constitución, cumple una mera función alimenticia. Por el contrario, a partir del siglo XII se convierte en el instrumento de crédito por excelencia, como consecuencia, entre otros motivos, de la prohibición que afecta al préstamo con interés. Esta última etapa es la más importante en la evolución de la renta vitalicia, pues a lo largo de la misma se pone de manifiesto su carácter aleatorio y adopta muchos de los caracteres que todavía conserva hoy día.

31 Véase: TORAL LARA, E.: *El contrato,* cit., p. 19.

32 Ibid., pp. 26-31.

Modernamente se aprecia en las diversas legislaciones[33], asumiendo formas que tienden a satisfacer necesidades personales o familiares del constituyente, bien sea a través del contrato o por vía testamentaria[34]. Y aunque en Venezuela no constituya una práctica habitual por los embates de la hiperinflación, en otras latitudes se ha convertido en un instrumento de ahorro e inversión; pues ante la posibilidad de una jubilación exigua, algunos prefieren entregar dinero o bienes a entes financieros estables a cambio de una renta vitalicia, a fin de ver incrementados sus ingresos periódicos por el resto de sus días[35]. La situación actual de la familia lleva a algunos de sus miembros a proveer por sí mismos y con sus propios medios, la seguridad de sus últimos años. No es razonable en estos tiempos, confiar en la solidaridad del vínculo íntimo[36]. Por eso se busca la tranquilidad en la una renta vitalicia (generalmente onerosa), cambiando un patrimonio –para algunos de rentabilidad mezquina-, por ingresos mayores, periódicos y por el resto de la vida[37]. De allí la denominación del instituto bajo análisis, aunque no necesariamente supone el intercambio de un patrimonio de escasa rentabilidad.

III. FUENTES[38].

El derecho a la renta vitalicia puede nacer de diferentes fuentes[39]. Se adquiere de muchos modos, a saber, por contrato oneroso, por contrato gratuito (donación) o por sucesión (legado)[40]. Es obvia su diversidad de fuentes no obstante la imprecisión del texto sustantivo español[41] que parece considerar el contrato

33 Zago, J. A.: *El contrato,* cit., pp. 15 y 16, El proyecto de García Goyena aludía al contrato en estudio en el art. 1703, cuyo texto coincide con el art. 1968 del CC francés de 1804.

34 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., p. 421.

35 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 129, esta es la esencia de los conocidos planes de pensiones; Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos*, cit., p. 528, la renta vitalicia a título oneroso es poco frecuente en Venezuela. En cambio, en otros países era usual que al alcanzar la edad del retiro las personas de reducidos recursos sin herederos presuntos o que preferían no dejar a éstos sus bienes, entregaban a empresas sólidas cantidades de dinero, bienes muebles o inmuebles a cambio de una renta vitalicia para lograr así un aumento significativo de sus ingresos periódicos que les permitiera vivir más o menos desahogados el resto de sus días. Desde hace años el temor a la devaluación monetaria y la inflación han hecho que esta operación se poco frecuente. Véase sentencias con referencia a la figura en torno a la jubilación, citadas en: Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., pp. 143 y 144.

36 Mosset Iturraspe, Jorge: "Prólogo", en: Zago, J. A.: *El contrato*, cit., p. 11.

37 Ibid., p. 12; Esborraz, D. F., "Contrato oneroso", cit., p. 414, de ahí que en prevención de ese riesgo decida transferir una suma de dinero o un bien de su propiedad a un sujeto que se obligue a abonar una renta más elevada de la que se podría obtener con la normal administración del capital entregado. De allí que represente para el deudor de la renta un negocio de inversión.

38 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., pp. 422 y 423; Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 130, según su origen la renta vitalicia puede ser voluntaria, legal o judicial; Toral lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 179-186; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., pp. 251 y 252.

39 Albaladejo, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 841; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., p. 394; Martínez de Aguirre Aldaz, C. y otros: *Curso de,* cit., p. 772, contrato gratuito y testamento.

40 Albaladejo, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 842.

41 Rodríguez Ramos, A. M.: *La renta,* cit., pp. 3 y 4, Tampoco expone el Código civil sistemáticamente cuáles son todas las «potencias» o fuentes generatrices de una renta vitalicia: a unas las olvida, y al resto las citas de forma pasajera y deslavazada como si de una diáspora jurídica se tratase. Lo acertado hubiera sido que convivieran todas bajo un mismo techo. El Código lo intenta en sede de contratos bajo la leyenda «De la renta vitalicia». Pero al desarrollar la cuestión se dedica con detalle a una sola de las potencias (el contrato oneroso), apenas dedica un par de artículos a las gratuitas (art. 1807 CC e indirectamente el art. 1803 CC),

como la única[42], aunque sea la más común[43]. Pero también puede generarse por testamento, por disposición legal o judicial[44], presentado factores comunes[45]. De allí que Quiñonero Cervantes titule su estudio la "situación jurídica de renta vitalicia" pues el autor parte de que cualquiera que sea la fuente, la regulación de la situación jurídica del instituto debe ser la misma[46]. Se reseñan las siguientes fuentes en el Derecho venezolano:

1. Contrato o actos voluntarios: Indica la doctrina que se deriva de los arts. 1788, 1789, 1790 y 1793 del CC venezolano que la renta vitalicia puede nacer u originarse de "contrato" oneroso o gratuito, así como de la voluntad unilateral del constituyente, expresada en una manifestación testamentaria mediante la constitución de un legado. Este supuesto se aprecia en el ámbito del Derecho Sucesorio[47]. Esto último, particularmente a través del legado periódico (CC, arts. 930[48] y 931[49]).

2. La ley: la renta vitalicia podría tener fuente en la propia ley, colocándose como ejemplo, fuera del ámbito del Derecho Civil, la normativa social que establece la pensión de vejez[50].

3. Decisión judicial: Marín Echeverría agrega esta fuente con base a una solución equivalente a la que reseña una norma del Derecho italiano que permite la indemnización del daño por vía de la renta vitalicia, señalando que aunque el ordenamiento venezolano no presenta una norma equivalente (pues el art. 1196 del CC relativo a la reparación del daño material y moral no lo contempla), en opinión del autor técnica y teóricamente es perfectamente posible una solución

y aunque contiene reglas aplicables indistintamente a unas y otras, en ningún momento da la sensación de estar aportando premeditadamente una disciplina común para toda clase de relaciones jurídicas de prestación vitalicia.

42 Toral lara, E.: *El contrato,* cit., p. 179.

43 Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 1-2, cit., p. 6, cita a De Buen.

44 Delgado vergara, T.: "El contrato", cit., p. 104.

45 Toral lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 9 y 10, existen factores jurídicos comunes en todas las relaciones de prestación vitalicia, al margen de la fuente de la que procedan… todas las relaciones jurídicas de prestación vitalicia tienen la misma estructura y suelen responder a idénticos fines y fundamentos.

46 Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 1-2, cit., pp. 7 y 18, propone la original labor de estudiar los elementos comunes de la institución.

47 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., p. 422.

48 Esta norma dispone: "Si el legado consiste en una renta vitalicia o pensión, ésta comienza a correr desde el día de la muerte del testador".

49 "En el legado de una cantidad determinada, que deba ser pagada cada mes, cada año, o en otros períodos, el primer plazo principia a la muerte del testador y el legatario adquiere el derecho a toda la cantidad debida por el plazo corriente, aun cuando muera antes del vencimiento de este plazo. Sin embargo, el legado no puede exigirse sino después del vencimiento del plazo, a no ser que se haya dejado a título de alimentos, caso en el cual puede exigirse al principio del plazo». Véase: Domínguez Guillén, M.C.: *Manual de Derecho Sucesorio,* RVLJ, 2ª ed., Caracas, 2019, p. 479, Se trata de legados que imponen a los herederos la obligación de cumplir prestaciones periódicas a favor del legatario. Tiene por objeto una cierta cantidad de dinero u otros bienes fungibles entregable en determinados períodos y durante cierto tiempo.

50 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., p. 423; Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 130.

semejante, en cuyo caso, la renta vitalicia así creada tendría fuente judicial[51]. Sin perjuicio de que tal solución compensatoria tenga lugar por acuerdo de las partes[52].

IV. CARACTERES[53].

1. Aleatorio[54]: Dispone el art. 1136 del CC venezolano: "El contrato es aleatorio, cuando para ambos contratantes o para uno de ellos, la ventaja depende de un hecho casual". A diferencia del contrato conmutativo, en que la ventaja de cada parte puede ser determinada en el momento de la celebración. El contrato aleatorio "o de suerte" apareja el riesgo de una pérdida o ganancia derivado de un hecho incierto, casual o aleatorio porque el alea constituye la propia esencia del

51 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., p. 423. Véase TSJ/SPA, Sent. núm. 01229 de 17-11, se condenó al Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda "al pago de una renta vitalicia calculada en sesenta unidades tributarias (60 U.T.), pagaderas en forma anticipada, periódica y mensualmente"… permite concluir a esta Alzada, que la demandante se encuentra en una situación especial, pues amerita seguimiento y observación constante en su enfermedad, en razón de lo cual esta Alzada estima que más que otorgar una *"renta vitalicia"*, deben garantizarse los servicios de atención médica para el diagnóstico… se revoca de dicho fallo lo relativo al pago de la "renta vitalicia"; TSJ/SPA, Sent. 01722 de 2-12-09, 2. Una pensión vitalicia equivalente a treinta y cinco unidades tributarias (35 U.T.) mensuales a partir de la publicación del fallo, esto es, del 30 de septiembre de 2009…". Véase con inclusión de los votos salvados: TSJ/SConst., Sent. núm. 2359 de 18-12-07, TERCERO: ORDENA al Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia establezca por daño moral a favor de la ciudadana Gladys Josefina Jorge Saad (vda) de Carmona, la asignación de una pensión mensual vitalicia de carácter personal e intransferible y no traslaticia estimada por esta Sala en la cantidad equivalente a treinta (30) unidades tributarias…. Véase voto salvado (Rondón Haaz): "Por otra parte, no se concuerda con que se obligue a la viuda a seguir vinculada de por vida con el Estado, que tardó más de tres lustros en reconocer sus derechos en este caso. La Sala ha debido acordar un monto único, el cual habría sido pagado como lo prevé la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República". Véase voto salvado (Cabrera Romero): "Por otro lado, la decisión ordena una renta mensual vitalicia a favor de la viuda, lo que significa que ella podría recibir menos que los otros herederos de Ramón Carmona Vásquez por concepto de daño moral, el cual fue fijado en cuarenta millones para cada uno de los hijos de Ramón Carmona. En efecto, no señala el fallo cuál es el monto del daño moral que corresponde a la viuda de Carmona, Gladys Jorge, por lo que a ella -insólitamente- no corresponde indemnización por daño moral, debiendo entenderse -ya que no se indica- que la pensión vitalicia a su favor es el equivalente al daño moral. Ahora bien, la renta vitalicia es de naturaleza contractual (artículo 1788 del Código Civil) o testamentaria (artículo 1790 *eiusdem*), sin que el Código Civil prevea que pueda constituirse mediante sentencia. Si pensáramos que ella es posible crearla por un fallo (lo que no luce lógico ya que el contrato contiene las estipulaciones que rigen la vida de la renta), ella no iría más allá de la vida de la acreedora de la renta, por lo que si la beneficiaria muere en un año, por ejemplo, no recibiría el equivalente a treinta unidades tributarias mensuales, lo que sería menor a los cuarenta millones que le corresponde a cada uno de sus hijos, por lo que ello sería injusto con relación a la viuda; como también lo sería, si se entiende que a la viuda no le correspondan daños morales, sino sólo la renta vitalicia. Por estos motivos salvo el voto". Véase en España: Peña López, F: "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", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, 2020, p. 112, la Ley 35/2015, permite, 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).

52 Medina de Lemus, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 340, no se excluye que la renta se constituya en compensación de un daño causado, representado un modo de suplir ingresos que pudieron percibirse y no fueron.

53 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., pp. 430-434; Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., pp. 130-133.

54 Véase: Gastaldi, J. M. y E. Centanario: *Contratos aleatorios,* cit., pp. 61-63; Pérez Gallardo, L. B.: "Los contratos aleatorios en los Códigos Civiles Iberoamericanos", *Contratos Aleatorios,* L. Pérez Gallardo (Coord.), Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, España, 2012, pp. 33-48; Valdés Díaz, C.: "Apuntes sobre alea y condición en los negocios jurídicos contractuales", *Contratos Aleatorios*, L. Pérez Gallardo (Coord.), Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, España, 2012, pp. 17-32; Zago, J. A.: *El contrato*, cit., pp. 45-48; Toral lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 190-277; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 251; Mazeaud, H. y otros: *Lecciones de,* cit., p. 591; Lacruz Berdejo, J. L.: *Nociones de,* cit., p. 348; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 1-2, cit., pp. 80 y 81.

contrato[55]; no pueden las partes valorar ab initio cuál será la magnitud económica del sacrificio o de la ventaja que al contratante pueda significarle. Entre los típicos contratos aleatorios se ubica precisamente la renta vitalicia[56], entre otros[57]. En efecto, ni el constituyente, ni el deudor, al momento de la celebración del contrato de renta vitalicia podrán determinar cuál será el posible resultado como efecto y consecuencia de la satisfacción de sus respectivas prestaciones, pues la incertidumbre surge al no tener respuesta a sus interrogantes[58].

La aleatoriedad radica precisamente en la incertidumbre de la duración de la vida sobre cuyas personas se ha constituido, pues se desconoce en un principio si las pensiones que se paguen superarán o no el capital entregado al obligado[59]. La intención del acreedor es la de vivir el mayor tiempo posible y por consiguiente recibir más de lo que ha dado[60]. Que el fin inmediato y objetivo de toda relación jurídica de prestación vitalicia consista en dar o hacer algo hasta la muerte de la "vida módulo", convierte al alea en su causa principal[61]. El carácter "aleatorio" forma parte de la esencia del contrato en comentarios, según veremos a propósito

55 Bernad Mainar, R.: *Derecho Civil Patrimonial Obligaciones (Revisado y actualizado)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, T. III, p. 33; Rodríguez Ramos, A. M.: *La renta,* cit., p. 10, la incertidumbre de la fecha de la muerte de la «vida módulo» determina la cuantía final de la prestación y convierte a la relación jurídica en aleatoria; Valundés díaz, C.: "Apuntes sobre alea y condición en los negocios jurídicos contractuales", *Contratos Aleatorios,* L. Pérez Gallardo (Coord.), Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, España, 2012, pp. 17 y 18; Delgado vergara, T.: "El contrato", cit., p. 104, lo azaroso del contrato está dado porque la producción del suceso incierto determinará la situación ventajosa o no de una de las partes o ambas; Mazeaud, H. y otros: *Lecciones de,* cit., p. 605, De allí que el azar es de la esencia de este contrato; Franzoni, M.: "El seguro", p. 198, el alea o suerte incide directamente sobre la posición a asumir por las partes (cita sentencia del Tribunal Supremo Español de 14 de noviembre de 2011).

56 Véase: Gastaldi, J. M. y E. Centanaro: *Contratos aleatorios,* cit., p. 62, el alea del contrato es la vida y no puede estar sujeto a otras limitaciones pues de lo contrario se convertiría en un contrato de plazo incierto; 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, pp. 38 y 39.

57 Como el seguro, la fianza, el juego y la apuesta: Domínguez Guillén, M.C.: *Curso de*, cit., pp. 476-478; Pérez Gallardo, L. B.: "Los contratos", cit., p. 41.

58 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., p. 431, tales como ¿será beneficioso para el acreedor porque recibirá tantas pensiones que su monto total sobrepasa el valor de los bienes transferidos al deudor? ¿será beneficioso para el deudor la extinción de la vida contemplada porque permitió el pago de un número de pensiones que en su conjunto son inferiores al valor de los bienes cuyo dominio le fuera transferido? Ciertamente la ventaja dependerá de un hecho casual: la duración de la vida contemplada.

59 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 131; Albaladejo, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 843, la aleatoriedad del contrato reside en que pudiendo vivir más o menos la persona de que se trate, la operación puede resultar beneficiosa o perjudicial para el que pague la pensión, también existe cuando la vida módulo sea de un tercero; Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de*, cit., p. 431, La aleatoriedad reside aquí en la incertidumbre sobre la duración de la vida contemplada pues no puede saberse si las pensiones pagadas superaran o no el capital entregado al obligado; Zago, J. A.: *El contrato*, cit., p. 47, en el contrato oneroso de renta vitalicia, el alea o acontecimiento incierto será la duración de la vida de la persona designada como cabeza del contrato. Implica riesgo para el que aporta bienes o capital así como para la otra parte; Toral lara, E.: *El contrato,* cit., p. 237, La aleatoriedad de este contrato radica en la incertidumbre existente sobre la duración del contrato y, concretamente, de la obligación de pagar la renta. La incierta extensión de la obligación de pagar la renta afecta a la entidad de la prestación del deudor, y al resultado final del contrato. El evento incierto del que depende el alea de la relación jurídica que nos ocupa radica en la imposibilidad de determinar el momento en el que se extinguirá la vida que se toma como módulo que, como regla general, depende de la suerte o el azar.

60 Mosset Iturraspe, J.: "Prólogo". En: Zago, J. A.: *El contrato*, cit., p. 11, Cabe recordar que el teólogo Henri de Gand, célebre en el siglo XIII, afirmaba que con la rente vitalicia se había usura mentalmente.

61 Rodríguez Ramos, A. M.: *La renta,* cit., p. 12.

de sus elementos[62]. La muerte -a diferencia del nacimiento- es un hecho seguro[63], pero rige incertidumbre sobre el tiempo en que acontecerá en cada ser humano[64].

Si bien se indica que la teoría de la imprevisión no aplica a los contratos aleatorios, se aclara que ello rige respecto de la propia alea del contrato como sería la duración de la vida, pero la dificultad de cumplimiento por onerosidad excesiva bien podría afectar al contrato bajo estudio, por ejemplo, ante una hiperinflación que afecte las cuotas pactadas[65]. De allí que se admita la procedencia de la teoría de la imprevisión en los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato[66]. Por ejemplo, si en el contrato de renta vitalicia la persona beneficiada vive muchos años más de lo normal no aplica la teoría. Pero en efecto, una inflación desmesurada que torne insignificante la renta pactada hace procedente la teoría porque el alea del contrato es la vida, la inflación es extraña a ella y por tanto procedería la imprevisión[67].

62 Véase infra núm. VI.

63 Véanse nuestros: *Manual de Derecho Civil I Personas*, Paredes, Caracas, 2011, p. 106; *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte).* TSJ, Colección Estudios Jurídicos núm. 17, Caracas, 2007, pp. 152 y 153.

64 Véase: Delgado Vergara, T.: "El contrato", cit., p. 105, sobre la muerte no caben dudas de que acontecerá, pero el momento sí es desconocido e imprevisible; Toral Lara, E.*: El contrato,* cit., p. 237, El evento incierto necesariamente acaecerá, pues es evidente que antes o después toda persona humana debe morir; es incierto en el momento en el que acaecerá.

65 Véase: García Caracuel, M.: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales,* Dykinson, Madrid, 2014, p. 214, la imprevisión es inaplicable a supuestos que entran en el alea normal del contrato; vega cardona, R.J. y otros: "Alea e imprevisión. A Propósito de la revisión judicial de los contratos aleatorios", *Contratos Aleatorios*, L. Pérez Gallardo (Coord.), Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/ Zabalia, España, 2012, pp. 49-65, especialmente p. 61, cuando el hecho imprevisto excede el alea querida por las partes entonces procederá la revisión del contrato; elia, M.: "Clasificación de los contratos", *Contratos Civiles y Comerciales, Parte General,* Gabriel De Reina Tartiere (Director), Editorial Heliasta S.R.L, Argentina, 2010, p. 71, la imprevisión es de aplicación específica a los contratos conmutativos y no a los aleatorios, excepto que "la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato"; Domínguez guillén, M.C.: *Curso de,* cit., p. 196.

66 Zago, J. A.: *El contrato,* cit., p. 55.

67 Gastaldi, J. M. y E. Centanaro: *Contratos aleatorios,* cit., pp. 26 y 27; Toral lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 418-421; Valdés díaz, C.: "Apuntes sobre", cit., p. 29, las fluctuaciones económicas y la frecuente inestabilidad de la moneda provocan cambios que sobrepasan la visión de los contratantes divorciando su voluntad originaria, afectando el evento constitutivo del alea, de modo que siempre de modo excepcional, pudiera admitirse una posible revisión del contrato; elia, M.: "Clasificación de", cit., p. 72; Poveda Díaz, J.: "Algunas cuestiones", cit., p. 2836. Véase indicando que el Juzgador omitió pronunciarse sobre la petición de la teoría imprevisión a propósito de una renta vitalicia: TSJ/SCC, Sent. 91 de 5-3-15.

La aleatoriedad es común a la renta vitalicia tanto gratuita como onerosa[68]. Si el alea participa de la causa del contrato, éste sin duda será aleatorio[69], pues la duda sobre la vida, afecta tanto al negocio oneroso como al gratuito[70]. Ello a pesar que algún Código pretenda desconocerlo[71] y que lo aleatorio suela estar asociado a la onerosidad[72]. Finalmente no ha faltado quien reseñe el presente contrato puede propiciar una suerte de voto o deseo de muerte, idea es la que inspira la prohibición de los pactos sobre sucesión futura en Venezuela)[73].

2. Consensual: a tenor del art. 1161 del CC venezolano la doctrina mayoritaria ubica el contrato oneroso de renta vitalicia dentro de los contratos consensuales[74]. Vale recordar que, si la renta deriva de un acto testamentario, éste está sujeto a las respectivas formalidades. Algunos excepcionalmente refieren un carácter real en aquellas legislaciones en que se perfecciona mediante la entrega de la cosa o del capital por parte del constituyente[75]. Por su parte, un sector de la doctrina española lo califica de consensual[76], mientras que otros aclaran que si bien el CC

68 Rodríguez Ramos, A. M.: *La renta,* cit., pp. 28 y 29, Negar la aleatoriedad de una renta cuyo pago está supeditado a la muerte de alguien, muerte que seguro llegará pero Dios sabe cuándo es como vendar el mar para no verlo; el alea está; Delgado Vergara, T.: "El contrato", cit., p. 108, para algunos autores, el contrato es siempre aleatorio, sin importar que el contrato sea gratuito u oneroso, ya que el alea es la muerte del cabeza de renta, aunque cabría decirse con mayor exactitud que más que la muerte, el alea reside en la duración de la vida, se trata de un *incertus quando*.; Toral Lara, E.: *El contrato,* cit., p. 555, Este alea sólo exige recíprocas posibilidades de pérdidas o ganancias para ambas partes contratantes en el contrato de renta vitalicia oneroso. En el gratuito exige el acuerdo de las partes para someter la prestación o prestaciones principales del contrato a un evento incierto que las determine, y afecta a la entidad de las recíprocas pérdidas o ganancias de los contratantes; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 1-2, cit., p. 85.

69 Rodríguez Ramos, A. M.: "Consideraciones sobre", cit., p. 30.

70 Ibid., p. 32; Toral lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 230 y 280, el carácter aleatorio de un contrato no depende de que el contrato cueste a cada parte hacer o prometer una prestación en favor de la otra. Lo esencial para la calificación de un contrato como aleatorio es que contenga el alea característica de esta categoría contractual. Resulta indiferente que con la relación se impongan sacrificios a ambas partes.

71 Véase: Rodríguez Ramos, A. M.: "Consideraciones sobre", p. 17, art. 2301 CC colombiano "cuando se constituye una renta vitalicia gratuitamente no hay contrato aleatorio…".

72 Véase: Ibid., p. 34.

73 Véase opinión de quien fuera nuestro profesor Enrique Lagrange, en nuestro: *Curso de*, cit., p. 522, Una vieja idea tiñe de inmorales los pactos sobre sucesión futura porque pueden propiciar una especie de votum mortis, de voto o deseo de muerte. Aunque ello puede presentarse en contratos como la renta vitalicia o el seguro de vida.

74 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., p. 433; Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 132; Toral lara, E.: *El contrato,* cit., p. 345, El contrato oneroso de renta vitalicia es, por tanto, consensual y bilateral. La entrega de la cosa se realiza en consideración al pago de la renta, son dos obligaciones correlativas, simétricas, que permiten la consecución de la finalidad con la que ambas partes celebran el contrato.

75 Véase: Zago, J. A.: *El contrato*, cit., pp. 19, 29, 42-44; Gastaldi, J. M. y E. Centanario: *Contratos aleatorios,* cit., pp. 59 y 60.

76 Véase: Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 251, aclara que tal opinión no es unánime en la doctrina, sin perjuicio para el autor de la validez del contrato de promesa de renta vitalicia; Medina de Lemus, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 339, es un contrato consensual por más que el art. 1802 lo configura como real al transferir el dominio del capital; Albaladejo, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 844, dicha opinión que yo mismo acepté antes, ahora la considero equivocada, y pienso que es más acertado estimar que el contrato en estudio es consensual, de modo que sin necesidad de entrega, por el simple acuerdo de los interesados, uno queda obligado a transferir al otro la cosa prometida, y éste a pagarle la renta de que se trate; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", cit., p. 325, nosotros estimamos que el contrato de renta vitalicia es un contrato consensual y no real; Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de,* cit., pp. 431 y 432, si bien se indica que se perfecciona con la entrega del capital se ha hecho dudosa su caracterización de contrato real, por lo que un sector doctrinal concluye que es consensual; Toral Lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 319-322,

español parece exigir para la perfección del contrato la transmisión del dominio de las cosas muebles o inmuebles que constituyen el capital (SSTS 2-3-56 y 18-1-96) no parece problema en admitir un contrato consensual de renta vitalicia en cuyo caso la obligación de pagar la misma no surgirá hasta que haya operado la efectiva transmisión de los bienes constitutivos del capital[77]. Se afirma que la impropia redacción técnica del art. 1802 del CC español ha contribuido a esa estéril discusión[78].

3. Bilateral: En los contratos bilaterales ambas partes se obligan. Así refiere el art. 1134 CC venezolano: "El contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga; y bilateral, cuando se obligan recíprocamente". Se indica que el contrato oneroso de renta vitalicia, las obligaciones del constituyente y del deudor son realmente interdependientes porque el deudor se obligue al pago de pensiones y a cambio recibe el dominio de bienes y el constituyente hace la transferencia del dominio. Tal reciprocidad o interdependencia perdura durante toda la vigencia del contrato[79]. Así pues, si se predica su consensualidad, tendría que proclamarse su bilateralidad[80], aunque la doctrina reseña su carácter unilateral de ser gratuito[81], conservando su aletoriedad, no pudiendo pretenderse conclusiones definitivas

especialmente p. 319, El art. 1.790 CC considera que los contratos aleatorios se perfeccionan por el mero consentimiento, así se deriva claramente de su redacción: "por el contrato aleatorio una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan...".

77 Martínez de Aguirre Aldaz y otros: *Curso de,* cit., p. 772, cita a Lacruz para indicar que al amparo de la autonomía de la voluntad se puede pactar el pago de una renta consistente en cualesquiera bienes, durante cualquier espacio de tiempo, a trueque de cualquier contraprestación o sin ella.

78 Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., p. 323, En España ha contribuido además a la afirmación de que la renta vitalicia es un contrato real la dicción del art. 1.802 del Código civil, que en su último inciso dice así: «... cuyo dominio se le transfiere, desde luego, con la carga de la pensión»… esto no responde más que a una imperfección técnica… Bástenos decir aquí, con Albaladejo, que debe tomarse el art. 1.802 en el sentido no de que imperativamente establezca la necesidad de entregar la cosa para que haya contrato de renta vitalicia, sino en el de que lo que dice, lo dice, porque contempla el supuesto de que el contrato de renta se celebre con entrega simultánea al que ha de pagarla, de los bienes que toma a cambio de obligarse a tal pago.

79 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., p. 434, porque de otra manera no podría justificarse el pago de las pensiones, pues no se olvide que la obligación del deudor es única aun cuando su cumplimiento se haga periódicamente; Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., pp. 132 y 133, si admitimos su carácter consensual nacerán obligaciones bilaterales para ambas partes: de un lado la entrega de capital o bienes, por el otro el pago de la renta o pensión; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., p. 331, Otros autores refieren la unilateralidad o bilateralidad del contrato a dos momentos distintos. Así, Scevola dice que si nos referimos al instante de su constitución u otorgamiento es bilateral, por cuanto sobre ambas partes pesa alguna obligación: sobre el cedente del capital, la de entregarlo, que precisamente está cumpliendo al otorgar el contrato, y sobre el cesionario, la obligación de pagar periódicamente la pensión establecida. Pero si nos referimos a la renta vitalicia después del perfeccionamiento del contrato, habremos de calificarla de unilateral en cuanto que ya no existe en adelante otra obligación que la del cesionario del capital, aquella de satisfacer la pensión. Sin embargo, este argumento no resulta convincente, pues ¿cómo va a ser bilateral un contrato para luego dejar de serlo? Lo que implícitamente se está admitiendo es la bilateralidad en todo momento, pues el hecho de que primero se cumpla una obligación y posteriormente la otra no quiere decir que exista sólo una.

80 Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 252.

81 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 132.

o generales[82]. La unilateralidad o bilateralidad del contrato es indiferente a la bilateralidad del alea[83].

4. Nominado o típico porque cuenta con una regulación en el Código Civil[84], a diferencia de los contratos atípicos o innominados.

5. De trato sucesivo[85] porque se proyecta en el tiempo no agotándose en un solo acto. A lo que se agrega ser de ejecución periódica[86]. Se trata de un contrato de tracto sucesivo en el que a lo largo de su ejecución duradera se satisfacen prestaciones periódicas[87]. Se trata a decir de Quiñonero Cervantes, de una obligación sujeta en su cumplimiento a un tracto sucesivo que generalmente se dilata bastante tiempo[88].

6. Principal[89] porque existe por sí mismo sin depender de otro[90]. Relevante porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal[91], a diferencia de la prenda, hipoteca o fianza que son contratos accesorios[92].

7. No formal: constituye un contrato no sometido a formalidades especiales pues no se derivan tales de las normas particulares que la regula[93]. Sin perjuicio de

82 Delgado vergara, T.: "El contrato", cit., p. 105. Véase también: Toral lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 322-335, no existe bilateralidad cuando el contrato de renta vitalicia gratuito se constituye sin entrega de capital, pues en este caso es claramente unilateral, como tampoco son contratos bilaterales otros contratos aleatorios en los que no existen obligaciones correlativas. La aleatoriedad, de la misma manera que la onerosidad, es independiente de la bilateralidad.

83 Toral lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 331 y 334, los contratos aleatorios unilaterales son perfectamente posibles.

84 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., p. 433; Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 131; Zago, J. A.: *El contrato*, p. 45; Gastaldi, J. M. y E. Centanario: *Contratos aleatorios*, cit., pp. 63 y 64; Rodríguez Ramos, A. M.: *La renta,* cit., p. 22, El de «renta vitalicia» es un negocio nominado, típico.

85 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., p. 433; Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 132, ya que el pago de la renta o pensión se llevará a cabo periódicamente, sea cual sea dicho período (semana, mes, año, lustro) mientras siga viva la persona cuya vida sea contemplada; Zago, J. A.: *El contrato*, cit., pp. 54 y 55; TSJ/SCC, Sent. núm. 258 de 8-5-17, siendo ese negocio jurídico (renta vitalicia) un contrato de tracto sucesivo.

86 Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 1-2, cit., p. 19, La renta vitalicia es un negocio de ejecución periódica; Domínguez Guillén, M. C: *Curso de,* cit., pp. 480 y 481, Los de trato sucesivo pueden ser de ejecución continuada (arrendamiento, comodato) o de ejecución periódica (suministro o renta vitalicia).

87 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 140, se dice que el contrato genera tantas prestaciones como pensiones el deudor deba satisfacer, lo cual acarrea que, no obstante emanar de un solo contrato cada una de ellas genera identidad propia y autónoma, por lo que el acreedor podrá reclamar cada una sobre la base de un único vínculo.

88 Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., p. 340.

89 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., p. 433; Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 131, no depende de otro contrato ni se subordina a él.

90 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 17; Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., p. 284.

91 Domínguez Guillén, M. C: *Curso de,* cit., p. 480.

92 Mélich Orsini, J.: *Doctrina general*, cit., p. 48.

93 Véase: Albaladejo, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 842, cita sentencia española de 25-4-62, que indica que la forma es libre, aunque normalmente se formaliza por escrito; Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de,* cit., p. 433, no contiene el CC español particularidades en este punto, por lo que regirán las normas generales de los arts. 1279 y 1280 si constituye a título oneroso; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., p. 322, el contrato oneroso de renta vitalicia no es un contrato formal. El Código civil no exige para su constitución ninguna formalidad; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., pp. 253 y 254.

las formalidades necesarias en caso de constitución gratuita[94] o de su comprobación teniendo en cuenta el art. 1387 CC[95].

8. Oneroso[96] y excepcionalmente gratuito[97]. En el contrato oneroso ambas partes se benefician, a diferencia del gratuito en se beneficia una sola parte (CC venezolano, art. 1135).

V. CONSTITUCIÓN.

La renta vitalicia puede constituirse a título oneroso (compraventa o permuta) y a título gratuito, ya sea por acto inter vivos (donación) o mortis causa (legado)[98].

1. A título oneroso[99].

Dispone el art. 1788 del Código Civil (CC) venezolano: "La renta vitalicia puede constituirse a título oneroso, mediante una cantidad de dinero u otra cosa mueble, o mediante un inmueble"[100]. El contrato oneroso de renta vitalicia constituye la convención mediante la cual una persona (deudor) se obliga a pagar al constituyente o a un tercero (el acreedor) una pensión durante la vida de éste o de una persona determinada, a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se transfiere[101]. La renta vitalicia constituida a título oneroso siempre es un contrato[102].

De la obligación de pagar la pensión al acreedor, surge la facultad de requerir dicho pago. Ello confiere un derecho de crédito sobre las pensiones adeudadas según se infiere del art. 1796 CC[103]. De tal suerte que no se configura un derecho

94 Véase: Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos y,* cit., p. 526.

95 Véase: Marín Echeverría, A. R.: *Contratos,* cit., p. 431.

96 Véase: Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., p. 319, "El contrato oneroso de renta vitalicia es aquel por el cual un sujeto se obliga a pagar a otro una pensión periódica, una renta, en contraprestación de un capital o de un bien mueble o inmueble que se le transmite. En realidad, al ser el contrato oneroso el negocio genético de renta vitalicia más frecuente": Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 252, el rentista no obtiene la pensión sino a cambio de desprenderse del capital.

97 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 132.

98 Ibid., p. 133.

99 Véase: Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., pp. 426-430; Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos y,* cit., pp. 526, 28-30; Gastaldi, J. M. y E. Centanario: *Contratos aleatorios,* pp. 54-59; Lacruz Berdejo, J. L.: *Nociones de,* cit., p. 348, El CC español destina los arts. 1802 a 1808 a la creación de la renta por título oneroso.

100 Véase: Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., pp. 426-430.

101 Ibid., p. 426; Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos y,* cit., p. 526, en la hipotesis de la renta vitalicia constituida a título oneroso pueden darse dos casos; que la renta sea a favor del propio constituyente o que la renta sea a favor de un tercero, caso en el cual lo que es oneroso entre las partes, es sin embargo, una liberalidad frente al beneficiario. En este último caso son las normas de fondo y de forma de las liberalidades, incluyendo la posibilidad de ser impugnado si excede la porción disponible del constituyente o si se ha hecho en favor de la persona incapaz de recibir (CC, art. 1793).

102 Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos*, cit., p. 528.

103 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., p. 427.

real sino personal[104]. Se trata de una obligación a término, específicamente "resolutorio", pues una vez acaecido hace cesar la obligación, en cuya fijación del plazo pueden distinguirse varias opciones[105]. El carácter oneroso no queda desnaturalizado en el supuesto de que el beneficiario acreedor resulte ser otra persona y no el dador constituyente, pues la onerosidad se da cuando la prestación de uno tiene como razón de ser la contraprestación de otro[106].

2. A título gratuito[107].

Pueden existir rentas vitalicias constituidas por testamento (legado) o por donación, no mediando desplazamiento patrimonial del rentista al pagador[108]. El contrato gratuito de renta vitalicia está sometido al régimen de las liberalidades[109]. La renta vitalicia constituida a título gratuito sin que medie contrato es siempre un acto "mortis causa" consistente en un legado[110]. Señala el art. 1789 del CC venezolano: "También puede constituirse a título puramente gratuito, por donación o por testamento, debiendo entonces hacerse con las formalidades que establece la Ley para tales casos". Tales formalidades vienen dadas por la forma auténtica, la aceptación, el registro en caso de inmuebles a los efectos de terceros[111]. Fuera de lo indicado, la figura se rige por las normas generales relativas a la renta vitalicia[112].

104 Véase: Medina de Lemus, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 339, del art. 1802 del CC español podría deducirse que el contrato produce una afección real al utilizar el vocablo carga, pero esto no significa que el capital resulte gravado con un derecho real, sino que se adquiere en correspondencia a la obligación de pago periódico asumida por el deudor, con la garantía de todos sus bienes en conjunto, sin especial afección a ninguno de ellos; Orduña Moreno, j. y otros: *Derecho Civil,* cit., p. 516, la referencia del art. 1802 CC español no significa que los bienes transmitidos al deudor estén gravados con un derecho real; Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de,* cit., p. 432, el preceptor de la renta es titular de un derecho de crédito meramente personal. Por lo que la palabra "carga" utilizada en el art. 1802 español no es sinónimo de carga real (sentencia 8-5-92); Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 1-2, cit., p. 30, se trata de un derecho de naturaleza personal; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 251, la jurisprudencia reconoce el carácter personal de la renta vitalicia.

105 Véase: Marín Echeverría, A. R.: *Contratos,* cit., pp. 429 y 430, puede pagarse por períodos vencidos (CC, art. 1798), por plazos vencidos, pero con la modalidad de que el acreedor tendrá derecho a la misma si la vida contemplada existe al vencimiento del respectivo período (CC, art. 1159), el pago se hace por períodos anticipados, en cuyo caso el acreedor siempre tendrá derecho al pago del primer período y a la correspondiente al período en el cual se extinga la vida contemplada.

106 Zago, J. A.: *El contrato*, cit., p. 41.

107 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., pp. 447-451; Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 527; Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de,* cit., pp. 434 y 435; Rodríguez Ramos, A. M.: "Consideraciones sobre", cit., pp. 17-34; Rodríguez Ramos, A. M.: "La renta", cit., pp. 67 y ss.

108 Rodríguez Ramos, A. M.: "Consideraciones sobre", p. 19; Zago, J. A.: *El contrato*, p. 19, Nada se opone a la celebración de una renta por medio de una donación Véase sobre la donación de renta vitalicia en España: Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., pp. 357-372.

109 Mazeaud, H. y otros: *Lecciones de,* cit., p. 603.

110 Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 527. Véase sobre el legado de renta vitalicia en España: Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., pp. 376-393; Álvarez Álvarez, H.: *El legado de rentas o prestaciones periódicas: su protección registral*, La Ley, España, 2007.

111 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., p. 448.

112 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 527.

El contrato de renta vitalicia podría en tal caso verse afectado por las normas relativas a la revocación y reducción de las donaciones (CC, arts. 1159 y ss.)[113]. Prevé el art. 1790 CC venezolano: "La renta vitalicia, constituida por donación o por testamento, es reducible si excede de la porción de que se puede disponer: es nula si se ha hecho en favor de una persona incapaz de recibir". Agrega el art. 1793 CC: "Puede constituirse en provecho de un tercero, distinto de quien da el precio. En este caso, aunque la renta vitalicia constituya una liberalidad, no queda sujeta a las formas establecidas para las donaciones; pero es reducible o anulable con arreglo al artículo 1790". Este último supuesto constituye una tercera forma de constituir la renta vitalicia distinta a la donación, no obstante tratarse de una liberalidad[114]. Recordemos que la renta vitalicia puede constituirse mediante contrato a favor de tercero[115] en el que se incluye al "concebido"[116]. De allí que no pueda afirmarse siempre que el constituyente es acreedor de la renta como consecuencia del contrato[117].

Dispone el art. 1799 CC venezolano: "Sólo en el caso de que la renta vitalicia se haya constituido a título gratuito, se puede estipular que no estará sujeta a embargo". El CC español contempla también en el art. 1807: "El que constituye una renta a título gratuito sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista". El supuesto se caracteriza porque no hay entrega de un capital a cambio de la renta[118], aunque el capítulo en apariencia regula el contrato oneroso[119], dada su imperfección sistemática[120]. La norma también declara que toda renta vitalicia constituida gratuitamente es susceptible de ser declarada inembargable

113 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., pp. 450 y 451. Véase: 885 del CC: "Cuando el testador dispone de un usufructo o de una renta vitalicia, cuyo rendimiento exceda el de la porción disponible, los legitimarios pueden optar entre ejecutar esta disposición o abandonar la propiedad de la porción disponible. La misma elección pertenece a los legitimarios en el caso en que se haya dispuesto de la propiedad de una cantidad que exceda de la porción disponible": Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho Sucesorio,* cit., pp. 534-536.

114 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., p. 447.

115 Ibid., p. 451; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., pp. 349-357; Larroza, R. O.: "Contratos en favor de terceros", *Contratos Teoría General,* R. S. Stiglitz (Director), Depalma, Buenos Aires, 1993, T. II, pp. 307 y 308, el tercero es titular de un derecho propio para poder exigir el cumplimiento de la obligación de renta vitalicia. No podrá pedir la nulidad, pero sí el reajuste por depreciación monetaria de la renta que en períodos de alta inflación se ha ido deteriorando progresivamente. Lo contrario constituiría de parte del promitente un abuso de derecho.

116 Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., pp. 356 y 357; Esborraz, D. F., "Contrato oneroso", cit., p. 425, nota 14; Toral Lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 375-377.

117 Zago, J. A.: *El contrato,* cit., cit., p. 32.

118 Orduña moreno, j. y otros: *Derecho Civil,* cit., p. 516, el donante tras la perfección del contrato se convierte en deudor del donatario por el importe de la renta concertada; Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de,* cit., p. 434, en tal caso gratuito no existe entrega de un capital a cambio de una renta sino que una persona concede a otra el derecho de percibirla.

119 Rodríguez Ramos, A. M.: "Consideraciones sobre", cit., p. 19.

120 Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 251.

por el constituyente[121], lo que ha generado discusión en la doctrina española[122] por la trascendencia que podría generar[123] la citada cláusula de inembargabilidad[124]. Rodríguez Ramos sobre la base de que la citada norma es la única del CC que permite distinguir entre negocio gratuito y liberal[125], reseña supuestos de rentas vitalicias que constituyen una liberalidad[126].

Recordemos que la aleatoriedad está presente en la renta vitalicia no obstante la gratuidad del negocio[127]. El propio Código Civil español prevé la posibilidad de constituir la renta vitalicia a título gratuito en el art. 1807, la cual no siempre será necesariamente una donación[128]. Por lo que la doctrina española atinadamente considera exagerada o forzada la pretensión de donación (con las respectivas formalidades) de toda renta vitalicia constituida gratuitamente[129]. Es factible la posibilidad de contrato gratuito de renta vitalicia distinto a la donación, más allá de las diferencias de forma, sin perjuicio que le sean aplicables a la renta vitalicia

121 Rodríguez Ramos, A. M.: "Consideraciones sobre", cit., p. 20; Orduña moreno, j. y otros: *Derecho Civil,* cit., p. 516, de esta forma se sustrae a la persecución de los acreedores el pensionista; Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de,* cit., pp. 434 y 435, se sustrae a la persecución de los acreedores tanto las pensiones por vencer como las ya vencidas y no exigidas pues no hace en el precepto distinción alguna.

122 Véase: Rodríguez Ramos, A. M.: "La renta", cit., p. 1, "No son pocos los que sostienen que el precepto no está donde debiera, pero que acierta al autorizar la validez de una cláusula de inembargabilidad absoluta e ilimitada para todas las rentas vitalicias gratuitas 1• Yo niego las dos conclusiones. A mi juicio, el art. 1807 CC acierta al estar dónde está, y se equivoca no tanto en admitir este género de cláusulas como en la manera de decirlo. Las consecuencias jurídicas de sendas afirmaciones convierten a esta norma casi olvidada en un auténtico vergel del Derecho, en un filón recién abierto a los ojos del jurista, con una trascendencia dogmática y práctica aún por explorar"; Toral Lara, E.: *El contrato,* cit., p. 558, en virtud de lo establecido en el art. 1.807 CC, es perfectamente posible establecer una cláusula de inembargabilidad en las rentas constituidas a título gratuito. Para ello, es requisito imprescindible que estemos ante una renta vitalicia sin contraprestación alguna. Por tanto, quedan excluidas las rentas vitalicias onerosas, pero también todas aquellas que no sean gratuitas puras: donaciones modales u onerosas, contratos mixtos con donación, relaciones jurídicas en las que el beneficiario esté sujeto a algún tipo de carga..., pues se derivarían perjuicios para el acreedor del pensionista. El establecimiento de la cláusula debe hacerse mediante declaración expresa, y parece claro que la inembargabilidad sólo afecta al derecho de crédito, pero no a los bienes y dinero que se integran en el patrimonio del pensionista.

123 Véase: Rodríguez Ramos, A. M.: "La renta", cit., pp. 1-18, especialmente p. 15, No he encontrado resoluciones jurisprudenciales sobre la citada cláusula de inembargabillidad. Y si las hubiera, mucho me temo que primero tendrían que pronunciarse sobre su probable inconstitucionalidad.

124 Véase: ibid., pp. 142 y ss.

125 Véase: Rodríguez Ramos, A. M.: "Consideraciones sobre", cit., p. 20, no todas las rentas vitalicias gratuitas pueden disfrutar de la inembargabilidad sino aquellas que fueron dadas graciosamente.

126 Véase: Ibid., pp. 23 y ss., p.27, da ejemplos que no conforman tales como en materia de divorcio o de coherederos.

127 Véase *supra* IV, respecto al Derecho Español: Toral lara, E.: *El contrato,* cit., p. 288; Rodríguez Ramos, A. M.: "Consideraciones sobre", cit., p. 33.

128 Toral lara, E.: *El contrato,* cit., p. 292, Una vez comprobado que la donación no abarca la totalidad de contratos gratuitos existentes, y que el contrato aleatorio no oneroso conserva todas las características derivadas de su inherente aleatoriedad, resulta evidente que no puede subsumirse en el tipo de la donación.

129 Ibid., pp. 297 y 298, a pesar de que la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia entienden que la renta vitalicia constituida sin contraprestación, o con una muy pequeña, conforma una donación, tal postura nos parece un tanto forzada y, sin duda, el producto de la tendencia a configurar cualquier contrato gratuito como el citado tipo contractual. De hecho, son numerosísimos los supuestos en los que, para dar validez a un contrato de renta vitalicia gratuito, se tienen que realizar auténticos esfuerzos interpretativos para considerar cumplidos todos los requisitos de forma de la donación. Así, se ha mantenido que sólo admitiendo la existencia del contrato de renta vitalicia gratuito cabe aceptar la validez de numerosas rentas vitalicias gratuitas carentes de los requisitos formales de la donación, sin tener que acudir a complejos vericuetos jurídicos para darles validez.

gratuita algunas normas de fondo de la donación[130]. La dificultad práctica de distinción entre la gratuidad y onerosidad de la renta vitalicia puede perfilarse con base a ciertos parámetros[131].

VI. ELEMENTOS[132].

La doctrina distingue los elementos personales o subjetivos[133], mediante una pluralidad de partes[134], a saber, el constituyente (aporta capital o bienes, donante o testador), el deudor[135] del pago de la renta y el beneficiario o pensionista de la renta (quien tiene derecho a cobrar la renta) y que no tiene que coincidir con el constituyente, y la persona sobre cuya vida se constituye la renta vitalicia que puede ser el pensionista o un tercero extraño siempre que esté vivo al tiempo de la celebración del contrato (estipulación a favor de tercero)[136]. De allí que Rodríguez Ramos afirme que "no deben confundirse las partes de la relación jurídica de prestación vitalicia con los sujetos que intervienen en la misma. Partes hay solo dos: acreedora y deudora; sujetos tantos como personas (físicas o jurídicas) las integren, más la persona física viva, que encarne la «vida módulo» cuando no sea ninguna de aquéllas"[137].

130 Ibid., pp. 301-305, "Precisamente por ser esta nuestra postura, consideramos que el contrato no está sometido a los requisitos formales de la donación, ni en la oferta ni en la aceptación, pero no por su carácter asistencial, sino porque no es una donación". En nuestra opinión el contrato de renta vitalicia gratuito sí debe someterse al resto de cautelas propias de la donación: capacidad, revocación, colación, reducción... Esta solución deriva de que nuestro ordenamiento jurídico carece de un régimen jurídico propio de los negocios gratuitos, por lo que debe acudirse al de la donación siempre que no sea incompatible con la finalidad del contrato"

131 Ibid., pp.294-296; Rodríguez Ramos, A. M.: *La renta,* cit., pp. 67-141.

132 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., pp. 133-137; Gastaldi, J. M. y E. Centanario: *Contratos aleatorios,* cit., pp. 64-80; Toral lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 347 y ss.; Martínez de Aguirre Aldaz y otros: *Curso de,* cit., pp. 772 y 773; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., pp. 252 y 253.

133 Véase sobre las particularidades a propósito de los sujetos, tanto activo como pasivo del contrato: Toral lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 347 y ss.

134 Zago, J. A.: *El contrato,* cit., pp. 31, 35-37; Toral lara, E.: *El contrato,* cit., p. 350, Es perfectamente posible que la titularidad del derecho de crédito sea plural, que no pertenezca a una sola persona. Tal posibilidad no sólo se limita a la concurrencia coetánea de varios acreedores, sino que puede existir una pluralidad de acreedores sucesivos. En estos casos los distintos beneficiarios disfrutan de la pensión unos detrás de otros. Así, cada acreedor sucesivo tiene derecho a la renta durante el lapso temporal establecido, al finalizar el cual comienza a disfrutarla el siguiente acreedor, según el orden fijado, siempre que se mantenga la existencia de la vida módulo, pues desaparecida ésta se extingue el contrato.

135 Véase sobre las particularidades del sujeto pasivo o deudor (inclusive cuestionando tal denominación): Toral lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 358 y ss.

136 Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., p. 451; Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de,* cit., p. 432, el deudor es el que ha recibido el capital, el acreedor puede ser el constituyente u otra persona distinta, siendo este caso la figura de la estipulación a favor de tercero. La renta constituida sobre la vida de varias personas debe considerarse que no se extingue hasta la muerte de la última; Toral lara, E.: *El contrato,* cit., p. 315, la aceptación del tercero es necesaria para la adquisición del derecho, y que ésta debe producirse antes de la revocación por parte del estipulante. La aceptación posterior no produce efecto alguno, pero la anterior permite la consolidación del derecho y la imposibilidad para el estipulante, o sus herederos, de revocar la estipulación; Orduña moreno, J. y otros: *Derecho Civil,* cit., p. 516, el deudor de la renta es la persona que recibe el capital transferido, el acreedor puede ser tanto la persona que transfirió dichos bienes como una tercera persona beneficiada (estipulación a favor de tercero).

137 Rodríguez Ramos, A. M.: *La renta,* cit., p. 11: Albaladejo, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 842, la vida módulo generalmente es la de la persona que recibe la pensión, pero puede ser la de cualquier otra como del que la pago o de un tercero a tenor del art. 1803 del CC español.

En el contrato de renta vitalicia, siempre serán personas naturales o físicas las activas porque la vida es un fenómeno biológico exclusiva de tales: las personas jurídicas en estricto sentido o incorporales podrán prestar el servicio como deudores de la renta[138]. El art. 1803 del CC español señala al efecto: "puede constituirse la renta sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre varias personas. También puede constituirse a favor de aquella o aquéllas personas sobre cuya vida se otorga, o a favor de otra u otras distintas"[139]. En cuanto a la capacidad, se rige por las reglas generales[140], si se trata de renta onerosa se precisa capacidad general de contratar, en tanto que si es gratuita implican a tenor del art. 1790[141] CC venezolano tener capacidad para donar y testar[142].

Dispone el art. 1794 CC venezolano: "El contrato de renta vitalicia, constituida por la vida de una persona ya muerta cuando se celebró el contrato, no produce ningún efecto"[143]. Por su parte, el art. 1804 del CC español: "Es nula la renta constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento, o que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar la muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha"[144]. Con base a

138 Rodríguez Ramos, A. M.: *La renta,* cit., p. 10, Las posiciones activas y pasivas pueden estar integradas por una o varias personas: físicas las activas, y también jurídicas las pasivas. La vida que mide la duración del vínculo jurídico se corresponde con la de una persona física; o con la de varias designadas simultánea o sucesivamente; Toral lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 348 y 349, Obviamente, la vida contemplada debe ser la de una persona física, y no jurídica; Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de,* cit., p. 432, La persona en cuya vida se otorga ha de existir al tiempo de la celebración del contrato y obviamente se excluyen las personas incorporales; Orduña moreno, j. y otros: *Derecho Civil,* cit., p. 516, se excluyen personas jurídicas en la persona cuya vida se determina; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 1-2, cit., p. 41, la vida que se toma en consideración ha de ser siempre una «vida humana» y no aquella vida que se crea artificialmente a través de una personificación; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 253, no se puede constituir sobre la vida de una persona jurídica porque daría lugar a una renta indefinida o perpetua; Domínguez Guillén, M. C.: "Notas sobre la capacidad de las personas incorporales", *Revista Venezolana de Derecho Mercantil,* núm. 3 edición homenaje a la Dra. Gladys Rodríguez de Bello, 2019, p. 260.

139 Medina de Lemus, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 340, el que proporciona el capital a cambio de una pensión, que es quien contrata la renta no tiene por qué ser el favorecido, sino que puede serlo un tercero.

140 Albaladejo, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 842; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 252, la persona que da el capital debe tener capacidad para disponer de sus bienes y la que se obliga a pagar la pensión capacidad general para obligarse. Véase sobre la capacidad en general en el Derecho venezolano: De Freitas De Gouveia, Edilia: "La noción de capacidad en la doctrina jurídica venezolana", *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona,* Colección Libros Homenaje, núm. 5, TSJ, Caracas, 2002, Vol. I, pp. 319-345; Varela Cáceres, E. L.: *La capacidad de ejercicio de en los niños y adolescentes. Especial referencia al Derecho español y Venezolano.* RVLJ, Caracas, 2018, pp. 21-39. Véanse nuestros trabajos: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil.* TSJ, 3ª ed., Caracas, 2010, pp. 19-41; *Curso de*, cit., pp. 532-541; *Notas sobre la capacidad en el Derecho Venezolano,* Jurisprudencia Argentina, núm. 11, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019-I, pp. 9-39.

141 "…es nula si se ha hecho en favor de una persona incapaz de recibir".

142 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 134.

143 Véase: Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos*, cit., p. 529, ello independientemente de que las partes conocieran o ignorasen el hecho, ya que entonces al faltar el alea, el contrato queda sin alea o sin objeto. Véase sobre esto último: Domínguez Guillén, *Curso de*, cit., p. 528, Se citan entre los casos de ausencia de causa; Esborraz, D. F.: "Contrato oneroso", cit., pp. 424 y 425.

144 Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 253; Mazeaud, H. y otros: *Lecciones de,* cit., p. 605; Albaladejo, M.: *Derecho Civil,* cit., pp. 847 y 848; Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de,* cit., p. 434; Orduña moreno, j. y otros: *Derecho Civil,* cit., p. 517; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 1-2, cit., pp. 74-76.

esta última norma se dispone la nulidad de la renta vitalicia en el caso de que la enfermedad merme la esencial aleatoriedad del contrato[145].

En cuanto a los elementos objetivos[146] o reales, en la renta vitalicia vienen dados por la renta y por el capital de dinero o los bienes muebles o inmuebles que aporta el constituyente[147]. El pago de la renta no precisa ser en dinero pues podría tener lugar mediante otra cosa fungible o de otra manera (alimentación, vestimenta, instrucción), incluso combinado o mixto, siempre que sea periódico[148]. Ello lo diferencia del contrato de vitalicio o alimentos que supone el cuidado del alimentista[149]. El art. 533 del CC venezolano ubica el producto de la renta vitalicia en la categoría de los bienes muebles[150].

Se discute la posibilidad de limitar la duración de la renta a un plazo determinado (por ejemplo, 20 años). Algunos de un extremo a otro señalan que una renta con término de treinta años no deja de ser vitalicia, en tanto que para otros la fijación de un plazo afectaría el contrato de nulidad[151]. Pero dada la naturaleza del

145 Véase reseñando interesantes ejemplos en la jurisprudencia española sobre la apreciación del alea en un contrato afín al que nos ocupa, a saber, el de alimentos, señalando que la existencia o no de alea es una cuestión de hecho que debe determinarse en última instancia por la autoridad judicial atendiendo a las circunstancias de cada caso: ECHEVERRÍA DE RADA, T.: "El nuevo", cit., pp. 3465 y 3466.

146 Véase sobre los elementos objetivos y contenido del contrato: TORAL LARA, E.: *El contrato,* cit., pp. 385 y ss.

147 Véase: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. y otros: *Curso de,* cit., p.773; LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 253; DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN: *Sistema de,* cit., pp. 432 y 433, según el art. 1802 CC español, el constituyente ha de transferir el dominio de un capital de bienes muebles o inmuebles. Pero no hay inconveniente en la transmisión de derechos reales e incluso de crédito. Véase: TSJ/SConst., Sent, núm. 600 de 10-8-18, se indica que una parte le cedió a otra una cantidad de dichas acciones, derechos y participaciones a cambio de una renta vitalicia.

148 Véase: BERNAD MAINAR, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 135; DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN: *Sistema de,* cit., p. 433, no hay precepto legal que obligue a que sea dinero; ORDUÑA MORENO, J. y otros: *Derecho Civil,* cit., p. 516, la pensión no tiene que ser pagadera necesariamente en dinero; RODRÍGUEZ RAMOS, A. M.: *La renta,* cit., pp. 10, La prestación (periódica o continua) suele consistir en dar una «constante» en dinero y/o cosas fungibles, en proporcionar alojamiento, manutención y asistencia de toda clase; o en todas ellas a la vez de manera conjunta o combinada; TORAL LARA, E.: *El contrato,* cit., p. 556, El objeto de la pensión suele ser dinero, si bien, nada impide que consista en especie o parte en especie y parte en dinero. En este último caso se configura como una prestación mixta; QUIÑONERO CERVANTES, E.: "La situación", núm. 1-2, cit., p. 41, tanto la pensión como el capital pueden serlo parte en dinero y parte en especie, lo cual da lugar a una prestación mixta.

149 Véase supra I e infra IX: MARIÑO DE ANDRÉS, A. M.: *El contrato,* cit., p. 96, En el contrato de vitalicio la prestación del deudor es una prestación mixta de dar y hacer, de manera que no sólo tiene que proporcionar alimentos sino también los cuidados y atenciones que son objeto de este contrato. Lo que supone una diferencia entre el contrato de vitalicio y la renta vitalicia.

150 "Son muebles por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la Ley, los derechos, las obligaciones y las acciones que tienen por objeto cosas muebles; y las acciones o cuotas de participación en las sociedades civiles y de comercio, aunque estas sociedades sean propietarias de bienes inmuebles. En este último caso, dichas acciones o cuotas de participación se reputarán muebles hasta que termine la liquidación de la sociedad. Se reputan igualmente muebles las rentas vitalicias o perpetuas a cargo del Estado o de los particulares, salvo, en cuanto a las rentas del Estado, las disposiciones legales sobre Deuda Pública" (Destacado nuestro).

151 Véase: Ibid., p. 63, los autores señalan que no comparten tal criterio pero ha sido sostenido por Enneccerus-Lehman, Spota y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala D, Argentina (Jurisprudencia Argentina 1956-V, p. 477); QUIÑONERO CERVANTES, E.: "La situación", núm. 1-2, cit., p. 71, Pero a nuestro juicio no excluye la existencia de una renta vitalicia la posibilidad de fijar un término máximo que jugara junto al término de la duración de una vida humana siempre que la renta haya sido propuesta como vitalicia. Así, si el término fuese el de cuarenta años o cualquier otro de larga duración, o de una duración aproximada a la de la vida humana, no hay otras reglas más idóneas en el Código civil para regular

contrato, el término de duración de la vida constituye una condición definitoria del contrato, por lo que la adición de un plazo cualquiera que sea desnaturalizaría uno de los aspectos definitorios del contrato de renta vitalicia, a saber, la existencia del alea[152]. De tal suerte, que dicho contrato sería válido como contrato "atípico" pero en modo alguno conformaría una renta vitalicia[153]. El establecimiento de un plazo máximo de duración afectaría la naturaleza aleatoria del mismo desnaturalizando y convirtiéndolo en atípico[154]. Recordemos que el contrato típico puede sufrir modificaciones derivadas de la autonomía de la voluntad "sin dejar de ser un contrato típico, con tal de que tales cláusulas supongan sólo una desviación inesencial de los efectos del contrato"[155]. Pero ciertamente la aleatoriedad forma parte de la esencia del contrato bajo estudio, que suele ubicarse bajo el rubro de los contratos aleatorios: fijar un período de tiempo cualquier que sea éste le resta tal carácter esencial.

En Venezuela señala Aguilar Gorrondona en cuanto a la "tasa" de la renta que la ley no regula tal aspecto. Lo normal es que, desde el punto de vista económico, la renta ha de ser calculada de modo que en condiciones ordinarias el vendedor tenga tiempo de cobrar bajo la forma de pensiones una suma cercana al valor del capital enajenado más la renta que hubiera obtenido del mismo. Pero dicho cálculo no es fácil y el contrato tiene carácter aleatorio, jurídicamente en principio no debe impugnarse el contrato por el solo hecho que la tasa de la renta sea estipulada como alta o baja, pues no rigen aquí las limitaciones relativas al mutuo o préstamo[156]. La doctrina española tampoco considera aplicable a la tasa de la

---

tal relación que las destinadas a la renta vitalicia, siempre que «con la fijación del término no se destruya totalmente el carácter aleatorio del contrato, aunque se limite el alea, ni se desconecte del tiempo probable de vida de una persona»; Florit Fernández, C.: *Las pensiones alimenticias treinta años después de la modificación del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo*, Tesis doctoral, Universidad De Murcia, Facultad de Derecho, Director de Tesis: J.A. Cobacho Gómez, Murcia, 2013, En cuanto a la posibilidad de imponer un límite temporal, la doctrina no es unánime acerca de si estaríamos ante un típico contrato de renta vitalicia. Se suele admitir como renta vitalicia aquélla pactada por un plazo de 30 o 40 años, término final que se aplicaría junto al de la vida contemplada, pero no se considera vitalicia la fijada por un número pequeño de años. En opinión de Berenguer Albaladejo si mediante la introducción de un plazo, término o condición desapareciese la aleatoriedad esencial del contrato de renta, no es que estuviésemos ante un contrato distinto no sometido a los arts. 1802 y ss. del CC, sino que estaríamos ante un contrato nulo por falta de causa (p. 208).

152 Zago, J. A.: *El contrato*, cit., pp. 34 y 35, que producirá el posible mayor o menor beneficio que reciban las partes, según sea la duración de la vida del cabeza. Por ello pensamos que la limitación del plazo en forma fija, dejaría sin efecto uno de los factores que motivaron acodar el negocio jurídico; Toral lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 222 y 223, El alea es el elemento esencial del contrato aleatorio, y su ausencia provoca la imposibilidad de introducir el contrato en esta categoría.

153 Véase: Gastaldi, J. M. y E. Centanario: *Contratos aleatorios,* cit., p. 62, el alea del contrato, la vida, no puede estar sujeta a limitaciones temporales de otro tipo, pues sí así lo fuera dejaría el contrato de ser aleatorio para convertirse en contrato de plazo incierto. En tal caso, el contrato, aunque válido, dejaría de ser contrato de renta vitalicia para convertirse en un contrato atípico.

154 Ibid., p. 90.

155 Lacruz Berdejo, J. L. y otros: *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Vol. I, Parte General. Teoría General del Contrato,* Dykinson, 5ª ed., Madrid, 2011, Revisada y puesta al día por F. Rivero hernández, p. 485, Se trata de un cuestión de límites –cuándo pierde y cuándo no su identidad esencial el contrato modificado-, que habrá de resolverse caso por caso a la vista del régimen legal de cada tipo contractual.

156 Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 529, agrega que ello sin perjuicio de que la constitución de la renta a cambio de capital pueda encubrir un préstamo usurario, o que el contrato sea nulo por falta de

renta vitalicia las limitaciones inherentes al préstamo[157], en principio[158], a pesar que se crítica la pretensión judicial de una forma de cálculo en tal sentido[159]. Vale recordar que la posibilidad de impugnación dependerá del caso concreto, toda vez que la necesaria proporcionalidad de las prestaciones es fundamental en materia de Obligaciones[160].

Se admite la importancia de proteger de la inflación los montos en dinero de la renta vitalicia por lo que resulta recomendable incluir cláusulas de estabilización a fin de preservar el valor adquisitivo de la pensión[161], por aplicación de la autonomía de la voluntad[162]. Ante la inexistencia de tales cláusulas podría eventualmente encontrar aplicación la teoría de la imprevisión, ante una desmedida hiperinflación

precio, a menos que se pueda demostrar que la intención era una donación encubierta.

157 Toral lara, E.: *El contrato,* cit., p. 404, Durante mucho tiempo se discutió si la renta vitalicia estaba sometida a una tasa, a un "tipo de interés", dada su histórica analogía con el préstamo y el hecho de que el capital sólo podía constituirse en dinero. En la actualidad no se duda de que la renta no constituye el interés del capital, que el contrato de renta vitalicia no es una modalidad de préstamo, por lo que las partes pueden pactar libremente la cuantía de la pensión, sin que esté sometida a límite alguno. Nadie afirma hoy el sometimiento de la renta vitalicia a una tasa o tipo de interés, puesto que, además, no existe precepto alguno que determine su cuantía o los procedimientos para calcularla

158 Se reseña un caso en que se anuló una renta vitalicia inmobiliaria por ser muy exigua. Véase: https://www.elperiodico.com/es/economia/20061021/el-tsjc-anula-una-renta-vitalicia-inmobiliaria-por-ser-muy-exigua-5398656 21/10/2006, El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (TSJC) ha anulado un contrato de renta vitalicia inmobiliaria firmado entre particulares por considerar que la pensión que se satisfacía a la beneficiaria a cambio de transmitir su vivienda "estaba por debajo de la mitad del precio justo" que estipula el derecho civil catalán. Se trata del primer caso que propina la máxima autoridad judicial catalana por abuso en un contrato de este tipo mediante el que el beneficiario transmite su vivienda a cambio de una renta y el uso y disfrute del inmueble hasta su muerte.

159 Toral lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 404 y 405, el Tribunal Supremo defiende que el cálculo de la renta debe hacerse mediante la división del valor de los bienes transmitidos como capital en cuotas anuales, y en función de la probable duración de la vida módulo. Desde nuestro punto de vista no puede exigirse tal requisito a las partes contratantes, y mucho menos si defendemos la posibilidad de constituir un contrato de renta vitalicia gratuito. Los contratantes pueden determinar la cuantía de la renta conforme a los procedimientos que tengan por conveniente.

160 Véase nuestro: *Curso de*, cit., pp. 509-522 y 574.

161 Martínez de Aguirre Aldaz, C. y otros: *Curso de,* cit., p.773, cita sentencia española SS. TS 31-12-90 y 18-12-90); Lacruz Berdejo, J. L.: *Nociones de,* cit., p. 348, el importe pecuniario de la pensión periódica puede ser sometido a un índice de estabilización, cosa muy aconsejable en un negocio como éste, presumiblemente a largo plazo y destinado por lo común a mantener a una persona, la cual, por tanto, necesita que siga siempre idéntico el poder adquisitivo de las cantidades que recibe; Toral Lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 422-428 y 556, Dado el carácter continuado y periódico de la obligación de pago de la renta, y la vigencia del sistema nominalista en nuestro país, resulta recomendable pactar cláusulas de estabilización de la renta; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 1-2, cit., pp. 46-62; Tabares, J.: "Modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial al contrato oneroso de renta vitalicia", *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril)*, 21/04/2015, 464, Al ser la renta vitalicia un contrato de tracto sucesivo y prolongarse en el tiempo durante la duración de una vida humana, se puede producir el problema de la depreciación monetaria que llevará consigo un desequilibrio entre las prestaciones; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 253, De tal suerte, que cabe el juego de las cláusulas de estabilización (sentencia española de 31-10-60) e incluso la actualización como consecuencia del principio de la buena fe en razón de "restablecimiento contractual con reciprocidad real y equitativa de las prestaciones (sentencia española de 23-11-62). Véase sobre el tema en "sentencias comentadas" ambos de Bonet correa, j. E.: "La validez de las cláusulas de estabilización en los contratos de renta vitalicia (Comentario a la sentencia del 31 de octubre de 1960", *Anuario de Derecho Civil*, 1961, Fascículo 2, pp. 514-527, especialmente 527, el jurista tiene poco que decir en lo que incumbe al economista, aboga por la justicia en los contratos de naturaleza pecuniaria ; "Los contratos de renta vitalicia y de vitalicio ante las alteraciones monetarias", *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 4, 1976, pp. 1250-1259, especialmente 1259, concluye el Tribunal Supremo que admitir las cláusulas de estabilización concede labor correctora y de equidad al contrato.

162 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 135.

que configuraría un alea distinta a la del propio contrato (supra N°4). Ello con base a la buena fe que constituye principio fundamental en materia de Obligaciones[163], en atención a la consideración de los intereses de la otra parte[164]. La justicia -que en Venezuela tiene rango constitucional- también impone revisar o renegociar aquellas obligaciones contractuales que resultan excesivamente onerosas debido a un cambio excepcional de las circunstancias[165]. La doctrina española admite la actualización de la pensión si media gran desproporción entre el capital recibido y la renta pactada[166].

Las partes pudieran incorporar inclusive cláusulas penales como manifestación de la autonomía de la voluntad, aunque se admite a nivel general la dificultad de previsión como forma anticipada de liquidación del daño[167], que se acentúa en el contrato en estudio.

Finalmente, en cuanto a los elementos formales, se observa que el contrato no está sujeto en principio a formalidad, salvando a tenor del art. 1789 CC las que se precisan para la donación o legado. En caso oneroso rige el consensualismo, sin perjuicio del registro a los efectos de tercero o a efectos *ad probationem*. Por lo que el mero consentimiento transmite al deudor de la renta, el dominio de los bienes que constituyen el capital[168]. Para los Mazeaud el contrato en estudio

163 Véase nuestro trabajo: "Buena fe y relación obligatoria", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 11, 2018, pp. 17-80, especialmente pp. 63 y 64; Cardilli, R.: "Imprevisión y peligros contractuales en el sistema jurídico romanístico", *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano tipo.* Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001, II, p. 280, un correctivo de naturaleza equitativa, se impone por la bona fides que funda la relación nacida del contrato; Ordoqui Castilla, G.: *Buena fe en los contratos*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Zavalia/Temis/Ubijus/Reus, España, 2011, p. 175, la buena fe obliga a actuar conforme a la equidad y por ende a la revisión del contrato.

164 *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil Europeo*: El marco común de referencia (DCFR) Coordinadora de la versión española: C. quijerez delgado, Colección Derecho Privado I, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 68.

165 Véase: Ibid., p. 54; García Caracuel, M.: *La alteración*, cit., pp. 345 y 346; Véase nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, M. C.: "Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 7 *Edición Homenaje a José Peña Solís*, 2016, T. I, pp. 87, 88, 104 y 105; *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil).* EJV/CIDEP, Caracas, 2018, p. 147; "Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil Venezolano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10, IDIBE, Feb. 2019, pp. 69 y 70; "Notas sobre la constitucionalización del Derecho Civil en Venezuela", *Jurisprudencia Argentina*, núm. 13, Abeledo Perrot, 2018-III, p. 26.

166 Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de,* cit., p. 433, La pensión ha de ser fija y determinada (sentencia 16-12-30), e incluso su actualización si hay una gran desproporción entre el capital que se recibió y la renta que se pactó, debida a circunstancias no previsibles (sentencia de 26-11-62). No la pensión que ser igual o inferior a los frutos que sea susceptible de producir el capital (sentencia de 11-7-34). Véase, sin embargo, Gil Rodríguez, J. y otros: *Manual de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones Responsabilidad Civil Teoría General del Contrato*, Marcial Pons, 3ª ed., 2000, p. 646, reseña que las cláusulas de estabilización negligente omitida por los contratantes, imputa a éstos no haber ejercido los oportunos remedios (cita a Sánchez González y algunas sentencias españolas de SSTS de la década de los 90).

167 Véase: Lete del Río, José M.: *Derecho de,* cit., p. 255, si se pactare que el preceptor se quedará con las rentas abonadas con anterioridad se entenderá como cláusula penal por el incumplimiento (sigue a Diez-Picazo y Gullón); Marín García, I: *La liquidación anticipada del daño: análisis económico de la cláusula penal*, Colección Derecho Privado 9, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, p. 56, en la negociación de la cláusula de liquidación anticipada del daño, las partes tan solo tienen en cuenta un subconjunto de contingencias. El paso del tiempo, podría llevar a renegociar el contrato.

168 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., pp. 136 y 137.

si bien le presta servicios al acreedor de la renta, es susceptible de perjudicar gravemente a su familia[169] o herederos[170].

VII. EFECTOS[171].

Este ítem está regulado en el CC venezolano "De los Efectos del Contrato de Renta Vitalicia entre las Partes Contratantes" (arts. 1795 y ss.). Se distingue entre las obligaciones y derechos (posición jurídica) del constituyente por contraste con las del obligado al pago de la renta (deudor).

1. Obligaciones del Constituyente: Se obliga a la transmisión del dominio de los bienes muebles o inmuebles al deudor de la renta, así como al saneamiento por evicción y vicios ocultos de los bienes transmitidos[172]. El pensionista tiene derecho a cobrar la renta o pensión pero no puede reclamarla sin justificar la existencia de la persona sobre cuya vida esté constituida, a tenor del art. 1808 del CC español[173].

2. Deberes del obligado al pago de la renta[174]: La pensión o renta vitalicia es la prestación más característica del contrato, la que le da nombre y configura su aleatoriedad [175]. La obligación de pagar la renta ha de cumplirse según las reglas generales[176]. Prevé el art. 1798 CC venezolano: "La renta vitalicia se debe al propietario, en proporción del número de días que haya vivido. Sin embargo, si se ha convenido en pagarla por plazos anticipados, se debe toda la pensión desde el día en que haya de hacerse el pago"[177]. Tal norma debe conectarse con el art. 552 *eiusdem* según el cual "…Los frutos civiles se reputan adquiridos día por

169 Mazeaud, H. y otros: *Lecciones de,* cit., p. 612, esa consideración merece llamar la atención del legislador anheloso de defender el patrimonio familiar.

170 Ibid., p. 604, la constitución de renta vitalicia le permite al acreedor de la renta, sobre todo si es de edad avanzada, asegurarse algunos recursos periódicos muchos más elevados de lo que serían por sí solos los intereses de su capital. Pero la operación perjudica gravemente a sus herederos, porque el capital contraprestación de la renta se pierde definitivamente, y es verosímil que el acreedor de la renta consuma todas las pensiones que percibe. Por eso será oportuno reglamentar el contrato de renta vitalicia cuando el acreedor de la renta deje herederos legitimarios.

171 Véase: Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., pp. 137-140; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., pp. 254 y 255; Mazeaud, H. y otros: *Lecciones de,* cit., pp. 607-610: Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de,* cit., p. 433; Orduña Moreno, j. y otros: *Derecho Civil,* cit., pp. 516 y 517; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., pp. 338 y 339.

172 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 137; Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de,* cit., p. 433; Orduña moreno, j. y otros: *Derecho Civil,* cit., p. 516, el constituyente tiene que entregar el capital, por lo que vendrá obligado al saneamiento de los bienes si la constitución de aquella se ha hecho a título oneroso; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., p. 338, está obligado el deudor al saneamiento de la cosa entregada, teniendo que responder de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida y de los vicios o defectos ocultos que tuviere.

173 Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 254; Medina de Lemus, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 341; Albaladejo, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 845.

174 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., pp. 138-140; Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos y,* cit., p. 530.

175 Toral Lara, E.: *El contrato,* cit., p. 404.

176 Albaladejo, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 844.

177 Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos y,* cit., p. 530.

día" ya que las pensiones de renta vitalicia se consideran frutos civiles[178]. Bernad Mainar critica por su generalidad la primera de las normas reseñadas, por partir del supuesto que constituyente y beneficiario sean la misma persona, cuya vida sea contemplada. Cuando lo cierto es que puede constituirse en provecho de un tercero[179]. En forma equivalente en España las pensiones son frutos civiles a tenor del art. 353.3 CC que también dispone en el art. 1806 CC: "La renta correspondiente al año en que se muere el que disfruta se pagará en proporción a los días que hubiese vivido pero, si se hubiera pactado que debía satisfacerse por plazos anticipados, se pagará el importe total del plazo que durante su vida hubiese comenzado a correr"[180].

Dispone el art. 1797 CC venezolano: "El deudor de la renta no puede libertarse de ella ofreciendo el reembolso del capital y renunciando al cobro de las anualidades pagadas; está obligado a pagar la renta durante toda la vida de la persona o de las personas por quienes se ha constituido, cualquiera que sea la duración de la vida de estas personas, o por oneroso que haya podido llegar a ser el pago de la renta".

No cabe -en principio- pues alegar onerosidad según afirma la doctrina[181] porque ello forma parte esencial del alea característica del contrato. El hecho de que la persona de la vida contemplada viva más tiempo del inicialmente previsto se compensa con la eventualidad de que también hubiera podido morir mucho antes[182]. Dispone el art. 1795 CC venezolano: "La persona en cuyo provecho se ha constituido la renta vitalicia a título oneroso, puede hacer que se resuelva el contrato, si no se le otorgan las seguridades estipuladas para su cumplimiento. Si la renta se hubiere constituido en testamento sin designación de bienes determinados, el legatario tendrá derecho a que el heredero señale bienes bastantes sobre los que haya de constituirse la hipoteca"[183]. Interpreta tal norma

178 Véase también referencia en el art. 588 CC: "El usufructo de una renta vitalicia da al usufructuario el derecho de cobrar las pensiones día por día durante su usufructo. Deberá restituir siempre lo que hubiere cobrado anticipadamente"

179 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 138, alguien distinto de quien da el precio (CC, art. 1793), por la duración de la vida de quien da el precio o por la de un tercero que no tiene derecho a la renta (CC, art. 1791).

180 Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 254; Medina de Lemus, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 340; Albaladejo, M.: *Derecho Civil,* cit., pp. 844 y 845; Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de,* cit., p. 433; Orduña moreno, j. y otros: *Derecho Civil,* cit., pp. 516 y 517.

181 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 138, cita a Aguilar; Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 530, el elemento aleatorio propio del contrato impide que una vez comenzada su ejecución, una de las partes le ponga término a su voluntad, ya que la otra parte, ha corrido ya una parte de los riesgos. Sin embargo, el pacto en contrario es válido.

182 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 139, acontece igualmente el principio de seguridad jurídica que rige la contratación civil sustentada en el respeto a la voluntad de las partes, así como la teoría de los actos propios, según la cual nadie puede actuar con contra sus propios actos.

183 Véase: Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos y*, cit., p. 527; Mélich Orsini, J.: *La resolución del contrato por incumplimiento,* Temis, Bogotá/Caracas, 1982, pp. 130 y 131, nota 45, la norma permite al acreedor de la renta vitalicia intentar la resolución si su constituyente no le otorga las garantías o seguridades estipuladas para su cumplimiento.

la doctrina en el sentido de que la resolución opera por la no constitución de las garantías ofrecidas[184]. La doctrina española señala que tales seguridades o garantías en la renta vitalicia están en la práctica limitadas por lo largo en el tiempo de la extensión del contrato en estudio[185].

En caso de falta de pago de los atrasos de la renta dispone el art. 1796 CC venezolano: "La sola falta de pago de los atrasos de la renta no autoriza a aquél en cuyo favor se ha constituido ésta, a pedir el reembolso del capital o entrar en posesión del fundo enajenado. Tiene aquél solamente derecho de embargar y hacer vender los bienes de su deudor y pedir que se ordene, si el deudor no consiente en ello, que del producto de la venta se tome la cantidad suficiente para pagar los atrasos". A tono con la norma previa se interpreta que la simple falta de pago de atrasos de la renta no constituye causa de resolución del contrato constituido a título oneroso, si bien concede al beneficiario la facultad de embargar y vender los bienes del deudor para la satisfacción de la deuda[186]. Se afirma que ello constituye una excepción a la procedencia de la acción resolutoria de los contratos bilaterales[187].

En España apreciamos una norma equivalente en el art. 1805 CC: "La falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras"[188]. Sin la existencia de este precepto el incumplimiento de cualquiera de los vencimientos permitiría al acreedor solicitar

184 Véase: Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 139, el deudor de la renta vitalicia no se obliga a asegurar frente el acreedor el cumplimiento de su obligación, salvo que lo haya expresamente estipulado. En cuyo caso puede resolver el contrato; Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos y*, cit., pp. 529 y 530.

185 Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., p. 340, Lógicamente somos conscientes de que la propia causa del contrato de renta vitalicia excluirá en la práctica la utilización de garantías personales (fianza, por ejemplo) tendentes a asegurar el derecho del pensionista, dada la dudosa efectividad que una garantía de esta clase podría llegar a tener en una obligación sujeta en su cumplimiento a un tracto sucesivo que generalmente se dilata bastante tiempo. Tampoco garantías de otro tipo, aun siendo de naturaleza real, como la prenda, ofrecen una idoneidad acorde con el objeto del contrato. Si la idoneidad es correlativa a las posibilidades de efectividad de la garantía, evidentemente ésta parece lograrse de manera plena mediante la aplicación a la renta vitalicia de la llamada «hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas»… Pero, a nuestro juicio, el hecho de que la ley se ocupe de la garantía hipotecaria no excluye necesariamente la posibilidad de constitución de otros tipos de garantías distintos; Rozas Vial, R.: "La purga del censo vitalicio y de la hipoteca de una renta vitalicia", *Revista Chilena de Derecho,* vol. 13, núm. 3, 1986, pp. 499 y 500, "que la renta vitalicia puede garantizarse con hipoteca nadie lo discute"… para asegurar el pago de las pensiones futuras.

186 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 139.

187 Véase: palacios herrera, O.: *Apuntes de Obligaciones. Versión* taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela, Ediciones Nuevo Mundo, Caracas, 2000, Taquígrafo Rafael Maldonado G., pp. 264, así por excepción existen contratos bilaterales en que no aplica la acción resolutoria como es el caso de la renta vitalicia de conformidad con el art. 1796 CC, ello porque al tratarse de un contrato aleatorio en que se ignora cuál será el monto del incumplimiento. Por lo que ante un simple atraso en el pago de la renta, la ley prefiere otorgar otros recursos. Véase también; Mélich Orsini, J.: *Doctrina general,* cit., pp. 32 y 33; Ochoa Gómez, O. E.: *Teoría General de las Obligaciones. Derecho Civil III.* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, T. I, p. 483; Bernad Mainar, *Derecho Civil,* cit., T. III, pp. 248-250; Guerrero quintero, G.: *La resolución del contrato (Principios generales),* UCAB, 4ª ed., 2013, pp. 439-442.

188 Véase sobre sobre la norma: Toral Lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 462 y ss.

la resolución del contrato, en virtud del art. 1.124 CC, privándose al deudor de los bienes que recibe en concepto de capital[189]. La norma "en principio" impide la resolución del contrato de renta vitalicia por falta de pago de las pensiones[190] y la disposición es vista con recelo[191], por lo que se admite su desaplicación por efecto de la autonomía de la voluntad, dado su carácter meramente dispositivo o supletorio[192]. En el mismo sentido se orienta la doctrina venezolana al admitir la extinción por resolución por efecto de la autonomía de la voluntad[193]. Esto es,

189 Ibid., pp. 475 y 476.

190 Véase Ibíd., pp. 118 y 119, 460 y ss.

191 Véase Ibíd., p. 10, El contrato de renta vitalicia, sin embargo, es aceptado con reticencias, dados los importantes ámbitos de confusión que genera, la importante carga fiscal que conlleva y, fundamentalmente, el temor que implican las trabas a la resolución por incumplimiento de la obligación de pagar la renta, contenidas en el art. 1.805 CC; Barrera Llorca, J. L.: *La renuncia preventiva de la facultad resolutoria en el Derecho Español,* Tesis doctoral, Universitat Ramon Llull, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, Direct. S. BLlevaría Samper, S/f, pp. 50 y 51, la solución del art. 1805 CC "resulta inquietante"…, "por lo que no acabo de compartir la prohibición de la resolución".

192 Véase Toral Lara, E.: *El contrato,* cit., pp. 460 y 558, el pacto en contra de lo establecido en el citado precepto, no deja de ser una garantía de la obligación de pago de la renta. Cuando las partes establecen una cláusula resolutoria expresa introducen una garantía altamente eficaz a favor del perceptor de la renta, que eleva el citado pacto a la categoría de medida de aseguramiento de la obligación de pagar la renta… En la actualidad no cabe duda de que es perfectamente posible incluir un pacto resolutorio expreso para el caso de incumplimiento de la obligación de pago de la renta. Cuando se estipula tal posibilidad, el incumplimiento otorga al acreedor la facultad de solicitar la resolución, con los efectos que se hayan acordado; Martínez de Aguirre Aldaz y otros: *Curso de,* cit., pp.773 y 774, el precepto excluye la aplicación del art. 1124 español y de la facultad resolutoria por incumplimiento (STS sent. 16-12-10). Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de pactar dicha facultad resolutoria para el caso de que el deudor no pague la pensión (SS 13-5-59, 26-4-91, 23-4-98). Admite la doctrina que cabe la resolución con fundamento al art. 1124 CC cuando el deudor incumple la obligación de asegurar el pago de las pensiones futuras (precisamente por incumplimiento de tal obligación y no la de pagar la pensión); Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de,* cit., pp. 433 y 434; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., pp. 254 y 255, cabe preguntarse ¿es válido el pacto de resolución para caso de incumplimiento. La mayoría de la doctrina ha defendido la validez de tal pacto así como la jurisprudencia (cita además sentencia de 14-10-60). Pero tiene razón Diez-Picazo y Gullón al advertir que si se pactare que el perceptor se quedará con las rentas abonadas con anterioridad además de entrar nuevamente en la posesión del capital que entregó, se entenderá como cláusula penal por el incumplimiento con el consiguiente poder moderador de los Tribunales (Cf arat 1154 CC); Medina de Lemus, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 340; Albaladejo, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 845, el precepto no es imperativo, por lo que las partes pueden establecer la facultad de resolver el contrato y obtener la devolución de la cosa si la renta no es pagada; Orduña moreno, j. y otros: *Derecho Civil,* cit., p. 517; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., p. 333 y 334, cabe el plantearse la admisibilidad y licitud de un pacto contrario a la misma… creemos que la norma tiene un evidente carácter dispositivo, puesto que su no observancia en nada atenta al orden público, y siempre que se enmarque en los límites generales que el art. 1.258 establece el pacto resolutorio es, a nuestro juicio, perfectamente posible, como acertadamente sienta la jurisprudencia (sentencias de 13 de mayo de 1959 y 14 de octubre de 1960). Véase también sobre el punto: Azurza y oscoz, P.J. de: "Renta vitalicia resoluble (estudio de su posibilidad)", *Revista de Derecho Privado*, 1949, pp. 1029-1061; https://www.boe.es/publicaciones/anuarios Hernández Canut reseña p. 1579, el autor tras una sutil distinción sobre los distintos tipos de normas concluye que no existe obstáculo de algún relieve que se oponga a que el incumplimiento de las obligaciones contraídas se sanciones con la resolución máxime cuando puede efectuarse la liquidación de las prestaciones ya efectuadas hasta el momento de resolverse; Imaz Zubiaur, L.: "Elementos estructurales", cit., p. 73; Barrera Llorca, J. L.: *La renuncia*, cit., p. 55, "el art. 1805 CC no impide que las partes sí pacten la posibilidad de resolver el contrato de renta vitalicia. Más allá de las iniciales reticencias sobre el particular la jurisprudencia permite el pacto de resolubilidad. Así las cosas, la prohibición de acudir al remedio resolutorio contenida en el art. 1805 CC no es ni definitiva ni definitoria de nada, sino que puede enervarse mediante pacto expreso".

193 Véase: Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 141, La citada norma (art. 1796) no es de orden público por lo que las partes pudieran pactar la resolución si no se honra dicha obligación. La negativa de resolución del contrato por falta de pago sólo sería aplicable en el supuesto dado de que el deudor de la renta hubiera comenzado a cumplir su obligación y luego la incumpliera, pero si nunca hubiera comenzado a pagar la renta, no aplicaría la negativa anterior y en consecuencia el rentista cuenta con el derecho de pedir la resolución del contrato. A todo evento, la circunstancia de que el impago de pensiones no sea causa de resolución del contrato de conformidad con lo indicado, ello no acarreará correlativamente que ante el

por tratarse de una norma dispositiva[194], es válido pactar una cláusula resolutoria expresa por la cual ante culmine la relación contractual ante el incumplimiento[195]. La doctrina española explica que dicha norma del CC excluye la aplicación del art. 1124 en protección del deudor[196], dada la naturaleza del contrato en estudio, resultaría injusta una resolución por un incumplimiento de poca entidad[197]. Por lo que sí procedería la resolución ante un incumplimiento de entidad considerable,

incumplimiento de las obligaciones del rentista o pensionista, quede privado el deudor de la renta, por su parte, del derecho a resolver el contrato; Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos*, cit., p. 531, la exclusión de la resolución por falta de pago de los atrasos de la renta, que se trata de justificar por el carácter aleatorio del contrato, no puede justificarse "de lege ferenda", cuando la falta de pago es acusadamente prolongada; Guerrero quintero, G.: *La resolución*, cit., p. 439, el citado artículo no es de orden público y las partes pueden establecer la resolución del contrato por falta de pago de la renta; Mélich Orsini, J.: *La resolución,* cit., p. 132, la norma del 1796 CC tiene lugar por razones circunstanciales y de mera conveniencia, que permite comprender la interpretación restrictiva que se le da al citado texto legal, que permite la licitud de la cláusula contra dicha norma.

194 Véase: Santos Briz: J.: L*os contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992, p. 47, las normas dispositivas permiten ser contravenidas en los pactos contractuales a diferencia de las normas imperativas que rigen aun contra la voluntad de las partes.

195 Véase: Gorrín, G.: "Desnaturalización de la cláusula resolutoria expresa", *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos, núm. 23, Caracas, 2007, pp. 431-485; Ochoa Gómez, O.: "El pacto comisorio o acuerdo tácito o expreso de resolución de contratos bilaterales por incumplimiento de alguna de las partes de sus obligaciones", *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona,* Colección Libros Homenaje, núm. 5. TSJ, Caracas, 2002, Vol. I, pp. 965-984; Domínguez Guillén, *Curso de*, pp. 598-605. Véase en España: Gregoraci, B.: *Clausula resolutoria y control de incumplimiento*, Colección Derecho Privado 3, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 27, la cláusula resolutoria expresa es aquella cláusula en virtud de la cual las partes otorgan trascendencia resolutoria a un determinado incumplimiento.

196 Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., p. 332, la existencia del art. 1.805 parece excluir la aplicación directa del art. 1.124. El art. 1.805 del Código español, al igual que su precedente el art. 1.978 del Código civil francés, no están pensando, a nuestro juicio, en la protección del riesgo, sino en la protección del deudor, en el sentido de que no puede privar a éste de los bienes que le entregó el acreedor por un incumplimiento parcial de su deuda, es decir, por la falta de pago de alguna pensión; Toral Lara, E.: *El contrato,* cit., p. 475, la desmesurada protección al deudor de las pensiones es la única razón que parece dar base, aunque no justificación, a la excepción al art. 1.124 CC que contiene el art. 1.805 CC. Señala además que esta última norma rompe la equivalencia contractual porque no es aplicable a los supuestos de incumplimiento del constituyente de la renta.

197 Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., p. 333, si mantenemos la posibilidad de la resolución por incumplimiento en todos los casos, adoptaríamos una proposición injusta, por lo que consideramos que dicho incumplimiento ha de tener la entidad suficiente como para poder conducir a la resolución del contrato. Como afirma Ennecerus, «el derecho a la renta vitalicia es un derecho unitario, aunque sea susceptible de cumplimiento parcial, y no sólo susceptible, pues si se cumpliera de una sola vez nos hallaríamos ante una compraventa y desaparecería la aleatoriedad. En atención precisamente a ese carácter unitario, por la falta de pago de una o más de las pensiones, el contrato no puede ser resuelto, pues ha habido un incumplimiento parcial y mínimo"; Toral Lara, E.: *El contrato,* cit., p. 481, mayores perjuicios provoca el incumplimiento reiterado del deudor cuando la renta es su principal fuente de ingresos. Desde nuestro punto de vista, en el supuesto de un incumplimiento puntual de una pensión por parte del deudor, la sanción de la resolución resulta excesiva e insatisfactoria para ambas partes. Por ello compartimos las opiniones que defienden que el incumplimiento debe ser de cierta entidad para poder justificar la resolución del contrato

como el impago de un número significativo de pensiones[198]. Pues ello configuraría un incumplimiento grave o esencial[199], en cuya apreciación el Juez será discrecional[200].

VIII. EXTINCIÓN[201].

La obligación del deudor de pagar la renta concluye por la extinción del contrato, tomándose el supuesto de conclusión normal de éste. Sin perjuicio de conclusión por supuestos no ordinarios como confusión, mutuo disenso, cláusula resolutoria, revocación en caso de donación[202], prescripción[203], etc. Por lo que además de las causas comunes de extinción de los contratos[204] la renta vitalicia se extingue por resolución por incumplimiento instada por el beneficiario (CC, art. 1795, ord. 1 CC relativo a no procurar las garantías prometidas). Recordemos que ello no acontece en principio por el simple retraso en el pago (CC, art. 1796)[205].

La relación derivada de la renta vitalicia se extingue por excelencia con la muerte de la «vida módulo» considerada[206]. Ya sea biológica o cerebral, como por

198 Véase dejando la pregunta sin responder: Guerrero Quintero, G.: *La resolución*, cit., p. 439, cuando a falta de pago de la renta es prolongada ¿hace o no procedente la resolución del contrato de renta vitalicia? Habría que apreciar que se entiende o cual sería el lapso de tiempo que pueda constituir una falta de pago prolongada pues la ley no establece nada al respecto.

199 Véase: Gorrín Falcón, G.: "Contribución a la determinación en Venezuela de la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución", *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015*, Colección Centenario, ACIENPOL, Caracas, 2015, T. IV, pp. 2581-2631; rodríguez-rosado, B.: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 207-209.

200 Véase: rodríguez-rosado, B.: *Resolución y*, cit., p. 205; Mélich Orsini, J.: *La resolución,* cit., p. 166, el arbitrio judicial puede ser un perfecto instrumento de individualización de las relaciones contractuales.

201 Véase: Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., pp. 140-142; Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos*, cit., pp. 530 y 531; Martínez de Aguirre Aldaz, C. y otros: *Curso de,* cit., p. 774; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 255; Mazeaud, H. y otros: *Lecciones de,* cit., p. 592; Albaladejo, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 848.

202 Gastaldi, J. M. y E. Centanario: *Contratos aleatorios,* cit., p. 87; Rodríguez Ramos, A. M.: *La renta,* cit., p. 14, también se extingue la relación jurídica de prestación vitalicia por mutuo disenso, prescripción, y por revocación tras incumplimiento de una obligación modal.

203 Véase en Venezuela: Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., pp. 140, 143 y 144, el plazo de prescripción de las obligaciones pagaderas en años o en plazos periódicos más cortos, encuadra el caso de renta vitalicia, es de tres años, según el art. 1980 CC; TSJ/SCC, Sent. núm. 258 de 8-5-17, le es aplicable a las prestaciones de él derivadas la prescripción trienal establecida en el art. 1.980 del Código Civil; TSJ, SCSocial, de 14-2-02 se debe aplicar la norma más favorable del trabajador, el art. 1977 del CC que establece el lapso de prescripción para las obligaciones personales (10 años) y que está íntimamente relacionada con el derecho de jubilación ya que este beneficio se materializa en una renta vitalicia. Véase en España: Lete del Río, José M.: *Derecho de,* cit., p. 254, se admite que al tratarse de pagos que deben hacerse por años o en plazos más breves, la acción para reclamarlos prescribirá en el transcurso de cinco años (CC, art. 1966.3) pero esta prescripción no supone la del derecho unitario a la renta, es decir, a seguir cobrando nuevas pensiones, pues la cualidad de pensionista prescribe por el transcurso de quince años (CC, art. 1964); álvarez álvarez, H.: *El legado,* cit., p. 68.

204 Véase: Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 3-4, cit., pp. 339, cita el mutuo disenso, condonación, novación, confusión, compensación, prescripción, etc. Véase sobre tales modos de extinción nuestros trabajos: *Curso de,* cit., pp. 349 -467; "Temporalidad y extinción de la relación obligatoria", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 8, Edición Homenaje a Juristas Españoles en Venezuela, 2017, pp. 315-353.

205 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 140; Mazeaud, H. y otros: *Lecciones de,* cit., p. 592.

206 Véase: Toral lara, E.: *El contrato,* cit., p. 362, La muerte de la vida contemplada extingue el contrato de renta vitalicia y concreta las ganancias o las pérdidas de las partes contratantes, pues es el evento incierto que determina el alea; Gastaldi, J. M. y E. Centanario: *Contratos aleatorios,* cit., p. 90, tiene como causal normal de extinción la muerte de la vida contemplada.

declaración de muerte o fallecimiento. La declaración de ausencia o ausencia legal –que puede ser solicitada por el deudor de la renta[207]- conlleva la administración de las pensiones que se vayan percibiendo en la renta vitalicia[208]. La declaración de ausencia solo acarrea una suspensión de los efectos del contrato y no su extinción, la cual precisa la declaración de muerte[209], última fase del procedimiento de ausencia. Se ubica el supuesto en estudio entre los derechos eventuales del ausente[210].

Así pues, la renta vitalicia se refiere entre los contratos de contenido patrimonial que excepcionalmente se extinguen con la muerte[211] de la persona o personas sobre cuya vida se constituyó[212], produciendo la extinción de la obligación que pesa sobre el deudor de pagar la renta vitalicia, salvo pacto en contrario[213] La vida contemplada indica el momento en el que la relación jurídica se extingue, el cese de la obligación de pago de las pensiones, y es la que, en definitiva, permite

207 Véase nuestro: *Manual de Derecho Civil*, cit., p. 472.

208 Rodríguez Ramos, A. M.: *La renta,* cit., p. 14.

209 Gastaldi, J. M. y E. Centanario: *Contratos aleatorios,* cit., p. 91.

210 Véase nuestro trabajo: "El procedimiento de ausencia", *Revista Venezolana de Legislación y* Jurisprudencia, núm. 3, 2014, p. 244, nota 842, citamos a Serrano y serrano, I.: *La Ausencia en el Derecho Español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943, pp. 234 y 235. Véase también: Gerbaudo, G.: "Los efectos de la quiebra sobre el contrato de renta vitalicia", *Diario comercial, económico y empresarial,* núm. 159, 18-4-18, señalando que la declaración de quiebra del deudor produce la resolución del contrato de renta vitalicia. Y el acreedor debe pedir la resolución de su crédito por lo adeudado (art. 158 LC).

211 Véase nuestro trabajo: *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte).* Colección Estudios Jurídicos, núm. 17, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2007, p.212, nota 833.

212 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 142, Se extingue así tanto por la muerte del rentista o del último que sobreviva si son varios, como por la muerte de la persona cuya vida ha sido contemplada: cuando el rentista es persona distinta de aquella cuya vida ha sido contemplada, tanto se extingue la renta vitalicia cuando este último premuere al pensionista como cuando el pensionista premuere a aquel, sin que su derecho se transfiera a los herederos del pensionista, dado el carácter personalísimo de la renta vitalicia; Lete del Río, José M.: *Derecho de,* cit., p. 255, se extingue por la muerte del pensionista o de la persona sobre cuya vida se hubiere constituido. No obstante, en el supuesto de la renta vitalicia tomando como módulo de duración la vida de un tercero, algunos autores (Beltran de Heredia, Guilarte, etc.) consideran que el derecho a la renta no se extingue por la muerte del pensionista, sino que se transmite a los herederos de éste; Toral lara, E.: *El contrato,* cit., p. 365, el derecho a la renta se transmite a sus herederos, y éstos sólo tienen derecho a la porción de renta correspondiente a los días del plazo que haya vivido la vida contemplada, salvo que la renta se haya pagado por adelantado. No cabe duda de que el carácter vitalicio del contrato que nos ocupa hace referencia a la vida contemplada, no a la del acreedor.

213 Véase infra IX, se puede pactar su transmisibilidad; Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil,* cit., p. 140, la renta genera una obligación de pagar sujeta a un plazo incierto y resolutorio pues, una vez que llega, hace extinguir la obligación, razón por la cual el acreedor al reclamar el incumplimiento de las pensiones deberá acreedor que la persona cuya vida se contempla sigue viva; Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos*, cit., p. 531, la obligación de pagar la renta vitalicia cesa cuando muere la persona o la última de las personas por cuya vida se constituyó, salvo que se establezca algo diferente en el contrato (destacado nuestro); Toral lara, E.: *El contrato,* cit., p. 557, la obligación de pago de la renta se mantiene hasta la muerte de la vida módulo, salvo que se haya pactado lo contrario (destacado nuestro); Mazeaud, H. y otros: *Lecciones de,* cit., p. 592; Martínez de Aguirre Aldaz, C. y otros: *Curso de,* cit., pp. 772 y 774, cita sentencia española de STS de 1 julio 1969. La obligación de pagar la renta se extingue, típicamente por el fallecimiento de la persona cuya vida sirve de referencia para determinar la duración de la dicha obligación, o de la última si son varias si no se ha pactado otra cosa, ello no obstante la redacción literal del art. 1806 del CC español. Concluye que en todo caso en materia de interpretación habrá que atender a lo pactado, a la intención de las partes y a las circunstancias del caso concreto; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 255; Albaladejo, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 848, el contrato de renta vitalicia se extingue, en principio, por las causas generales, y por la muerte del rentista (o del último de ellos si son varios) o de la persona módulo; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 1-2, cit., p. 73.

conocer los resultados finales del negocio jurídico, íntimamente vinculados a su duración[214].

Se discute la suerte del contrato en caso de muerte violenta causada por el deudor, así como en el supuesto de suicidio, discutiéndose en sede civil, las vías de la resolución e indemnización de daños, porque le suprime voluntariamente el carácter aleatorio al negocio[215].

IX. FUNCIÓN PREVENTIVA.

La renta vitalicia permite al beneficiario su protección patrimonial en forma preventiva de una de manera sencilla, cumpliendo así una finalidad de "previsión" ante el futuro, la vejez o una discapacidad[216]. Se admite por aplicación de la autonomía de la voluntad su transmisibilidad[217], pudiendo pactarse que a la muerte del beneficiario, la pensión se traslada a otros beneficiarios, siendo particularmente útil para la protección económica de personas con discapacidad. Para Delgado Vergara, a pesar que se diga que el contrato es poco utilizado en la actualidad, al menos en su forma prístina teniendo en cuenta los procesos inflacionarios que pueden agravar en exceso el alea normal del contrato, no es menos cierto que la sencillez de la renta vitalicia en un ámbito privado la dota de ventajas para su concertación con fines asistenciales y de protección de personas dependientes[218].

214 Toral Lara, E.: *El contrato,* cit., p. 366, Incluso cuando la vida contemplada es la de un tercero ajeno a la relación, constituye elemento esencial del contrato de renta vitalicia, pues sigue determinando su duración y su aleatoriedad.

215 Véase: Ibid., pp. 371-380; Rodríguez Ramos, A. M.: *La renta,* cit., p. 14, A mi juicio, el suicidio de la persona del deudor que también sea «vida módulo», así como el homicidio intencional de la «vida módulo» ocasionado o inducido por el deudor, deben calificarse como verdaderos incumplimientos contractuales, con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 253, la desaparición de la vida provocada por el propio deudor supone también la reparación de daños y perjuicios (sigue a Diez-Picazo y Gullón); Esborraz, D. F., "Contrato oneroso", cit., pp. 427 y 428, propone como solución que el homicidio intencional supone que el contrato se ha extinguido por incumplimiento del plazo resolutorio incierto, pero el acreedor podría demandar daños y perjuicios. En el suicidio puede solicitarse la restitución del capital; Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos*, cit., p. 531, se discute cuando la persona muere de manos del deudor de la renta, pues es difícil admitir que su delito penal tenga la virtualidad de exonerarlo de su obligación contractual.

216 Véase: Esborraz, D. F., "Contrato oneroso", cit., p. 414, El contrato oneroso de renta vitalicia cumple una función de previsión que responde al temor del constituyente de verse afectado, él mismo u otra persona a quien desee beneficiar, por una contingencia (incapacidad, vejez, desempleo, etc.) que los imposibilite o dificulte para la obtención por sí mismos de su sustento.

217 Recordemos según indicamos supra que la obligación se extingue con la muerte salvo pacto en contrario (supra VIII). Véase: Riera Álvarez, J.A.: "Consideración de", cit., p. 175 y 185, el acreedor de la renta vitalicia puede transferir su derecho, a diferencia del alimentista cuya prestación es personalísima e intransferible; Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 1-2, cit., p. 72; Esborraz, D. F.: "Contrato oneroso", cit., pp. 432 y 433, el derecho a percibir la renta es de carácter patrimonial; Toral Lara, E.: *El contrato,* cit., p. 428, nota 1338, el derecho más característico del acreedor de la renta es perfectamente transmisible dado su carácter personal y patrimonial. En este sentido guilarte zapatero, "Comentario...", cit., págs. 435 y 436, afirma que no resulta óbice al carácter transmisible de la pensión su carácter vitalicio, y no debe impedir su cesión. Que la pensión esté sometida a la duración de la vida módulo no impide su transmisibilidad a un tercero, pues no supone vinculación obligatoria al beneficiario inicial. Por otra parte, la posibilidad de transmitir el derecho a percibir la pensión tiene su apoyo en su embargabilidad, derivada sensu contrario del art. 1.807 CC.

218 Véase: Delgado Vergara, T.: "El contrato", cit., p. 112, podrían instrumentarse otras iniciativas que en el mundo moderno han fomentado, como las rentas vitalicias familiares contratadas por aseguradoras que

Se afirma así que el contrato aleatorio de renta vitalicia, tiene hoy su utilidad de acuerdo con las características de una población envejecida y la posibilidad de su implementación al amparo de la autonomía de la voluntad, y a tono con la Convención que protege los derechos de las personas con discapacidad[219].

Para Toral Lara el terreno de las pensiones privadas de vejez es uno de lo que mayor desarrollo ha experimentado en los últimos años[220]. En España un contrato semejante, pero a la vez diferente es utilizado para personas con discapacidad o adultos mayores[221], a saber, el contrato de "vitalicio"[222], -que comenzó siendo un contrato atípico[223] para luego observar regulación normativa en Galicia[224] y posteriormente dar paso el contrato de "alimentos"[225] (discutiéndose su denominación)[226]. Este último gira sobre la prestación alimenticia y, en concreto,

incluyen el pago de pensiones de sobrevivencia familiar a favor de beneficiarios y otras modalidades que podrían compatibilizarse con el sistema de beneficios de la seguridad social; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 252, indica que la persona que entrega el capital; Rodríguez Ramos, A. M.: *La renta,* cit., p. 9, en España añade un nuevo factor común en lo funcional al procurar habitualmente protección a las personas mayores, discapacitadas, desamparadas o enfermas.

219 Pérez Gallardo, L. B.: "Nota introductoria", *Contratos Aleatorios,* L. Pérez Gallardo (Coord.), Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, España, 2012, p. 11.

220 Toral Lara, E: *El contrato de renta vitalicia*, La Ley Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 33 y 34.

221 Véase: mariño de andrés, A. M.: *El contrato,* cit., p. 26, Este móvil es relativamente frecuente en personas de edad avanzada, discapacitados o para los que, entre otros, la soledad y la falta de cuidados y atenciones son, probablemente, algunos de los más relevantes males que les aquejan.

222 Véase entre otros tantos: Baamonde méndez, J.M.: *El contrato,* cit., in totum; mariño de andrés, A. M.: *El contrato,* cit., in totum; Sotelo novoa, E.: "El contrato de vitalicio", *Derechos civiles de España*, Aranzadi, Madrid, 2000.

223 Véase: Lacruz Berdejo, J. L. y otros: *Elementos de,* cit., p. 484, cita entre los contratos atípicos o no regulados por el ordenamiento español, el contrato de vitalicio (SS. 6 de mayo de 1980, 30 noviembre 1987, 8 mayo y 2 julio 1992); Riera Álvarez, J.A.: "Consideración de", cit., p. 170, la STS de 28-5-65, aludía a un contrato por el que una de las partes se obligaba con respecto a la otra a prestarle alimentos con la extensión, amplitud y término que convengan mediante la contraprestación que estipulen, dando lugar al denominado vitalicio; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 256, era un contrato innominado sin tipificación específica.

224 Véase entre otros: mariño de andrés, A. M.: *El contrato,* cit., in totum; Baamonde méndez, J.M.: *El contrato,* cit., pp. 78 y ss., especialmente p. 104, a pesar de las posibles críticas a la derogada Ley de 1995, no dejará de recordarse, como la primera que en todo el territorio nacional dio cabida en su articulado al contrato de vitalicio, sirviendo como antesala indiscutible a la vigente Ley 41/2003, de 18 de noviembre; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 256, fue regulado inicialmente en Ley de Derecho Civil de Galicia de 20-4-95 (arts. 95 a 99). Luego la Ley 2/2006 de 14 de junio.

225 Véase entre otros tantos: echeverría de rada, T.: "El nuevo", cit., pp. 3461-3481; Berenguer Albaladejo, C.: *El contrato de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2014; Toral Lara, E: "El contrato de alimentos y los mayores. Especial referencia a la pluralidad de partes"*, Protección Jurídica de los Mayores*, Coords. M. Alonso Pérez, E, M. Martínez Gallego y J. Reguero Celada, La Ley, Madrid, 2004, pp.401-424; Florit Fernández, C.: *Las pensiones,* cit.; Calaza López, A.: "Elementos distintivos del contrato de alimentos: el peculiar alea y su acusado carácter intuitu personae", *Revista de Derecho UNED,* núm. 19, 2016, pp. 245-281; Albaladejo, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 848, La Ley de 18 de noviembre de 2003 (arts. 1791 a 1797) regula el contrato de alimentos, aplicable no solo a las personas con discapacidad sino a cualquiera.

226 Véase: López Peláez, P.: "La financiación", cit., p. 109, el contrato de alimentos, tradicionalmente conocido como vitalicio; Riera Álvarez, J.A.: "Consideración de", cit., p. 167, ahora se le denomina «contrato de alimentos» frente a la tradicional denominación de contrato de vitalicio; Llamas Pombo, E.: "La tipificación del contrato de alimentos"; *Protección Jurídica de los Mayores*, Coords. M. Alonso Pérez, E, M. Martínez Gallego y J. Reguero Celada, La Ley, Madrid, 2004, p. 197, son varias sus denominaciones "vitalicio", contrato de vitalicio, alimentos vitalicios, cesión de bienes a cambio de alimentos, prestación alimenticia; Florit Fernández, C.: *Las pensiones",* cit., se discute la denominación más adecuada (contrato de vitalicio o contrato de alimentos); Toral Lara, E.: *El contrato,* cit., 2008, p. 554, La prestación de alimentos del antiguo "vitalicio"; Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 255, contrato de vitalicio o de "pensión alimenticia".

sobre el cuidado del cedente[227], a cambio de ciertos bienes[228], pues la temática de la ancianidad, discapacidad y la protección patrimonial es recurrente, siendo importante la vía contractual[229] que incluye la renta vitalicia[230]. No obstante que la complejidad de una pensión alimenticia (esencialmente variable en principio en función de las necesidades del alimentista) excede a la simpleza de una mera pensión que caracteriza el contrato que nos ocupa[231]. La aleatoriedad del vitalicio es más intensa que en la renta vitalicia porque no solo depende de la vida sino de las necesidades variables del alimentista[232] (por tal intransmisible). Por lo que se considera el de alimentos un contrato más amplio y operativo que la renta vitalicia[233]. Esta última supone el "cambio de bienes por pensión" precisando consonancia con el poder adquisitivo, siendo tema importante "su aseguramiento"[234].

227 Mariño de Andrés, A. M.: *El contrato,* cit., p. 28; Bonet Correa, j.E.: "Los contratos", cit., pp. 1251 y 1252, cita sentencias de 28-5-65 y 14-6-73 que diferencian el contrato de renta vitalicia del contrato vitalicio o de alimentos.

228 Mariño de Andrés, A. M.: *El contrato,* cit., pp. 31 y 32.

229 Véase: López Peláez, P.: "La financiación", cit., pp. 107-133; González Granda, P.: *Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental*, Colección de Derecho Procesal, Dir. V. Cortés, Reus, Madrid, 2009, pp. 177 y ss., cita la referida Ley 41/2003 de 18-11-03 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

230 Véase: Muñoz de Dios, G.: "El patrimonio del discapacitado", *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Seminario organizado bajo la presidencia de Honor de S.M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Dir. R. Martínez Díe, Civitas y Europa Notario, Madrid, 2000, pp. 69-71, alude entre las fórmulas legales financieras la renta vitalicia, el seguro y mutualidades de previsión social; Roca Villamón, J.: *La protección de los mayores en el Derecho Civil*, Discurso leído el 22 de octubre de 2004 en el acto de recepción como académico de número, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia 2004, pp. 14-16, el recurso cada vez mayor a figuras negociales de previsión de prestaciones periódicas en metálico o de carácter alimenticio (rentas vitalicias o contratos de vitalicio, etc.) es la recuperación de viejos instrumentos de atención y asistencia, que siempre han existido y que últimamente han venido a ser puestos al día por algunas legislaciones. Así, la venta de la vivienda a entidades de crédito con reserva de usufructo, o a cambio de la constitución de una renta vitalicia; o la cesión a particulares en el marco de un contrato de vitalicio, son fórmulas que coadyuvan a proporcionar tranquilidad económica en esa alargada etapa de la ancianidad, lo que va siendo un fenómeno cada vez más extendido en esta sociedad urbana y post industrial de nuestros días.

231 Lete del Río, J. M.: *Derecho de,* cit., p. 255.

232 Riera Álvarez, J.A.: "Consideración de", cit., pp. 165 y 166, La prestación en el contrato de alimentos es variable por esencia frente a la prestación de la renta vitalicia, que es determinada o determinable mediante referencias objetivas ajenas a las necesidades vitales. …No sucede lo mismo en el caso de la renta vitalicia porque, sin perjuicio de los pactos que pueda haber sobre actualización del capital, la renta se deberá independientemente de la mayor o menor necesidad que tenga el acreedor (STS 1 de julio de 1969). La variabilidad en la renta vitalicia no es consustancial al contrato como ocurre en el de alimentos, sino fruto de una convención o, en su caso, de una revisión judicial. "El contrato de alimentos presenta una aleatoriedad más acusada pues la prestación no sólo depende de la vida del alimentista sino también de sus necesidades". El art. 1772 alude a pensión actualizable; Albaladejo, M.: *Derecho Civil,* cit., p. 849, la pensión no depende de las necesidades del alimentista y de los medios del alimentante sino de la extensión y calidad de la prestación acordada.

233 Florit Fernández, C.: *Las pensiones,* cit., Supone el reconocimiento implícito de las limitaciones del contrato de renta vitalicia, menos operativo que el contrato de alimentos: echeverría de rada, T.: "El nuevo", cit., p. 3652, como declara la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, se amplían las posibilidades que actualmente ofrece la renta vitalicia para atender las necesidades de las personas con discapacidad…tanto porque supone el reconocimiento implícito de las limitaciones de una modalidad –el contrato de renta vitalicia–, próxima a la que ahora se tipifica pero menos operativa a los efectos pretendidos; Roca Villamón, J.: *La protección*, cit., p. 28, en el vitalicio las prestaciones previstas son clara expresión de encontramos ante una obligación de hacer, mientras que en la renta vitalicia la prestación central proviene de una obligación de dar.

234 Muñoz de Dios, G.: "El patrimonio", cit., p. 69, bien por aval o por condición resolutoria con la cláusula de estabilización. Ante la duda que plantea el art. 1805 CC español se pudiera pactar la condición resolutoria

Venezuela se ubica entre los países que expresamente incluyen la consagración expresa del contrato de renta vitalicia como gran parte de los Códigos de latino américa y de otros tantos países europeos[235]. La posibilidad de acudir a la pensión de alimentos que acompaña al vitalicio – para protección propia o de un tercero[236]- podría acontecer en el ordenamiento venezolano –como bien se afirmó otrora en España- como contrato atípico por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad. Dicho contrato de alimentos[237] se caracteriza por un sentido de "asistencia" por contrate con el contrato de renta vitalicia que tiene una finalidad "preventiva"[238], aunque desde un punto de vista amplio se puedan incluir en el mismo género[239]. Ambos contratos suponen la idea de "prevención patrimonial"[240], de relevancia en países como España en que la longevidad permite referirse inclusive a la "cuarta edad"[241].

El sentido tradicional del contrato que nos ocupa sigue teniendo indiscutiblemente una finalidad de "previsión"[242] o de protección, complementarias a los tradicionales planes de vejez o pensión, bien propia o de nuestros familiares más necesitados. A diferencia de otros contratos como la permuta que resurgen en época de crisis o inflación[243], el contrato de renta vitalicia -dada su extensa proyección en tiempo- no luce atractivo en época de crisis e hiperinflación[244],

de que se devolviera el capital en caso de incumplimiento de las prestaciones.

235 Véase: Toral lara, E: *El contrato,* 2009, cit., pp. 38 y 39, reseña que Bolivia no contiene precepto alguno que regule la materia, y que Japón si bien la regula, el contrato es prácticamente inexistente.

236 Riera Álvarez, J. A.: "Consideración de", cit., p. 176, La posibilidad de que el alimentista sea un tercero ajeno al contrato se articula a través de la estipulación a favor de tercero.

237 Véase: Calaza López, A.: "Elementos distintivos", cit., p. 277, hemos de criticar abiertamente que, transcurrida más de una década, desde la tipificación del contrato, no se le haya dotado de una regulación transversal que entre otros, otorgue beneficios fiscales al estilo de otras figuras, limitando sorprendentemente la efectiva implantación social del contrato.

238 Véase: Riera Álvarez, J. A.: "Consideración de", cit., p. 167, cabe concluir que la finalidad asistencial tipifica y singulariza el contrato de alimentos hasta el punto de que condiciona su propia existencia, y por ello decimos que es necesariamente asistencial, mientras que en la renta vitalicia, más que de un contrato asistencial propiamente dicho, cabe hablar de un contrato de previsión, más próximo al seguro u otras formas de ahorro o de inversión en fondos de pensiones u otros similares.

239 Véase: Ibid., p. 161, ambos contratos -renta vitalicia y alimentos- son dos modalidades dentro de un mismo género negocial -los contratos de asistencia- caracterizado por su finalidad asistencial.

240 Véase tal expresión titulando su trabajo: Riera Álvarez, J. A.: "Las instituciones de prevención patrimonial: la renta vitalicia, los contratos de alimentos y los seguros de dependencia", *La defensa jurídica de las personas vulnerables*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto de 2007, Coord. M, Martínez García, Thomson Reuters Aranzadi, España, 2008, pp. 291-326.

241 Véase: Berenguer Albaladejo, C.: *El contrato,* cit., p. 25, nos encontramos ante sociedades envejecidas y necesitadas de protección, surgiendo la cuarta edad, a saber, personas que superan los ochenta años; Pérez Alonso, M.: "Diversas formas de valorar la ancianidad y sus consecuencias jurídicas", *Protección Jurídica de los Mayores*, Coords. M. Alonso Pérez, E, M. Martínez Gallego y J. Reguero Celada, La Ley, Madrid, 2004, p.3, el siglo XXI será el siglo de los longevos.

242 Véase "como instrumento privado de previsión", aunque refiriéndola a la renta vitalicia gratuita e inembargable: Rodríguez Ramos, A. M.: "La renta", cit., pp. 244 y ss.

243 Véase: Domínguez Guillén, M.C.: "La permuta: un arcaico contrato de incidencia cotidiana"*, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 *bis*, IDIBE, junio 2019, pp. 196-237.

244 Véase: Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 1-2, cit., p. 8, cita a Torrente quien sostiene que la figura no tiene aplicación frecuente en la práctica, por la inestabilidad que ha caracterizado a la economía monetaria de los últimos tiempos.

que genera incertidumbre. De allí la dificultad de tal opción en Venezuela en los tiempos que corren, pero cuya utilidad no es enteramente descartable ante la simple dinámica de este añejo contrato.

Cabe la atinada afirmación de Toral Lara a propósito que la actualización de la renta vitalicia acabaría "con el olvido de un contrato que, hoy más que nunca, beneficiaría sobremanera a los ciudadanos particulares. Especialmente a los más necesitados, bien por su situación económica o por su avanzada edad"[245]. Finalmente, podemos hacernos eco de lo que Quiñonero Cervantes concluyera hace más de cuatro décadas: la renta vitalicia está lejos de ser una figura momificada, por lo que su estudio no es ocioso, ni su aplicación práctica ha desaparecido[246].

245 Toral Lara, E.: *El contrato,* cit., 2008, p. 11.

246 Quiñonero Cervantes, E.: "La situación", núm. 1-2, cit., p. 8.

BIBLIOGRAFÍA

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.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: *El legado de rentas o prestaciones periódicas: su protección registral*, La Ley, España, 2007.

AZURZA Y OSCOZ, P. J.: "Renta vitalicia resoluble (estudio de su posibilidad)", *Revista de Derecho Privado*, 1949.

BAAMONDE MÉNDEZ, J. M.: *El contrato de vitalicio de la Ley 2/2006 de 14 de junio, de derecho civil de Galicia*, Memoria para optar al grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2017, Director: J. I. FERNÁNDEZ DOMINGO.

BARRERA LLORCA, J. L.: *La renuncia preventiva de la facultad resolutoria en el Derecho Español,* Tesis doctoral, Universitat Ramon Llull, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado.

BERENGUER ALBALADEJO, C.: *El contrato de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2014.

BERNAD MAINAR, R.:

- *Contratación Civil en el Derecho Venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, T. II.
- *Derecho Civil Patrimonial Obligaciones (Revisado y actualizado)*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, T. III.

BONET CORREA, J. E.:

- "Los contratos de renta vitalicia y de vitalicio ante las alteraciones monetarias (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1960, 28 de mayo de 1965 y 14 de julio de 19739", Anuario de Derecho Civil, Fascículo 4, 1976.
- "La validez de las cláusulas de estabilización en los contratos de renta vitalicia (Comentario a la sentencia del 31 de octubre de 1960", Anuario de Derecho Civil, 1961, Fascículo 2.

Calaza López, A.: "Elementos distintivos del contrato de alimentos: el peculiar alea y su acusado carácter intuitu personae", *Revista de Derecho UNED*, núm. 19, 2016.

Cardilli, R.: "Imprevisión y peligros contractuales en el sistema jurídico romanístico", en *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano tipo,* II, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001.

De Freitas de Gouveia, E.: "La noción de capacidad en la doctrina jurídica venezolana", en Parra Aranguren, F. (ed.): *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, vol. I, Colección Libros Homenaje núm. 5, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002.

Delgado Vergara, T.: "El contrato aleatorio de renta vitalicia. Especial referencia como una vía de protección jurídica a las personas con discapacidad o dependencia", *Contratos Aleatorios,* L. Pérez Gallardo (Coord.), Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, España, 2012.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil,* vol. II, Tecnos, 9ª ed., 3ª reimp., Madrid, 2003.

Domínguez Guillén, M. C.:

- "Buena fe y relación obligatoria", Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, núm. 11, 2018.
- Curso de Derecho Civil III Obligaciones, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2017.
- Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil). Editorial Jurídica Venezolana/Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2018.
- "El procedimiento de ausencia", Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, núm. 3, 2014.
- Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil. Tribunal Supremo de Justicia, 3ª ed., Caracas, 2010.
- Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte), Colección Estudios Jurídicos, núm. 17, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2007.
- Instituciones fundamentales de Derecho Civil, Colección Estudios, núm. 2, Centro Latinoamericano de Estudios e Instituciones Jurídicas (Cenlae), Caracas, 2019.
- "La permuta: un arcaico contrato de incidencia cotidiana", Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 10 bis, 2019.

- Manual de Derecho Sucesorio, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2ª ed., Caracas, 2019.
- "Notas sobre la capacidad de las personas incorporales", Revista Venezolana de Derecho Mercantil, núm. 3, edición homenaje a la Dra. Gladys Rodríguez de Bello, 2019.
- "Notas sobre la capacidad en el Derecho Venezolano", Jurisprudencia Argentina, núm. 11, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019-I.
- "Notas sobre la constitucionalización del Derecho Civil en Venezuela", Jurisprudencia Argentina, núm. 13, Abeledo Perrot, 2018-III.
- "Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones", Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, T. I, núm. 7, Edición Homenaje a José Peña Solís, 2016.
- "Temporalidad y extinción de la relación obligatoria", Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, núm. 8, Edición Homenaje a Jurista Españoles en Venezuela, 2017.

- "Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil Venezolano", Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 10, 2019.

Echeverría de Rada, T.: "El nuevo contrato de alimentos: Estudio critico de sus caracteres", *Boletín del Ministerio de Justicia,* Año 60, núm. 2019-2020, 2006.

Elia, M.: "Clasificación de los contratos", *Contratos Civiles y Comerciales, Parte General,* G. De Reina Tartiere (Director), Editorial Heliasta S.R.L, Argentina, 2010.

Esborraz, D. F.: "Contrato oneroso de renta vitalicia", *Fundamentos de Derecho Contractual*, Parte Especial, Direct. N. L. Nicolau, Coord. A. C. Ariza y C. A. Hernández, La Ley, Buenos Aires, 2009, T. II.

Florit Fernández, C.: *Las pensiones alimenticias treinta años después de la modificación del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo*, Tesis doctoral, Universidad De Murcia, Facultad de Derecho, Director de Tesis: J.A. Cobacho Gómez, Murcia, 2013.

Franzoni, M.: "El seguro entre los contratos aleatorios", *Contratos Aleatorios*, L. Pérez Gallardo (Coord.), Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/ Zabalia, España, 2012.

García Caracuel, M.: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales,* Dykinson, Madrid, 2014.

García Mares, S.: *La hipoteca inversa*, Tesis doctoral, Universidad Jaume I de Castellón, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Departamento de Derecho Privado, Julio 2015, Dir. L. M. Vázquez de Castro.

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

Gerbaudo, G.: "Los efectos de la quiebra sobre el contrato de renta vitalicia", *Diario comercial, económico y empresarial,* núm. 159, 18-4-18.

Guerrero quintero, G.: *La resolución del contrato (Principios generales),* Universidad Católica Andrés Bello, 4ª ed., 2013.

Gil Rodríguez, J. y otros: *Manual de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones Responsabilidad Civil Teoría General del Contrato*, Marcial Pons, 3ª ed., 2000.

González Granda, P.: *Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental*, Colección de Derecho Procesal, Dir. V. Cortés, Reus, Madrid, 2009.

Gorrín Falcón, G.:

- "Contribución a la determinación en Venezuela de la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución", Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015, T. IV, Colección Centenario, ACIENPOL, Caracas, 2015.
- "Desnaturalización de la cláusula resolutoria expresa", Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos, núm. 23, Caracas, 2007.

Gregoraci, B.: *Cláusula resolutoria y control de incumplimiento*, Colección Derecho Privado 3, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

Imaz Zubiaur, L.: "Elementos estructurales y régimen de ineficacia del contrato de renta vitalicia", *Revista de Derecho Privado*, año núm. 92, núm. 1, 2008.

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.

Lacruz Berdejo, J. L. y otros: *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Vol. I, Parte General. Teoría General del Contrato,* Dykinson, 5ª ed., Madrid, 2011, Revisada y puesta al día por F. Rivero hernández.

Larroza, R. O.: "Contratos en favor de terceros", en Stiglitz, R. S. (dir.): *Contratos Teoría General,* T. II, Depalma, Buenos Aires, 1993.

Lete del Río, J. M.: *Derecho de Obligaciones,* vol. III, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1995, Contratos en particular.

López Peláez, P.: "La financiación de la calidad de vida de las personas mayores: renta vitalicia y contrato de alimentos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 70, 2007.

Llamas Pombo, E.: "La tipificación del contrato de alimentos"; *Protección Jurídica de los Mayores*, Coords. M. Alonso Pérez, E, M. Martínez Gallego y J. Reguero Celada, La Ley, Madrid, 2004.

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

Marín García, I: *La liquidación anticipada del daño: análisis económico de la cláusula penal*, Colección Derecho Privado 9, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.

Mariño de Andrés, A. M.: *El contrato de vitalicio. Elaboración jurisprudencial,* Universidad de Vigo, Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo, Departamento de Derecho Privado, Tesis Doctoral, Vigo 2013.

Martínez de Aguirre Aldaz, C. y otros: *Curso de Derecho Civil (II) Derecho de Obligaciones*, vol. II, Colex, 3ª ed., Madrid, 2011.

Mazeaud, H. y otros: *Lecciones de Derecho Civil, Los principales contratos (continuación)*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974, Parte Tercera, Vol. IV, Trad. L. Alcalá-Zamora y Castillo.

Medina de Lemus, M.: *Derecho Civil II (reestructurado conforme al plan de Bolognia),* 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.
- La resolución del contrato por incumplimiento, Temis, Bogotá/Caracas, 1982.

Morillas Romero, J. F.: *Contrato de renta vitalicia Diferenciación con las figuras afines*, Grado en Derecho, Universidad de Jaén, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, 2016,

Muñoz de Dios, G.: "El patrimonio del discapacitado", *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Seminario organizado bajo la presidencia de Honor de S.M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Dir. R. Martínez Díe, Civitas y Europa Notario, Madrid, 2000.

Ochoa Gómez, O.:

- "El pacto comisorio o acuerdo tácito o expreso de resolución de contratos bilaterales por incumplimiento de alguna de las partes de sus obligaciones", Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona, vol. I, Colección Libros Homenaje núm. 5, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002.
- Teoría General de las Obligaciones. Derecho Civil III., T. I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009.

Ordoqui Castilla, G.: *Buena fe en los contratos*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Zavalia/Temis/Ubijus/Reus, España, 2011.

Orduña Moreno, j. y otros: *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2001.

Palacios Herrera, O.: *Apuntes de Obligaciones,* Versión taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela, Ediciones Nuevo Mundo, Caracas, 2000, Taquígrafo Rafael Maldonado G.

Peña López, F: "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", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, 2020.

Pérez Alonso, M.: "Diversas formas de valorar la ancianidad y sus consecuencias jurídicas", *Protección Jurídica de los Mayores*, Coords. M. Alonso Pérez, E, M. Martínez Gallego y J. Reguero Celada, La Ley, Madrid, 2004.

Pérez Gallardo, L. B.: "Los contratos aleatorios en los Códigos Civiles Iberoamericanos", *Contratos Aleatorios,* L. Pérez Gallardo (Coord.), Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, España, 2012.

Pérez Gallardo, L. B.: "Nota introductoria", *Contratos Aleatorios,* L. Pérez Gallardo (coord.), Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, España, 2012.

Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil Europeo: El marco común de referencia (DCFR) Coordinadora de la versión española: C. Quijerez Delgado, Colección Derecho Privado 1, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

Riera Álvarez, J. A.:

- "Consideración de los contratos de renta vitalicia y de alimentos como contratos de asistencia", Academia Sevillana del Notariado, Conferencias del Curso Académico 2006/07, Tomo XVIII, 2009.
- "Las instituciones de prevención patrimonial: la renta vitalicia, los contratos de alimentos y los seguros de dependencia", La defensa jurídica de las personas vulnerables, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto de 2007, Coord. M, Martínez García, Thomson Reuters Aranzadi, España, 2008.

Roca Villamón, J.: *La protección de los mayores en el Derecho Civil*, Discurso leído el 22 de octubre de 2004 en el acto de recepción como académico de número, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia 2004, **http://www.ralyjmurcia.es/sites/default/files/N%C3%BAmero%2024.Don%20%20Juan%20Roca%20Guillamon.pdf**

Rodríguez Ramos, A. M.:

- "Consideraciones sobre la renta vitalicia gratuita en los derechos español y colombiano", Revista de Derecho Privado, núm. 6, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- La renta vitalicia gratuita, Colección Estudios de Derecho Privado 52, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Comares, 2006.

Rodríguez-Rosado, B.: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Rozas Vial, R.: "La purga del censo vitalicio y de la hipoteca de una renta vitalicia", *Revista Chilena de Derecho,* vol. 13, núm. 3, 1986.

Quiñonero Cervantes, E.:

- "La situación jurídica de renta vitalicia", Anales de la Universidad de Murcia, vol. XXXIII, núm. 1-2, Curso 1974-1975, Universidad de Murcia, 1979.

- "La situación jurídica de renta vitalicia" (continuación), Anales de la Universidad de Murcia Derecho, vol. XXXIII, núm. 3-4, Curso 1974-1975, Universidad de Murcia, 1979.

Santos Briz: J.: Los *contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992.

Serrano y serrano, I.: *La Ausencia en el Derecho Español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.

Tabares, J.: "Modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial al contrato oneroso de renta vitalicia", *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril)*, 21/04/2015, 464.

Toral Lara, E.:

- "El contrato de alimentos y los mayores. Especial referencia a la pluralidad de partes", Protección Jurídica de los Mayores, coords. M. Alonso Pérez, E. M. Martínez Gallego y J. Reguero Celada, La Ley, Madrid, 2004.
- El contrato de renta vitalicia, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, Salamanca, 2008.
- El contrato de renta vitalicia, La Ley Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

Valdés Díaz, C.: "Apuntes sobre alea y condición en los negocios jurídicos contractuales", *Contratos Aleatorios*, L. Pérez Gallardo (Coord.), Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, España, 2012.

Varela Cáceres, E. L.: *La capacidad de ejercicio de en los niños y adolescentes. Especial referencia al Derecho español y venezolano*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2018.

Vega Cardona, R. J. y otros: "Alea e imprevisión. A Propósito de la revisión judicial de los contratos aleatorios", *Contratos Aleatorios*, L. Pérez Gallardo (Coord.), Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, España, 2012.

Zago, J. A.: *El contrato oneroso de renta vitalicia*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1990.

LA GRATUIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE COMODATO. EL COMODATO EN INTERÉS DEL COMODANTE

FREE AS AN ESSENTIAL ELEMENT OF THE COMMODATUM CONTRACT. COMMODATUM IN THE INTEREST OF THE BORROWER

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 276-327

Isabel J.
RABANETE
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de marzo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El contrato de comodato es una figura poco estudiada por la doctrina y confundido por la jurisprudencia con otras figuras afines. Sin embargo, hoy día, la importancia de conservar intacto el patrimonio y de adquirir beneficios constantes derivados del mismo, ha provocado que el título gratuito haya cedido casi enteramente el puesto al título oneroso, favoreciéndose aquellos contratos que suponen algún ingreso en el activo, como es el contrato de comodato. Este estudio pretende determinar si estos contratos, en los cuales el comodante es parte interesada por el posible beneficio que pueda obtener, desvirtúan el concepto legal del comodato, y su esencial gratuidad.

PALABRAS CLAVE: Comodato; causa del contrato; gratuidad; onerosidad; comodato en interés del comodante.

ABSTRACT: *The commodatum contract is a figure little studied by doctrine and confused by jurisprudence with other related figures. However, today, the importance of preserving the heritage intact and of acquiring constant benefits derived from it, has caused that the free title has almost entirely ceded the position to the onerous title, favoring those contracts that suppose some income in the asset, such as it is the commodatum contract. This study aims to determine if these contracts, in which the borrower is an interested party due to the possible benefit that may be obtained, distort the legal concept of the commodatum, and its essential gratuitousness.*

KEY WORDS: *Commodatum; cause of the contract; gratuity; onerousness; commodatum in the interest of the borrower.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ONEROSIDAD Y GRATUIDAD.- 1. Consideraciones previas.- 2. Tesis subjetivas.- A) Crítica.- 3. Tesis objetivas.- A) ¿Qué significa "equivalencia de prestaciones"?- 4. La causa como criterio de distinción.- III. ONEROSIDAD, GRATUIDAD Y CAUSA.- 1. La teoría de la causa.- A) Las doctrinas de la causa.- B) Qué sea la causa.- 2. El art. 1.274 del Código Civil.- A) Unilateralidad como sinonimia de gratuidad: onerosidad, bilateralidad y sinalagmaticidad.- B) La causa de los contratos onerosos y la de los gratuitos.- 3. Delimitación conceptual: onerosidad- gratuidad.- IV. LA GRATUIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE COMODATO.- 1. Antecedentes históricos.- 2. Análisis del inciso segundo del art. 1.741 del Código Civil.- 3. Comodato en interés del comodante.

I. INTRODUCCIÓN.

El contrato de préstamo se halla regulado en nuestro Código Civil en el Libro IV del Título X, y contempla en conjunto el contrato de mutuo o simple préstamo y el contrato de comodato o préstamo de uso. El art. 1.740 CC, tras definir el contrato de comodato como una variedad de préstamo, establece que es el contrato en virtud del cual "una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva", y añade que "el comodato es esencialmente gratuito", reiterando esta característica en el siguiente precepto, al disponer que "si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato". De este modo, la gratuidad aparece como requisito esencial del contrato de comodato.

Su gratuidad ha llevado a la doctrina a considerarlo tradicionalmente como un contrato de favor, movido por motivos altruistas, y cuya función económico-social era la de ayuda mutua y recíproca colaboración. Si bien en sus orígenes fue este un contrato de contenido económico pobre, utilizado frecuentemente en el ámbito familiar o por personas vinculadas por relaciones de amistad; en la actualidad el comodato se ha convertido en el instrumento idóneo, no solo de los particulares que lo utilizan en ocasiones con objeto de minimizar de alguna manera los costes fijos derivados de determinados bienes, sino también de las entidades mercantiles que lo consideran, a veces, herramienta necesaria para la obtención de futuras contrataciones.

• 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 Investigador, 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, así como proyectos docentes) con la docencia y el ejercicio. Correo electrónico: isabel.rabanete@uv.es.

Y ello, porque hoy día, la importancia de conservar intacto el patrimonio y de adquirir beneficios constantes derivados del mismo, ha provocado que el título gratuito haya cedido casi enteramente el puesto al título oneroso, favoreciéndose aquellos contratos que suponen algún ingreso en el activo, a diferencia del negocio gratuito que, en principio, implica una disminución o pérdida de valor del patrimonio[1].

Así, es práctica generalizada, a fin de mantener la solvencia del patrimonio, optar por aquellas formas de contratación tendentes a obtener un cierto beneficio, de manera que el posible empobrecimiento que pueda derivarse de la estipulación de un determinado contrato se vea recompensado de alguna manera por la utilidad que pueda obtenerse del mismo. De hecho, es constante la estipulación de contratos de comodato que implican un cierto beneficio o utilidad para el comodante, así como aquéllos en los cuales se le imponen al comodatario ciertas obligaciones a modo de carga por la cesión del uso de un determinado bien[2].

Objeto principal de este estudio es determinar si estos contratos, olvidados por la doctrina y confundidos en la jurisprudencia[3], en los cuales el comodante es parte interesada por el posible beneficio que de él se derive, desvirtúan el concepto legal del comodato; y cuándo dejan de ser tales conmutando el carácter gratuito del contrato en oneroso, y mudando su naturaleza jurídica a la de otro contrato típico[4].

Ello dependerá, en gran medida, de lo que se entienda por contrato oneroso y por contrato gratuito. De modo que el estudio de la gratuidad como requisito esencial del comodato obliga, debido a la complejidad del tema, a partir de los

1 Ya Josserand, L.: "La decadenza del titolo gratuito e la sua trasfformazione", *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi,* 1930, pp. 2 ss., señalaba hace mucho tiempo que en la civilización moderna el título gratuito ha perdido gran importancia y es el contrato oneroso el que se prima, entre otras razones porque han sido superadas -dice- las injurias sociales y las desigualdades que constituían la base de los sistemas económico-jurídicos antiguos y que determinaban, como correctivos, la caridad y la generosidad.
Vivas Tesón, I.: "La esencial gratuidad del contrato de comodato y la responsabilidad del comodatario en la Jurisprudencia", *Revista de Derecho Privado, Crónica Jurisprudencial,* núm. 8, 2002, pp. 561-562, dice que a pesar de que se pueda pensar que es una figura que no despierta interés jurídico, "nada más lejos de la realidad. La incidencia práctica del comodato, en nuestros días no es escasa, porque niel 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".

2 Vid. Rabanete Martínez, I.: *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*, Valencia, 1999.

3 Así lo afirma Vivas Tesón, I.: "La esencial gratuidad del contrato", cit., pp. 561-562, que deja claro que el contrato de comodato es una figura olvidada por la doctrina, y maltratada por la Jurisprudencia, dado que los litigios entablados en torno a esta figura terminan a veces despachas por la vía del precario y otras veces erróneamente confundidos como arrendamiento.

4 El problema fundamental es la dificultad de configurar un determinado contrato en el que se cede el uso de un bien, como arrendamiento o como comodato. Lo que a simple vista parece una evidencia deja de serlo cuando nos encontramos ante supuestos en los cuales se estipulan contratos de comodato cuyas respectivas obligaciones denotan una cierta nota de onerosidad, o cuando en orden inverso, y con el fin de evadir, no solo las normas que imponen nuestras leyes de arrendamientos, sino también las obligaciones fiscales a las que se somete el arrendador, se acuerdan contratos de arrendamiento que carecen del requisito de onerosidad propio de ellos. Vid. al respecto, mi obra sobre *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*, Valencia, 1999.

conceptos de gratuidad y onerosidad. Por ello, la primera parte del estudio se centra en el análisis de dichos conceptos, no solo en atención al contrato de comodato, sino en general del acto jurídico. Las conclusiones a las que se lleguen serán aplicadas al contrato que nos ocupa y se tomarán como base en la admisión de un comodato en interés del comodante.

II. ONEROSIDAD Y GRATUIDAD.

1. Consideraciones previas.

Pocos han sido los estudios y escasa la atención que han dedicado los juristas a la fijación de unos parámetros que marquen claramente la línea divisoria entre lo oneroso y lo gratuito. Es por ello importante especificar claramente cuando nos encontramos ante uno u otro tipo de acto, pues al ser el comodato un contrato *esencialmente gratuito* deberemos precisar exactamente cuándo un acto u obligación del comodatario puede o no convertir en oneroso el contrato que en su origen era gratuito, lo que implicaría un cambio en la figura contractual de que se trata.

La imprecisión terminológica de nuestro Código, que utiliza los vocablos liberalidad, gratuito y lucrativo indistintamente, hace más difícil la construcción de una definición para cada término, y por consiguiente la elaboración de un concepto de "negocio gratuito". A pesar de que nuestro Código Civil utiliza estos términos en numerosas ocasiones, no existe en ninguno de nuestros textos legales una definición de lo que debamos entender por oneroso o gratuito, y ni siquiera encontramos unos criterios precisos que nos permitan llegar a una conclusión segura[5]. La única referencia que ha servido de base a la doctrina para dar el concepto de contrato oneroso se encuentra en el art. 1.274 CC, que establece cual es la causa de los mismos en los contratos sinalagmáticos.

El Proyecto de 1851 definía el contrato gratuito en su art. 976 como aquél "por el cual una de las partes otorga a la otra un beneficio por pura liberalidad"[6]. Nada decía del contrato oneroso, se limitaba a describir la causa de cada una de

5 Sin embargo, los textos legales de otros países sí se preocuparon de insertar entre los preceptos de sus Códigos unas definiciones más o menos claras, más o menos exactas de lo que debamos entender por negocios a título gratuito u oneroso. Así, el Código civil francés da una definición de contratos gratuitos en su art. 1.105; establece que "le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure l'autre une avantage purement gratuit"; y el art. 1.106 define el contrato a título oneroso como aquel "qui assujettit chacune des parties á donner ou á faire quelque chose".
También el Codice de 1865, en su art. 1.101, definía el contrato a título oneroso como aquel "nel quale ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio...", y el contrato a título gratuito o de beneficiencia como "quello in cui uno dei contraenti intende procurare un vantaggio all'altro senza equivalente". Este precepto fue derogado por el Codice de 1942, por lo que actualmente no existe tampoco en el Código civil italiano ninguna norma que defina lo que deba entenderse por contrato a título oneroso o gratuito.

6 Lasso Gaite: *Crónica de la Codificación Española, Codificación civil*, T. II, Madrid 1970, art. 976.

las obligaciones de las partes, dando por supuesto que se trata el oneroso de un contrato bilateral o sinalagmático[7].

No es pacífica la doctrina cuando se trata de hallar un criterio suficiente que distinga los actos a título oneroso de los actos a título gratuito; ni siquiera las definiciones proporcionadas por otros Códigos europeos han sido suficientes para evitar que la jurisprudencia de los países respectivos, y los más eminentes autores que se han ocupado de la materia, hayan podido ponerse de acuerdo en la búsqueda de aquellos criterios necesarios para basar en ellos la distinción. En nuestro derecho esta dificultad viene acrecida por la ausencia de todo criterio legislativo.

Lo cierto es que el acto oneroso o gratuito es siempre un acto patrimonial atributivo, y la clasificación interesa por los efectos concretos y prácticos que tiene, vinculado a la capacidad de las partes para el otorgamiento de los negocios, así como también la situación de los terceros frente a dichos negocios. Una cosa hay clara y unánimemente admitida por la doctrina: la distinción opera solo dentro de aquellas situaciones jurídicas con un contenido económico. Es decir, solo en aquellas relaciones jurídicas que implican la existencia de una atribución patrimonial cabe aplicar la distinción que nos ocupa[8]. Pero, hay que tener en cuenta que la atribución patrimonial es una consecuencia, y que esta se deriva no solo de los contratos, sino que puede provenir también de un acto jurídico, de modo que el ámbito de aplicación de la distinción entre onerosidad y gratuidad se debe ceñir a las atribuciones patrimoniales, entendiendo por tales aquéllas que reúnan dos requisitos: que exista una relación cualquiera entre dos masas patrimoniales, y que esta relación entre las dos masas tenga un contenido económico[9].

2. Tesis subjetivas.

Si bien es difícil encontrar unanimidad en la doctrina, podemos escindir las opiniones de los autores en dos grandes grupos. Pueden incluirse en un primer grupo aquéllos que centran el criterio de distinción entre los actos a título oneroso y los a título gratuito en una serie de caracteres de tipo subjetivo. Así, algunos han optado por una tesis subjetiva[10], formada por la certeza de creer gratuito todo

7 Diez-Picazo Ponce De León, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho civil,* T. II, Madrid, 1995, p. 46.

8 Cfr. Betti, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, T. III, Milano, 1954, p. 67; Alessi, R.: "Sul concetto di causa nel negozio giuridico", *Temi Emiliana*, T. II, 1933, pp. 403 y ss.

9 En este sentido, Massart, A.: "Gli altri contratti agrari di scambio", *Diritto Agrario Italiano*, 1975, pp. 334 y ss., al estudiar el carácter oneroso o gratuito de determinados negocios agrarios, señala que la distinción gratuidad-onerosidad alcanza no solo a los contratos, sino también a todos los negocios jurídicos y actos jurídicos que impliquen una atribución patrimonial, es decir, a todos los actos en general.

10 Partidarios de la tesis subjetivas se han mostrado los autores franceses. Ya Pothier, R. J.: "Traité des obligations", *Oeuvres*, T. I, Bruselas, 1831, núm. 9, decía que los contratos interesados son los que se hacen por interés y utilidad recíproca, y de beneficiencia, los que se hacen para utilidad de una de las partes. Así también Josserand, L.: *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, París, 1928, pp. 315-375; Sánchez-

acto inspirado por la voluntad de preferir otro a sí mismo y oneroso el inspirado en un pensamiento interesado. Estas teorías señalan los criterios de distinción de los contratos onerosos o gratuitos dependiendo de la intención de las partes, con lo que si en un sujeto se dan las notas de liberalidad implicando un *animus donandi*, de forma que el acto se hizo desinteresadamente, es decir, solo en beneficio de una de las partes, estaremos ante un negocio a título gratuito. Esta tesis parte de la llamada por la doctrina francesa "teoría de los móviles", según la cual la onerosidad o no de un contrato u acto dependerá del móvil que hubiera llevado a las partes a contratar[11].

Josserand fue, indudablemente, el más ardiente defensor de la teoría subjetiva. Según este ilustre jurista, para que un acto sea concebido como gratuito, la primera de todas las condiciones, y casi la única, consiste en que proceda de una intención de liberalidad. Un acto a título gratuito es sinónimo de acto desinteresado[12].

Defensor de esta teoría en nuestra doctrina es, sin duda, Sánchez-Blanco. Mantiene el autor que "el equilibrio del acto oneroso es solamente relativo; entre la prestación y la contraprestación no hay más que un equilibrio convencional de valor en un momento determinado según la apreciación subjetiva de las partes. Por consiguiente -añade- será preciso, en cualquier caso, averiguar si las partes han establecido o no entre las prestaciones ese equilibrio convencional de valor, con lo

Blanco, J.: "Onerosidad, gratuidad y causa", *Revista de Derecho Privado*, 1952, pp. 476 y ss.; Boitard, M.: *Les contrats des services gratuits*, París, 1941.
La misma teoría parece seguir, Carnevali, U.: *La donazione modale,* Milano, 1969, pp. 142-143, cuando al tratar la donación modal, afirma que si el disponente de la liberalidad la hace por motivos psicológicos o por motivos movidos por un determinado sentimiento de ayuda al otro, la donación seguirá siendo tal, pero que si se le impone un modo al favorecido con el único motivo de gravarle con una obligación, esta dejará de ser tal donación y se convertirá en un contrato oneroso. En el mismo sentido, Marini, A.: *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito,* Milano, 1976, pp. 70 y ss.; Grassetti, C.: *Donazione modale e fiduciaria,* Milano, 1941, pp. 27 y ss.

11 Si bien en el ordenamiento francés se habla de *animus donandi* para referirse a los contratos gratuitos y, en especial, a la donación, siendo este *animus* el elemento causal de la donación y de los actos gratuitos, en el ordenamiento germánico se habla de *causa donandi* para referirse a aquellos contratos gratuitos. Las diversas teorías están conectadas a una distinta derivación de la doctrina de la causa. La francesa más ligada al elemento subjetivo y, por tanto, a la voluntad del donante; la germánica más conectada al momento de transmisión de la propiedad: *solvendi, crediti* o *donandi causa*.
Se ha llegado a afirmar que, en realidad, el recurso al *animus donandi* para referirse al elemento que no debe faltar en una donación o, incluso, en un contrato gratuito, indica que falta la causa, de forma que hay quienes han dicho que la donación es un acto sin causa. Entre otros, Perozzi, S.: "Intorno alla donazione", *Scritti Giuridici*, T. II, Milano, 1948, pp. 705 y ss. En contra, Fadda, C.: *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909, p. 313; Giorgianni, M.: "La causa tra tradizione e innovazione", *Causa e Consideration,* Padova, 1984, pp. 19-22.

12 Josserand, L.: *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé,* cit., pp. 318-326. No obstante defender la teoría subjetiva, reconoce el autor que la distinción entre contratos onerosos y gratuitos no es fácil. Señala que la distinción entre acto oneroso y gratuito es extraordinariamente compleja, no solo por las dificultades de conocer la voluntad de las partes, sino por la relatividad de una y otra noción; relatividad que se afirma por múltiples consideraciones, pues un mismo acto puede presentarse como gratuito u oneroso, según las cláusulas que contenga o según que se atenga uno, solo a su forma o al fondo del mismo. Este jurista representa una orientación especial, y en cierto modo extrema. Habla de los motivos y piensa que de ellos debe partir la licitud de los actos jurídicos, y concibe la causa de los contratos como los móviles que matizan nuestros actos, como el fin que justifica los medios y los condena.

que desembocamos en un elemento intencional"[13]. Esta doctrina, con unos u otros matices, gozó durante algún tiempo de gran prestigio y fue casi unánimemente aceptada y seguida por la doctrina francesa y alemana[14].

Una doctrina minoritaria, ha mantenido una posición intermedia afirmando que si bien el criterio objetivo es fundamental para calificar un negocio oneroso o gratuito, cuando por las características esenciales del acto o por las circunstancias que lo rodean aquel criterio resulte insuficiente, podrá también investigarse la intención de las partes, los móviles que los han llevado a contratar[15].

A) Crítica.

No obstante, y a pesar de las excelentes construcciones dogmáticas elaboradas por los autores que defendieron las tesis subjetivas, estas han sido puestas en duda por la mayoría de la doctrina, que afirma que es este un criterio insuficiente que intenta conceder carácter jurídico a elementos puramente interiores al sujeto[16].

13 Sánchez-Blanco, J.: "Onerosidad, gratuidad y causa", cit., 1952, p. 477. Considera que la tesis económico-objetiva que admite la onerosidad si hay ventajas para cada parte y la gratuidad si la ventaja es solo para una de las partes, es insuficiente para la distinción del contrato en oneroso o gratuito y que será necesario, por tanto, centrar la distinción en un criterio puramente intencional. Admite que la mera ausencia de contraprestación no es suficiente para la configuración de un contrato en gratuito, sino que se precisa un elemento positivo o causa específica que puede llamarse *causa donandi* o ánimo de liberalidad.

14 En la doctrina alemana, Seeler: *Glossen zur Praxis des Richsgerischits*, Friburgo, 1890 (cit. por, Sánchez-Blanco, J.: "Onerosidad, gratuidad y causa", cit.), defiende una teoría similar a la antes expuesta según la cual para determinar el concepto de onerosidad, debe tomarse en consideración la relación de hecho entre las prestaciones, teniendo en cuenta la intención de las partes, por lo que tendría carácter oneroso toda atribución patrimonial que, según el propósito de los otorgantes, resulte dada y aceptada como correspondencia a otra atribución realizada anterior o simultáneamente en sentido inverso y entre las mismas partes. Mantiene el jurista, que no hay ningún obstáculo para trasplantar al campo jurídico el concepto de onerosidad según el cual toda prestación efectuada o prometida, con intención de corresponder a otra, como contravalor de otra, por aquél que recibió, recibe o debe recibir esta última, constituye una correspondencia, una atribución correspectiva, y, por consiguiente, una atribución onerosa. Solamente - añade - cuando falta esta relación (intencional) de valor puede apreciarse el carácter gratuito de una prestación hecha simultáneamente o con posterioridad a otra atribución (prestación o promesa) realizada en sentido inverso por el destinatario.

15 Cfr. Distasio, N.: "Locazione, comodato modale, contratto innominato", *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione,* 1949, p. 130, parece mantener una teoría intermedia. Opina el autor, que la valoración de la gratuidad u onerosidad del contrato debe hacerse en relación con la causa. Pero, más tarde, añade que también podrá tenerse en cuenta la voluntad real de los contratantes, determinándose si las partes habían o no querido llevar a cabo un acto de liberalidad, o si al imponerse un *onere* habían querido imponerlo como *corrispettivo* o como elemento accesorio.
Asimismo, mantiene una teoría intermedia Bouyssou, M.: *Les libéralités avec charges en Droit civil français*, París, 1947, pp. 11-12. Tras hacer un breve análisis de las tesis objetivas y subjetivas, opina que las dos deben coexistir, de forma que para calificar un contrato de oneroso o gratuito, habrá que atender tanto al elemento intencional (subjetivo) como al elemento material (objetivo). Así también, López Palop, E.: "La donación remuneratoria", *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* T. III, 1945, pp. 6 y ss.

16 Así, Prada González, J. Mª.: "La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* T. XVI, 1968, p. 278. opina que el criterio subjetivo "es un criterio más moral que jurídico, pues es aquella la que juzga sobre la intención mientras que esta es inoperante en Derecho, que se ocupa de las conductas exteriores con independencia de la última intención del sujeto".
Contrario a las tesis subjetivas se muestra también, Diez-Picazo Ponce De León, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial,* T. I, Madrid, 1996, p. 84, que entiende que la tesis objetiva es la más razonable. "Si se siguiera la tesis subjetiva -dice- tendríamos que romper la dicotomía onerosidad-gratuidad, e introducir entre los dos términos los contratos o negocios objetivamente gratuitos pero subjetivamente interesados, cuando nada indica que ese *tertium genus* quede inmune al régimen jurídico general de los negocios gratuitos, por ejemplo en cuanto a las causas de revocación, a la inoficiosidad o a tantos otros puntos".

Y debe decirse que la crítica a las tesis subjetivas es razonable, sobre todo si partimos de la premisa de que la intención no es un criterio jurídico que permita diferenciar un negocio oneroso de uno gratuito, más bien puede ser considerado como un criterio moral quedando, por ello, fuera del ámbito de lo jurídico[17]. Además, debemos tener en cuenta que, en muchas ocasiones, llegar a conocer la verdadera intención de las partes será tarea difícil, pues ello podría llevar a engaños y equivocaciones.

La distinción onerosidad-gratuidad no puede partir de criterios únicamente subjetivos, de forma que un contrato será oneroso o gratuito dependiendo de la voluntad intencional de las partes, de si el sujeto que llevó a cabo el acto gratuito lo hizo o no desinteresadamente. Si partimos de la premisa de que no todo acto a título gratuito implica necesariamente un *animus donandi*, gran parte de los presupuestos que sustentan la teoría subjetiva carecen de fundamento.

En efecto, si partiésemos de este criterio distintivo caeríamos en el grave error de creer que todos los actos gratuitos se llevan a cabo bajo un evidente ánimo de liberalidad. Como bien sabemos, no todos los negocios a título gratuito implican un ánimo liberal por parte del sujeto que los realiza. Así, un contrato a título gratuito puede haber sido estipulado por un mero acto de liberalidad, si el que lo realiza lo hace solo en consideración del favorecido[18]. Sin embargo, puede darse el supuesto de que ese mismo contrato a título gratuito se haya realizado no solo en beneficio del favorecido, sino también en el propio beneficio del que lo realiza, adquiriendo el mismo una ventaja o utilidad del contrato. Así es, si admitiésemos la distinción en atención al criterio meramente intencional de las partes, de forma que fuese necesaria la existencia de un espíritu de liberalidad o *animus donandi* para entender gratuito un negocio, nos veríamos obligados a descartar como gratuitos todos aquellos contratos que, sin cumplir los requisitos necesarios para considerarlos onerosos, careciesen del ánimo liberal.

Importante ejemplo lo encontramos en el problema que se plantea con las donaciones con carga y con las donaciones remuneratorias. Los arts. 619 y 622 establecen respectivamente que es también donación "aquélla en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado" y "que las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto". El Código no usa con mucha precisión los términos, ya que "donación

17 Al respecto, y criticando las tesis subjetivas, afirma Carrozza, P.: "Ancora sul comodato modale", *Giurisprudenza Siciliana,* 1958, pp. 1003 y ss., que la indagación sobre la voluntad de las partes como único y exclusivo medio discriminador de la onerosidad y la gratuidad del negocio, podría llevar a la relevancia de los motivos, que el legislador no tiene en consideración; podría conducir a poner sobre el mismo plano de la causa el motivo del negocio.

18 Vid. *Infra* III. 2. B)

con causa onerosa" parece una contradicción y la "donación remuneratoria" no lleva consigo un gravamen como parece indicar el precepto[19]. La donación con carga es admitida por nuestro Código siempre y cuando esta no exceda el valor de lo donado, de modo que el criterio utilizado por el mismo es eminentemente objetivo, habrá que atender al valor económico de la carga y al valor del bien donado para saber si uno es mayor que el otro. En ambos supuestos se tiene presente el criterio objetivo para la inclusión o exclusión del acto dentro de la donación, de forma que los móviles que han impulsado al donante a llevar a cabo el acto son irrelevantes para ser calificado o no de donación[20].

Asimismo, no debemos olvidar la dificultad que plantea la prueba de la voluntad intencional a la hora de saber si efectivamente se tuvo o no ese ánimo liberal necesario para calificar un acto de gratuito. En muchas ocasiones será imposible llegar a conocer la verdadera intención de las partes, por lo que la mayoría de las veces dicha intención quedará fuera del ámbito jurídico. La admisión de la aplicación de las teorías subjetivas como único criterio distintivo entre los actos a título gratuito y oneroso, conduciría a una inseguridad jurídica constante, quedando al arbitrio del Juez conocedor de la causa el calificar de oneroso o gratuito el negocio.

De modo que, no obstante la importancia que en ocasiones pueden tener los motivos que han llevado a las partes a contratar, lo realmente relevante para el derecho es el equilibrio de las prestaciones objetivado, y no las exigencias subjetivas que han inducido a las partes a actuar un equilibrio en lugar de otro, puesto que tales exigencias quedan extrañas a la relación[21].

3. Tesis objetivas.

A pesar de la influencia que tuvo la teoría de los móviles, la mayoría de la doctrina[22] defiende las llamadas "teorías objetivas", admitiendo que la esencia de la distinción entre contratos a título oneroso y contratos a título gratuito reside en la existencia de un equivalente de la prestación que se realiza. Esta relación de

19 Cfr. Prada González, J. Mª.: "La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos", cit., p. 277.

20 Vid. Rabanete Martínez, I.J.: "Las donaciones remuneratorias: configuración jurídica, colación y dispensa. A propósito de la STS de España num. 473/2018, de 20 de julio de 2018", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 29, enero 2020, pp.172 y ss.

21 Pino, A.: *La excesiva onerosidad de la prestación* (traducción y notas comparativas al Derecho español de Federico de Mallol), Barcelona, 1959, p. 85.

22 Entre otros, y con matices, defienden las teorías objetivas, Mosco, L.: *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti,* Milano, 1942; Dupeyroux, J. J.: *Contribution a la théorie générale de l'acte a titre gratuit,* París, 1955, pp. 135 y ss.; Maury: *Essair sur le rôle de la notion d'equivalence en droit civil français*, París, 1920 (cit. por Bouyssou, M.: *Les libéralités avec charges en Droit civil français*, cit., pp. 15 y 234); Planiol, M - Ripert, G.: *Traité élémentaire de Droit civil,* T. II, París 1.926, núm. 951; Baudry-Lacantinerie, G. et Barde, L.: *Trattato teorico-practico di Diritto Civile, Delle Obbligazioni* (traducción italiana con notas de Pietro Bonfante), Milano, s/f, pp. 14 y ss.; Prada González, J. Mª.: "La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos", cit., pp. 257 y ss.; Diez-Picazo Ponce De León, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial,* cit., pp. 82 y ss.; Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral,* T. I, Vol. II, Madrid, 1984, pp. 720 y ss.

equivalencia es la que excluiría el carácter gratuito de un acto convirtiéndolo en oneroso[23].

Los autores, sin embargo, se distancian al querer fijar qué deba entenderse por equivalencia, si la equivalencia entre las prestaciones debe ser económica, moral o tratarse de una equivalencia en el sacrificio de las partes. La teoría del equivalente moral no es más que un reconocimiento a las tesis subjetivas; bastará un simple interés moral de una de las partes para que desaparezca el carácter gratuito del acto y se transforme en oneroso, por lo que no es necesario reiterar lo antes dicho. Esta fue en realidad, la tesis defendida largo tiempo por la doctrina y jurisprudencia francesa.

La tesis más objetiva de todas ellas es la que defiende la equivalencia económica entre las prestaciones, exigiendo del equivalente que tenga un valor económico pecuniariamente apreciable[24]. Es oneroso un acto si existe un equivalente pasado, presente o futuro del mismo. Según estos juristas para que un contrato sea oneroso deberá existir un sacrificio de ambas partes, pero este deberá ser económico y equivalente[25]. Un acto será oneroso si el equivalente es económico y patrimonial, y gratuito si responde a un equivalente simplemente moral o no existe dicho equivalente[26]. Este criterio económico fue formulado por Planiol[27], que afirmaba que el contrato es a título oneroso cuando cada una de las partes recibe alguna

23 Cfr. Tilocca, E.: "Onerosità e gratuità", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1953, p. 63, basándose en el art. 1.101 del Código Civil italiano de 1865 dice que es negocio a título oneroso aquél en el que cada uno de los contratantes quiere, mediante equivalente, procurarse una ventaja; y a título gratuito aquél en que uno de los contratantes trata de procurar una ventaja al otro sin equivalente. En este sentido, Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral,* cit., T. I, Vol. II, pp. 720-721, advierte que "la circunstancia de que se imponga al beneficiario la obligación de realizar una prestación (carga o modo) no modifica en nada el carácter del negocio, puesto que, con arreglo a la intención del interesado esa carga no tiene la significación de una prestación equivalente".

24 Cfr. Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho Civil,* T. IV, Madrid, 1891, p. 394. Afirma que son contratos a título oneroso aquellos en que cada una de las partes obtiene una prestación a cambio de otra que ha de realizar y se reputa equivalente, teniendo ambos contratantes un interés pecuniariamente apreciable. Asimismo, Clemente De Diego, F.: *Instituciones de Derecho Civil Español,* T. II, Madrid, 1930, p. 439, nos dice que "los contratos onerosos son aquellos que implican un cambio recíproco y respectivo de prestaciones".

25 Cfr. Guagliolo, F.: "Ancora sui caratteri differenziali tra locazione, comodato e precario oneroso", *Il Foro Padano,* 1950, pp. 827-828, al estudiar las diferencias entre comodato y arrendamiento, opina que para que un contrato sea oneroso debe producirse un sacrificio para ambas partes, pero el sacrificio debe ser económico; debe haber un equilibrio económico entre las dos prestaciones. Un sacrificio que no imponga una disminución patrimonial económica no es suficiente para calificar de oneroso un contrato inicialmente gratuito; Sargenti, M.: "Sul criterio di distinzione fra negozio oneroso e negozio gratuito", *Il Foro Padano,* 1946, p. 445; Roppo, E.: Voz "Contrato", *Digesto delle Discipline Privatistiche*, T. IV, Torino, 1989, p. 100.

26 En contra Prada González, J. Mª.: "La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos", cit., p. 280. Critica el autor esta tesis y afirma que supone una importante restricción de los actos onerosos, ya que existen actos en que sin ser pecuniariamente apreciables la contraprestación, esta existe de hecho...Tampoco -añade el autor- parece que desde un punto de vista positivo esta tesis sea la más ajustada a nuestra realidad legislativa.

27 Cfr. Planiol, M - Ripert, G.: *Traité élémentaire de Droit civil,* cit., núm. 951. En el mismo sentido, Baudry-Lacantinerie, G. et Barde, L.: *Trattato teorico-practico di Diritto Civile,* cit., pp. 14 y ss.; De Ruggiero, R.: *Instituciones de Derecho* Civil (traducción de la 4ª Edición italiana por Suñer y Teijeiro), T. I, Madrid, 1977, p. 251.

cosa de la otra, y es a título gratuito cuando una sola de las partes procura a la otra una ventaja sin recibir nada a cambio[28].

Otros autores[29], fieles a la tesis objetiva, parten de la equivalencia de sacrificios, de forma que para que un acto sea considerado oneroso se precisa la existencia de un equivalente entre los sacrificios de las prestaciones de las partes. Partidario de esta tesis es PRADA GONZÁLEZ, quien afirma que "el primer elemento moderador es que la equivalencia debe medirse, no entre prestaciones objetivamente consideradas, sino entre los sacrificios por ellas causados"[30]. El equilibrio, según este autor, debe darse, no entre prestaciones, sino entre sacrificios: y debe buscarse en las concretas circunstancias de las partes entre las que se produce la atribución y el sacrificio que le sirve de equivalente.

A) ¿Qué significa "equivalencia de prestaciones"?

Según la mayoría de las tesis propuestas, tanto objetivas como subjetivas, los actos y contratos serán onerosos o gratuitos en función de la ventaja o beneficio que cada una de las partes obtiene, y siempre y cuando el beneficio o ventaja de una parte sea equivalente al sacrificio que sufre la otra parte. Sin embargo, el problema de estas afirmaciones se pone en evidencia cuando nos preguntamos qué debe entenderse por beneficio o ventaja, qué por equivalente y qué por equilibrio[31]. Ni la doctrina ni la Jurisprudencia han matizado la distinción entre

28 Uno de los máximos defensores de la teoría objetiva de la equivalencia económica de las prestaciones es SANDULLI, M.: "Le nozioni giuridiche di onerosità e gratuità", *Banca, Borsa* e *Titoli di Credito*, T. I, 1973, pp. 394 y ss. Afirma que la equivalencia económica entre las atribuciones es un hecho superado y que es este el medio más idóneo de saber con exactitud cuando un determinado contrato es o no oneroso. Para determinar la onerosidad o no de un contrato habrá que atender a un concepto de carácter económico: el precio. Es decir, si una cierta atribución puede considerarse precio de otra nos encontraremos ante una hipótesis de onerosidad completa; de otra forma, nos encontraremos ante una hipótesis de onerosidad parcial o gratuidad. La utilización de este concepto de precio, propio del mundo económico, se justifica en cuanto es el único grado que permite una real valoración de las situaciones económicas y de su relevancia jurídica.
Defensor de la teoría del equivalente económico es también TORRALBA SORIANO, O. V.: *El modo en el Derecho Civil,* Madrid, 1967, pp. 118-119. Vid. también ADDEO, P.: "Sul concetto di equilibrio economico nei contratti onerosi", *Diritto Commerciale*, 1921, pp. 121 y ss.

29 Cfr. PRADA GONZÁLEZ, J. Mª.: "La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos", cit., pp. 257y ss.; DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial,* cit., pp. 82 y ss.; DUPEYROUX, J. J.: *Contribution a la théorie générale,* cit., pp. 135 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral,* cit., T. I, Vol. II, pp. 720 y ss.

30 PRADA GONZÁLEZ, J. Mª.: "La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos", cit., pp. 343-344. Asimismo, parece confirmar esta teoría DIEZ-PICAZO cuando dice que "es oneroso un acto cuando impone sacrificios a ambas partes y, por la misma razón, ambas partes obtienen ventajas del acto. A la inversa, el acto es gratuito cuando hay sacrificio para uno y ventaja para el otro. Se puede decir - añade - que en los negocios gratuitos hay una sola atribución patrimonial y un solo desplazamiento, mientras que en los onerosos hay dos atribuciones y dos desplazamientos en sentido recíproco e inverso" (DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial,* cit., p. 82).

31 Cuando se trata de valorar una relación jurídica e incluirla bien en los negocios onerosos, bien en los gratuitos, la doctrina utiliza términos como "prestaciones equivalentes", "proporcionales", o bien "equilibrio entre prestaciones". En ocasiones, se utilizan estos términos indistintamente, sin tener en cuenta que estas expresiones tienen significados distintos. A veces los juristas tendemos a identificar términos y expresiones que no son equivalentes, y mucho menos sinónimas. Cuando se dice que entre dos prestaciones debe existir un justo equilibrio, deben tenerse en cuenta otros factores, como los subjetivos,

contrato oneroso y contrato gratuito hasta el punto de distinguir en cada una de las prestaciones qué es lo que hay de beneficio o ventaja para el que la recibe y de sacrificio para el que la cumple. Además, establecer los criterios que maticen y definan cuando dos prestaciones son equivalentes, dependerá, en la mayoría de los casos, de la decisión judicial.

Qué debemos entender por equivalente es algo que la doctrina ha puesto en duda en numerosas ocasiones. El problema es si entre las dos prestaciones o atribuciones patrimoniales debe existir una equivalencia en el sentido objetivo de la misma o, simplemente basta que sean equivalentes en el sentir de las partes puestas en relación; o si, por el contrario, no es necesaria una equivalencia, ni objetiva ni subjetiva, para entender oneroso un determinado contrato. Así, la equivalencia es entendida por la doctrina que defiende esta tesis de diversas formas, bien como una equivalencia subjetiva, bien como una equivalencia objetiva o económica. Sin embargo, las dificultades lógicas que surgen en torno al concepto de equivalencia son numerosas.

En primer lugar, es evidente que la equivalencia no puede entenderse como una relación de carácter subjetivo o psicológico que las partes deban considerar[32]. Partir del equivalente moral o psicológico de los contratantes no parece ser la manera más idónea de advertir cuando un contrato es gratuito u oneroso. A poco que se reflexione, se comprende que lo que mueve a las partes a contratar o lo que cada una de ellas entienda por equivalente es diferente en uno u otro individuo. Por ejemplo, la consideración subjetiva de las partes de lo que se pague por una cosa, el precio de compra, los intereses por un préstamo, es diversa. De hecho, el sujeto que lleva a cabo un contrato oneroso, de forma que se produzca un intercambio de prestaciones, si decide realizar este cambio es porque la ventaja o beneficio, en su convencimiento, es superior o igual al sacrificio; porque de lo contrario, si tal convencimiento fuese el opuesto, el sujeto no actuaría de esta forma y, naturalmente, no estipularía una compra, un préstamo, un arrendamiento,

habrá que atender, entre otras cosas, a la capacidad económica de cada sujeto y a la necesidad del bien vendido o prestado, para saber si la prestación es equilibrada en atención a sus necesidades. Sin embargo, la equivalencia, es un término más matemático que jurídico, en cuanto hace referencia a la igualdad entre las prestaciones. Equivalencia significa "igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas". Dos prestaciones serán equivalentes cuando sean iguales objetiva e independientemente de los factores subjetivos. Habrá equivalencia cuando haya igualdad de valores, la prestación y la contraprestación deberán tener idéntico valor para ser equivalentes.

32 Como bien decía Caroppo, A.: "Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1961, p. 440, "la equivalencia subjetiva es un absurdo psicológico".
En contra de la equivalencia subjetiva se muestra también, Sandulli, M.: "Le nozioni giuridiche di onerosità e gratuità", cit., pp. 394 y ss. Opina el autor que no puede hablarse de una equivalencia subjetiva, porque es esta una expresión de clara contradicción en sus términos y que, en sustancia, no hace otra cosa que traducir el concepto según el cual las partes deben determinar libremente el negocio, prescindiendo del efectivo valor de las prestaciones. Asimismo, Tilocca, E.: "Onerosità e gratuità", cit., pp. 53 y ss., es uno de mayores defensores de la equivalencia objetiva, afirmando, incluso, que la equivalencia es el único criterio determinante que diferencia los contratos en onerosos y gratuitos y que, por tanto, la falta de equivalencia constituye la única característica de la gratuidad.

que le perjudicase. Obviamente, aquí el concepto de ventaja, de beneficio o de sacrificio, no se refiere ni se mide con valores objetivos, sino meramente subjetivos, condicionado, la mayoría de las veces, a la necesidad del bien que se adquiere[33].

Afirmar que hay equivalencia de prestaciones, y por tanto negocio oneroso, cuando cada uno de los contratantes tiene un mismo interés en la prestación del otro obligado y cuando las prestaciones son equivalentes según la apreciación subjetiva de las partes, significa hacer depender la onerosidad o gratuidad de un negocio de la voluntad de las partes; y desconocer que en la valoración de un negocio, el ordenamiento jurídico pone el acento, no tanto en la apreciación subjetiva de las partes, sino en la relevancia jurídica de los intereses programados de los contratantes. El interés programado del negocio tiene una entidad objetivamente acertada, mientras que la voluntad de las partes se deduce indirectamente, del conjunto del acto o del negocio. La interpretación de la voluntad de las partes es necesaria para identificar los intereses que las partes han querido realizar; la indagación sobre la programación de los intereses sirve para resolver la causa del negocio y, por tanto, para calificar el negocio mismo[34].

En segundo lugar, tampoco parece factible la tesis que defiende la equivalencia objetiva de las prestaciones, de forma que un acto será oneroso o no dependiendo de si las comunes prestaciones de las partes tienen un valor económico igual o similar[35]. De hecho, la valoración que se le dé a un determinado bien, dependerá, no solo del mercado, sino de la necesidad que se tenga de la cosa, del nivel económico que tenga cada persona. Hay personas que valoran de distinta manera la comodidad que para ellos significa servirse de una cosa, y por lo tanto, se ven movidas a contratar con diferentes precios y en diferentes condiciones, con lo cual si se siguiese un criterio eminentemente objetivo, no podría medirse la equivalencia de las prestaciones. Por ejemplo, en un préstamo de dinero (un mutuo) oneroso, los intereses que se le puedan imponer al mutuatario tendrán

33 Vid. al respecto Caroppo, A.: "Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia", cit., p. 440. Señala que el criterio subjetivo de equivalencia se prestaría a las partes como medio válido de simulaciones y engaños. Y pone el ejemplo del tradicional cambio de una casa por un broche, entendido equivalente, para darse cuenta de que la valoración de la equivalencia al arbitrio de las partes como criterio discriminador de ciertas categorías jurídicas es en sí poco serio.

34 Cfr. Carrozza, P.: "Ancora sul comodato modale", cit., pp. 1007-1008.

35 Al respecto, Addeo, P.: "Sul concetto di equilibrio economico", cit., pp. 121 y ss., defendía una teoría según la cual no era necesario que las prestaciones de las partes fuesen exactamente equivalentes o iguales económicamente, sino que hablaba de *quasi uguaglianza*, afirmando que cuando las prestaciones fuesen más o menos similares, económicamente hablando, el contrato estipulado era oneroso.
Critica esta teoría Caroppo, A.: "Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia", cit., pp. 439-440. Se pregunta el autor qué debe entenderse por *quasi uguaglianza*., ¿dónde termina la *quasi uguaglianza* y dónde comienza la *non uguaglianza*? Eso -dice- realmente se revela indefinido, y sobre todo insuficiente e inadecuado a la realidad económica y psicológica. De hecho, una relación de igualdad, para establecerse, necesita dos términos fijos: en caso de que unos de los dos términos falte, es imposible juzgarlos o enjuiciarlos (por ejemplo: la cosa no tiene un valor de mercado) o, como sucede más a menudo, que no sea determinable ni siquiera objetivamente, estando condicionado a la intensidad de la necesidad o a la esencialidad del interés individual que quiere satisfacerse. Así, por ejemplo, un vaso de agua llenado de una fuente pública no puede tener el mismo valor que un vaso de agua del cual se prive a alguien en el desierto.

diverso valor, serán más altos o más bajos dependiendo de la necesidad que se tenga de adquirir el préstamo y dependiendo de la capacidad económica que tenga el sujeto que ha solicitado el préstamo. Es obvio que si el mutuatario es una persona solvente, cuya capacidad económica es alta, y necesita el préstamo para llevar a cabo la construcción de un centro comercial (pongamos como ejemplo), los intereses posiblemente le sean más asequibles que al ciudadano medio, que necesita un préstamo para comprar una vivienda, porque su capacidad económica no le permite adquirirla sin dicho préstamo. Aun si admitiésemos que se parte, en estos casos, de un criterio puramente objetivo, deberíamos tener en cuenta, en muchas ocasiones, la capacidad económica de cada sujeto, para apreciar o distinguir una verdadera y justa equivalencia, de forma que terminaríamos, una vez más, cayendo en la teoría de los criterios subjetivos.

Es verdaderamente difícil establecer qué deba entenderse por "equivalencia de prestaciones", si esta equivalencia debe ser meramente objetiva o deben tenerse en cuenta los elementos subjetivos que subyacen en toda relación contractual. Cuando hablamos de criterios objetivos y de equivalencia de prestaciones se nos hace cuesta arriba establecer un concepto de equivalencia que pueda ayudar a fijar los parámetros necesarios para saber en todo momento si estamos ante una equivalencia o no. Así, y ante la dificultad que rodea todo intento de establecer un concepto de equivalencia, tanto objetivo como subjetivo, parece más factible negar la necesidad de equivalencia entre prestaciones como línea distintiva entre contratos onerosos y gratuitos.

Por tanto, no es necesario que para que un contrato sea oneroso las prestaciones deban ser económicamente equivalentes[36], que entre las prestaciones recíprocas exista una proporción económica, sea directa o indirecta, objetiva o simplemente presupuesta por las partes. Las atribuciones pueden ser de valor desigual, incluso alejadísimo, una de otra, y esto no solo sobre el plano objetivo, sino incluso sobre el plano de valoración individual de las partes, sin que por eso el negocio deje de ser oneroso. Pero, obviamente, podremos establecer un límite: serían los casos en los cuales la pretendida contraprestación sea absolutamente desproporcionada, donde la prestación o prestaciones de una parte sean irrisorias: en tal caso, podríamos hallarnos ante un contrato, no solo falto de equivalencia, sino que

36 Cfr. De Marchi, G.: "Onerosità e gratuità dell'avallo e delle garanzie personali in generale", *Rivista di Diritto Civile*, 1958, pp. 639 y ss.; Gatti, S.: "L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive", *Rivista di Diritto Commerciale*, T. I, 1963, pp. 424 y ss.; Nicolò, R.: Voz "Alea", *Enciclopedia del Diritto,* T. I, Milano, 1958, pp. 1027 y ss.
En este sentido, afirma De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1991, p. 262, que "el abandono de la concepción del precio justo y el modo restringido con que el Código concede la rescisión por lesión (art. 1.94), cierra la posibilidad a un concepto puramente económico de la equivalencia de las prestaciones; más las figuras de la simulación y del negocio para defraudar la ley, a los acreedores o legitimario, han hecho que se atienda a la realidad social de la reciprocidad de intereses o, en su caso, a lo efectivo de la liberalidad, para calificar el negocio de oneroso o de gratuito".

podría incluso faltar la interdependencia misma, por cuanto resulta *icto oculi* que la contrapartida es simplemente aparente y la contraprestación simulada[37].

En conclusión, cabría afirmar que para que un contrato sea oneroso no es necesario que las prestaciones sean equivalentes, ante todo porque esta equivalencia en la mayoría de los casos quedaría en manos del arbitrio judicial. Así, podemos preguntarnos: ¿debe ser necesariamente equivalente lo que A recibe de B a cambio de lo que le entregó para que causalmente el contrato sea oneroso? Evidentemente, no. El contrato será oneroso, la falta de equivalencia dará lugar a otras vías dentro de la relación contractual para propiciar el reequilibrio[38].

4. La causa como criterio de distinción.

No son pocos los autores que ponen la distinción entre onerosidad y gratuidad en relación directa con la causa de los contratos. Es la relación de causalidad entre dos prestaciones la que provoca que se produzca un contrato oneroso. Los juristas que siguen esta teoría exigen que entre la prestación que se considera y la ventaja o sacrificio que la convierte en onerosa, exista una relación causal[39]. Así, la causa contractual, en cuanto representación de la función económica que está llamado a producir el contrato, no solo sería criterio de aplicación de una serie de normas, sino que se pondría de manifiesto en cuanto divide o clasifica a los contratos en onerosos y gratuitos[40]

37 Cfr. Caroppo, A.: "Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia", cit., pp. 440-441

38 Por ejemplo, en la compraventa y como consecuencia de la obligación de sanear por vicios ocultos, el art. 1.486 CC otorga al comprador la opción de desistir del contrato (acción *redhibitoria*), abonándose los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio a juicio de los peritos (acción *quanti minoris*). Esta acción lleva consigo un mecanismo de reequilibrio prestacional dentro del contrato.

39 Uno de los máximos representantes de esta teoría fue Betti, E.: *Teoria generale del negocio giuridico,* Torino, 1960, p. 186, En la doctrina alemana destaca Hoeniger: *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen,* Leipsig, 1910, pp. 180 y ss. (cit. por Mosco, L.: *Onerosità e gratuità degli atti giuridici,* cit., p. 181-182) quien dice que el concepto de onerosidad se haya integrado por tres elementos imprescindibles; "primero, que toda parte ha de realizar una prestación; segundo, que toda parte ha de recibir a su vez una prestación; y en tercer lugar, que las prestaciones obligatorias han de estar en relación de dependencia entre sí". En esencia: es siempre preciso que la contraprestación o ventaja se vea concretada en la existencia de una obligación.
En nuestra doctrina, Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, *Derecho de obligaciones*, T II, Vol. II, Barcelona, 1987, p. 234, entiende que del art. 1.274 CC cabe deducir que son onerosos aquellos contratos en los cuales hay un intercambio de prestaciones. De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 260 y ss., clasifica los negocios en onerosos y lucrativos conforme a su causa. Así también, Puig Peña, F.: *Compendio de Derecho civil español*, T. II, Pamplona 1972, pp. 396 y ss., mantiene que una apreciación de la onerosidad o gratuidad solo puede hacerse, en puridad, atendiendo a la causa. Roca Sastre, R. Mª.: *Estudios de Derecho privado*, T. I, Madrid, 1948, p. 523, opina que el contrato oneroso es aquél en el cual cada uno de los contratantes se atribuyen mutuamente alguna ventaja, de manera que entre ellos exista un nexo causal. Vallet De Goytisolo, J. B.: *Panorama de Derecho civil,* Barcelona, 1973, pp. 214-215, que se limita a incluir dentro de la clasificación de los contratos por su causa a los onerosos y gratuitos.
En la doctrina italiana, siguen esta teoría, Piraino Leto, A.: *Contratti atipici e innominati,* Torino, 1974, p. 144; Stolfi, G.: *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, pp. 73-74; De Martini, A.: "Sull'ammissibilità d'un comodato modale", *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione,* T. XV, 1944, p. 91; De Simone, M.: "Il contratto con prestazioni corrispettive", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1948, pp. 23 y ss.; Carrozza, P.: "Ancora sul comodato modale", cit., pp. 1002-1004; Cariota-Ferrara, L.: *El negocio jurídico* (traducción, prólogo y notas de Albaladejo García), Madrid, 1956, pp. 186-192.

40 Cfr. Gete-Alonso y Calera, Mª. C.: *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, pp. 536-545.

Esta teoría ha sido criticada por la doctrina que mantiene que la calificación oneroso-gratuito no puede hacerse atendiendo a la causa. Algunos autores niegan directamente que la onerosidad sea algo que afecte a la causa; otros dan un concepto tan amplio de onerosidad que forzosamente queda desligado de la causa; y otros, se aferran a la idea de la inexistencia de causa, afirmando que esta es inútil[41].

Respecto a nuestra doctrina, influenciada por la definición que el art. 1.274 CC da de la causa de los contratos onerosos, encontramos secuelas de una cierta intolerancia a la admisión de la distinción onerosidad-gratuidad en atención a la causa de los contratos. Algunos autores mantienen que no se puede construir una teoría que distinga los contratos onerosos de los gratuitos tomando en consideración el art. 1.274 CC, porque, afirman, que lo que el precepto define es la relación sinalagmática, no el contrato oneroso[42]. En este sentido, es interesante resaltar unas breves consideraciones que podrían, en principio, otorgar el calificativo de ciertas a estas teorías. Partir de la causa de los contratos, que define el precepto citado, para marcar la distinción entre lo oneroso y lo gratuito, puede plantear ciertas dificultades: así, se ha dicho que hay que tener en cuenta que el precepto que define la causa de los contratos onerosos y gratuitos está situado en sede de contratos, por lo que su ámbito debería restringirse a los contratos, y, por analogía, a los negocios jurídicos en general, pero no a los actos jurídicos no negociales de los que también pueda predicarse la onerosidad o gratuidad y en los cuales no juega en absoluto el concepto de causa[43].

Por tanto, si este precepto se entendiera como consagración legislativa de que la onerosidad o gratuidad es una consecuencia o modalidad de la causa de los contratos, nos veríamos obligados a llegar a una de estas dos consecuencias: bien a entender que el concepto de onerosidad es distinto en los negocios jurídicos que en los actos negociales, de forma que en los primeros la distinción se basase en la causa, y en los segundos la distinción respondiese a criterios distintos[44]; o bien

41 Vid. *Infra* III.

42 Cfr. Prada González, J. Mª.: "La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos", cit., p. 319 y ss. En el mismo sentido, Diez-Picazo Ponce De León, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial,* cit., p. 226, afirma que la explicación del art. 1.274 CC, referente a los contratos onerosos, sirve para los contratos sinalagmáticos, pero no para los demás. Opina el autor que, a pesar de que el precepto establece la *mera liberalidad del bienhechor* como causa de los contratos de beneficencia, existen contratos a título gratuito que no se hallan movidos por un ánimo liberal, y que sin embargo, mantienen su naturaleza gratuita (p. 83).

43 Prada González, J. Mª.: "La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos", cit., pp. 319-320.

44 Cfr. Pugliatti, S.: "Sull'onerosità dell'avallo apposto a cambiali destinate allo sconto", *Il Foro Italiano*, 1936, pp. 88-91, mantiene una teoría según la cual en los contratos, la onerosidad o la gratuidad es un elemento de la causa del negocio, porque se realiza a través de la creación de obligaciones y el nacimiento de derechos que forman parte del esquema del negocio mismo, mientras que en los actos jurídicos la onerosidad o gratuidad -dice el autor- se ligan a la existencia o no de un sacrificio patrimonial de la otra parte.

a entender que la onerosidad o gratuidad solo son predicables de los negocios jurídicos[45].

Se han hecho otras críticas a la fijación del concepto de onerosidad en estricta ligazón con el concepto de causa[46]. Sin embargo, y a pesar de los posibles inconvenientes que puede plantear la fijación del concepto de onerosidad en relación con el concepto de causa, lo cierto es que, una valoración de la gratuidad u onerosidad no puede hacerse sino atendiendo a la causa[47]. No podemos dudar que, en casi la totalidad de las categorías típicas o negocios típicos, la gratuidad y la onerosidad del negocio resulta de la naturaleza de su causa.

III. ONEROSIDAD, GRATUIDAD Y CAUSA.

El problema fundamental se haya en la interpretación de lo que sea la causa. La causa constituye la más caudalosa fuente de equívocos de toda la teoría del negocio jurídico y el punto de confluencia de las más numerosas y discrepantes discusiones doctrinales[48]. No es este ni el momento ni el lugar idóneo para intentar esclarecerla, sino tan solo de exponer un modesto punto de vista que, de alguna manera, ayude a comprender mejor cuáles puedan ser los parámetros que, partiendo de la teoría de la causa, justifiquen la distinción entre contratos onerosos y contratos gratuitos. Ello, con el propósito de marcar las directrices que nos permitan saber, con mayor o menor certeza, si nos encontramos ante un contrato de comodato o ante otra figura afín.

45 En este sentido Prada González, J. Mª.: "La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos", cit., pp. 318 y ss., afirma que no se pueden arbitrar criterios distintos para separar una y otra categoría en los actos y en los negocios y contratos. Cree el autor que debe evitarse esta separación pues, "siendo los efectos de la onerosidad y gratuidad los mismos, por regla general, en una u otra clase de actos, no parece haber razones que justifiquen dicha diversidad".

46 Así, Caroppo, A.: "Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia", cit., pp. 423-424, tras afirmar que la onerosidad y la gratuidad de los negocios puede y debe hacerse atendiendo a la naturaleza de su causa, reconoce que ello plantea algunos problemas y que no siempre podrá reconocerse un negocio gratuito u oneroso atendiendo solamente a su causa. Opina el autor que, si bien la causa, por norma general, es muy útil en la clasificación de los negocios bilaterales, resulta difícilmente encuadrable en la causa de los negocios con prestación por una sola parte, es decir, en los negocios unilaterales, ya que en estos el carácter de la onerosidad cuando exista tiene su origen siempre, no en el interior del esquema negocial, en el cual, por su naturaleza, no existe más que una sola prestación, sino fuera de dicho esquema negocial proviniendo la onerosidad de la existencia de una atribución o de una promesa extrínseca al negocio.

47 Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., p. 319.

48 Pugliatti, S.: "Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico", *Nuova Rivista di Diritto Commerciale. Diritto dell'economia. Diritto sociale*, T. I, Vol. II, 1947-48, p. 13. Asimismo, Piraino Leto, A.: *Contratti atipici e innominati,* cit., p. 144, afirma que la valoración de la gratuidad u onerosidad de un contrato, debe hacerse en atención a la causa del contrato, es decir, a la función económico social que el contrato mismo está destinado a cumplir".

1. La teoría de la causa.

A) Las doctrinas de la causa.

La teoría de la causa, en los últimos tiempos, se ha encontrado sometida a la acción de dos corrientes de sentido opuesto. La primera, conjuga la confluencia de factores psicológicos y morales y afirma que la causa es la razón o motivo decisivo que induce a negociar, el fin particular cuya consecuencia impulsa a realizar el negocio[49].

Domat[50], al que se le atribuyó la cualidad de creador de la doctrina de la causa, y a quien se hizo responsable por parte de la mayoría de los civilistas del mal giro que tomó la teoría de la causa, la definía como "un motivo justo y razonable". La obligación de aquél que dona -afirma- tiene su fundamento en cualquier motivo razonable y justo, y este motivo puede hacer las veces de causa; por ejemplo, un servicio prestado al donante, cualquier mérito del donatario y, finalmente, el mero placer de realizar un bien[51]. Sin embargo, Capitant[52], será el que consagre la clásica idea de que la intención, el propósito que ha llevado a las partes a contratar, es la causa del contrato. Construye su teoría afirmando que la causa en cada parte contratante es la voluntad de obtener la ejecución de la prestación, de forma que para que intervenga la causa, será necesario que se consiga el resultado querido por las partes.

Entre nosotros, defensor de la teoría subjetiva es Sánchez-Blanco, en cuya obra, al tratar la onerosidad y la gratuidad, hace un recorrido por la teoría de la causa, admitiendo que la causa ha de ser buscada en la mente de los contratantes. Dice que la causa es "una necesidad lógica y psicológica, no ya del negocio jurídico, sino de todo acto humano... La causa final, necesaria en todo negocio, es la representación, en la mente del sujeto que quiere realizar una atribución, de un fin distinto de la atribución y ulterior a ella, que quiere y espera conseguir como consecuencia o efecto inmediato de la atribución negocial querida. Es decir, el sujeto tiene la intención de conseguir un resultado y cree, acertada o equivocadamente, que ese resultado propuesto se producirá como efecto necesario de la atribución

49 Estas teorías fueron seguidas por la mayoría de la doctrina francesa. Es esta la teoría clásica de la causa, reinante durante muchos años en los estudios realizados en torno a su naturaleza. Se apoya en el carácter subjetivista de la misma e incluso llega a producirse una cierta confusión con el consentimiento y el objeto de los contratos. Así, aparece la causa como "motivo determinante" de la obligación. En este sentido, Ionasco, T. R.: "Las recentes destineés de la theorie de la causa", en *Revue Trimestriel de Droit Civil*, 1931, p. 60, limita los fines incluidos en la noción técnica de la causa a que el fin de la voluntad, como fin inmediato de la obligación, debe cumplir cierto papel en el contrato, de hacer el contrato mismo, y por ello contenido dentro de él en forma de una condición o garantía, cualidad o particularidad de hechos. Vid. también Josserand, L.: *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, cit., pp. 158.

50 DOMAT, M.: *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, T. I, París, 1777, pp. 27 y ss.

51 ID., p. 28, núm. VI.

52 Capitant, H.: *De la cause des obligations*, París, 1923.

patrimonial. En consecuencia, quiere realizar la atribución como medio de obtener el fin propuesto. Por consiguiente, la representación del fin es la causa de la voluntad negocial, la causa del negocio" [53]. Y, afirma rotundamente, que la causa radica en la intención y en los motivos del sujeto.

Una segunda corriente tiende a limitar el campo de acción de la causa bajo la influencia del factor económico que, por razones de seguridad jurídica, se inclina a una admisión extensa del negocio abstracto y a la que podríamos agregar un matiz objetivo diametralmente opuesto al carácter eminentemente subjetivo de las doctrinas que giran en torno de los factores psicológicos indicados[54]. Son principalmente los autores italianos los que defienden el carácter objetivo de la causa. Pero, la teoría objetiva no está formada por una única idea de lo que sea la causa, sino que, al contrario, son muchas las posiciones adoptadas por los autores que la defienden. La causa, según estos juristas, es un elemento invariable para cada tipo de negocio, de modo que es inmutable, no pudiéndose celebrar un determinado contrato con una causa dependiendo de los motivos que han impulsado a las partes a contratar. Desde esta perspectiva, se entiende la causa como el fin práctico del negocio, como la razón económico-jurídica del negocio, como la función económico social del negocio o, incluso, como el efecto jurídico por el cual la voluntad se manifiesta.

Entre los autores que defienden estas teorías encontramos ideas y concepciones de la causa diversas, matizadas por cada autor[55], lo que ha provocado en la

53 Sánchez-Blanco, J.: "Onerosidad, gratuidad y causa", cit., pp. 476 y ss. Critica el autor las tesis objetivas afirmando que estas tesis lo que hacen es invertir los términos de la cuestión. "La causa objetiva -dice- no es más que la abstracción de una pluralidad de causas subjetivas idénticas". Afirma que la admisión de las teorías objetivas llevaría consigo la necesidad de rechazar tanto los negocios abstractos como los atípicos y que, además, tal admisión deja sin sentido la presunción de causa que contiene nuestro art. 1.277. "Finalmente -añade-, y esto es lo más importante, lo que los objetivistas llama causa no es la causa (final) generadora del *negocio*, es decir, de la voluntad negocial, sino la causa final de la *voluntad del legislador* de proteger y reconocer eficacia al negocio jurídico".

54 Cfr. Messineo, F.: *Dottrina generale del contratto,* Milano, 1948, pp. 234 ss., mantiene una postura netamente objetiva. Afirma el autor que la causa es la *"función económico-social"* que el contrato cumple y que esta consiste en la modificación de una situación existente que el derecho objetivo considera importante para sus propias finalidades; De Ruggiero, R.: *Instituciones de Derecho Civil,* cit., pp. 279-282, considera la causa como el fin práctico que persigue todo negocio, como función económico-social del negocio; Pugliatti, S.: "Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici", *Saggi sul Diritto civile*, Milano, 1951, pp. 79-80, mantiene que el concepto de causa solo puede ser construido convenientemente desde un punto de vista objetivo. La noción de la causa en un sentido subjetivo -dice el autor- es un residuo de la tendencia, en parte superada, a reconducir los conceptos jurídicos a la voluntad, transgrediendo la sola y verdadera fuente formal: la norma.
Asimismo podemos citar, entre otros, a Dusi, B.: *Diritto delle obbligazioni e contratti speciali,* Modena, 1906-1907, pp. 276 y ss.; Bonfante, P.: "Il contratto e la causa del contratto", *Scritti giuridici varii*, T. III, Torino, 1921, pp. 125-134; Deiana, G.: "Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione", *Rivista di Diritto Civile*, 1938, pp. 39 y ss.; Roca Sastre, R. Mª.: "La causa en el negocio jurídico", *Estudios de Derecho privado*, T. I, Madrid, 1948, pp. 49 y ss.; Stolfi, G.: *Teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 28 y ss.; Giorgianni, M.: Voz "Causa (diritto privato)", *Enciclopedia del Diritto*, T. VI, Milano, 1960; ID., *La causa del negozio giuridico*, Milano, 1961. Importante es la concepción objetiva de la causa que mantiene Venezian, G.: *La causa nei contratti,* Roma, 1892.

55 Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., pp. 183 y ss., es el máximo representante de la teoría objetiva. Entiende el autor que la causa es la razón del negocio, y se identifica con la función económico social del negocio entero, considerado, con independencia de la tutela jurídica, en la síntesis de sus

doctrina más reciente un confusionismo generalizado, llegando incluso a negar la existencia de la causa en los negocios jurídicos, defendiéndose las llamadas teorías "anticausalistas", según las cuales la causa es algo perfectamente inútil[56].

La primera razón de confusión depende de la multiplicidad de sentidos que se le dan al término causa. Es este un término utilizado comúnmente en el lenguaje jurídico, pero del cual es difícil precisar su significado. De hecho, se habla de causa como "razón psíquica" determinante del acto; como "fuente de obligaciones"; como "tipo o categoría formal" de un determinado negocio; como modelo o esquema del negocio (causa *finalis*); como "causa de la disposición patrimonial"; como "función económico social"; y, como causa en sentido técnico, es decir, como "requisito del contrato".

Se ha dudado incluso acerca de la unidad o pluralidad de causas negociales. Algunos autores distinguen tres tipos de causa; la causa de la obligación, la causa de la atribución y la causa del contrato[57]. Otros diferencian entre causa del negocio y causa de la obligación[58]. También hay quien trata la causa, no solo como causa de la obligación, y causa del negocio, sino que además tiene en cuenta el objeto del

elementos esenciales, como totalidad y unidad funcional, con lo que se explica el ejercicio de la autonomía privada. La causa es la función de los intereses sociales de la autonomía privada.

56 El ataque más serio contra la causa parte de Dabin, J.: *La teoría de la causa* (traducción de Francisco De Pelsmaeker y adaptada al Derecho español por F. Bonet Ramón), Madrid, 1955. Afirma el autor que la causa debe desaparecer en la doctrina, e intenta que sea la jurisprudencia precisamente la que demuestre esta necesaria desaparición, que puede y debe ser sustituida por la de motivo y la de objeto. Puede verse también al respecto De Los Mozos, J. L.: "La causa del negocio jurídico", *Revista de Derecho Notarial*, 1961, pp. 309 y ss., que refiriéndose al estudio histórico de la causa dice: "De tal modo se llevaría a nuestro ánimo el convencimiento de que la teoría de la causa es tan solo un mero accidente; que nació muerta, y que si ha logrado mantenerse hasta ahora ha sido a fuerza de artificios; pero que fácilmente se la deformaría si se pretendiese encontrarle algún sentido".
La tesis anticausalista supone la objeción contra la causa como requisito necesario autónomo, establecido por el Derecho positivo (Albaladejo García, M.: *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, pp. 206-207). Los anticausalistas parten de la premisa de que la causa no es necesaria si tenemos en cuenta que el consentimiento mismo la suple, que es la voluntad misma la que constituye el fin del negocio. Es cierto que no hay declaración de voluntad sin causa, pero hay que tener presente que la causa queda fuera de la declaración de voluntad y que esta no es ni constituye un fin por sí mismo, sino que ha sido realizado en vista de un fin determinado, querido por las partes.
Roca Sastre, R. Mª.: "La causa en el negocio jurídico", cit., p. 51, mantiene una posición crítica ante los anticausalistas. Afirma, tras decir que la posición anticausalista es equivocada, pues pretenden eliminar la causa identificándola con el consentimiento mismo o con el objeto, que estos "olvidan la singular característica de los negocios jurídicos de tráfico patrimonial, que no se realizan por el significado que ofrezca su consideración inmediata y aislada, sino en vistas a otras consecuencias jurídicas que la ley permite; así, la transmisión de una cosa, si bien en todo caso provoca la incorporación de la misma al patrimonio del bien adquirente, puede provocar a la vez la extinción de una deuda, o por el contrario, un simple enriquecimiento. Por tanto, el fin que el negocio cumple depende del elemento intencional que lo determina en su origen".

57 Cfr. Diez-Picazo Ponce De León, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, 1963, pp. 26 y ss., dice que la aclaración del concepto de causa solo es posible partiendo de una diferenciación y considerando como cosas distintas: causa de la atribución, causa de la obligación y causa del negocio. Le sigue López Beltrán De Heredia, C.: *La nulidad contractual. Consecuencias,* Valencia, 1995, pp. 342 y ss.

58 Cfr. Sancho Rebullida, F.: "Notas sobre la causa de la obligación en el Código Civil", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1971, pp. 663 y ss. Resalta el autor que podemos hablar de dos tipos de causa: la causa de la obligación, que es "la razón objetiva e inmediata, aprobada por el Derecho, del obrar jurídico de quien se obliga": y la causa del contrato, que es "el propósito buscado por las partes y determinante de la conclusión del contrato". Siguen la misma corriente, Albaladejo García, M.: "La causa", *Revista de Derecho*

negocio jurídico[59]. Otros mantienen que la causa es un elemento de la obligación, y que no existirá contrato cuando la obligación que se establezca no tenga causa[60]. Y otros hablan de dos tipos de causa: la objetiva (genérica o inmediata), y la subjetiva (concreta o mediata), afirmando en último extremo que la causa es la función económico social concreta querida por las partes contratantes, siendo, por tanto, parte de ella el motivo determinante incorporado; algo, pues, subjetivo-objetivo[61].

B) Qué sea la causa.

Para la validez de un contrato es necesaria, aparte de la voluntad concorde de las partes y de un objeto cierto, una causa, que el art. 1.261 CC eleva a requisito esencial de los contratos. La causa debemos buscarla en el negocio, es elemento intrínseco al negocio, inmanente, del cual el negocio viene individualizado. La causa es, por tanto, elemento objetivo, por medio del cual un determinado negocio se distingue de otro negocio[62]. Exactamente, se puede decir que la causa es función objetiva individualizadora de cada negocio. Es decir, que cada negocio tiene su propia causa.

Cuando alguien promete, dispone, acepta o renuncia, no lo hace simplemente por obligarse a algo, sino que lo hace por alguna razón, porque quiere comprar un bien, venderlo, donarlo, o darlo en préstamo. Todo acto jurídico tiene una finalidad. Todo negocio se lleva a cabo por unos intereses específicos. Siempre hay una razón práctica, motivada por ciertos intereses, que lleva al sujeto a realizar determinado acto. Así, por ejemplo, en la compraventa, la razón o causa del contrato es el cambio de la cosa por el precio (la persona que compra un bien, y paga un precio por ello, lógicamente lo hace esperando que a cambio del precio le sea entregado ese bien). La transmisión de la propiedad del bien y la obligación de pagar el precio son la una justificación de la otra: la primera justifica el desembolso de dinero del comprador, la segunda justifica el hecho de que el vendedor se deshaga de la propiedad de un bien[63]. En todo negocio, analizando su contenido,

Privado, 1958, pp. 321 y ss.; Lalaguna Dominguez, E.: "Sobre la causa de los contratos", *La Ley*, T. IV, pp. 1016 y ss.
Sin embargo, en antítesis, encontramos autores que no solo no diferencian entre causa de la obligación y causa del contrato, sino que las confunden, apareciendo estas como sinónimas. Así, Pothier, R. J.: "Traité des obligations", cit., núm. 43, que entiende que el riesgo que se asume también puede ser la causa de los contratos. De hecho, ya Domat, M.: *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, cit., pp. 27 ss., había dicho que el contrato oneroso es aquél en el que la obligación de cada una de las partes constituye el fundamento o la causa de la obligación de la otra parte.

59 Cfr. De Los Mozos, J. L.: "Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, 1970, pp. 739 y ss.

60 Esta es la posición de Capitant, H.: *De la cause des obligations,* cit., pp. 19 y ss.

61 Cfr. Clavería Gosálbez, L. H.: "Comentario a la sentencia del TS de 30 de diciembre de 1985", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 10, 1986, pp. 138 y ss.; Jordano Barea, J. B.: "La causa en el sistema del Código Civil Español", *Centenario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1990, p. 1056.

62 Pugliatti, S.: "Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico", cit., p. 17.

63 Galgano, F.: "La causa", *Diritto Civile e Commerciale,* T. II, Vol. I, Padova, 1990. p. 170.

se puede distinguir una reglamentación de intereses en las relaciones privadas, y concretada en ella una razón práctica típica inmanente a ella, una "causa", un interés social a que aquélla responde[64].

La causa es la razón práctica del negocio, la función económico social[65] 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 negocio, la justificación del acto de la autonomía contractual[66]. Desde luego, debemos entender la causa como "causa final"[67], como el fin que se pretende conseguir con el negocio[68]. Según el carácter de la función económico social que informa su contenido, se pueden distinguir los contratos a título oneroso de los contratos a título gratuito.

Aquéllos que identifican la causa con el elemento subjetivo del negocio, bien con el consentimiento, bien con la voluntad y los motivos que han inducido a las partes a contratar, ponen en un mismo plano la causa del negocio y los motivos que han impulsado dicho negocio. Ello porque se confunden los motivos con la causa, de forma que para algunos autores la causa de un contrato es "un motivo justo y razonable"[69]. Debe quedar presente que la causa es independiente de la voluntad de los contratantes, y es completamente distinta del motivo. La causa nada tiene que ver con los motivos[70]. 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 no trasciende a ese contrato[71], es la representación que obra en el ánimo de un determinado futuro contratante[72].

64 Cfr. Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., p. 173.

65 En este sentido, Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico.* cit., pp. 183 y ss., mantiene que la causa del negocio, considerada bajo su aspecto social, hecha abstracción de la sanción del Derecho, es, propiamente, la función económico-social que caracteriza el tipo de negocio como acto de autonomía privada (típica en este sentido) y determina su contenido mínimo necesario.

66 Galgano, F.: *El negocio jurídico* (traducción española de Prats Albentosa, L. y Blasco Gascó, F.), Valencia, 1992, p. 106, afirma que "la causa es la justificación económico social del acto de la autonomía contractual".

67 Para un estudio del significado de causa final, en relación con la causa eficiente, Vid. Desantes Guanter, J. Mª.: "Una reelección sobre la causa", *Anuario de Derecho Civil,* T. VIII, Vol. II,.1955, pp. 523-535.

68 En este sentido, afirma Albaladejo García, M.: "La causa", cit., p. 318, que "La causa es el fin inmediato y objetivo a que la atribución se dirige: porque la atribución es un mero medio de alcanzar aquel fin; es decir, no tiene su justificación en ella misma. No se realiza solo por enriquecer, sino que se enriquece *por algo.* Como resultado inmediato, la atribución produce un enriquecimiento al que la recibe, y la *razón o fin* de este enriquecimiento es la causa de aquélla. Habiéndose adoptado como término técnico jurídico el de *causa*, que deriva del Derecho romano, y ha llegado a significar, para la Ciencia del Derecho, fin jurídico, por contraposición a motivos de hecho o a cualquier otra clase de fin. Así -añade- por ejemplo, si transferimos una suma a A (lo enriquecemos) *para* pagarle lo que le debíamos, o, por ejemplo, nos obligamos hacia él (lo enriquecemos) para que, a su vez, se obligue a otra cosa hacia nosotros. Y no se explicaría que le transmitiésemos la suma, simplemente por transferírsela, o que nos obligásemos hacia él simplemente por obligarnos". Roca Sastre, R. Mª.: "La causa en el negocio jurídico", cit., p. 49, afirma que "la causa es el fin, finalidad u objeto que mueve, induce o determina a realizar un negocio".

69 Cfr. DOMAT, M.: *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, cit., pp. 28 y ss.

70 Afirma, Martín Ballestero, L.: *De la causa en los negocios jurídicos contractuales*, Madrid, 1956, p. 21 que "La causa no tiene que ver con los motivos, no es fin, no es intención. La voluntad y su emisión enciérranse dentro de los límites del consentimiento".

71 Desantes Guanter, J. Mª.: "Una reelección sobre la causa", cit., p. 533.

72 Messineo, F.: *Dottrina generale del contratto,* cit., p. 236.

La causa debe ser considerada como elemento común de los contratantes, y no como elemento individual, como es el motivo. Los motivos que hayan llevado a las partes a contratar son, normalmente, diferentes. Cada parte contratante tendrá un interés diverso, y el fin que pretendan conseguir con la realización de lo convenido, evidentemente, será distinto[73]. Los motivos son variables, no solo de sujeto a sujeto, sino de tiempo a tiempo en un mismo sujeto, y se hayan influenciados por factores externos que inducen a cada parte a hacer algo en un determinado momento. 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 entero[74]. La causa es el presupuesto objetivo[75] del contrato, mientras que los motivos son las razones psicológicas que hayan podido impulsar a las partes a contratar, que son totalmente irrelevantes para el derecho[76]. De hecho, el mismo Tribunal Supremo ha distinguido, en numerosas ocasiones, la causa de los motivos, reiterando el carácter objetivo de la misma[77], aunque también haya mantenido

73 Cfr. Ferrara, F.: *Teoría dei contratti*, Napoli, 1940, pp. 131-132, opina que los motivos constituyen un antecedente lógico y psicológico determinante del acto, el presupuesto del consentimiento, pero no debe confundirse con la causa del contrato.

74 Diez-Picazo Ponce De León, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", cit., p. 32.

75 Al respecto, la STS 31 enero 1991 (RAJ 1991, 521), afirma que "la causa, según reiterada jurisprudencia, tiene carácter objetivo, estando constituida por el fin que se persigue en cada especie contractual, no por los motivos que impulsan a cada parte a contratar, cual se desprende de la descripción -pues no puede calificarse de definición- que contiene el art. 1.274, norma que se refiere a la *prestación o promesa* de una cosa o servicio por la otra parte en los contratos onerosos". Ya la STS 20 enero 1965 (RAJ 1965, 160) dijo que "la ley, para garantizar el orden jurídico y la seriedad de las convenciones, cuando se ocupa de la causa atiende solo a la finalidad del contrato, *fines operis,* y no a la del contratante *finis operantis*, así aparece con toda claridad en el art. 1.274 del Código Civil, al regular la causa de los contratos onerosos…sin atender para ello al fin particular perseguido por el agente".

76 Respecto a la crítica de los motivos, opina Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico.* cit., pp. 171 y ss., que, una confusión entre causa y motivos individuales es inadmisible en el negocio a título gratuito, no menos que en el negocio a título oneroso (donde es indiferente, por ejemplo, que alguien compre porque tenga necesidad de la cosa o porque quiera hacer un servicio al vendedor). Aunque en el caso concreto se encuentren ligados por un nexo psicológico a la voluntad de disponer y al consentimiento, que ellos determinan y proyectan hacia la causa, sin embargo, los motivos simplemente individuales no son elementos constitutivos de ella. Justamente por individuales son esencialmente subjetivos e internos, contingentes, variables, múltiples, diversos y, frecuentemente, también contradictorios. Como tales, son imponderables y, a diferencia de la causa, no admiten una valoración social mientras no sean elevados a contenido del negocio; quedan, por tanto, intranscendentes también para el Derecho.
En este sentido, Dusi, B.: *Diritto delle obbligazioni e contratti speciali,* cit., p. 276, afirma que la causa es el presupuesto objetivo del contrato, es la transformación jurídico-económica que con el contrato se quiere obtener…La palabra causa no debe acogerse nunca como significado del motivo interno que ha inducido a cada una de las partes a hacer una determinada declaración, porque en general estos motivos internos no tienen ninguna importancia jurídica.

77 Así, la STS 1 abril 1982 (RAJ, 1982, 1930) señala 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 art. 1.274, 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 este, y más aún con los motivos, con los cuales suelen confundirse, no obstante la diferencia existente entre la causa y los motivos es evidente, pues aquélla es la razón del contrato y estas son razones particulares de un contratante, que no afectan al otro y, por tanto, no impiden la existencia de una verdadera causa distinta". Así también, 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 art. 1.274, 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

que si bien la causa debe ser entendida en su sentido objetivo, los motivos podrán tenerse en cuenta y llegar a tener repercusión jurídica cuando sean reconocidos y exteriorizados por los contratantes elevándolos a modo o condición[78].

Además, no se deben confundir los motivos con los fines que podríamos llamar "subjetivos". Los sujetos, además de tener sus motivos, buscan, mediante un determinado negocio, la consecución de determinados fines subjetivos. Aunque una cosa sea el fin y otra el motivo, no cabe duda de que la consideración o representación del fin propuesto constituye el motivo que impulsa a la formación de la voluntad encaminada a conseguirlo. Al igual que los motivos, esos fines subjetivos son, en principio, jurídicamente irrelevantes, y solo adquieren importancia para el Derecho

Se trata de saber por qué y para qué se ha realizado determinado negocio, y cuál es el fin que se persigue con ello, dejando a un lado todo aquello que no afecte a la consideración jurídica o caracterización del negocio, aquello que sean simples razones particulares de un contratante que no afecten al otro, que son los motivos.

2. El art. 1.274 del Código Civil.

El Código Civil español en el capítulo II del título II del libro IV, bajo la rúbrica "De la causa de los contratos", intenta definir cuál sea la causa de los mismos. El primer artículo de esta sección, en un intento de esclarecer el problema recuerda qué debemos entender por causa del contrato oneroso, y qué por causa del

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 8 mayo 1991 (RAJ 1991, 3577) en un caso de compraventa, afirma que "como en tantos otros supuestos, no coinciden aquí en la cuestión debatida Derecho y Economía, y el mundo jurídico no puede ser determinado en este caso por los aspectos económicos. A estos aspectos corresponden los móviles del contrato para el comprador, que carecen de influencia para determinar la causa jurídica del contrato en litigio y quedan en la esfera interna del comprador sin transcendencia alguna para el vendedor; ya que en aquella causa, según el Código Civil, como contrato oneroso, consiste para el recurrente en recibir la cosa, prestación ya efectuada, y para la recurrida en recibir el precio, contraprestación que aún no ha recibido". 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).

78 Así, la Sentencia de 30 de diciembre de 1985 (RAJ 1985, 6640) ha señalado que para calificar un contrato de oneroso o gratuito habrá que atender al art. 1.274 CC, "que tiene ciertamente un sentido objetivo…ajeno a la intención o finalidad subjetiva de los contratantes, que la Jurisprudencia clásica tuvo buen cuidado en mantener, pero que es totalmente compatible con la posibilidad de que los móviles o motivos particulares puedan llegar a tener transcendencia jurídica, cuando se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición o modo, viniendo a constituir parte de aquélla, a manera de causa impulsiva y determinante, tanto de su licitud, como de su ilicitud, siempre que sean reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o al menos relevantes". Y la STS 30 septiembre 1988 (RJA 1988, 6937) ha dicho que "aunque la causa tiene carácter objetivo, pueden tener los móviles o motivos repercusión jurídica, siempre que sean reconocidos por ambos contratantes, que los elevan a condición determinante del pacto concretado, reconocimientos que han de constar debidamente documentados". Vid. SSTS de 7 marzo 1953 (RAJ 1953, 586); 23 noviembre 1961 (RAJ 1961, 4115); 7 noviembre 1983 (JC 1983, 558); 21 noviembre 1988 (RAJ 1988, 9038).

gratuito[79]. Sin embargo, no es este precepto un ejemplo de corrección, sino al contrario, atacado por todos sus flancos, ha sido objeto de numerosas críticas por la doctrina española. La incuestionable desafortunada redacción del mismo me lleva, una vez más, a advertir al lector de sus anomalías.

Es este precepto el impulsor de la teoría causalista en cuanto a la diferencia onerosidad-gratuidad en nuestra doctrina. De hecho, la teoría que defiende la relación de causalidad entre prestaciones para que se den las notas de un contrato oneroso se halla influenciada, entre nuestros juristas, por el art. 1.274 CC que, usando el término "oneroso" y pensando en el sinalagma o interdependencia de obligaciones, alude a la causa de las obligaciones derivadas de los contratos sinalagmáticos conforme a la tesis de la "mutua causalidad".

Es decir, a pesar de ser este artículo el punto de partida de muchos para conducirnos a un concepto de contrato oneroso, cuando el mismo establece que en los contratos onerosos será causa "para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte", es indudable que a lo que se está refiriendo es a los contratos sinalagmáticos, a la causa en los contratos sinalagmáticos. Cierto que todo contrato sinalagmático es necesariamente oneroso, pero no es válida la afirmación inversa.

Pero, no es esta la única imprecisión que comete nuestro legislador al redactar el precepto. Aunque la intención haya sido buena, el artículo no nos suministra un concepto de causa, sino que se limita a ofrecer tres tipos o tres criterios de distinción entre la causa de los contratos onerosos, los remuneratorios y los gratuitos, ciñéndose al elemento objetivo como criterio de diferenciador en los contratos onerosos y al subjetivo en los gratuitos. Así como la distinción que establece entre contratos remuneratorios y contratos de pura beneficencia.

A) Unilateralidad como sinonimia de gratuidad: onerosidad, bilateralidad y sinalagmaticidad.

Aunque la distinción onerosidad-gratuidad la hagamos en relación directa con la causa del contrato, debemos ser conscientes que el art. 1.274 CC no nos dice qué deba entenderse por contrato oneroso. Más bien podemos decir que el precepto está operando sobre la errónea sinonimia entre onerosidad y sinalagmaticidad, gratuidad y unilateralidad. La confusión ha llevado a algún sector de la doctrina a sostener que el precepto citado establece lo que deba entenderse por contrato oneroso, afirmando que bilateralidad y onerosidad son conceptos sinónimos y

79 Establece el art. 1.274 CC que: "En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor".

equivalentes olvidando que, en todo caso, lo que la citada norma define no son los contratos onerosos, sino la causa de los mismos en los contratos sinalagmáticos.

La pretendida equivalencia onerosidad-bilateralidad ha sido importada por nuestra doctrina de los juristas germánicos. De hecho, esta teoría hizo su aparición en el seno de la doctrina germánica, que estima que el contrato oneroso consiste en obligarse al cumplimiento de recíprocas obligaciones. Incluso algunos autores advierten que los negocios onerosos producen una reciprocidad entre prestación y contraprestación y ponen la característica del contrato oneroso en la contraposición de dos obligaciones, cuyo cumplimiento se halla mutuamente condicionado. Se ha llegado a afirmar que onerosidad equivale a bilateralidad, hasta el punto de sustituir los términos "gratuito" y "oneroso" por los vocablos "unilateral" y "bilateral"[80]. Sin embargo, esta tesis no ha sido bien acogida por parte de la doctrina científica[81], que mantiene la distinción onerosidad-bilateralidad y gratuidad-unilateralidad.

Lo cierto es que la confusión onerosidad-bilateralidad, parte de la pretendida sinonimia contrato bilateral y contrato sinalagmático[82]. Sin embargo, bilateralidad

80 Así, Hedemann, J.W.: *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,* I, Berlín 1903, p. 699, cit. por Mosco, L.: *Onerosità e gratuità degli atti giuridici,* cit., pp. 180 y ss. A extremas consecuencias en este sentido llega HOENIGER, para quien el sinalagma supone onerosidad inmediata, considerando esta como "ligamen indisoluble de obligaciones" (HOENIGER.: *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen,* cit., pp. 180 ss., cit. por Mosco, L.: *Onerosità e gratuità degli atti giuridici,* cit., pp. 181-182).
Asimismo, Mosco, L.: *Onerosità e gratuità degli atti giuridici,* cit., parece admitir que todo contrato bilateral es oneroso. Sin embargo, mantiene que no todo contrato oneroso tiene porque ser bilateral, y pone como ejemplo el mutuo con interés, diciendo que este es unilateral pero que, sin embargo, es oneroso (pp. 191-192). Define el contrato oneroso como aquél que está caracterizado por la existencia de dos prestaciones correlativas ligadas recíprocamente por un nexo de causalidad (pp. 82 y 247). Mantiene que el equivalente de la prestación que hace a esta onerosa no es forzoso que sea una relación obligatoria, sino que cabe también que se trate de una relación de carácter condicional que permite incluir dentro de los contratos a título oneroso las conocidas en Derecho Romano con el nombre de *datio ob causam futuram*, es decir, todas aquellas prestaciones que se prometen para el supuesto de que por otra persona se realice una determinada prestación (p. 194).

81 En contra de esta teoría se muestran, entre otros, Alonso Pérez, M.: *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967, pp. 20 y ss.; Diez-Picazo Ponce De León, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial,* cit., p. 82; Sargenti, M.: "Sul criterio di distinzione", cit., pp. 445-448; Sánchez-Blanco, J.: "Onerosidad, gratuidad y causa", cit., pp. 476 y ss.; Boitard, M.: *Les contrats des services gratuits*, cit., pp. 198 y ss.; Biscontini, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti, Il problema della donazione mista,* Napoli, 1992, pp. 29 y ss.; Pino, A.: *La excesiva onerosidad de la prestación,* cit., pp. 54 y ss.; Verdera Server, R.: *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Padova, 1994, pp. 29-35.; Carrozza, P.: "Ancora sul comodato modale", cit., pp. 1005-1006; De Martini, A.: "Sull'ammissibilità d'un comodato modale", cit., pp. 85-86.

82 Ha sido la doctrina italiana la que ha planteado el problema con más claridad. Se debió a la promulgación del Código Civil de 1942, cuya nueva regulación carecía, a diferencia de su precedente, de una norma que definiera el contrato bilateral. Se introdujo así, una nueva noción, el llamado *contratto con prestazioni corrispettive*. Así, el problema de equiparar contrato bilateral a contrato oneroso parte, según la doctrina italiana, de la diferencia entre contrato bilateral y contrato *con prestazioni corrispettive*, entendido como contrato con prestaciones recíprocas o correlativas. No son pocos los autores que opinan que la bilateralidad es diversa del contrato con *prestazioni corrispettive*, y que la estructura de estos contratos no coincide ni corresponde a la estructura del contrato bilateral.
Al respecto, De Simone, M.: "Il contratto con prestazioni corrispettive", cit., p. 74, opina que la categoría de los contratos con prestaciones recíprocas es mucho más amplia que la categoría de los contratos bilaterales y, por lo tanto, tiene un significado diverso. Pino, A.: *La excesiva onerosidad de la prestación,* cit., pp. 55, 136 y 139 y ss., afirma que mientras que el contrato bilateral es aquél del cual derivan obligaciones para ambas partes, el contrato con prestaciones correlativas o recíprocas es aquél en el cual se produce un *intercambio* de prestaciones. De hecho, parte de la doctrina ha mantenido que el contrato sinalagmático

no es sinónimo de sinalagmaticidad. Mientras el término bilateral hace referencia al contrato, es decir a que a cada parte contratante le corresponden determinadas obligaciones, el sinalagma se refiere al nexo de interdependencia de dichas obligaciones[83]. Decir que un contrato es bilateral porque surgen obligaciones a cargo de ambas partes, no implica que estas obligaciones se hallen en nexo de interdependencia, de forma que una sea la causa directa de la otra, característica esta propia de los contratos con obligaciones sinalagmáticas (contratos sinalagmáticos). Si bien la sinalagmaticidad supone la existencia de obligaciones interdependientes, cuya causa reside en la propia reciprocidad de los vínculos obligatorios en cuanto ambos se sirven mutuamente de fundamento, la bilateralidad es la simple presencia en un contrato de obligaciones a cargo de las partes, independientemente de la posible interdependencia o reciprocidad entre las mismas[84]. Bilateral es el contrato en que cada contratante se obliga para con el otro, sin necesidad de relación causal entre sus respectivas obligaciones.

Se parte de la teoría de que el contrato es siempre un negocio jurídico bilateral o plurilateral, atendiendo al número de partes que en él intervienen. No obstante, corrientemente, la unilateralidad o bilateralidad del contrato se refiere no al número de partes, sino al de obligaciones que el contrato en cuestión crea y a su estructura. Así entendido, un contrato será unilateral o bilateral dependiendo de la obligaciones que surgen de la misma naturaleza del contrato. Si del contrato emanan obligaciones para ambas partes, y ambas partes están obligadas a su cumplimiento, el contrato será bilateral. Por el contrario si del contrato solo se originan obligaciones para una de las partes, evidentemente, aunque el contrato se haya formado por el cruce de dos declaraciones de voluntad, será unilateral, en tanto solo una de las partes se verá obligada al cumplimiento de determinadas obligaciones. De modo que, podemos afirmar que el comodato es un contrato bilateral. Pero, decir que el comodato es un contrato bilateral porque surgen obligaciones a cargo de ambas partes, no implica que estas obligaciones se hallen

es sinónimo del llamado contrato con *prestazioni corrispettive*. Cfr. Terranova, C. G.: "L'eccessiva onerosità nei contratti", *Commentario al Codice civile* (dirigido por Piero Schlesinger), Milano, 1995, p. 50, afirma que la relación de correspectividad es el tradicionalmente llamado sinalagma…y expresa un ligamen recíproco entre dos prestaciones.

83 En este sentido Clemente Meoro, M. E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998, opina que es "criticable hablar de la categoría de las obligaciones bilaterales. Si atendemos a los sujetos de la relación jurídico-obligatoria todas las obligaciones son bilaterales, pues en todas ellas existe un acreedor y un deudor; si atendemos a quién resulta obligado, todas las obligaciones son unilaterales, pues en todas ellas solo una persona —deudor— se encuentra obligada respecto de la otra —acreedor—. En consecuencia, no son bilaterales las obligaciones, sino los contratos. Son bilaterales —como categoría contrapuesta a la de los unilaterales— aquellos contratos de los que nacen obligaciones para ambas partes, de manera que el sujeto activo de una es también sujeto pasivo de la segunda, esto es, contratos en que ambas partes son al mismo tiempo acreedores y deudores, pero de distintas obligaciones".

84 Al respecto, Vattier Fuenzalida, C.: *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, 1980, p. 261, afirma que "en cualquier caso, lo que nos interesa es destacar que el art. 1.274 no constituye ningún argumento ni aporta ningún índice definitivo acerca de que la estructura típica de la bilateralidad suponga en nuestro Derecho, como una *condictio iuris* necesaria, la presencia de las notas de interdependencia y concausalidad".

en nexo de interdependencia, de forma que una sea la causa directa de la otra, característica esta propia de los contratos sinalagmáticos. Es el mismo Código Civil el que anota el carácter bilateral del comodato cuando en su regulación jurídica impone obligaciones tanto a cargo del comodante como del comodatario

Tampoco es correcto equiparar contrato con obligaciones sinalagmáticas a contrato oneroso. Es indudable que si aceptamos la concepción tradicional y predominante hasta nuestros días que considera el contrato bilateral como aquél del cual derivan obligaciones recíprocas e interdependientes para las partes, de forma que las obligaciones tienen su causa una en la otra, se corre el riesgo de confundir contrato bilateral con contrato oneroso. No obstante, bilateralidad, sinalagmaticidad y onerosidad son categorías absolutamente diversas, cuyos conceptos no son sinónimos ni equivalentes, que pueden tener un ámbito común de aplicación, pero que, de ninguna manera, están en relación de género y especie[85].

Se ha dicho, que en los contratos bilaterales, entendida bilateralidad como sinalagmaticidad, el nexo se establece entre las prestaciones y se concentra en la efectividad de las mismas, mientras que en los contratos onerosos, el nexo se establece entre las obligaciones[86]. Incluso se ha afirmado que la bilateralidad se refiere a la estructura de la relación contractual, mientras que la onerosidad atiende al contrato mismo[87]. Asimismo, se ha mantenido que la bilateralidad atiende al nexo entre atribuciones patrimoniales, mientras que la onerosidad se refiere a una valoración material, económica de los intereses[88]. El contrato sinalagmático es tal por engendrar obligaciones recíprocas, que funcionan como contrapartida y suponen un cambio mutuo de prestaciones. La característica esencial del contrato sinalagmático es la armonía en la génesis y funcionamiento de las obligaciones. El contrato oneroso procura el simple cambio de atribuciones en situación de equilibrio: supone proporcionalidad entre el enriquecimiento y depauperación que cada parte experimenta en su patrimonio[89].

Si bien es cierto que generalmente los contratos sinalagmáticos son onerosos, no debe ello entenderse como requisito *sine qua non* de la sinalagmaticidad. Onerosidad y reciprocidad son conceptos compatibles, pero no esenciales. En un negocio oneroso puede darse el supuesto de que las obligaciones de las partes sean recíprocas e interdependientes, pero es esta característica de su sinalagmaticidad,

85 Cfr. Verdera Server, R.: *Inadempimento e risoluzione del contratto*, cit., p. 32; Biondi, B.: "Le donazioni", *Trattato di Diritto civile,* dirigido por Vasalli, Torino, 1961, pp. 76-77.

86 Cfr. Messineo, F.: Voz "Contratto", *Enciclopedia del Diritto,* T. IX, Milano, 1961, pp. 920 y ss.

87 Cfr. De Martini, A.: "Sull'ammissibilità d'un comodato modale", cit., p. 85, ha puesto de relieve como la Jurisprudencia en ocasiones confunde los conceptos de bilateralidad y onerosidad.

88 Cfr. Biscontini, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista,* cit., p. 29; Pino, A.: *La excesiva onerosidad de la prestación.* cit., pp. 49 y ss.

89 En este sentido, Alonso Pérez, M.: *Sobre la esencia del contrato bilateral*, cit., pp. 59-60.

no de su onerosidad[90]. La distinción entre contratos unilaterales y bilaterales no coincide con la distinción entre contratos onerosos y contratos gratuitos[91].

La sinalagmaticidad se refiere a la estructura de la relación generada por el contrato, más que al contrato mismo, y a la posición obligatoria que las partes asumen, y sirve para diferenciar las hipótesis en la cuales frente a la obligación de un contratante se encuentra la obligación del otro contratante, en una condición de reciprocidad generada por el sinalagma; mientras que la distinción entre negocio a título gratuito y negocio a título oneroso, no hace referencia a la reciprocidad de las posiciones obligatorias de las partes, sino a la posición causal de los contratantes en relación a las ventajas y sacrificios patrimoniales, es decir, se haya en relación con la causa del contrato.

La sinalagmaticidad afecta a la reciprocidad e interdependencia entre las obligaciones, y por tanto, a la estructura y funcionamiento jurídico de la relación obligatoria contractual, mientras que la onerosidad se refiere al cambio o trueque entre prestaciones, a las ventajas y sacrificios patrimoniales en juego[92].

B) La causa de los contratos onerosos y la de los gratuitos.

La sinonimia que parece presentar el art. 1.274 CC entre sinalagmaticidad y onerosidad no es la única incorrección que hallamos. Nuestro Código Civil al tratar la causa y la distinción onerosidad-gratuidad peca de imprecisión. No solo no nos suministra un concepto de causa, limitándose a ofrecer tres tipos o tres criterios de distinción entre la causa de los contratos onerosos, remuneratorios y gratuitos, sino que además, mientras en los contratos onerosos se busca un elemento objetivo (la obligación de cada parte tiene su causa en la obligación de la otra parte), en los contratos gratuitos se acude a un elemento puramente subjetivo y psicológico como es la "mera liberalidad". Mientras que en materia onerosa la

90 Sobre este problema, opina Biscontini, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista,* cit., p. 29, que la bilateralidad no puede hacerse coincidir con la onerosidad, porque al igual que la sinalagmaticidad, no está presente en todos los contratos. El contrato oneroso es aquél con el que cada parte sufre un sacrificio con la finalidad de procurarse la correspondiente ventaja. La onerosidad no presupone la reciprocidad; esta nace de la misma categoría contractual, siendo referible a los actos jurídicos.

91 Cfr. Vattier Fuenzalida, C.: *Sobre la estructura de la obligación*, cit., pp. 261 y ss., refiriéndose al art. 1.274 del Código Civil, afirma que "la categoría de los que llama contratos onerosos es ajustada y comprensiva de figuras típicas onerosas, que nada tiene que ver con la bilateralidad; nos pone de relieve, por último, que la onerosidad no implica ni requiere la presencia de la nota de interdependencia entre las obligaciones, aunque sí precisa la nota de concausalidad, a nuestro modo de ver, en los supuestos en que la onerosidad y la bilateralidad coinciden y en los supuestos en los que la onerosidad es la causa de la *solutio retentio* prevista por el art. 1.901 del Código civil, así como en los contratos unilaterales, según los casos".

92 Cfr. Diez-Picazo Ponce De León, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", cit., p. 15. Al respecto, Clemente Meoro, M.E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, cit., señala que "no cabe equipar contrato bilateral con contrato oneroso y contrato unilateral con gratuito".

idea de causa se emplea en el sentido de causa final, en cambio tratándose de actos gratuitos, causa se entiende como causa eficiente: el ánimo liberal[93].

Grave error es el que comete el legislador cuando distingue entre contratos remuneratorios[94] y contratos de pura beneficencia, así como cuando mantiene que en los de pura beneficencia la causa es la *mera liberalidad del bienhechor.*

La imprecisión terminológica de nuestro Código Civil provoca algunas confusiones al respecto. La mayoría de los juristas cuando hablan de un contrato o acto gratuito, se refieren a él indistintamente con el nombre de "acto o contrato a título de liberalidad" o "acto o contrato gratuito" o "contrato lucrativo". La doctrina española, salvo alguna excepción[95], no se ha planteado el problema, manteniendo la sinonimia actos a título gratuito y actos a título de liberalidad[96]. Nos encontramos con la tendencia constante de reconducir al esquema de la liberalidad todos aquellos negocios no encuadrables en el esquema del cambio económico de prestaciones, identificando en la práctica los conceptos de liberalidad y gratuidad e instaurando así un rígido dualismo que no refleja adecuadamente el concreto interés de los particulares[97]. De hecho, existe una tendencia a atribuir a la categoría de la liberalidad una fisionomía que, sin embargo, es propia del contrato de donación, y que no a todos los negocios a título gratuito se le puede atribuir.

Sin embargo, cuando hablamos de la causa de los contratos gratuitos, no siempre podemos referirnos a la liberalidad del bienhechor, pensando que todo acto gratuito está inspirado por un *animus donandi*. En las relaciones entre particulares, no siempre que nos encontremos con un acto a título gratuito, debe, por necesidad, ser un acto que implique una liberalidad o *animus donandi* del disponente. Se plantea un serio problema cuando nos encontramos con actos a título gratuito que carecen de ese *animus donandi,* y por tanto de "causa liberal". No es lo mismo "causa liberal" que "causa gratuita".

93 Cfr Diez-Picazo Ponce De León, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", cit., p. 19; Clavería Gosálbez, L. H.: "Comentario a los arts. 1.274 a 1.278 del CC", *Comentarios al código civil y compilaciones forales* (dirigidos por Albaladejo García y Díaz Alabart), T. XVII, Vol. 1-B, Madrid, 1993, p. 530.

94 En cuanto a los contratos remuneratorios y los gratuitos, afirma Diez-Picazo Ponce De León, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", cit., p. 18, que "la distinción entre contratos remuneratorios y contratos de pura beneficencia es enteramente falsa, artificiosa y arbitraria, pues ambos son solo subtipos o subespecies del género donación, como lo demuestra el hecho de que se hable de *pura* beneficencia y de *mera* liberalidad, con lo que implícitamente se admite una beneficencia que no es pura y una liberalidad que no es simple".

95 Afirma, Diez-Picazo Ponce De León, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial,* cit., p. 84, que pueden existir actos en los que no se reciba nada a cambio de lo que se da, pero que no aparecen movidos por ningún ánimo liberal. Cita el autor a Pothier afirmando que este participaba de la misma idea, al utilizar reiteradamente la idea de contratos interesados y desinteresados.

96 Cfr. De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 260 y ss. Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral,* cit., T. I, Vol. II, pp. 720-721.

97 Manzini, C.: "Il contratto gratuito atipico", *Contratto e Impresa*, 1986, p. 917.

No todo negocio gratuito supone un acto de liberalidad. No obstante, si bien por regla general los negocios a título gratuito se hayan movidos por un ánimo liberal, no siempre es así. De hecho, pueden existir negocios en los que no se reciba nada a cambio y que, sin embargo, no impliquen una liberalidad, no estén movidos por ningún ánimo liberal. Piénsese, por ejemplo, en un empresario que ofrece una mercancía gratuitamente para hacerse publicidad y así ganar clientela; o en el propietario de un concesionario de automóviles que deja a un cliente un coche para que vaya a una exposición; o el joyero que le deja a un personaje famoso una joya para que la muestre en una fiesta. Todos estos supuestos darían lugar a negocios o contratos a título gratuito, pero no implicarían un ánimo liberal, pues la ventaja o beneficio no es solo para el que recibe, sino también el que ofrece, el que presta se verá beneficiado por el negocio. Tampoco supondrán contratos onerosos, porque ninguno de ellos está presidido por una contraprestación.

Liberalidad y gratuidad son conceptos distintos. La liberalidad pertenece al ámbito psicológico, de modo que habrá que atender a ella también desde un punto de vista subjetivo, si el disponente quiso o no realizar un acto desinteresado. La gratuidad, sin embargo, implica una valoración económica, objetivamente considerada. La liberalidad es el impulso o motivo del acto sin interés patrimonial o no, mientras que la gratuidad atiende al modo de realización de dicho incremento, a la conexión e interdependencia o no entre prestaciones.

Para identificar cuando nos encontramos ante un acto de liberalidad o simplemente ante un acto a título gratuito, tendremos que atender a dos elementos: la ausencia o no de una obligación, de un deber jurídico, moral o social que impulsa a ejecutar un determinado acto; el otro sería la naturaleza patrimonial o no del interés del disponente. La distinción no radica en el contrato mismo, sino en el propósito para el que se estipuló dicho contrato y si hubo o no interés por parte del otorgante en la estipulación del negocio. Es decir, un contrato a título gratuito puede haber sido estipulado por un mero acto de liberalidad, si el que concede el uso de una cosa o la dona lo hace solo en consideración del favorecido. Sin embargo, la situación cambia, cuando el donante o comodante no solo da o presta en beneficio del favorecido, sino también en su propio beneficio, adquiriendo el mismo una ventaja o utilidad del contrato.

Así, un comodato puede ser una liberalidad en cuanto esté movido por un ánimo liberal y desinteresado y no reporte ningún beneficio para el que lo otorgó, o puede ser simplemente un contrato a título gratuito, de modo que no adquiriendo nada a cambio, suponga, sin embargo, una ventaja o interés para el comodante. La gratuidad debe concebirse de modo negativo, en el sentido de que toda atribución que no se halle vinculada a otra atribución recíproca por

un nexo de interdependencia causal es una atribución gratuita[98]. Otra cosa es que esa atribución gratuita pueda, pero no necesariamente, ser hecha a título de liberalidad.

Parece que nuestro Código Civil se inclina por un concepto que proviene de las teorías objetivas. Así, la onerosidad no depende de la intención de las partes, ni del interés egoísta que las mismas puedan tener. De hecho, el precepto hace depender la onerosidad de un criterio netamente objetivo, "prestación o promesa de una cosa o servicio de la otra parte"[99]. La onerosidad y la gratuidad dependen de la existencia o no de una contraprestación de la atribución patrimonial contemplada.

Cabe afirmar, por tanto, que la nota diferencial entre gratuidad y onerosidad hay que buscarla en la causa final a que responde el negocio. En los contratos onerosos la causa se basa en un intercambio de prestaciones, y a estos se contraponen los contratos a título gratuito, en los cuales la prestación de una de las partes no encuentra justificación en una contraprestación de la otra parte[100].

3. Delimitación conceptual onerosidad-gratuidad.

Como se ha puesto de relieve, la formulación precisa de los conceptos de onerosidad y gratuidad constituye una difícil tarea. Ni siquiera las diversas teorías que ha elaborado la doctrina han sido suficientes para marcar un criterio uniforme que ayude a distinguir un negocio oneroso de uno gratuito.

No obstante, parece comúnmente admitido por la doctrina que el carácter oneroso o gratuito de un negocio va ligado a la existencia o no de una contraprestación de la atribución que el negocio a calificar lleva a cabo. El criterio distintivo se halla en la reciprocidad objetiva de dos atribuciones en sentido contrario, entendiendo por reciprocidad la relación de interdependencia entre dos atribuciones, en virtud de la cual la una es la razón justificadora o compensación de la otra, de modo que se produzca un intercambio entre prestaciones[101]. Así, no es necesaria una equivalencia, ni objetiva ni subjetiva, entre las obligaciones o sacrificios de las partes para calificar un contrato de oneroso[102].

En definitiva, la onerosidad implica la existencia de dos atribuciones patrimoniales y dos desplazamientos en sentido recíproco e inverso. Y serán

98 Sánchez-Blanco, J.: "Onerosidad, gratuidad y causa", cit., p. 502.

99 Prada González, J. Mª.: "La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos", cit., p. 321.

100 Cfr. Galgano, F.: *El negocio jurídico,* cit., p. 107. En el mismo sentido, afirma Dusi, B.: *Diritto delle obbligazioni e contratti speciali,* cit., p. 279, que la causa de todos los contratos a título oneroso consiste en la conmutación de servicios o de bienes, aquellos que han tenido en cuenta las partes.

101 Caroppo, A.: "Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia", cit., p. 435.

102 Cfr. Cariota-Ferrara, L.: "Gratuità nei negozi di garanzia", *Scritti Minori*, Milano, 1986, pp. 70 y ss.

gratuitos los contratos en los que haya una sola atribución patrimonial y un solo desplazamiento. De modo que el hecho de que el disponente de una liberalidad o un contrato a título gratuito extraiga alguna ventaja o utilidad para sí mismo, sea patrimonial o no, no implica la conversión del tipo contractual, sino que para ello será necesario que se le imponga al favorecido una prestación que suponga el *pago* o *intercambio* de la atribución patrimonial efectuada. No es la ventaja que pueda obtener una parte la que caracteriza al contrato de oneroso, sino la prestación o atribución patrimonial que las partes realizan.

IV. LA GRATUIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE COMODATO.

1. Antecedentes históricos[103].

El carácter esencialmente gratuito del comodato encuentra claros precedentes ya en el Derecho romano postclásico. JUSTINIANO en sus Instituciones disponía *gratuitum debet esse commodatum*[104]. Asimismo, en un texto de ULPIANO, se decía que en caso de dación recíproca gratuita de una cosa, dicha reciprocidad

103 El origen más remoto del comodato no se encuentra en la esfera de lo jurídico, sino más bien en la esfera de lo social, donde imperaban las leyes de la moral, basadas en un sentimiento de amistad y confianza (FERRINI, C.: "Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano"*, Archivio Giuridico,* 1894, pp. 480 y ss.). En la primera época romana, el comodato es entendido como una relación de favor y cortesía en la *polis* y como un negocio de la práxis social, cuya función económico-social era la de consentir el prestamo de uso gratuito normalmente entre personas vinculadas por relaciones de amistad. Así, la terminología del comodato debe su origen a una esfera de relaciones que se desenvolvían en el terreno meramente social y familiar, bajo un clima de absoluta libertad, sin intervención alguna del Derecho.
SANTARELLI, U.: *Commodo utentis datum,* Milano 1972, pp. 5-7, al tratar los orígenes del comodato afirma que "el ordenamiento romano, en un principio, se desvinculó de este tipo contractual, por ser este un negocio que se perfilaba en el ámbito social, sin transcendencia alguna jurídica, pues era gobernado por las reglas de la amistad y la cortesía". El *commodatum,* a pesar de no ser un negocio regulado todavía por el Derecho, estaba perfectamente perfilado y asumido en la sociedad romana. De hecho, los romanos utilizaban términos distintos según se tratara del préstamo de bienes muebles o de bienes inmuebles. PASTORI, F.: *Il commodato nel diritto romano,* Milano 1954, pp. 9 ss., estudia las diferencias que se establecían entre el término *utendum dare*, que era aquél que utilizaban para designar al préstamo de muebles y que se empleaba cuando querían dar relevancia al elemento del uso, y el término *commodare*, que era el utilizado para nombrar aquéllos en los que la causa primordial por la que conferían el préstamo era la amistad y la benevolencia, y querían, por este motivo, resaltar el elemento de gratuidad que imperaba en el negocio. Normalmente, el término *commodare* era utilizado para referirse al préstamo de bienes muebles, pues era este el más usual en la época romana.
Las fuentes literarias republicanas hablan del comodato sin particular referencia a su encuadre jurídico, y tampoco las fuentes jurídicas preclásicas parecen dar una solución jurídica a este instituto (SEGRÈ, G.: *Di buona fede di commodato* e *di pegno,* Napoli, 1906, pp. 6-7). Será en la época clásica cuando aparecerá el comodato, junto al mutuo y la prenda, entre las causas de crédito no contractuales, y a partir de entonces será cuando este contrato adquiera relevancia jurídica.
Para un estudio del comodato en el derecho romado vid. DOMÍNGUEZ LOPEZ, E.: *Gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*, Granada, 2001, que en su monografía hace un análisis de la literatura y fuentes romanas en la medida en que son herramientas fundamentales para analizar la responsabilidad del comodatario, y en el primer capítulo estudia la gratuidad y la evolución de un mero acto de amistad y cortesía a un verdadero negocio jurídico protegido procesalmente mediante acciones, siendo la gratuidad (elemento inherente a estos préstamos) ya desde una primera época un elemento esencial del comodato.

104 Inst., III, 14, 2. "Commodata(...) res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. Alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur".

desnaturalizaba la relación de carácter gratuito, impidiendo así el ejercicio de la *actio commodati*[105].

En derecho español, y sobre todo en las legislaciones del derecho intermedio, encontramos una vaga regulación del contrato. Si bien en todas ellas se incluyó alguna referencia al comodato, no tuvo este una regulación ni abundante, ni precisa, sino más bien se regulaba por normas confusas y amalgamadas con otras figuras contractuales. El *Liber Iudiciorum* o *Fuero Juzgo*[106], reguló de una forma desafortunada el contrato de comodato. El título V del libro V del *Fuero* presenta, reunidos y en conjunto, el mutuo, el comodato y el depósito[107].

Con más precisión parece que lo regula el Fuero Real en el Título XVI, del Libro III. Comodato y mutuo son regulados conjuntamente, y distinguidos por la Ley Primera, estableciendo las diferencias en atención a la naturaleza del bien objeto del contrato, pero sin hacer referencia al carácter esencialmente gratuito del comodato. Y, quizá el texto de mayor relevancia a lo largo de la historia jurídica que ha regulado el contrato de comodato con más extensión y exactitud haya sido el "Libro de las Leyes", llamado "Las Siete Partidas". Es definido el contrato de préstamo por la Ley I del Título II de la Partida V como el contrato por el que "una de las partes deja a otra por gracia o por amor, no tomando aquel que lo da precio de loguero ni de otra cosa ninguna". En el contrato de comodato, se distinguían tres tipos de hacer el préstamo: en utilidad del comodatario, en utilidad de ambos contratantes y en la sola utilidad del comodante[108].

El carácter esencialmente gratuito del comodato se consagró con mayor precisión en la codificación civil europea a través de la influencia del *Code Napoleon.* El art. 1.876 establecía el carácter esencialmente gratuito del comodato, sin hacer más reiteraciones al respecto[109]. Ya Pothier, cuyas enseñanzas se vieron reflejadas

105 D. 19, 5, 3. Se mantenía la gratuidad del contrato de comodato señalando que en caso de hubiese algún tipo de contraprestación por parte del que recibía, el contrato dejaba de ser gratuito. Ulpiano ponía el siguiente ejemplo; "Si tuviese yo un buey y otro el vecino, y hubiéramos convenido tener en comodato por diez días, yo su buey y él el mío, para hacer una labor, y un buey pereció en poder de uno de nosotros, no compete la acción de comodato, porque no existió un comodato gratuito, sino que ha de demandarse por la acción de palabras prescritas".

106 Si tenemos en cuenta que el *Fuero Juzgo* era, según la doctrina historicista, posiblemente, el texto jurídico con mayor transcendencia de la Alta Edad Media, parece un tanto incomprensible la escasa atención que se le dio al comodato, siendo este considerado como uno de los contratos más usados en la época, sobre todo en el ámbito familiar y de la amistad, en el que los terratenientes adinerados cedían a sus familiares y amigos el uso de viviendas y campos, sin pago alguno de merced, para que fuesen estos cultivados por los campesinos que trabajaban a su cargo.

107 Las diez leyes que regulan estos contratos son bastante confusas. Se limitan a establecer las responsabilidades del que recibió en préstamo o en depósito, sin hacer referencia alguna al carácter esencialmente gratuito del comodato, confundiendo y reuniendo en una misma figura el contrato de préstamo de consumo y el de uso.

108 Al respecto Vid. *Infra* IV. 2.

109 Bajo el epígrafe "de la nature du prêt a usage", tras definir en el art. 1.875 el comodato, establece en el siguiente precepto que "ce prêt est essentiellement gratuit". No encontramos entre las normas que regulan del comodato, ninguna reiteración de su carácter gratuito. Es evidente que el segundo inciso de

en la Codificación, en su estudio sobre el préstamo de uso, afirma que es de la esencia de este contrato que el uso de la cosa haya sido acordado gratuitamente. Si se exige cualquier recompensa - añade el autor - se tratará de un comercio[110].

En España, se siguió la misma línea, estableciéndose en el Proyecto de 1836[111] que "se entiende por comodato un contrato gratuito", sin reiteraciones posteriores a la naturaleza gratuita del contrato. Será en el Proyecto de 1851 donde, aparte de mencionar la naturaleza gratuita del comodato, aparecerá por primera vez el precedente más inmediato de nuestro actual art. 1.741. Así, el art. 1.631 del Proyecto de 1851[112] reitera el carácter esencialmente gratuito del comodato, estableciendo en su segundo inciso que "si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato". De modo que, será en el Proyecto de García Goyena[113], donde aparecerá por vez primera el término "emolumento", sin antecedentes mediatos que se le puedan atribuir.

Este precepto se incluirá, con alguna pequeña modificación, en el texto final del Código Civil de 1889. Así, el actual art. 1.740 CC viene a consagrar la misma idea al definir el contrato de comodato como un contrato esencialmente gratuito, reiterando la gratuidad en el siguiente precepto al establecer que "si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato".

2. Análisis del inciso segundo del art. 1.741 del Código Civil.

A fin de hacer un estudio más detallado de la gratuidad como requisito esencial del contrato de comodato, deberemos partir, en primer lugar, del análisis del segundo inciso del art. 1.741 de nuestro Código Civil[114]. La mayoría de nuestra

nuestro art. 1.741 no se extrajo de ninguna norma del *Code*, ni tampoco del Código civil italiano de 1865, códigos, por lo demás, de influencia notoria en nuestro Derecho.

110 Ya, Pothier, R. J.: "Traité du prêt a usage", *Oeuvres,* T. XIII, Bruselas, 1831, núm. 3, p. 4.

111 Cfr. Lasso Gaite: *Crónica de la codificación*, cit., pp. 234 ss.

112 ID., *Crónica de la codificación*, cit., pp. 459 ss.

113 No encontramos precedentes más mediatos del art. 1.631 del Proyecto de 1851. Parece ser que García Goyena se sirvió de las Partidas para elaborar este precepto, pues al tratar el contrato de comodato en su comentario sobre el nuevo Código Civil en *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva del Código Civil, criminal y administrativo con arreglo en todo a la legislación hoy vigente,* T. III, Madrid, 1842, pp. 157 y ss., hace referencia a los antecedentes de este precepto, señalando como principales las leyes de las Partidas que regulaban el contrato.
Ninguno de los Proyectos anteriores contenía una disposición semejante al segundo inciso del actual art. 1.741 del Código Civil. El Proyecto de 1836, en su art. 1.349, establecía que "se entiende por comodato un contrato gratuito, según el cual una de las partes entrega a la otra alguna cosa para que se sirva de ella, con la obligación de devolver la misma en especie, después de haberse verificado el servicio...". Se limita el precepto a establecer el carácter gratuito del comodato, sin hacer referencia alguna a la reiteración que más tarde, en el Proyecto de 1851, se hará del carácter gratuito del contrato. Sin embargo, el Proyecto Italo-francés del Código de las obligaciones y de los contratos de 1927, establecía en su art. 624 que el comodato es esencialmente gratuito y que si se hubo convenido una compensación, habrá arrendamiento.

114 Sin propósito de reiterar los antecedentes ya estudiados en apartados anteriores, interesa aquí partir del momento en el cual apareció el precepto que cometamos. El art. 1.741 CC tiene, como ya he dicho,

doctrina[115], apoyándose en este precepto y haciendo una mera reiteración del mismo, ha mantenido que en caso de pago de un emolumento, el contrato dejaría de ser comodato y se transformaría en arrendamiento, conmutando su carácter gratuito en oneroso[116].

Sin embargo, esta tajante afirmación debería ser matizada. No toda prestación del comodatario debe ser entendida como emolumento, como no todo pago es, por definición, oneroso. La entrada de la onerosidad comportaría en el comodato, como en todos los contratos gratuitos, un cambio o modificación en el tipo contractual. Pero, para saber cuándo el comodato deja de ser tal a tenor de la norma citada, deberemos, en primer lugar, tratar de averiguar qué quiso decir el legislador, y con qué finalidad, cuando introdujo en el precepto el término "emolumento". Es esta una cuestión que la doctrina no se ha planteado.

Sin embargo, si observamos las definiciones que del contrato de comodato se han dado, vemos que normalmente se atribuye a "emolumento" el significado de precio o retribución[117]. Otros autores parece que atribuyen a la palabra "emolumento" el significado de prestación.[118]. De hecho, "emolumento", del latín *emolumentum,* debe ser entendido en su acepción técnica como, "retribución o remuneración adicional que se corresponde a un cargo o empleo". Asimismo si entendemos "retribución" en su sentido gramatical equivale a "pago de una cosa", lo que en lenguaje jurídico podríamos entender como "contraprestación".

---

su precedente más inmediato en el art. 1.631 del Proyecto de 1851, en el cual aparece por primera vez el término "emolumento".

115 Cfr. Clemente De Diego, F.: *Instituciones de Derecho Civil Español,* cit., p. 264; De Buen, D.: *Derecho Civil Español Común,* T. II, Madrid, 1930, pp. 633-635; Albaladejo García, M.: *Derecho civil, Derecho de Obligaciones*, T. II, Vol. II, Barcelona, 1987, p. 480; Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral,* T. I, Vol. IV, Madrid, 1987, p. 444; Marín Pérez, P.: "Comentario a los arts. 1740 a 1750 del CC", *Comentarios al código civil y compilaciones forales* (dirigidos por Albaladejo García), T XXII, Vol. I, Madrid, 1982, p. 85; Puig Brutau, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. II, 2ª edición, Barcelona 1.982, p. 361; Espín Canovas, D.: *Manual de Derecho Civil Español,* T. III, Madrid, 1983, p. 367; MAnresa y Navarro, J. Mª.: *Comentarios al Código Civil Español,* T. XI, 6ª Edición (revisada por José Mª Bloch), 1972, p. 809; Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho Civil,* cit., pp. 837-838; Diez-Picazo Ponce De León, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho civil,* cit., T. II, p. 46.

116 Quizá se deba ello a la influencia que el Derecho romano ha suscitado en la elaboración de las legislaciones europeas, sobre todo a la española. Ya en los compiladores Justinianeos fue *opinio communis* que cuando se hubiese acordado el pago de alguna *merces* en *pecunia numerata* el contrato de comodato se convertía en arrendamiento: mientras que, si la *merces* se había acordado en una forma diversa de la pecuniaria, nos encontrábamos ante un contrato innominado, tutelado por la *actio praescreptis verbis*. Vid. al respecto las citas de Santarelli, U.: *Commodo utentis datum,* cit. p. 85, y el estudio de Tardivo, C.Mª.: *Studi sul commodatum,* Modena, 1983. Asimismo, Pothier, R. J.: "Traité du prêt a usage", cit., p. 4, ya decía que el contrato de comodato dejaba de ser tal si intervenía un pago en contraprestación del uso adquirido por el comodatario, afirmando que si el pago se estipulaba en moneda este se convertía en arrendamiento y si era otro tipo de contraprestación el contrato pasaría a ser de los llamados contratos *innominados*.

117 García Goyena, F.: *Febrero o librería de jueces,* cit. p. 158, entre las observaciones formuladas en la elaboración del Proyecto de 1851, reafirmó el carácter gratuito de este contrato. "El comodato - afirma el autor - es esencialmente gratuito; mediando *precio* u otra *retribución* cualquiera, deja de ser tal".

118 En este sentido, MAnresa y Navarro, J. Mª.: *Comentarios al Código Civil Español,* cit., p. 809, dice que "la adición de una prestación cualquiera cambiaría la naturaleza del contrato, siendo esta su nota distintiva".

Incluso en el "Proyecto Italo-francés del Código de las obligaciones y de los contratos de 1927"[119], se establecía en el art. 624 del mismo, dedicado a la regulación del contrato de comodato, que "il comodato è essenzialemente gratuitto. Se fu convenuto un compenso, vi ha locazione". El término *compenso* o *rémuneration* (así se expresaba en el texto francés), significa retribución, remuneración, recompensa o compensación. Con ello parece que se quisieron referir a la contraprestación propia de los contratos onerosos, para diferenciar el comodato del arrendamiento.

Así, a mi juicio, "emolumento" debe ser entendido como beneficio comercial o pago, es decir, como retribución o contraprestación que se concede por algo previamente recibido o que se va a recibir[120]. Por tanto, "contraprestación" debe ser entendida como retribución o precio[121], que se entrega en conmutación de la cosa, servicio o derecho que se adquiere.

3. Comodato en interés del comodante.

Se ha dicho que en el caso del contrato de comodato, cualquier ventaja que pueda derivarse del mismo en beneficio del comodante desnaturalizaría el contrato, y supondría esta ventaja o utilidad el pago por el uso que se le ha concedido al comodatario[122].

Sin embargo, la doctrina italiana ha admitido, casi unánimemente, el comodato en interés del comodante[123]. Pero, en nuestra doctrina siempre se ha mantenido que el comodato es un contrato a título de liberalidad cuyo beneficio es exclusivo del comodatario. Por lo que, el problema surge cuando el comodante estipula un contrato de préstamo de uso en su propio interés y sabiendo que dicho contrato le va a reportar un determinado beneficio.

Por ello, en la doctrina italiana se ha distinguido entre el interés que pueda tener el comodante en que se lleve a cabo el contrato, y la ventaja que pueda obtener del mismo. Es decir, a la posibilidad que del comodato se derive también un provecho o utilidad para el comodante. Así, se ha dicho que el interés que

119 Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e di contratti. Testo definitivo approvato a Parigi nell'Ottobre 1927, Roma, 1928.

120 En este sentido, Michel, J.: *Gratuité en droit romain,* Bélgica, 1962, p. 99, afirma que en el contrato de comodato, *gratuidad* supone "l'absence de contre-partie à l'usage de la chose".

121 Entendido "precio", no solo como valor pecuniario en que se estima una cosa o un derecho, sino también como cualquier prestación que suponga obligación de hacer o no hacer en contraprestación de lo recibido.

122 Cfr. Romero Girón, V. y García Moreno, A.: "Textos y comentarios al Código Civil", en *Colección de las instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos,* T XIII. Madrid, 1889, p. 46.

123 Cfr. Carresi, F.: "Il Comodato", *Trattato di Diritto Civile Italiano* (dirigido por Vassalli, T.), VIII, Torino, 1957, pp. 23-24; Fragali, M.: "Comodato", *Commentario del Codice Civile, delle Obbligazioni* (dirigido por Scialoja e Branca), Libro IV, Bologna-Roma, 1966, p. 187 y ss.; Giampiccolo, G.: "Comodato e mutuo", *Trattato di Diritto civile,* Milano, 1972, p. 7; Brunori, E.: "Del Comodato", *Commentario del Codice Civile, delle Obbligazioni* (dirigido por D'Amelio e Finzi), T. II, Vol. II, Firenze, 1949, p. 16; Barbieri, E. Mª.: "Il comodato", *Giurisprudencia Sistematica Civile* e *Commerciale,* 1979, pp. 16-17; Tamburrino, G.: Voz "Comodato", *Enciclopedia del Diritto,* Milano, 1960, p. 997.

pueda tener el comodante en la estipulación del contrato o la ventaja que pueda obtener de él, no desnaturaliza el carácter gratuito del contrato, siempre que no excluya o limite el beneficio que pueda obtener el comodatario[124]. De modo que, si el interés se contrapone a la ventaja o utilidad que el comodatario debe obtener del contrato, hasta suprimirla, se convertiría en una contraprestación[125]. Sin embargo, en nuestra doctrina hay quien opina que la distinción es inútil a efectos jurídicos, pues el interés del comodante en la estipulación del contrato es un mero motivo psicológico, irrelevante para el Derecho[126].

El que el comodante estipule el contrato en su interés u obtenga una cierta ventaja o utilidad del contrato no es causa de exclusión de la naturaleza gratuita del negocio, ni supone esta situación una interdependencia entre prestaciones[127]. La finalidad de procurarse, mediante un acto de dar, una utilidad o ventaja, no excluye el que el mismo acto o negocio sea calificado de gratuito[128]. De hecho la Ley II, Título II de la Partida V, distinguía tres especies de comodato, según que este contrato se celebrase solo en utilidad del comodatario; o en utilidad del comodante y comodatario; o solo en utilidad del comodante[129]. Esta distinción, trasladada

124 Cfr. Tamburrino, G.: Voz "Comodato", cit., p. 997; Teti, R.: Voz "Comodato", *Digesto delle Discipline Privatistiche*, T. III, Torino, 1988, p. 39.

125 En este sentido, Brunori, E.: "Del Comodato", cit., p. 16, admite el comodato en el cual el comodante obtiene ventajas, y aquél que se estipula por un cierto interés del comodante.

126 Al respecto, Pérez De Ontiveros Baquero, C.: *El Contrato de Comodato*, Pamplona, 1998, pp. 72-74, señala que "no parece muy adecuada dicha distinción referida a la diferente posición de las partes en el contrato, y ello no solo por la relativa identidad en cuanto al significado de dichos términos, sino porque es frecuente que el interés tenga su origen en la obtención de una cierta ventaja, siquiera sea conseguida de manera indirecta", y añade más delante que "el hecho de que el comodante tenga un interés en la formalización del préstamo no tiene por qué modificar el carácter del contrato, pues dicho interés debe incluirse entre los motivos que incitan a la contratación, en general irrelevantes para el Derecho".

127 Al respecto, afirma Giampiccolo, G.: "Comodato e mutuo", cit. p. 7, que compatible con la gratuidad del negocio debe considerarse la circunstancia que de su ejecución, el comodante pueda también obtener alguna utilidad indirecta (es la ventaja de la custodia del bien por el tiempo durante el cual está confiado al comodatario). Lo único que se requiere es que esa utilidad no aparezca, precisamente, como el resultado de una contraprestación, sino solo como una consecuencia mediata de la detentación o del uso que de la cosa, en su interés, podrá hacer el comodatario. A favor también se muestra, Domínguez Guillén, Mª. C.: "Sobre el comodato o préstamo de uso", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 29, enero 2020, pp. 59 y 67 y ss., que también hace referencia a la jurisprudencia venezolana.

128 En este sentido, Luminoso, A.: "I contratti tipici e atipici", *Tratatto de Diritto privato* (a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti), 1995, p. 645, afirma que es compatible con la gratuidad del comodato la presencia de un interés para el comodante a la concesión del bien, como también lo es la obtención de una ventaja, incluso de naturaleza económica.

129 Así, se decía que el comodato podía hacerse de tres maneras distintas, implicando dos de ellas ventajas para el comodante. Así lo establecía la Ley II: Departieron los Sabios antiguos, que el prestamo del commodato se faze en tres maneras: La primera es, quando el que empresta la cosa, la empresta con entencion de fazer gracia al que lo rescibe, tan solamente, e non por pro de si mismo. E esto seria como si emprestasse vn ome a otro, un cauallo, o arma, o otra cosa semejante, que ouiesse menester. E de tal prestamo como este dezimos que aquel que lo rescibe, que es tenuto delo guardar tan bien como si fuese suyo proprio, e aun mejor si pudiere. E si lo non fiziesse assi, si se perdiesse, o se muriesse o si lo empeorasse por su culpa o por su descuydamiento, tenudo es de pechar otra tal cosa, e tan buena, a aquel que gela presto. Empero, si esto auiniesse por ocasión, e non por su culpa, entonces no seria tenudo delo pechar. La segunda manera de prestamo es cuando de la cosa emprestada se aprovecha también el que la da, como el que la rescibe: e esto seria como si dos omes combidassen a comer de so vno a vn su amigo, e el vno dellos ouiesse vasos de plata, e el otro non: e aquel que los no auia, rogasse al otro, que le prestasse aquellos vasos, con que beuiesse para fazer honrra, e placer a aquel su amigo. E tal prestamo como este o otro semejante del, dezimos, que aquel que lo rescibe, non es tenudo de guardarle mas, que faria las sus cosas proprias.

del derecho romano[130], tenía por objeto determinar la extensión y alcance de la obligación del comodatario, en cuanto a la conservación de la cosa prestada y las responsabilidades que pudieran originarse por la pérdida, destrucción o deterioro por dicha cosa; y así, se decía, haciendo aplicación de la teoría de la culpa, que el comodatario respondía de la culpa levísima si el contrato se celebró solo en su utilidad; de la leve si se celebró en utilidad del comodante y comodatario; y de la lata si se celebró solo en utilidad del comodante[131].

Si bien nuestro Código Civil actual no hace referencia a esta distinción, sí lo hizo el Proyecto de 1836, cuyo art. 1.360 bajo el epígrafe "De las obligaciones del comodatario" establecía que "el comodatario está obligado a cuidar de la cosa que es objeto del contrato con la atención y vigilancia de un diligentísimo padre de familia; a menos que el comodato se hubiere hecho en utilidad de ambos contratantes, en cuyo caso bastará la diligencia que ordinariamente emplean los hombres en sus cosas. Si el contrato redundase solo en utilidad del comodante, no será responsable el comodatario más que de su descuido o negligencia absoluta"[132]. Por tanto, es evidente que el comodato no solo podía hacerse en utilidad del comodatario, sino que también el comodante podía extraer del mismo una cierta ventaja o utilidad, e incluso que la única finalidad del contrato fuese la de obtener una ventaja para el comodante[133].

E porende guardandolo el, assi como lo suyo, maguer se perdiesse por ser el de mal recabdo, non seria tenudo delo pechar. La tercera manera es, quando el que empresta la cosa, lo faze con entencion de fazer honrra e placer a si mesmo, mas que por aquel que lo rescibe. E esto seria como si alguno emprestasse a su esposa, o a su muger, algunos paños preciados, porque viniesse ante el mas apuestamente, e mejor. E porende dezimos, que pues que el faze el prestamo, por su honrra e por su plazer, si ella pierde aquello que le empresto, non es tenuda delo pechar, fueras ende si lo dexase perder engañosamente. E lo que diximos en esta ley, ha logar, non tan solamente en estas cosas sobredichas, mas en todas las otras cosas semejantes dellas.

130 Ya los juristas romanos apreciaron la diferencia entre la circunstancia que el comodato pudiese representar también un interés para el comodante y la circunstancia de la existencia de una retribución del comodatario que constituyese la contraprestación del sacrificio del otorgante. Era admisible la existencia de un interés del comodante, porque tal interés no incidía necesariamente en la gratuidad del comodato. La existencia de una ventaja para el comodante incidía sobre el grado de culpa en la valoración de la responsabilidad del comodatario; este respondía por culpa leve en caso de que solo él obtuviese una ventaja del contrato. Se atenuaba la responsabilidad en caso de que hubiese ventajas para ambos contrayentes (Gaio, fr. 18 D. 13. 6), y se pasaba a la responsabilidad por culpa lata en las hipótesis en las cuales el comodato se estipulaba por el interés prevalente del comodante (Ulp., fr. 5. 10 D 13-6).
Vid. al respecto Ferrini, C.: "Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano", cit., pp. 469-499; García Garrido, M. J.: "Realidad y abstracción en los casos jurisprudenciales romanos (estratos casuísticos en los supuestos de comodato de caballerías)", *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias,* Madrid, 1988, pp. 249-261; Pastori, F.: Voz "Comodato nel diritto romano"*, Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1962, pp. 688-692.; Scherillo, G.: Voz "Comodato (diritto romano)", *Enciclopedia del diritto,* Milano, 1960, pp. 981-992; Santarelli, U.: *Commodo utentis datum,* cit.; ID., "Minima del commodato", *Archivio Giuridico,* 1977.

131 Al respecto, se ha afirmado que el concepto que se maneja de beneficio o provecho en las Partidas, "está alejado de cualquier nota objetiva arrancada de la actual teoría de las obligaciones. (acaso serviría traer a colación el concepto de *causa del contrato* en contra de *causa de la obligación)* Efectivamente, parece que el *provecho* al que se refiere la ley I parte de una premisa plenamente subjetiva, esto es, conectada con el interés de las partes en ningún caso patrimonial, o al menos directamente" (Tamayo Carmona, J. A: *"Responsabilidad por pérdida: análisis del art. 1.896. 2º del Código Civil*", Valencia, 1997, pp. 70-71.)

132 Lasso Gaite: *Crónica de la Codificación*, cit., p. 237.

133 Cfr. Carresi, F.: "Il Comodato", cit., p. 25, afirma que la existencia de una ventaja y, por lo tanto, en cierto sentido, también de un interés para el concedente, no es incompatible con la esencia del comodato; Fabrè,

No es incompatible con la naturaleza gratuita del contrato el hecho de que las ventajas sean para ambos contratantes, siempre que la intención manifiesta de las partes sea la de facilitar el uso del bien al comodatario, y siempre y cuando este sea el contenido principal que determinó el negocio, que no queda neutralizado por la mera ventaja que a la vez pueda reportar al comodante[134].

La Jurisprudencia italiana, que es donde más sentencias encontramos de este tipo contractual, ha afirmado, en numerosas ocasiones, que no desnaturaliza el carácter gratuito del comodato el hecho de que el comodante estipule el contrato con el único interés de producirse una ventaja. Así, la Corte Suprema de Casación ha afirmado en Sentencia de 28 de mayo de 1947[135], que no es esencial al carácter gratuito del comodato que se revele un espíritu de liberalidad del comodante y un enriquecimiento del comodatario, bastando solo que falte una contraprestación, aunque el comodante obtenga alguna utilidad del negocio. En el mismo sentido, la Sentencia de 8 de junio de 1956 de la Corte de Apelación de Milán[136], ha afirmado que la naturaleza esencialmente gratuita del comodato no implica que el comodante no pueda concederse, de la estipulación del contrato, alguna utilidad indirecta y mediata. Asimismo, en Sentencia de 8 de febrero de 1993[137], se ha afirmado que no es incompatible con las características del contrato de comodato y que deriva del principio de la autonomía contractual de las partes, la coexistencia con la ventaja del comodatario de una utilidad o ventaja del comodante[138].

A mi juicio, no desnaturaliza el carácter gratuito de un contrato la ventaja o utilidad que pueda obtener el disponente, ni mucho menos implica, como algunos han pretendido, una conversión del contrato en oneroso. Como ya he señalado en apartados anteriores, para que un contrato gratuito pierda la condición de

R.: "Le prêt à usage en matière commerciale", *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, pp. 179 y ss.; Fragali, M.: "Comodato", cit., p. 153; Torrente, A. y Schlesinger, P.: *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1990, pp. 607-608; Corsi, A.: "Causa dell'atribuzione patrimoniale, negozio a titolo gratuito e rilevanza dei motivi (in imagine a un caso di comodato modale)", *Giurisprudenza italiana,* 1973, pp. 1187-1189; De Martini, A.: "Sull'ammissibilità d'un comodato modale", cit., pp. 85 y ss.; Barbieri, E. Mª.: "Il comodato", cit., pp. 16-17.

134 En este sentido, Martín Retortillo, C.: "El comodato en nuestros días", *Anuario de Derecho Civil,* T. VI, 1956, p. 843, tras afirmar que el comodato es un contrato esencialmente gratuito, señala que: "entendemos que no desvirtúa esta característica porque ofrezca alguna ventaja para los dos contratantes, como sucede en el caso citado por Ruggiero, en el que uno presta un potro salvaje para que otro lo emplee en sus labores agrícolas y se lo devuelva domado; ni tampoco en el supuesto de que adquiera un mayor relieve de utilidad o conveniencia que derive de este contrato para el comodante, como acontece cuando preste el coche o el caballo para que otro vaya de romería o llegue a la ciudad y a la vez recoja un encargo, retire un documento o haga entrega de una carta en provecho del propio comodante". Pérez De Ontiveros Baquero, C.: *El Contrato de Comodato*, cit., p. 74, señala que "la existencia de un interés y por lo tanto, en cierto sentido de una ventaja para el concedente, no es incompatible con la esencia del comodato, al menos hasta que tal interés o ventaja puedan obtenerse sin imponer al que recibe la cosa obligaciones diversas o más gravosas a estas que le corresponden en cuanto comodatario".

135 Archivio giuridico, 613.

136 Giurisprudenza Siciliana 65.

137 Giurisprudenza di Merito, 912.

138 Vid. al respecto el comentario a la sentencia de Arceri, A.: "Il comodato di opere d'arte e la responsabilità del comodatario", (Nota a T. Bologna, 8 febrero 1993, Sabot c. Com. Bologna), *Giurisprudenza di Merito*, 1993).

tal, deben darse las notas de onerosidad necesarias para la modificación del tipo contractual. Para ello será necesario, como bien señala el art. 1.741 CC, que el comodatario esté obligado a pagar un emolumento al comodante. Por lo tanto, la finalidad de procurarse mediante el acto de dar una probabilidad de obtener ventajas patrimoniales, no siempre parece suficiente para excluir el concepto técnico de negocio gratuito[139].

139 Vid. al respecto mi estudio sobre *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*, cit.

BIBLIOGRAFÍA

ADDEO, P.: "Sul concetto di equilibrio economico nei contratti onerosi", *Diritto Commerciale*, 1921.

ALBALADEJO GARCÍA, M.:

- Derecho civil, Derecho de Obligaciones, T. II, Vol. II, Barcelona, 1987.
- El negocio jurídico, Barcelona, 1958.
- La causa", Revista de Derecho Privado, 1958.

ALESSI, R.: "Sul concetto di causa nel negozio giuridico", *Temi Emiliana*, T. II, 1933.

ALONSO PÉREZ, M.: *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967.

ARCERI, A.: "Il comodato di opere d'arte e la responsabilità del comodatario", (Nota a T. BOLOGNA, 8 febrero 1993, Sabot c. Com. Bologna), *Giurisprudenza di Merito*, 1993).

BARBIERI, E. Mª.: "Il comodato", *Giurisprudencia Sistematica Civile* e *Commerciale*, 1979.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. et BARDE, L.: *Trattato teorico-practico di Diritto Civile, Delle Obbligazioni* (traducción italiana con notas de PIETRO BONFANTE), Vol. I, Milano, s/f.

BETTI, E.:

- Teoria generale del negozio giuridico, Torino, 1960.
- Teoria generale delle obbligazioni, T. III, Milano, 1954.

BIONDI, B.: "Le donazioni", *Trattato di Diritto Civile* (dirigido por VASALLI), Torino, 1961.

BISCONTINI, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti, Il problema della donazione mista,* Napoli, 1992.

BOITARD, M.: *Les contrats des services gratuits*, París, 1941.

BONFANTE, P.: "Il contratto e la causa del contratto", *Scritti giuridici varii*, T. III, Torino, 1921.

BOUYSSOU, M.: *Les libéralités avec charges en Droit civil français*, París, 1947.

Brunori, E.: "Del Comodato", *Commentario del Codice Civile, delle* bbligazioni (dirigido por D'Amelio e Finzi), T. II, Vol. II, Firenze, 1949.

Capitant, H.: *De la cause des obligations*, París, 1923.

Cariota-Ferrara, L.:

- El negocio jurídico (traducción, prólogo y notas de Albaladejo García), Madrid, 1956.
- "Gratuità nei negozi di garanzia", Scritti Minori, Milano, 1986.

Carnevali, U.: *La donazione modale,* Milano, 1969.

Caroppo, A.: "Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1961.

Carresi, F.: "Il Comodato", *Trattato di Diritto Civile Italiano* (dirigido por Vassalli, T.), VIII, Torino, 1957.

Carrozza, P.: "Ancora sul comodato modale", *Giurisprudenza Siciliana,* 1958.

Castán Tobeñas, J.:

- Derecho Civil Español, Común y Foral, T. I, Vol. II, Madrid, 1984.
- Derecho Civil Español, Común y Foral, T. I, Vol. IV, Madrid, 1987.

Clavería Gosálbez, L. H.:

- "Comentario a la sentencia del TS de 30 de diciembre de 1985", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 10, 1986.
- "Comentario a los arts. 1.274 a 1.278 del CC", Comentarios al código civil y compilaciones forales (dirigidos por Albaladejo García y Díaz Alabart), T. XVII, Vol. 1-B, Madrid, 1993.

Clemente De Diego, F.: *Instituciones de Derecho Civil Español,* T. II, Madrid, 1930.

Clemente Meoro, M. E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998.

Corsi, A.: "Causa dell'atribuzione patrimoniale, negozio a titolo gratuito e rilevanza dei motivi (in imagine a un caso di comodato modale)", *Giurisprudenza Italiana,* 1973.

DABIN, J.: *La teoría de la causa* (traducción de FRANCISCO DE PELSMAEKER y adaptada al Derecho español por F. BONET RAMÓN), Madrid, 1955.

DE BUEN, D.: *Derecho Civil Español Común,* T. II, Madrid, 1930.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico,* Madrid, 1991.

DE LOS MOZOS, J. L.:

- "Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico", Anuario de Derecho Civil, 1970.
- "La causa del negocio jurídico", Revista de Derecho Notarial, 1961.

DE MARCHI, G.: "Onerosità e gratuità dell'avallo e delle garanzie personali in generale", *Rivista di Diritto Civile*, 1958.

DE MARTINI, A. "Sull'ammissibilità d'un comodato modale", *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione,* T. XV, 1944.

DE RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho* Civil (traducción a la 4ª edición italiana por SUÑER Y TEIJEIRO), T. I, Madrid, 1977.

DE SIMONE, M.: "Il contratto con prestazioni corrispettive", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1948.

DEIANA, G.: "Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione", *Rivista di Diritto Civile*, 1938.

DESANTES GUANTER, J. Mª.: "Una reelección sobre la causa", *Anuario de Derecho Civil*, T. VIII, Vol. II, 1955.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil,* T. II, Madrid, 1995.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.:

- "El concepto de causa en el negocio jurídico", Anuario de Derecho Civil, 1963
- Fundamentos de derecho civil patrimonial, T. I y T. II, Madrid, 1996.

DISTASIO, N.: "Locazione, comodato modale, contratto innominato", *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione,* 1949.

DOMAT, M.: *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, T. I, París, 1777.

Domínguez Guillén, Mª. C.: "Sobre el comodato o préstamo de uso", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 29, enero 2020.

Domínguez Lopez, E.: *Gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*, Granada, 2001.

Dupeyroux, J. J.: *Contribution a la théorie générale de l'acte a titre gratuit,* París, 1955.

Dusi, B.: *Diritto delle obbligazioni* e *contratti speciali,* Modena, 1906-1907.

Espín Canovas, D.: *Manual de Derecho Civil Español,* T. III, Madrid, 1983.

Fabrè, R.: "Le prêt à usage en matière commerciale"*, Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1977.

Fadda, C.: *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909.

Ferrara, F.: *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940.

Ferrini, C.: "Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano"*, Archivio Giuridico*, 1894.

Fragali, M.: "Comodato"*, Commentario del Codice Civile, delle Obbligazioni* (dirigido por Scialoja e Branca), Libro IV, Bologna-Roma, 1966.

Galgano, F.:

- El negocio jurídico (traducción española de Prats Albentosa, L. y Blasco Gascó, F.), Valencia, 1992.
- "La causa", Diritto Civile e Commerciale, T. II, Vol. I, Padova, 1990.

García Garrido, M. J.: "Realidad y abstracción en los casos jurisprudenciales romanos (estratos casuísticos en los supuestos de comodato de caballerías)", *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias,* Madrid, 1988.

García Goyena, F.: *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva del Código Civil, criminal y administrativo con arreglo en todo a la legislación hoy vigente,* T. III, Madrid, 1842.

Gatti, S.: "L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive", *Rivista de Diritto Commerciale*, T. I, 1963.

GETE-ALONSO y CALERA, Mª. C.: *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979.

GIAMPICCOLO, G.: "Comodato e mutuo", *Trattato di Diritto civile,* Milano, 1972.

GIORGIANNI, M.:

- La causa del negozio giuridico, Milano, 1961.
- "La causa tra tradizione e innovazione", en Causa e Consideration, Padova, 1984.
- Voz "Causa (diritto privato)", Enciclopedia del Diritto, T. VI, 1960.

GRASSETTI, C.: *Donazione modale e fiduciaria,* Milano, 1941.

GUAGLIOLO, F.: "Ancora sui caratteri differenziali tra locazione, comodato e precario oneroso", *Il Foro Padano,* 1950.

IONASCO, T. R.: "Las recentes destineés de la theorie de la causa", *Revue Trimestriel de Droit Civil*, 1931.

JORDANO BAREA, J. B.: "La causa en el sistema del Código Civil Español", *Centenario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1990.

JOSSERAND, L.:

- "La decadenza del titolo gratuito e la sua trasfformazione", Annuario di Diritto comparato e di studi legislativi, 1930.
- Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, París, 1928.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, *Derecho de obligaciones*, T II, Vol. II, Barcelona, 1987.

LALAGUNA DOMINGUEZ, E.: "Sobre la causa de los contratos", *La Ley*, T. IV, 1988.

LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación Española, Codificación civil*, T. II, Madrid 1970.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad contractual. Consecuencias,* Valencia, 1995.

LÓPEZ PALOP, E.: "La donación remuneratoria", *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* T. III, 1945.

LORDI, L.: "Contratti sinallagmatici con prestazioni gravemente disuguali: cessione di vitalizio: assicurazione vita: usura", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, T. XXXVIII, 1940.

LUMINOSO, A.: "I contratti tipici e atipici", *Tratatto de Diritto privato* (a cura di GIOVANNI IUDICA e PAOLO ZATTI), 1995.

MANRESA Y NAVARRO, J. Mª.: *Comentarios al Código Civil Español,* T. XI, 6ª Edición (revisada por JOSÉ Mª BLOCH), Madrid, 1972.

MANZINI, C.: "Il contratto gratuito atipico", *Contratto e Impresa*, 1986.

MARÍN PÉREZ, P.: "Comentario a los arts. 1740 a 1750 del CC", *Comentarios al código civil y compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA), T XXII, Vol. 1º, Madrid, 1982.

MARINI, A.: *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito,* Milano, 1976.

MARTÍN BALLESTERO, L.: *De la causa en los negocios jurídicos contractuales*, Madrid, 1956.

MARTÍN RETORTILLO, C.: "El comodato en nuestros días", *Anuario de Derecho Civil,* T. VI, 1956.

MASSART, A.: "Gli altri contratti agrari di scambio", *Diritto Agrario Italiano*, 1975.

MESSINEO, F.:

- Dottrina generale del contratto, Milano, 1948.
- Voz "Contratto", Enciclopedia del Diritto, T. IX, Milano, 1961.

MICHEL, J.: *Gratuité en droit romain,* Bélgica, 1962.

MOSCO, L.: *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti,* Milano, 1942.

NICOLÒ, R.: Voz "Alea", *Enciclopedia del Diritto,* T. I., Milano, 1958.

PASTORI, F.:

- Il commodato nel Diritto romano, Milano, 1954.
- Voz "Comodato nel diritto romano", Novissimo Digesto Italiano, Torino, 1962.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *El Contrato de Comodato*, Pamplona, 1998.

Perozzi, S.: "Intorno alla donazione", *Scritti giuridici*, T. II, Milano, 1948.

Pino, A.: *La excesiva onerosidad de la prestación* (traducción y notas comparativas al Derecho español de Federico de Mallol), Barcelona, 1959.

Piraino Leto, A.: *Contratti atipici* e *innominati,* Torino, 1974.

Planiol, M - Ripert, G.: *Traité élémentaire de Droit civil,* T. II, París 1.926.

Pothier, R. J.: *Oeuvres*, T. I y T. XIII, Bruselas, 1831.

Prada González, J. Mª.: "La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* T. XVI, 1968.

Pugliatti, S.:

- "Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici", Saggi sul Diritto Civile, 1951.
- "Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico", Nuova Rivista di Diritto Commerciale. Diritto dell'economia. Diritto sociale, T. I, Vol. II, 1947-48.
- "Sull'onerosità dell'avallo apposto a cambiali destinate allo sconto", Foro Italiano, 1936.

Puig Brutau, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. II, 2ª Edición, Barcelona, 1982.

Puig Peña, F.: *Compendio de Derecho civil español*, T. II, Pamplona 1972.

Rabanete Martínez, I.:

- El comodato modal y su distinción con el arrendamiento, Valencia, 1999.
- "Las donaciones remuneratorias: configuración jurídica, colación y dispensa. A propósito de la STS de España num. 473/2018, de 20 de julio de 2018", Revista Boliviana de Derecho, núm. 29, enero 2020.

Roca Sastre, R. Mª.: *Estudios de Derecho privado*, T. I, Madrid, 1948.

Romero Girón, V. y García Moreno, A.: "Textos y comentarios al Código Civil", *Colección de las instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos,* T XIII. Madrid, 1889.

Roppo, E.: Voz "Contrato", *Digesto delle Discipline Privatistiche*, T. IV, Torino, 1989.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil,* T. IV, Madrid, 1891.

SÁNCHEZ-BLANCO, J.: "Onerosidad, gratuidad y causa", *Revista de Derecho Privado*, 1952.

SANCHO REBULLIDA, F.: "Notas sobre la causa de la obligación en el Código Civil", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1971.

SANDULLI, M.: "Le nozioni giuridiche di onerosità e gratuità", *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, I, 1973.

SANTARELLI, U.:

- Commodo utentis datum, Milano, 1972.
- "Minima del commodato", Archivio giuridico, 1977.

Voz "Comodato nel diritto medievale e moderno"*, Digesto delle discipline privatistiche,* T. III, Torino, 1988.

SARGENTI, M.: "Sul criterio di distinzione fra negozio oneroso e negozio gratuito"*, Foro Padano,* Milano, 1946.

SCHERILLO, G.: Voz "Comodato (diritto romano)"*, Enciclopedia del Diritto,* Milano, 1960.

SEGRÈ, G.: *Di buona fede di commodato e di pegno,* Napoli, 1906.

STOLFI, G.: *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

TAMAYO CARMONA, J. A: *"Responsabilidad por pérdida: análisis del art. 1.896. 2º del Código Civil"*, Valencia, 1997.

TAMBURRINO, G.: Voz "Comodato"*, Enciclopedia del Diritto,* Milano, 1960.

TETI, R.: Voz "Comodato"*, Digesto delle Discipline Privatistiche*, T. III, Torino, 1988.

TERRANOVA, C. G.: "L'eccessiva onerosità nei contratti", *Commentario al Codice civile* (dirigido por PIERO SCHLESINGER), Milano, 1995.

TILOCCA, E.: "Onerosità e gratuità"*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1953.

TORRALBA SORIANO, O. V.: *El modo en el Derecho Civil,* Madrid, 1967.

TORRENTE, A. y SCHLESINGER, P.: *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1990.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Panorama de Derecho civil,* Barcelona, 1973.

VATTIER FUENZALIDA, C.: *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, 1980.

VENEZIAN, G.: *La causa nei contratti,* Roma, 1892.

VERDERA SERVER, R.: *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Padova, 1994.

VIVAS TESÓN, I.:

- El contrato de comodato, Valencia, 2002.
- "La esencial gratuidad del contrato de comodato y la responsabilidad del comodatario en la Jurisprudencia", Revista de Derecho Privado, Crónica Jurisprudencial, núm. 8, 2002.

EL USO COMBINADO DE LA LEY DE LA CADENA ALIMENTARIA Y EL CÓDIGO CIVIL PARA COMBATIR LA COMPRAVENTA DE COSECHAS "A RESULTAS"

THE COMBINED USE OF THE FOOD CHAIN ACT AND THE CIVIL CODE IS A USEFUL STRATEGY TO COMBAT THE SALES OF AGRICULTURAL PRODUCTS "TO BE COMMERCIALIZED"

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 328-363

Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El uso combinado de la Ley de la Cadena Alimentaria y del Código civil es una estrategia útil para combatir la venta de cosechas «a resultas». Esta modalidad abusiva de ventas debería de prohibirse expresamente al efectuarse la transposición de la DIRECTIVA (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario.

PALABRAS CLAVE: Ventas de cosechas; ventas «a resultas» o ventas a comercializar; obligaciones contractuales; prácticas abusivas; catálogo de infracciones y sanciones; publicidad de las sanciones; Agencia de Información y Control Alimentarios; Derecho civil foral valenciano.

ABSTRACT: *The combined use of the Food Chain Act and the Civil Code is a useful strategy to combat the sales of agricultural products "to be commercialized". This abusive form of sales should be expressly prohibited when transposing the DIRECTIVE (EU) 2019/633 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain.*

KEY WORDS: *Agricultural sales; sales to be commercialized; contractual obligations; abusive practices; catalogue of infringements and sanctions; Agency for Food Information and Control; Valencian foral civil law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS VENTAS DE COSECHAS «A RESULTAS» ANTES DE LA LMMFCA.- III. LOS MECANISMOS DE LA LMMFCA CONTRA LA VENTA «A RESULTAS».- 1. Las diferentes estrategias para combatir las ventas «a resultas».- 2. El ámbito reforzado de los contratos alimentarios.- 3. Los efectos administrativos de la LMMFCA.- IV. LAS MEDIDAS PARA TERMINAR CON LAS VENTAS «A RESULTAS».- 1. El requisito de forma en los contratos agrarios.- 2. La indeterminación o inexistencia del precio.- 3. El pago del precio dentro de plazo.- 4. Prohibición de las modificaciones unilaterales.- V. UTILIZACIÓN CONJUNTA DE LA VÍAS ADMINISTRATIVA Y CIVIL CONTRA LA VENTA «A RESULTAS».- VI. LA PROHIBICIÓN DE LAS VENTAS «A RESULTAS» EN LA VALENCIANA LCRJA.- VII. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

El objeto de este trabajo es doble, por una parte, se trata de poner en evidencia los diferentes modos en los que los agricultores pueden combatir la venta «a resultas» con las herramientas legales de las que se dispone hasta este momento[1].. A nivel estatal se cuenta con la Ley 12/2013, de 2 de agosto, del Ministerio de Agricultura, de Medidas para Mejorar el Funcionamiento de la Cadena Alimentaria (en adelante LMMFCA) y a nivel autonómico en la Comunitat Valenciana se dispone de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras relaciones jurídicas agrarias (en adelante LCRJA). En este trabajo se trata de poner en valor la LMMFCA y como poder utilizarla de manera combinada con el Código civil para combatir, la que me atrevo de calificar como una auténtica lacra para el campo español, como es la venta «a resultas» o «a comercializar». La ley valenciana la únicamente la utilizaremos como punto de referencia, a los efectos de las posibles reformas que habría que hacer en la norma estatal[2].

1 El presente trabajo se enmarca en el Proyecto MINECO DER2015-65639-R "Nuevos Instrumentos Jurídicos para la financiación de la PYME" del que la Profa. Dra. Carmen Boldó Roda es su investigadora principal.

2 Este trabajo es la proyección en el ámbito estatal de cuanto se dijo para el ámbito exclusivo de la Comunitat Valenciana en Arnau Moya, F.: "La compraventa «a resultas» como base de la reforma de la ley valenciana de contratos agrarios", *Revista Jurídica Valenciana,* núm. 34, 2019, pp. 15-41. (http://www.revistajuridicavalenciana.org/wp-content/uploads/0034_0005_02-La-compraventa-a-resultas-y-la-reforma-LCRJA.pdf). La diferencia entre ambos trabajos viene determinada por el hecho de que en la comunidad valenciana la venta «a resultas» está prohibida expresamente por la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras relaciones jurídicas agrarias, lo que hacía mucho más efectivo (al menos a nivel teórico) el uso combinado de la norma valenciana y la estatal en aquellos supuestos en los que el vendedor quería que se declarase la nulidad de la venta «a resultas». Poco después de la publicación de aquel trabajo se modificó la norma valenciana, que ahora cuenta con un sistema infracciones y sanciones similar al de la LMMFCA. De modo que cuanto allí se dijo, ahora tiene que readaptarse a esta nueva realidad

• Federico Arnau Moya
Profesor Contratado Doctor Derecho civil. Universitat Jaume I (España). Correo electrónico: arnauf@uji.es.

El segundo objetivo de este trabajo, es poner de relieve la necesidad que tiene el campo español de que se prohíba expresamente en el ordenamiento jurídico español la venta «a resultas». Una gran oportunidad para ello la proporciona el hecho de que en breve tiene que producirse la trasposición de la Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario (en adelante la Directiva. En el art. 3 de la misma que gira bajo el epígrafe de "Prohibición de prácticas comerciales desleales" se contienen dos listados de prácticas desleales. En primer lugar, en el apartado 1 se establece un listado de prácticas comerciales desleales que tendrán que ser prohibidas por los Estados miembros. En segundo lugar, en el apartado 2 tenemos otro listado de prácticas que también han de quedar prohibidas, a menos que las partes "hayan acordado previamente de manera clara y sin ambigüedad en el contrato de suministro o en cualquier contrato posterior entre el proveedor y el comprador lo siguiente: […] e) que el comprador exija al proveedor que pague la comercialización por parte del comprador de productos agrícolas y alimentarios"[3]. Resulta sorprendente que esta práctica que ha sido denunciada por abusiva por las organizaciones agrarias españolas, no se encuentra dentro de la primera lista mínima de prácticas desleales prohibidas. No obstante, tal como se establece en el considerando (I) de la directiva el Estado español al efectuar la trasposición puede introducir normas más estrictas que las allí señaladas. De ahí que en este trabajo se quiera poner de manifiesto que en nuestro país concurren circunstancias que aconsejan una mayor dureza en la lucha contra la venta «a resultas» y que en consecuencia se prohíba directamente esta práctica.

Para poder poner de relieve la necesidad de prohibir expresamente la venta «a resultas» hay que tener en cuenta que en las últimas décadas en el campo español los agricultores han sufrido numerosos tipos de abusos en las compraventas de cosechas por parte de las empresas compradoras. Sin embargo, por encima de todos ellos destaca la denominada venta «a resultas» o «a comercializar», en las que el vendedor cede su cosecha sin saber qué precio final le pagarán por ella. Otras prácticas abusivas generalizadas son el incumplimiento de los plazos del pago de los precios, las modificaciones unilaterales por parte del comprador de las

jurídica en la que la ley valenciana ya cuenta por sí sola de las ventajas que tenían ambas leyes por separado y ya no tiene sentido utilizar de manera conjunta ambas leyes.
La diferencia entre este trabajo y el anterior es que a nivel estatal no se cuenta con la gran ventaja de contar con la prohibición expresa de la venta «a resultas». De modo que lo que a nivel teórico en la Comunitat Valenciana no ofrecía excesiva complicación puesto que todas las ventas «a resultas» son nulas, sin embargo, a nivel estatal, nos vamos a encontrar con dos tipos de ventas «a resultas» las que son válidas por cumplir con los requisitos de la LMMFCA y aquellas que son nulas, no sólo por violar preceptos de la LMMFCA sino también por violar aquellos preceptos del Código civil que exigen que el precio de las compraventas, fijo o variable, se encuentre determinado de manera objetiva y no se deje al arbitrio de un parte contratante (arts. 1445 y 1449 CC). Así pues, en trabajo precisamente se quiere poner en evidencia las carencias de la ley de la cadena alimentaria como herramienta contra la venta «a resultas» en especial y otra serie de abusos agrarios.

3 La fecha límite para la transposición de la directiva es el 1 de mayo de 2021.

condiciones contractuales, los destríos abusivos realizados en las instalaciones del comprador sin la presencia del vendedor, así como la no formalización por escrito de los contratos de compraventa antes de la recolección en aquellos casos en los que es obligatorio.

La LMMFCA, también conocida como la ley de la cadena alimentaria, se publicó para terminar con algunos de estas prácticas abusivas, entre otros objetivos. La citada norma entró en vigor el 1 de enero de 2014 y que ha sido objeto de una importante reforma en 2020[4]. El objetivo principal de esta ley según se manifiesta en su Preámbulo es la mejora de la vertebración y funcionamiento de la cadena alimentaria que presenta grandes asimetrías entre productores agrarios, empresas transformadoras y distribuidores. Lo anterior se traduce en una "en una falta de transparencia en la formación de precios y en prácticas comerciales potencialmente desleales y con prácticas contrarias a la competencia que distorsionan el mercado y tienen un efecto negativo sobre la competitividad de todo el sector agroalimentario". La mejora del funcionamiento y vertebración de la cadena alimentaria pretende aumentar "la eficacia y competitividad del sector agroalimentario español y se reduzca el desequilibrio en las relaciones comerciales entre los diferentes operadores de la cadena de valor, en el marco de una competencia justa que redunde en beneficio no sólo del sector, sino también de los consumidores". En la doctrina, a partir de las medidas que en la LMMFCA se contienen, se ha dicho que uno de sus objetivos principales es el de proteger al productor primario como escalón más débil dentro de la cadena alimentaria y proporcionarle una posición de fuerza en las negociaciones con los compradores y los mayoristas[5]. También se ha afirmado que la también conocida como ley de la cadena alimentaria pretende ajustar la conducta de las grandes superficies que abusan de su situación de poder en detrimento de los agricultores y de las empresas transformadoras[6]. Lo que no aparece ni en el Preámbulo ni en el articulado de la ley de la cadena es que la erradicación de la venta «a resultas» sea uno de sus objetivos, no obstante, esta práctica abusiva sí que tiene encaje dentro del espíritu de la ley, hasta el punto de que se pude afirmar que la ley de la cadena alimentaria implícitamente permite combatir las ventas «a resultas». No

4 La reforma se ha llevado a cabo por el RDL 5/2020, de 25 de febrero, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación. Publicado en el BOE núm. 49 de 26 de febrero de 2020. Vigente desde el 27 de febrero de 2020. Se han modificado los arts. 9, 23 y 24; y se han creado los nuevos arts. 12 bis (Actividades promocionales), 12 ter (Destrucción de valor en la cadena) y el 24 bis (Publicidad de las resoluciones sancionadoras en materia de contratación alimentaria.

5 El art. 5 d) LMMFCA define al productor primario como "la persona física o jurídica cuya actividad principal la ejerce en la producción agrícola, ganadera, forestal o en la pesca".

6 Santaolalla Montoya, C.: "La Ley 12/2013 de la cadena alimentaria, ¿réplica o complemento de la Ley de defensa de la competencia?", *REDUR*, núm. 14, diciembre 2016, p. 142. Esta autora también mantiene que la LMMFCA surge como consecuencia del abandono que sufre el sector agroalimentario frente a la legislación de la competencia. Rodríguez Cachón, T.: "Relaciones contractuales en la cadena alimentaria: análisis a la luz de la nueva regulación", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 1, enero-marzo 2018, p. 209 (http://nreg.es/ojs/index.php/RDC), estima que la LMMFCA es una ley con carácter tuitivo respecto de los productores primarios en su consideración de contratantes con menor poder contractual.

obstante, el daño que está causando esta práctica exige que se pase de lo implícito a lo explícito y que se prohíba expresamente aquella práctica en la LMMFCA, de modo similar a como se ha efectuado en la ley valencia de contratos agrarios.

II. LAS VENTAS DE COSECHAS «A RESULTAS» ANTES DE LA LMMFCA.

En nuestro país las compraventas de cosechas no han sido objeto de regulación ni estatal ni autonómica a excepción de la LCRJA. A falta de ley especial a las compraventas de productos agrícolas por su cosechador se les ha venido aplicando las normas propias de la compraventa civil. No procede la aplicación del Código de Comercio puesto que su art. 326.2 contempla estas ventas como excepciones a la mercantilidad de la compraventa de cosas muebles para su reventa al decir que "Las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se les paguen las rentas"[7]. Para un sector de la doctrina mercantilista la excepción del art. 326.2 Ccom es tan clara y tajante que no caben interpretaciones respecto de su carácter civil; no sólo en el caso de las ventas por agricultores personas físicas sino también cuando los estos están organizados bajo forma societaria[8]. No obstante, la mayoría de la doctrina mercantilista es de la opinión de que en la actualidad debería de revisarse esa exclusión[9]. En la jurisprudencia es posible encontrar algunas sentencias en las que se mantiene el carácter mercantil de las compraventas de cosechas[10]. Esta exclusión desaparece en el Anteproyecto de Ley

7 Mantiene el carácter civil de las ventas de los agricultores la STS 31 diciembre 1999 (Tol 1611) con cita de las Sentencias de esta Sala de 4 febrero 1925, 30 octubre 1981 y 30 junio 1982, al decir que: "siendo los demandantes agricultores que venden a la demandada una cosecha de patatas procedentes de fincas que aquéllos cultivaron con tal fin de mercado, no puede calificarse la operación desde lo que dispone el art. 325 del Ccom por el simple hecho de que el comprador las adquiera para revenderlas transformadas, pues la norma que así dispone con carácter general tiene una excepción en el art. 326.2º del propio Código, al establecer definitivamente este último precepto que no se reputarán mercantiles «las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados»". La SAP Valencia (Secc.11ª) 24 octubre 2012 (Tol 3263511) mantiene idéntico criterio aplicado a la compraventa de naranjas. Para la SAP Alicante (Secc. 8ª) 20 mayo 2010 (Tol 1895696) es civil la venta de uva mientras que es mercantil la venta de cepas. Mantienen el carácter civil de las ventas efectuadas por los agricultores la SAP Valencia (secc.11ª) 28 marzo 2008 (Tol 1328292) y la SAP Alicante (Secc. 9ª) 28 diciembre 2007 (Tol 1281052) en una compraventa de limones.

8 Moxica Román, J.: *La compraventa mercantil e instituciones afines: análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2000, págs. 111 y 112, recoge la cita de Garrigues al decir que la excepción del art. 326.2 Ccom se justifica en: "las razones en que tradicionalmente han separado el comercio de la agricultura, contraponiendo la clase de los agricultores a la de los comerciantes y estimando que el derecho especial a que estos están sometidos no debería extenderse a las operaciones de aquellos. Esas razones tradicionales, acaso comprensibles en la época en que se publica el Código de Comercio, de agricultura atrasada y rudimentaria, que desconocía las grandes explotaciones agrícolas industrializadas, no tienen ya razón de ser en la época actual. Pero el hecho es que el Código ha querido excluir del Derecho mercantil todas las operaciones de compraventa concertadas con el sector agrícola o ganadero".

9 Por todos, Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F.: *Manual de Derecho mercantil,* vol. II, Tecnos, 24ª. ed., Madrid, 2017, p. 69, estiman que el Código con las exclusiones del art. 326 (ventas de agricultores y ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados) quiso evitar el riguroso, ágil y rápido régimen jurídico de la compraventa mercantil a actividades económicas rudimentarias y atrasadas como eran la agrícola, ganadera y forestal. Pero estas exclusiones deberían revisarse actualmente.

10 Así sucede cuando la naturaleza civil o mercantil no ha sido objeto de la controversia como sucede cuando ambas partes son comerciantes. Así sucede con la STS 21 mayo 2010 (Tol 1877920), en un caso de compraventa de cerezas, al establecer que: "Con base en ese contenido contractual y en su calificación

del Código Mercantil elaborado por la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación de marzo de 2018[11], en cuyo art. 001-2 (ámbito subjetivo) se establece que: "1. A los efectos de este Código son operadores del mercado y quedan sujetos a sus normas: a) Los empresarios. Se consideran empresarios: 1º. "Las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales".

La denominada venta «a resultas» o «a comercializar», se ha venido utilizando con profusión en el campo español desde los años noventa del siglo pasado[12]. En esta modalidad de venta el comerciante le compra la cosecha al agricultor sin fijar un precio fijo en el momento de celebrar el contrato, pactándose que este se determinará al final de la campaña. La fórmula para el cálculo del precio a pagar al cosechador consiste en que el comprador, del precio final que haya obtenido por la reventa de los productos agrícolas en el mercado, descontará todos los gastos que ha tenido que efectuar para su comercialización (recolección, manipulación, conservación en cámaras, transporte, etc.) así como su margen de beneficio comercial, la denominada comisión. Así pues, el comerciante le aplica al agricultor vendedor la misma fórmula que utilizan las cooperativas para liquidar el precio de frutas y verduras a sus socios al finalizar la campaña agrícola. La diferencia estriba en que el socio de la cooperativa tiene medios para fiscalizar como se ha calculado el precio, mientras que en el otro caso al vendedor «a resultas» le es muy difícil

como compraventa mercantil, no discutida ya por ninguna de las partes". En la jurisprudencia menor también son numerosas las sentencias en las que se afirma la mercantilidad de las ventas de cosechas. Así, la SAP Alicante (Secc. 8ª) 11 mayo 2017 (Tol 6279617), "habida cuenta de la naturaleza mercantil de la compradora, no podemos dejar de referirnos al plazo perentorio previsto en el artículo 336 del Código de comercio para comunicar la existencia de los defectos de la uva vendida a los vendedores. En nuestro caso, no consta por parte de la mercantil compradora comunicación alguna dirigida a los vendedores poniéndoles inmediatamente en su conocimiento los defectos de la uva adquirida". En la SAP Alicante (Secc.9ª) 15 julio 2014 (Tol 4561558) también se establece la mercantilidad de la venta de una cosecha: "Se cuestiona la cualidad de mercantil de la operación. La demandada es una mercantil y la actora que compra en su propio nombre lo hace de 60.000 kgs. de limones, no es arriesgado pensar que para revenderlos". En parecidos términos la SAP Castellón (Secc. 3ª) 30 junio 2014 (Tol 4522515).

11 En el apartado I-12 de la Exposición de motivos dentro del Epígrafe "Delimitación de la materia mercantil" se dice que el concepto de empresario "debe comprender también a empresarios dedicados a aquellas materias excluidas del Derecho mercantil, como la agricultura o la artesanía, que constituyen objeto de empresas cuyos titulares actúan asimismo en el mercado". En el apartado VI-31 ya se establece que "La nueva disciplina nace con vocación de aplicación general en todo el territorio nacional, incluido el atribuido a las Comunidades Autónomas con legislación civil propia". Finalmente, se establece en el apartado VI-32 que "es mercantil toda relación contractual en la que intervenga uno solo de los operadores del mercado señalados en el Código, siempre que lo haga en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, se inserta directamente en el ámbito de aplicación de la regla 6ª del apartado primero del artículo 149 de la Carta Magna, que atribuye competencia exclusiva al Estado en su regulación". (https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas). (Consultado 9 abril 2020).

12 La STS 2 diciembre 1994 (Tol 165471) de entre todas las sentencias citadas en este trabajo es la que contiene la referencia más antigua a una compraventa «a resultas». aunque no menciona la fecha del contrato cuya interpretación ha dado lugar a la litis, sí que proporciona la fecha de la sentencia de primera instancia, que es de 13 abril 1991 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Lleida. Lo que permite aventurar que en la década de los 90 o incluso un poco antes ya se utilizaba esta clase de venta.

verificar la corrección de la denominada liquidación. Esta modalidad de venta ha sido tildada de abusiva por las organizaciones agrarias, entre otros motivos porque en este tipo de ventas al agricultor se le ha traspasado la función de financiación del segundo eslabón de la cadena alimentaria. El comerciante ahora ya no corre ningún riesgo con las ventas que efectúe, porque siempre repercutirá al productor primario el fracaso de su gestión si bien teóricamente también tendría que suceder igual con sus éxitos[13]. También es abusiva porque el agricultor no elige libremente esta modalidad de compraventa, sino que se le impone y ante la misma solo tiene la posibilidad de no contratar cuestión que puede acarrear la pérdida de un bien perecedero como es una cosecha cuya venta no puede demorarse y donde no es fácil encontrar compradores ahora que se ha concentrado la distribución comercial. Este miedo del agricultor es el que hace que apenas existan sentencias cuyo objeto sea la impugnación de la validez de este tipo de compraventas, puesto que está arraigado en el campo el convencimiento de que quien se enfrenta a los poderosos compradores ya no podrá vender su cosecha[14]. No obstante, este miedo al no derivarse de hechos concretos no encaja dentro de la intimidación para poder solicitar la nulidad (o la anulabilidad) de la compraventa «a comercializar», no obstante, entiendo que sí que es un argumento de peso para la prohibición de la figura y para que jueces y tribunales tengan en cuenta lo perverso de la misma. La dificultad a la hora comprobar la veracidad de los datos que se consignan en la liquidación hace que en muchos casos nos encontremos ante «ventas sin precio» en la que el comprador termina pagando al agricultor lo que estima conveniente. Finalmente, está la cuestión de la enorme extensión de esta práctica de la que si bien no es posible encontrar estadísticas si que se ha reconocido en algunas sentencias que esta práctica en algunos lugares supone el 95% de las ventas de cosechas[15].

13 Arnau Moya, F.: *La compraventa de cítricos en la Comunidad Valenciana,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 284. Estima que ahora el comerciante no necesita disponer de efectivo para pagar las naranjas al agricultor antes de revenderlas. Además, ahora el comerciante ahora ya no corre ningún riesgo con las ventas que efectúe, ya no se verá obligado a realizar ventas a pérdidas, puesto que con el nuevo sistema siempre hay beneficio puesto que lo que se reparte con el agricultor es el margen de beneficio resultante de los gastos. La principal trampa de este sistema es que los gastos siempre corren a cargo del agricultor.

14 En este caso no se puede aplicar la figura de la intimidación porque "para que se declare la inexistencia (o nulidad absoluta o radical) por carecer del consentimiento un contrato, es necesario que el vicio sea probado de manera que la falta de voluntad se inequívoca, ya que la intimidación implica una falta total de consentimiento" [SSTS 5 noviembre 2013 (RJ 2013,7862) y 4 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9797)].

15 En varias sentencias se reconoce la venta a resultas como una práctica habitual en el mercado agrario. En la SAP Lleida (Secc. 2ª) 30 enero 2019 (JUR 2019,49427) se dice que "la compraventa de fruta a resultas es una práctica habitual en el sector hortofrutícola y es la forma más habitual de trabajar en Lleida, por no decir que es prácticamente el único sistema que se utiliza por tradición histórica en la zona y, por tanto, es el más frecuente y más utilizado a día de hoy. Así consta en el informe pericial aportado por la demandada, afirmando el perito Sr Roberto en el acto de juicio que efectivamente el sistema a resultas es práctica habitual en Lleida en cualquier central, concretando que en el 99% de los casos el precio se fija a resultas y en el 1% restante se pacta un precio". En la SAP Girona (Secc. 2) 25 febrero 2008 (Tol 1312145) ante la duda sobre cuál fue la modalidad contractual utilizada se inclina por la modalidad de "venta a resultas" o "venta a comercializar", por resultar del conjunto del acervo probatorio, de la declaración de los testigos, del carácter habitual de esta modalidad de venta en las operaciones del sector hortofrutícola, según informa el perito, y de la lógica de que esta fuera la modalidad acordada, ya que la inexistencia de acuerdos escritos obliga a extraer por otra vía el sistema de operaciones estipulado entre las partes. Finalmente, en la SAP Barcelona (Secc. 17) 11 enero 2018 (JUR 2018\83621) se establece que "la demandada niega haber pactado

La validez de las ventas «a resultas» como ya he adelantado ha sido muy poco cuestionada por los agricultores ante los tribunales antes de la publicación de la LMMFCA (o de la valenciana LCRJA), excepción hecha de la Comunitat Valenciana, donde a principios de este siglo, en pleitos sobre compraventas de cítricos sí que se cuestionó la validez de esta modalidad de ventas. Sin embargo, las esperanzas de los agricultores pronto se desvanecieron con una de las primeras sentencias dictadas al respecto. Este fue el caso de la SAP Valencia (Secc. 9ª) de 6 octubre de 2001 que despejó las dudas sobre la validez de la venta «a resultas» al admitirla y dejar sentadas las líneas argumentales que siguieron las Audiencias Provinciales de Valencia y Castellón[16]. El objeto principal del pleito de la citada resolución giraba alrededor de la validez de la cláusula que la que se establecía que el precio de una compraventa de naranjas lo era «a comercializar», teniéndose que dilucidar si esa fórmula, tal como mantenía la vendedora en su escrito de demanda suponía una violación del art. 1449 CC que prohíbe que el precio de la compraventa se deje al arbitrio de uno de los contratantes[17]. La Audiencia confirmó la validez de la cláusula, al estimar que esa modalidad de pacto no constituye un "contrato de compraventa ordinario, sino que adquiriendo el comprador la propiedad de la mercancía y, en parte asumiendo los riesgos de la venta, se comprometía a introducirla en el mercado al mejor precio y tras la determinación de los gastos, liquidar su importe con el actor, sistema, que como afirma la parte apelada, con algunas matizaciones, es utilizado con frecuencia en el comercio de la naranja por algunas cooperativas agrícolas y sociedad de transformación agraria"[18]. El juzgador también se manifestó sobre la validez del modo en que se produce la determinación del precio en esta modalidad contractual afirmando que "no se desprende de la prueba practicada que se haya dejado al arbitrio de una sola de las partes, como prohíbe el artículo 1449 CC, sino que el precio se debía fijar tras un proceso de comercialización del producto, que incluía, como es lógico, todo el mecanismo de elaboración, puesta en el mercado y venta al comerciante final, tras lo cual, se llevaría a cabo una liquidación". Finalizaba la sentencia señalando que la única vía de impugnación de estos contratos a comercializar, se encuentra no en

con la actora ninguna compra a "precio fijo", sino una venta "a comisión" o "a precio abierto", habitual en el sector".

16 Después de la SAP Valencia (Secc.6ª) 21 septiembre 2001 (EDJ 2001,68473), pero ante de la publicación de la LCRJA, se admite la validez de las compraventas a resultas, entre otras, en la SAP Valencia (Secc.7ª) 25 noviembre 2002; SAP Valencia (Secc.6ª) 30 junio 2005 (Tol 1416558); SAP Castellón (Secc.3ª) 2 octubre 2009; SAP Valencia (7ª) 18 noviembre 2009 (Tol 1804911); SAP Valencia (Secc.8ª) 27 enero 2010 (Tol 1846627); SAP Valencia (Secc.7ª) 11 octubre 2011 (Tol 2501525) y las SSAP de Castellón (Secc.3ª) 30 enero 2012 (Tol 2530992) y 10 febrero 2012 (Tol 2533144).

17 Pacheco Jiménez, M. N.: "La determinación del precio. Fijación unilateral por una de las partes del contrato", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 5/2010. Disponible en (https://insignis.aranzadidigital.es) entiende que el art. 1449 no es sino una aplicación particularizada de la prohibición del art. 1256 al contrato de compraventa.

18 La SAP Valencia (Secc.6ª) 23 julio 2012 (Tol 2676779): estima que "la modalidad de "precio a comercializar", implica que el precio de la fruta recolectada no queda fijado en el propio contrato, sino que el mismo se obtendrá al final de la campaña, según los gastos y beneficios obtenidos por el comercio, en este caso, comprador de la fruta, esto es, según los precios de mercado a los que habrá que descontar los gastos de recolección y venta".

la validez del "sistema pactado, sino en la disconformidad del demandante con la liquidación que se ha realizado".

De modo que a partir de la línea argumental que se inicia con esta sentencia la compraventa «a comercializar» es considerada por los tribunales de varias audiencias provinciales como un negocio jurídico impecable desde un punto de vista técnico-jurídico. El reconocimiento jurisprudencial de la validez de la venta «a resultas» dejaba a los agricultores en una situación de verdadero desamparo, frente a esta modalidad de venta que no elige libremente, sino que se le impone. Así pues, una vez admitida la validez de la figura la única posibilidad que le quedaba al agricultor para impugnar la validez de una concreta compraventa «a resultas» era la de probar que la liquidación no se practicó correctamente. Sin embargo, la demostración de que la liquidación que presenta el comerciante no se ajusta a la realidad constituye una especie de *probatio* diabólica de modo que el agricultor ya de sí poco proclive a los pleitos terminó por abandonar este tipo de reclamaciones[19].

En otras regiones agrícolas fuera de la valenciana apenas ha sido posible encontrar sentencias en las que antes de la publicación de la LMMFCA se cuestionara la legitimidad de la figura de las ventas a comercializar[20]. Por el contrario, sí que es posible encontrar sentencias, en las que las partes admiten implícitamente la validez de las ventas «a resultas». Se trata de pleitos, cuyo origen se encuentra en contratos orales o escritos con cláusulas ambiguas, en los que el objeto de la controversia no consiste en determinar la validez de las cláusulas en la que se fija el precio «a resultas» el precio, sino en averiguar si las partes habían pactado un precio con carácter fijo y predeterminado o, si por el contrario, el precio fue concertado bajo la modalidad de indeterminado o «a resultas»[21] .

19 De la poca transparencia en el cálculo del precio a resultas es una muestra la SAP Castellón (Secc. 3ª) 30 enero 2012 (Tol 2530992) en la que se dice que: "En cuanto a la declaración del Jefe de compras de la demandada, Don Héctor, dijo que el sistema de venta con precio "a resultas" consiste en que lo pagado depende de lo obtenido en la comercialización de la fruta; también que la empresa compradora no enseña a los agricultores vendedores ningún documento justificativo de la venta realizada a terceros cuando practica la liquidación".

20 Se puede encontrar un atisbo de crítica a esta modalidad contractual en la SAP Tarragona (Secc. 1ª) 3 sept 2007 (JUR 2007,335690) al calificar un contrato como de compraventa de fruta a precio fijo y no como venta «a resultas». La vendedora interpone demanda reclamando parte del precio de la venta que no le ha sido pagada porque el comprador en la liquidación le ha descontado los gastos de recolección. Reconoce el juzgador que en el "contrato de compraventa" firmado por las partes se establece expresamente que los gastos de recolección serán a cuenta del comprador. La sentencia estima que no existe venta «a resultas» porque la naturaleza jurídica del contrato, que se concertó con el nombre de "contrato de compraventa" no ha sido cuestionada, ni tampoco la adecuación de las condiciones negociales con tal denominación. Todo ello a pesar de que en el contrato existen cláusulas que no son compatibles con un contrato de compraventa como un descuento de un porcentaje "en concepto de comisión" (más propio de una gestión comercial) ni la indeterminación del precio mediante la referencia "a comercializar" interpretada por las partes como condicionado al precio obtenido de la reventa lo que no se adapta a la exigencia de "precio cierto" como elemento esencial de la compraventa (arts. 325 CCom en relación a 1.447 CC).

21 En la SAP Girona (Secc. 2) 25 febrero 2008 (Tol 1312145), se deduce que una compraventa oral de endivias se trata de una «venta a resultas» o «venta a comercializar» a partir del conjunto del acervo probatorio, de la declaración de los testigos, del carácter habitual de esta modalidad de venta en las operaciones del sector hortofrutícola, según informa el perito, y de la lógica de que esta fuera la modalidad acordada, ya

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo no hay referencias a esta modalidad contractual, salvo el caso contemplado por la STS 2 diciembre 1994[22], en el que a pesar de utilizarse la expresión «a resultas», no termina de coincidir con el objeto de nuestro estudio, puesto que no se refiere a una única compraventa sino a un contrato de suministro, y además ninguna de las dos partes tiene la condición de agricultor o «productor primario» en terminología de la LMMFCA[23]. Las compraventas a las que nos referimos en este trabajo son las de las cosechas que los agricultores o productores agrarios primarios venden a empresarios para su reventa o transformación industrial. Estas ventas ocupan el primer eslabón de la denominada cadena alimentaria, de modo que las ventas realizadas a partir del segundo eslabón de la cadena, aun a pesar de continuar siendo contratos alimentarios ya no pueden calificarse como ventas de cosechas[24]. No obstante,

que la inexistencia de acuerdos escritos obliga a extraer por otra vía el sistema de operaciones estipulado entre las partes. En la SAP Murcia (Secc.1ª) 8 julio 2011 (Tol 2224224) en una venta oral de limones del año 2008 con el precio fijado «a resultas de la comercialización». Las partes, que no cuestionan la modalidad contractual, discrepan respecto de los kilos entregados y del cálculo del precio a comercializar. La sentencia admite que el cálculo del precio de los limones se determine de manera objetiva de acuerdo con los precios de mercado. En la SAP Alicante (Secc. 5ª) 10 junio 2015 (Tol 5406158), en una venta de ciruelas de 2012 las partes admiten que se trata de un contrato «a resultas». Existe discrepancia respecto del modo de calcular el precio, la cantidad de fruta recogida y que cantidad debe ser descontada por destrío. Estima la sentencia que el destrío en almacén debe de hacerse delante de la parte vendedora, puesto que en caso contrario se trataría de declaraciones unilaterales. Respecto a la forma de determinar el precio, se acepta el cálculo realizado por el perito de la actora, que aporta datos objetivos como los precios medios de mercado reales de los últimos cinco años, de acuerdo con la revista Valencia Fruits, y también, conforme se pagaron por otra mercantil, JM los Frutales. En la SAP Murcia (Secc. 4) 3 diciembre 2015 (Tol 562105) en una venta verbal de albaricoques en 2012, en las que el vendedor asume los gastos de recolección y transporte hasta el almacén. Se mantiene que no se trata de una modalidad de venta por precio fijo y predeterminado sino de un "sistema de venta de la fruta a resulta del precio de la comercialización", puesto que el actor no ha probado los hechos constitutivos de la demanda. No hay documento alguno que pruebe que el precio fuera de 0,60 por kg, salvo factura, documento unilateral del actor. Por el contrario, existen otras pruebas de que se pacta «a resultas» como que en los albaranes de entrega constara la reseña FRESCO (pendiente de clasificar) y en el envase "BOX AMACO" de lo que se infiere la necesidad de manipulación de la fruta en las instalaciones de la demandada y que la comercialización de la misma no se iba a realizar por esta sino por a mercantil AMACO que incluso llega a aportar facturas en la que constan los envíos efectuados por la demandada. En la SAP Huelva (Secc. 2) 15 febrero 2017 (JUR 2017, 161386), las partes suscribieron un contrato de verbal de compraventa caquis, a principios de 2013. En la sentencia se estima que se trata de venta por precio fijo y predeterminado puesto que no concurren presupuestos para la comisión mercantil ex arts. 244 y siguientes Ccom, destacando la falta de liquidación y de las instrucciones del comitente.

22 La STS 2 diciembre 1994 (Tol 165471) si bien contempla una venta «a resultas» no lo es de una cosecha, sino que se trata de una compraventa que tiene lugar en el segundo eslabón de la cadena alimentaria, en la que un empresario que ha comprado previamente una cosecha a un agricultor la revende a otro empresario. En este caso el negocio jurídico subyacente, no es el de una única compraventa sino el de un suministro de frutas, de modo que se trata de un contrato de tracto sucesivo, en el que las partes sin pactar un precio fijo, van calculando el precio de las sucesivas partidas de frutas descontando los gastos de comercialización y beneficio empresarial. En ese caso, la vendedora cuestiona la validez de la forma en la que se han practicado las liquidaciones. En las sucesivas instancias se confirma la validez del cálculo de cantidades y valores efectuado por la actora desestimando el cálculo efectuado por la compradora. El TS, no reconoce, por tratarse de una cuestión nueva, de la reclamación efectuada por la mercantil recurrente que manifiesta que en primera instancia se ha omitido determinar el abono que le corresponde por los "beneficios de comercialización y gastos hechos por de la mercancía entregada "a resultas"" puesto que tendría que haberlos reclamado por vía reconvencional o en vía excepción en primera instancia.

23 En el art. 5 LMMFCA se define al productor primario en su apartado d) como la: "Persona física o jurídica cuya actividad principal la ejerce en la producción agrícola, ganadera, forestal o en la pesca".

24 El art. 5. f) LMMFCA define el contrato alimentario como: "Aquél en el que una de las partes se obliga frente a la otra a la venta de productos alimentarios o alimenticios e insumos alimentarios antes citados, por un precio cierto, bien se trate de una compraventa o de un suministro de forma continuada. Se exceptúan aquellos que tengan lugar con consumidores finales".

también son ventas «a resultas» las que realizan los almacenistas de frutas, una vez han manipulado los frutos, a los mercados de abastos o a otros canales de distribución.

III. LOS MECANISMOS DE LA LMMFCA CONTRA LA VENTA «A RESULTAS»

1. Las diferentes estrategias para combatir las ventas «a resultas»

En ese contexto de compraventa «a resultas» jurídicamente impecable, pero que perjudica los intereses del agricultor, se han publicado casi al mismo tiempo -julio y agosto de 2013-las dos leyes que permiten la defensa del agricultor frente aquella práctica abusiva si bien utilizando dos estrategias diferentes: en primer lugar, se dictó la ley autonómica valenciana LCRJA que se enfrenta directamente con la problemática de las ventas «a resultas» prohibiéndola de modo expreso[25]. En segundo lugar, se dictó la LMMFCA que permite combatir la venta «a resultas» con una estrategia totalmente diferente a la valenciana, puesto que en su articulado no es posible encontrar la más mínima mención a las ventas «a resultas o comercializar». No obstante, en la ley de la cadena alimentaria se establecen toda una serie de medidas que, sin prohibir directamente aquella práctica, la dificulta enormemente. La realización de la venta a comercializar exige una serie de condicionantes, entre otros el pago del precio al cabo de varios meses de la recolección, que están prohibidos por la LMMFCA, de modo que es muy difícil utilizar este tipo de compraventas sin tener que cometer alguna de las infracciones que prevé la ley que a su vez comportan elevadas multas. Otro elemento altamente disuasorio ha sido la creación por la LMMFCA de la Agencia de Información y Control Alimentarios (en adelante AICA) que es un organismo autónomo, adscrito al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, a través de la Secretaría General de Agricultura y Alimentación, con la finalidad de controlar los derechos y obligaciones establecidos en dicha Ley, instruyendo o iniciando el procedimiento sancionador si detecta infracciones a la misma[26].

2. El ámbito reforzado de los contratos alimentarios.

La LMMFCA tiene dos ámbitos de aplicación, uno amplio que contempla "las relaciones comerciales que se produzcan entre los operadores que intervienen

25 En la disposición adicional segunda de la LCRJA se establece la nulidad de los pactos con cláusulas de indeterminación del precio y se establece un precio cierto del contrato que será el que se recoja en el Observatorio de Precios de los Productos Agroalimentarios de la Comunitat Valenciana.

26 La página oficial de AICA se encuentra disponible en https://www.aica.gob.es/quienes-somos-8010101820151006 (consultada el 7 junio 2020). La normativa aplicable a la AICA es la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (Disposición Adicional Primera). El Real Decreto 227/2014, de 4 de abril, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Información y Control Alimentarios. El Real Decreto 66/2015, de 6 de febrero, por el que se regula el régimen de controles a aplicar por la Agencia de Información y Control Alimentarios, previstos en la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria.

en la cadena alimentaria desde la producción a la distribución de alimentos o productos alimenticios" (art. 2.1 LMMFCA) y otro, reducido o reforzado donde se establece la regulación para los "contratos alimentarios" (capítulo I, del título II) que es donde se ubican la mayoría de las medidas que dificultan hasta casi imposibilitar -bajo la amenaza de multa - el uso de la venta «a comercializar"[27].

Los contratos alimentarios se definen en el art. 5. f) LMMFCA como aquellos en los una de las partes se obliga frente a la otra a la venta de productos alimentarios o alimenticios, por un precio cierto, bien se trate de una compraventa o de un suministro de forma continuada. Se exceptúan aquellos que tengan lugar con consumidores finales. En el art. 2.3 establecen las reglas de carácter objetivo y subjetivo para acotar aquellos contratos alimentarios a los que se les aplicarán las reglas del denominado ámbito reducido o reforzado[28]. En primer lugar, desde un punto de vista objetivo, se circunscribe a las relaciones comerciales de los operadores que realicen transacciones comerciales cuyo precio sea superior a 2.500 euros. De modo que aquellas compraventas agrarias cuyo precio sea inferior no están incluidas en este ámbito y, en consecuencia, pueden realizarse sin tener que cumplir con los estrictos requisitos que se analizarán más adelante. En segundo lugar, desde un punto de vista subjetivo, se exige que al menos uno de los operadores que interviene en las transacciones comerciales se encuentre en una de las situaciones de desequilibrio descritas en ese precepto[29]. De entre aquellas situaciones de desequilibrio, sólo una de ellas puede aplicarse a la compraventa de cosechas- la descrita en el art. 2.3 b)- que tiene lugar cuando en "los casos de comercialización de productos agrarios no transformados, perecederos e insumos alimentarios, uno de los operadores tenga la condición de productor primario agrario […] o una agrupación de los mismos y el otro no la tenga". Las otras dos situaciones de desequilibrio (que uno de los dos operadores sea PYME o que esté en situación de dependencia respecto del otro operador), están pensadas para ser aplicadas en todos los niveles o eslabones de la cadena alimentaria y para contratos alimentarios distintos a la venta de cosechas. No obstante, estas situaciones de desequilibrio son aplicables a supuestos muy cercanos a las ventas de cosechas, como las ventas productos agrarios a partir del segundo eslabón de la cadena alimentaria, cuando una vez que han sido manipulados, son revendidos por

27 En la doctrina se ha hecho referencia a estos dos ámbitos en varias ocasiones. Así Rodríguez Cachón, T.: "Relaciones contractuales", cit., pp. 198 y 203, se refiere indistintamente de un ámbito general o extenso y de un ámbito específico (pp. 195 y 204).

28 De modo que habrá contratos alimentarios que por no cumplir los requisitos del art. 2.3 LMMFCA no se les aplicarán las reglas del ámbito reforzado del capítulo I del título II de la ley de la cadena alimentaria.

29 Las situaciones de desequilibrio contempladas en el art. 2.3 LMMFCA son las siguientes: a) Que uno de los operadores tenga la condición de PYME y el otro no. b) Que, en los casos de comercialización de productos agrarios no transformados, perecederos e insumos alimentarios, uno de los operadores tenga la condición de productor primario agrario, ganadero, pesquero o forestal o una agrupación de los mismos y el otro no la tenga. c) Que uno de los operadores tenga una situación de dependencia económica respecto del otro operador, entendiendo por tal dependencia, que la facturación del producto de aquél respecto de éste sea al menos un 30% de la facturación del producto del primero en el año precedente.

los empresarios agrarios o incluso por las cooperativas a los mercados de abastos o las grandes cadenas de distribución. De hecho, en algunas sentencias relativas a ventas de productos hortofrutícolas en ocasiones se hace difícil saber a qué concreto eslabón de la cadena se están refiriendo puesto que no se proporcionan los datos suficientes para saber si los productos agrarios vendidos provienen directamente del campo o si ya han sufrido una manipulación postcosecha en los almacenes de frutos y verduras[30]. De modo que la LMMFCA puede utilizarse para combatir las ventas «a resultas» en cualquiera de los diferentes escalones de la cadena alimentaria puesto el concepto de contrato alimentario es más amplio que el de la venta de cosechas. Por el contrario, la ley valenciana de contratos agrarios solo puede utilizarse en las ventas de cosechas, es decir en las ventas de productos agrarios del primer nivel realizadas por el cultivador y algunas de sus medias, como la prohibición de las ventas «a resultas», únicamente son aplicables cuando el vendedor sea persona física[31].

3. Los efectos administrativos de la LMMFCA.

La LMMFCA es una norma de naturaleza prevalentemente administrativa, aunque efectúe alguna incursión en el ámbito del Derecho privado. En principio son civiles la mayoría de las normas del título II (Régimen de contratación y prácticas comerciales abusivas), al menos cuando se aplican a las compraventas de cosechas efectuadas por los agricultores[32]. El resto de preceptos de la LMMFCA, tal vez con excepción de los arts. 2 y 4 son normas administrativas. En la doctrina no existe duda de que el régimen jurídico de control y vigilancia en la relación comercial que se produzca entre los operadores que intervienen en la cadena agroalimentaria tiene carácter administrativo[33]. Esta anómala situación en la que normas civiles producen efectos administrativos tiene lugar del siguiente modo: las normas del título II de la LMMFCA (contratos alimentarios y prácticas comerciales

30 Por todas las SAP Barcelona (Secc. 14) 8 mayo 2019 (JUR 2019,193705) y SAP Barcelona (Secc. 17) 11 enero 2018 (JUR 2018, 83621) en las que casualmente el demandado en ambas es una empresa de Mercabarna que compra «a resultas» a otros empresarios que no le venden cosechas sino venden fruta que ya ha sido manipulada en sus instalaciones.

31 En la ley valenciana de contratos agrarios su objeto se circunscribe al primer eslabón de la cadena, la venta de cosechas que estén pendientes de recolección (art. 1 y 13 LCRJA), lo que supone que todavía no han sufrido ninguna manipulación en los denominados almacenes. En la disposición adicional segunda, solamente se reputan nulos los pactos con cláusulas de indeterminación del precio cuando el vendedor sea agricultor o agricultora persona física. La doctrina ha criticado que esta medida no se extienda a todos los agricultores habida cuenta que por su condición de productores primarios ya se encuentran en situación de desequilibrio, tal como se pone de manifiesto en el art. 2.3 LMMFCA (Vid. Arnau Moya, F.: *La compraventa de cítricos,* cit., p. 234.

32 Rodríguez Cachón, T.: "Relaciones contractuales", cit., p.206, estima que los contratos alimentarios a partir de la definición ofrecida por la LMFCA, pueden ser de compraventa, de distribución o de suministro, pero, en todo caso, contratos de Derecho privado.

33 Sánchez Hernández, A.: "Los contratos alimentarios en la Ley de la cadena alimentaria (Referencia a la normativa y doctrina italiana «dei contratti di cessione dei prodotti agrícola e agroalimentari)»", *Actualidad Civil*, núm. 3, 2015, pp. 5 y 9. Estima que la novedad más llamativa de la LMMFCA es que se habilita a la Administración competente para que pueda sancionar conductas en materia contractual, cuya protección estaba limitada al ámbito del Derecho privado y al de la tutela de los Tribunales de Justicia en el ámbito civil y mercantil.

abusivas) como toda norma jurídica se descomponen en dos partes, un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. La particularidad que presentan es que al supuesto de hecho que describen, aun a pesar de ser materia propia del Derecho civil, la ley que las contiene sólo se les aplican los efectos propios del Derecho administrativo sancionador, en este caso las infracciones y sanciones previstos en el título V de la LMMFCA bajo el epígrafe de "Potestad sancionadora"[34]. En el art. 23 se establecen las infracciones en materia de contratación alimentaria, que pueden ser leves[35], graves[36] y muy graves[37]. En el art. 24 se establecen las sanciones por la comisión de tales infracciones. Los arts. 23 y 24 han sido modificados por el RD 5/2020 siendo la principal reforma la que afecta a la formalización de los contratos que ha pasado de ser una infracción leve a grave. Asimismo, se han incluido como infracciones graves la destrucción de valor en la cadena alimentaria previsto al art. 12 ter la realización de actividades promocionales que induzcan a error sobre el precio e imagen de los productos conforme al art. 12 bis. Finalmente se ha añadido un art. 24 bis que permite la publicidad de las resoluciones sancionadoras en materia de contratación alimentaria, dejando así de ser una sanción accesoria como preveía el derogado apartado 2 del art. 24[38].

34 A título de ejemplo, el art. 8.1 LMMFCA exige la formalización por escrito de los contratos alimentarios. La consecuencia jurídica para tal incumplimiento es de naturaleza administrativa y consiste en que se producirá una infracción grave prevista en el nuevo art. 23.2 LMMFCA con la sanción de entre 3001 y 100.000 euros prevista en el art. 24.2 para las infracciones graves. Excepcionalmente en el art. 8.2 se establece la única consecuencia civil de toda la LMMFCA al decir que: "En ningún caso, el requisito de forma exigido lo es de existencia y validez del contrato".

35 De entre las infracciones leves que se contemplan en el modificado art. 23.1 LMMFCA son aplicables a los incumplimientos en materia de ventas de productos hortofrutícolas en los dos primeros eslabones de la cadena alimentaria las siguientes: "b) No incluir los extremos que como mínimo deben contener los contratos alimentarios, sin perjuicio de las conductas que se incardinen en el apartado 2. d) Incumplir las obligaciones de conservación de documentos. e) Realizar modificaciones de las condiciones contractuales que no estén expresamente pactadas por las partes, sin perjuicio de las conductas que se incardinen en el apartado 2. f) Exigir pagos adicionales, sobre el precio pactado en el contrato, salvo en los supuestos previstos en esta ley y h) Incumplir la obligación de suministrar la información que le sea requerida por la autoridad competente en el ejercicio de sus funciones".

36 Las infracciones graves se prevén en el modificado art. 23.2 LMMFCA, en primer lugar, se establece que: "Se consideran infracciones graves la reincidencia por la comisión de dos o más infracciones leves en el plazo de dos años contados desde la sanción por resolución firme en vía administrativa de la primera de ellas. Asimismo, son infracciones graves «el incumplimiento de los plazos de pago en las operaciones comerciales de productos alimentarios o alimenticios, conforme a lo establecido en la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales". Finalmente, con la reforma de la ley ha adquirido la condición de infracción grave: "no formalizar por escrito los contratos alimentarios a que se refiere esta ley; no incorporar en el contrato alimentario el precio recogido en el artículo 9.1 c); realizar modificaciones del precio incluido en el contrato que no estén expresamente pactadas por las partes; la destrucción de valor en la cadena alimentaria conforme al artículo 12 ter y realizar actividades promocionales que induzcan a error sobre el precio e imagen de los productos conforme al artículo 12 bis".

37 Constituyen infracciones muy graves "la reincidencia por la comisión de dos o más infracciones graves en el plazo de dos años contados desde la sanción por resolución firme en vía administrativa de la primera de ellas".

38 Moya Latorre, A.: "Ley española 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 2, 2015, p. 672, es de la opinión de que la publicidad de la propia sanción, incluyendo la de la infracción cometida, así como el nombre del infractor puede resultar un importante revulsivo para evitar la comisión de infracciones por afectar directamente a la reputación de las empresas implicadas.

Esa limitación de los efectos de la LMMFCA al ámbito administrativo sin saltar la línea roja del Derecho privado constituye uno de sus puntos débiles, puesto que el agricultor que ha sido perjudicado por una venta «a resultas» o cualquier otro tipo de práctica comercial abusiva no encuentra ninguna en esta ley ninguna medida que sirva para reparar el daño patrimonial que ha sufrido. El sistema de sanciones sólo sirve para desincentivar a los compradores de cosechas para no violar el mandato de la LMMFCA. Es decir que se protege directamente el interés público pero la protección indirecta del interés privado pasa desapercibida para el agricultor. Es de señalar que, aunque la ley de la cadena no establezca en su texto consecuencias civiles para preceptos de esta naturaleza no quiere decir que no las tengan. Todos los preceptos civiles de la LMMFCA producen efectos civiles, si bien ante el silencio de la ley, tendremos que buscarlos en el Código civil puesto que son normas de esa naturaleza, de igual manera que las sucede con las normas civiles que se encuentran en la Ley Hipotecaria. Así pues, en mi opinión, los artículos de la ley de la cadena alimentaria son aplicables directamente en un pleito civil. Sin embargo, las novedades que la LMMFCA introduce respecto al régimen del código son muy escasas: en el caso de la forma escrita que era donde más posibilidad de novedad existía la cuestión se ha limitado establecer un requisito de forma *ad probationem;* en el caso de los plazos de pago sí que se introduce una doble ventaja, puesto que se establece un plazo de 30 días que no existe en el Código civil y además se hace aplicando la ley antimorosidad que en principio sólo puede aplicarse para contratos mercantiles y no en contratos civiles como las compraventas de cosechas. El resto de supuestas novedades, tal como iremos viendo a continuación, no son otra cosa que medidas que no se alejan demasiado de las ya previstas en el Código civil.

IV. LAS MEDIDAS PARA TERMINAR CON LAS VENTAS «A RESULTAS»

1. El requisito de forma en los contratos agrarios.

A partir de la entrada en vigor de la LMMFCA como regla general no solo se impone la formalización por escrito de todos los contratos alimentarios, sino que además se ha de producir antes del inicio de las prestaciones que tengan su origen en los mismos (art. 8.1 LMMFCA)[39]. Se exceptúan de la forma escrita aquellos contratos en los que el pago del precio se realice al contado contra la entrega de los productos alimenticios (art. 8.3)[40]. De lo anterior cabe inferir que se impone

39 Cazorla González, M. J.: "Relaciones contractuales en la cadena alimentaria y su incidencia en la competitividad de los mercados", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, año XIX, núm. 62, 2013, pp. 24-25, señala que de este modo se evita que la formalización por escrito de los contratos se realice posterioridad a la ejecución del mismo. También se impide las posteriores novaciones no se realicen por escrito.

40 La forma escrita de los contratos también se exige para todas las operaciones del ámbito amplio de la cadena alimentaria por el art. 2.4 LMMFCA: "Será obligatoria la existencia de un contrato formalizado por escrito en el caso de las operaciones de compra-venta a futuro o con precio diferido, excepto en aquellos

obligatoriamente la forma escrita para los contratos con precio aplazado y que la forma oral será opcional en aquellos casos en que el precio sea al contado y en ese mismo acto se entreguen los productos alimenticios[41]. No obstante, la oralidad exige el cumplimiento de un mínimo formalismo como es el que las partes se identifiquen como operadores y documenten sus relaciones comerciales mediante la correspondiente factura (art. 8.3). Además, hay que tener presente que la forma escrita sólo será exigible para los contratos alimentarios cuyo precio sea superior a los 2.500 €, puesto que el art. 2.3 LMMFCA al establecer el ámbito de aplicación del capítulo I del título II de la ley (Contratos alimentarios) exige que se trate de transacciones comerciales cuyo precio sea superior a 2.500. Esta exigencia debería de haberse reiterado en el art. 8 puesto que su omisión produce la falsa apariencia de que todos los contratos alimentarios con precio aplazado, con independencia de su cuantía, se tienen que formalizar por escrito[42]. En el caso de los contratos «a resultas», salvo que su cuantía sea inferior a 2.500 €, siempre será obligatoria su formalización por escrito puesto estos contratos no pueden pagarse al contado ya que para el cálculo del precio es necesario que el comprador revenda la cosecha a tercero; puesto que es sobre el precio final de la reventa donde se descontarán los gastos y el beneficio empresarial para practicar la necesaria liquidación de la que se obtendrá el precio de la venta «a resultas». Así pues, tras la publicación de ley de la cadena alimentaria ya no caben los contratos «a comercializar» salvo en aquellos contratos de cuantía inferior a 2500 €.

La principal consecuencia que prevé la ley de la cadena alimentaria para la falta de formalización del contrato alimentario es de carácter indubitadamente administrativo[43]. Así pues, de acuerdo a lo previsto en el nuevo art. 23.3 III la no formalización por escrito de los contratos alimentarios [siempre que no sean al contado y por una cuantía igual o superior a 2.500 €] constituye una infracción

casos en los que, con carácter previo se pueda estimar que el precio del contrato será en todo caso inferior a 2.500 euros".

41 Este es el mismo sistema que aplicaba la LCRJA en su redacción original en la que sólo se exigía el requisito de forma para las compraventas con precio aplazado en los antiguos arts. 1, 6.1, 8.1 y 22.1. Por el contrario, se permitía la oralidad en las compraventas al contado (antiguos arts. 6.2, 7.1 y 8.1). La diferencia estriba en que la norma valenciana aplicaba estos criterios a todos los contratos con independencia de su cuantía.

42 Incluso el Legislador valenciano ha incurrido en el error de creer que la LMMFCA establece obligatoriamente la forma escrita para todos los contratos alimentarios. Así pues, en el Preámbulo de la Ley 2/2019, de 6 de febrero, de la Generalitat, de reforma de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias, para exigencia de la forma escrita y para la creación del registro de operadores, contratos y relaciones jurídicas agrarias, entre los argumentos para que todos los contratos agrarios regulados en aquella ley pasen a realizarse de forma escrita se dice que: "Además, existe la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, aprobada por las Cortes Generales, solo unos días después de la ley que tratamos, que en el artículo 8 dice que «los contratos alimentarios se deben formalizar por escrito [...]. Por tanto, ya hay un marco, en este caso estatal, que obliga a firmar contratos escritos. Con eso se puede evitar la práctica de compra «a resultas», que es mucho más fácil con contratos verbales".

43 Moya Latorre, A.: "Ley española 12/2013", cit., p. 664, estima que la existencia y validez del contrato alimentario ex art. 8.2 está en consonancia con las normas básicas del Derecho civil de contratos, si bien el incumplimiento de dicha obligación es sancionable, lo que supones que la formalización del contrato cumple una función probatoria para la probable exigencia de responsabilidades por infracciones.

grave. Lo que a su vez conlleva una sanción grave de las previstas en el art. 24. 1. b) cuya cuantía oscila entre 3.001 euros y 100.000 euros. En la jurisprudencia contencioso administrativa es difícil encontrar sentencias relativas a la infracción de falta formalización por escrito del contrato alimentario y la correspondiente sanción. Esto es así puesto que cuando la AICA inicia un expediente sancionador contra la empresa incumplidora y le exige que aporte un determinado contrato alimentario, si esta no lo aporta en el momento de la inspección tiene una segunda oportunidad para hacerlo en el período de alegaciones, lo que deja abierta la puerta a que pueda aportarse un contrato escrito que podría haber sido confeccionado a posteriori[44]. De ahí la necesidad de contar con un registro de contratos alimentarios de carácter estatal similar al que se contempla en los arts. 55 y 56 LCRJA para que los contratos no puedan confeccionarse con posteridad al inicio de las prestaciones, en este caso la entrega de los productos agrícolas[45]. La obligatoriedad de la forma escrita si bien no impide directamente la realización de las ventas «a resultas» sí que las dificulta puesto que la existencia de un contrato escrito pone de relieve las cláusulas con pactos abusivos que de otro modo habrían quedado disimuladas de haberse utilizado la forma oral[46]. Es de

44 En los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo, así como en los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, terminan los procesos contencioso administrativos contra las resoluciones que se imponen a los compradores por las infracciones de la LMMFCA. En la SJCCA (Secc. 4) diciembre 2018 (Tol 7710452) se recoge como el AICA, tras recibir una denuncia, efectúa la correspondiente inspección a una empresa comercializadora de cítricos, indicando en la correspondiente acta que aquella no aporta contrato formalizado entre las partes para la campaña de cítricos 2016-2017. En el acuerdo de inicio del expediente sancionador, se aprecia la comisión de una infracción leve del art. 23.1.a) de la LMMFCA por "No formalizar por escrito los contratos alimentarios a los que se refiere esta Ley" y sancionable conforme al artículo 24.1 a) de la precitada Ley con multa de hasta 3.000 euros. Tras el preceptivo plazo de alegaciones la empresa presenta el contrato. Esta especie de juego del gato y del ratón, en el que, tras constatarse la falta de contrato formalizado, este es presentado en la fase de alegaciones, también se produce en la SJCCA (nº 10) 6 marzo 2017 (Tol 6416787).

45 En la SAP Barcelona (Secc.14) 8 mayo 2019 (JUR 2019, 193705), una de las escasas sentencias civiles en las que hay referencias a la LMMFCA, se tiene que dirimir si el contrato celebrado por las partes se trata de una compraventa de ciruelas a precio fijo o «a resultas o comisión». En ambas instancias se declara que se trata de una compraventa porque se ha demostrado la existencia de un precio cerrado por kilo y porque no se han aportado las liquidaciones de los importes. En esta sentencia se critica las ventas «a resultas» al decir que "la validez de estas ventas sería dudosa en la medida que la certeza del precio es elemento esencial del contrato de compraventa". No obstante, lo destacable de esta sentencia es que tras señalar que el art. 8 LMMFCA exige la forma escrita para los contratos alimentarios y que "por tanto, ya hay un marco, en este caso estatal, que obliga a firmar contratos escritos. Con eso se puede evitar la práctica de compra "a resultas", que es mucho más fácil con contratos verbales". Además, en esta sentencia, se hace una llamada al legislador para que cree un registro de contratos al decir que «pensamos que no sería suficiente, a la vista de la situación actual, para evitar los abusos que sufren muchos productores y muchas productoras agrícolas cuando venden sus productos, ya que, si no existe un registro de los contratos hechos, estos se pueden simular con posterioridad al pago sin que se haya acordado una cuantía previamente. Por ello, habría que crear un registro de contratos de compraventa agrícolas que guarde constancia de los contratos firmados por las dos partes para evitar que haya abusos y que se pueda recurrir para demostrar incumplimientos de contratos». Por los términos empleados no ofrece ninguna duda a que está tomando como modelo el registro de contratos de la LCRJA. Especialmente, porque a continuación se refiere a la aplicación de la LCRJA con carácter interpretativo al decir que "Si bien es cierto que se trata de una ley autonómica no directamente aplicable, sí que se aplica con carácter interpretativo, entendiendo la finalidad de interpretación teleológica que las leyes tienen. Sobre todo, en el caso que nos ocupa, que la parte demandada no niega la existencia de la relación contractual, pero si el tipo de compraventa considerando que lo que se pactó fue una venta a resultas o a comisión".

46 Santaolalla Montoya, C.: "La Ley 12/2013", cit., p. 150 señala que la finalidad última de la formalización por escrito de los contratos alimentarios es dejar constancia de que se ha realizado el contrato y evitar los casos de ventas de cosechas sin precio. Con las ventas de palabra son difíciles de rastrear y perseguir

notar que la LMMFCA no contempla como infracción el caso de que el contrato se hubiera formalizado por escrito después del inicio de las prestaciones. No obstante, habría que interpretar en sentido amplio el art. 23.3. III entendiéndose que la no formalización «por escrito de los contratos alimentarios a que se refiere esta ley» se refiere a todo el apartado 1 del art. 8 en el que se dice que "dicha formalización deberá realizarse antes del inicio de las prestaciones que tengan su origen en los mismos"[47].

Con relación a la falta de formalización del contrato alimentario por escrito, así como por la no inclusión de los extremos que como mínimo deben contener el art. 23.4 establece la presunción [*iuris tantum*] que son autores de esas infracciones los operadores que no se encuentren en alguna de las situaciones de desequilibrio del art. 2.3 LMMFCA[48]. Lo que aplicado al caso de las ventas de cosechas supone que sino no se ha formalizado el contrato por escrito ha sido por culpa del comprador, puesto que el vendedor, por tratarse de un productor primario, se encuentra en situación de desequilibrio puesto que es el productor primario. En el caso de las ventas de productos agrícola a partir del primer eslabón de la cadena alimentaria, la presunción operará en favor del operador que sea PYME o del que se encuentre en situación de dependencia económica del otro.

En la ley de la cadena alimentaria, como ya hemos comentado, podemos encontrar un único supuesto en el que el legislador no ha tenido inconveniente en incorporar una consecuencia civil; se trata del art. 8.2 que establece que: "En ningún caso, el requisito de forma exigido lo es de existencia y validez del contrato". De esta manera el incumplimiento de los requisitos de forma no puede ser invocado en un pleito civil como causa de nulidad puesto que el requisito de escritura en la LMMFCA solo lo es como una forma *ad probationem*[49]. La única consecuencia que tendría es la contemplada en el art. 1279 CC que permite que una de las partes pueda compeler a la otra a otorgar la forma escrita. No obstante,

los abusos de que son objeto la parte débil de la relación contractual. Moya Latorre, A.: "Ley española 12/2013", cit., p. 669, estima que la obligación de formalizar las operaciones de compra a futuro o con precio diferido está pensada para las «ventas a resultas».

47 Rodríguez Cachón, T.: "Relaciones contractuales", cit., p. 209, advierte de este extremo al decir que "la inobservancia del requisito relativo a la formalización por escrito de los contratos alimentarios antes del inicio de las prestaciones no presenta consecuencia legal ninguna".

48 Palma Fernández, J. L.: "Los nuevos contratos alimentarios: análisis de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria".

49 Sánchez Hernández, A.: "Los contratos alimentarios", cit., 19; Rodríguez Cachón, T.: "Relaciones contractuales", cit., p 210. Sin embargo, otros autores estiman que, en el caso de la LCRJA, donde no existe un equivalente al art. 8.2 LMMFCA, la falta de requisito de forma lo es a efectos *ad solemnitatem* Así, Barceló Doménech, J.: "La regulación de la venta a ojo y al peso en el Derecho civil foral valenciano. Estudio de las modalidades especiales del contrato de compraventa en la Ley 3/2013, de 26 de julio, de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias", *Indret*, núm. 4/2014, p. 12, entiende que "el contrato, cuando el pago se ha aplazado, sólo será válido si se hace por escrito. La forma se exige *ad solemnitatem* y no meramente *ad probationem*. Para la ley, la falta de forma escrita es un grave defecto del contrato y hay que concluir que acarrea la nulidad del contrato a resultas del art. 6.3". Asimismo, Arnau Moya, F.: *La compraventa de cítricos*, cit., p.149.

también es cierto que si el requisito de forma hubiera sido *ad solemnitatem* y LMMFCA hubiera establecido la nulidad absoluta de los contratos alimenticios por incumplimiento del requisito de forma, no habría reportado ninguna ventaja al agricultor puesto que de acuerdo con el art. 1303 CC, en caso de nulidad hay que proceder a la devolución de las prestaciones y, en este caso estamos hablando de productos perecederos, lo que imposibilita tal devolución[50]. De modo que habiéndose estropeado la fruta (o habiendo sido revendida en el ínterin) habría que proceder a la restitución del equivalente económico. No obstante, lo más acertado hubiera sido establecer la anulabilidad como consecuencia de la falta de forma escrita, de modo que sólo el vendedor como parte perjudicada podría solicitar la nulidad del contrato en aquellos casos en que le produjese algún tipo de ventaja, además la acción de anulabilidad puede convalidarse por el perjudicado si tiene interés en continuar con la venta[51].

2. La indeterminación o inexistencia del precio.

En el art. 9.1. se exige un contenido mínimo para los contratos alimentarios entre los cuales en su apartado c) se encuentra el precio del contrato alimentario con expresa indicación de todos los pagos, incluidos los descuentos aplicables, que se determinará en cuantía fija o variable[52]. En el caso de que en una compraventa

50 Arnau Moya, F.: *La compraventa de cítricos,* cit., p.149.

51 La SAP Lleida (Secc.2ª) 30 enero 2019 (Tol 7061904) es un claro ejemplo de cómo, en ocasiones al vendedor la hubiera beneficiado que la falta de forma hubiera comportado la nulidad del contrato. En el caso contemplado en la misma, las partes venden y compran oralmente una cosecha bajo la modalidad «a resultas». La vendedora intenta -sin resultado- que se declare nula la venta por entender que se habían conculcado los arts. 8 y 9 de la LMMFCA por no haber formalizado por escrito el contrato y por indeterminación del precio. Con relación a la no formalización por escrito, en la sentencia se dice que el actor "tangencialmente lo que está cuestionando al final de su escrito de pedir es que el contrato no se hizo por escrito, pero lo cierto es que el propio art. 8 de la Ley referida establece expresamente en el punto 2° que, en ningún caso, el requisito de forma exigido lo es de existencia y validez del contrato […]".

52 En el art. 9 LMMFCA (Condiciones contractuales) se establece que:
"1. Los contratos alimentarios regulados en este Capítulo, contendrán como mínimo los siguientes extremos:
a) Identificación de las partes contratantes. b) Objeto del contrato. c) Precio del contrato alimentario, con expresa indicación de todos los pagos, incluidos los descuentos aplicables, que se determinará en cuantía fija o variable. En este último caso, se determinará en función únicamente de factores objetivos, verificables, no manipulables y expresamente establecidos en el contrato. En ningún caso se utilizarán factores que hagan referencia a precios participados por otros operadores o por el propio operador. Los factores que emplear podrán ser, entre otros, la evolución de la situación del mercado, el volumen entregado y la calidad o composición del producto. En todo caso, uno de los factores deberá ser el coste efectivo de producción del producto objeto del contrato, calculado teniendo en cuenta los costes de producción del operador efectivamente incurridos, asumidos o similares. En el caso de las explotaciones agrarias se tendrán en cuenta factores tales como las semillas y plantas de vivero, fertilizantes, pesticidas, combustibles y energía, maquinaria, reparaciones, costes de riego, alimentos para los animales, gastos veterinarios, trabajos contratados o mano de obra asalariada. Se entenderá por factores objetivos aquéllos que sean imparciales, fijados con independencia de las partes y que tengan como referencia datos de consulta pública. En el caso de las explotaciones agrarias, éstos serán tales como los datos relativos a los costes efectivos de las explotaciones publicados por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. d) Condiciones de pago. e) Condiciones de entrega y puesta a disposición de los productos. f) Derechos y obligaciones de las partes contratantes. g) Información que deben suministrarse las partes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de esta Ley. h) Duración del contrato, así como las condiciones de renovación y modificación del mismo. i) Causas, formalización y efectos de la extinción del contrato. j) Indicación expresa de que el precio pactado entre el productor primario agrario, ganadero, pesquero o forestal o una agrupación de éstos y su primer comprador cubre el coste efectivo de producción".

se establezca un precio variable, tal como sucede con la venta «a resultas», será necesario que aquel se determine "en función únicamente de factores objetivos verificables, no manipulables y expresamente establecidos en el contrato […]"[53]. Son varias las sentencias administrativas en las que se mantienen las infracciones y multas impuestas por estimarse que ha habido una infracción del art. 9.1.c) porque no se determinó un precio fijo ni tampoco se estableció uno variable en función de valores objetivos [54].

La existencia de una resolución administrativa reconociendo la infracción de la falta de precio es el elemento clave para determinar la nulidad del contrato celebrado «a resultas», en el posterior pleito civil, puesto que el precio es un elemento esencial de la compraventa[55]. De ahí la conveniencia de que antes de iniciar un proceso civil en los que se pretenda la nulidad de la cláusula en la que se establece el precio «a resultas», previamente se haya iniciado la reclamación en la vía administrativa a los efectos de preconstituir la prueba que luego podremos utilizar en el juicio civil. Con bastante seguridad, si en un pleito civil se presenta una resolución administrativa reconociendo la inexistencia de precio el juez terminará dictando una sentencia admitiendo que se ha violado el art. 1449 del CC que prohíbe que el precio de la compraventa se deje al arbitrio de uno de los

53 La letra c) del número 1 del art. 9 LMMFCA ha sido modificada por el RDL 5/2020.

54 La SJCCA (nº 12) 25 febrero 2019 (Tol 7683122) estima la multa de 2000 porque se ha incumplido el art. 9.1.e) LMMFCA por no establecerse la comisión de acuerdo a unos factores objetivos, verificables y no manipulables que determinen el descuento que finalmente será aplicado. La cláusula decía que "se pactará en cada operación el descuento a aplicar sobre el precio de venta obtenido por ARC EUROBANAN S.L.; la comisión por dicha venta siempre estará en un rango entre un 8% y un 14%, el cual se descontará del precio de venta a liquidar con el proveedor". Asimismo, en el anexo I del citado contrato, relativo a la determinación del precio, se hacía referencia a que "el sistema aplicado está basado en la confianza entre ambas partes y en el que ARC EUROBANAN, se compromete con el proveedor a lograr el mejor precio posible en la reventa de sus productos...". En la SJCCA (Secc. 4) diciembre 2018 (Tol 7710452), se estima que no existe precio puesto que en la cláusula segunda del contrato aportado se decía que "El precio se fijará en €/kg. y/o €/piezas y se determinará en cada acción de venta, siendo éste en firme. El producto se entregará cargando el vehículo del comprador o el designado por estos. Así mismo, y en su caso, también formará parte del precio el coste de los envases que, conteniendo el producto, sean retirados por el COMPRADOR en cada operación". De ahí que en la sentencia se diga que: «por lo que se ha de coincidir con la resolución recurrida en que el precio del contrato no se puede entender establecido antes del inicio de las prestaciones del contrato ni en cuantía fija ni variable, es decir no hay un precio cierto y conocido de antemano. La fórmula utilizada tampoco responde a los criterios legales, pues no se garantiza que las operaciones comerciales de referencia no respondan a criterios coyunturales de evolución de precios en vez de a criterios objetivos y expresamente establecidos en el contrato, por lo que el hecho sancionado es típico». En consecuencia, se mantiene la multa de mil euros por la comisión de la infracción leve tipificada en el art, 23.1.b) de la Ley 12/2013, de 2 de agosto (infracción que desde 2020 ha pasado a la categoría de grave). La SJCC (nº 12) 11 febrero 2019 (Tol 7683123), considera infringido el art. 9.1 c) LMMFCA por no determinarse un precio fijo ni establecer uno en función valores objetivos en la cláusula que establece: "PRECIO DEL CONTRATO.- El precio se acordará al menos una semana antes del suministro, resultando parte integrante del presente contrato el documento en que quede determinado el precio». Se impone una multa de 1500 euros por como responsable de una infracción leve del art. 23.1 b) de la Ley 12/2013. En la SJCCA (nº3) 10 julio 2018 (JUR 2019,1372) se establece una multa de 1500 € porque se entiende que no existe precio por cuanto que «se habían aportado documentos por el cliente demandante en los que comunicaba el precio al que tenía que facturar el proveedor, pero siempre emitido con fecha posterior a la salida del producto de las instalaciones de éste último, desconociendo el proveedor el precio de la transacción hasta que se lo comunicaba el cliente que le permite".

55 En la jurisprudencia se ha venido declarando que el precio, al tratarse de un elemento esencial del contrato de compraventa conforme al art. 1445, ha de ser cierto y determinable. Así las SSTS 14 diciembre 2006 (RJ 2006, 9601), y 22 diciembre 2000 (RJ 2000,10135).

contratantes y en, consecuencia tendría que declarar nula la cláusula en la que se fijaba el precio y, en virtud del principio de la conservación del contrato, tendrá que aplicar un precio objetivo para integrar aquella falta de precio[56]. De esta manera, mediante la pertinente sentencia favorable al agricultor-vendedor el inicial precio «a resultas» se habrá transformado en un precio fijo, con el consiguiente beneficio para el agricultor por cuanto que el precio calculado de manera objetiva será con toda probabilidad superior al obtenido «a resultas».

Es evidente la ventaja que supone para el agricultor la posibilidad de utilizar en su favor el art. 9.1.c) en apoyo de sus pretensiones civiles, sin embargo, esta medida adolece de visibilidad. No hay nada más poco práctico y eficaz que el juez de lo civil tenga que interpretar como se producen en el ámbito de lo civil los efectos de la contravención de un precepto que está inserto en una ley aparentemente administrativa en su totalidad. Para evitar, dudas o incluso interpretaciones diferentes, hubiera sido deseable que en la propia LMMFCA se hubiera establecido la consecuencia civil de la falta de determinación del precio ex art. 9.1.c). Lo más razonable sería que se hubiera declarado la nulidad de la cláusula en la que se establece el precio «a resultas» de modo similar a como se efectúa por la LCRJA. Así como el establecimiento de una fórmula objetiva para la determinación de un precio cierto con el que sustituir al calculado «a resultas». Una buena fórmula es la prevista por la ley valenciana de contratos agrarios donde se tendrá por "precio cierto del contrato el que se recoja en el Observatorio de Precios de los Productos Agroalimentarios de la Comunitat Valenciana para la variedad objeto de contrato en la semana en que se produce la recolección o la media de éstas si fueran varias"[57].

3. El pago del precio dentro de plazo.

Tal vez la medida más eficaz de la LMMFCA para combatir la venta a comercializar es la prevista en el art. 23.3 II que considera como infracción grave el incumplimiento de los plazos de pago en las operaciones comerciales de productos alimentarios[58]. La redacción de este precepto no permite saber de

56 Pacheco Jiménez, M. N.: "La determinación del precio», cit. Fijación unilateral por una de las partes del contrato", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 5/2010. Disponible en (https://insignis.aranzadidigital.es) entiende que el art. 1449 no es sino una aplicación particularizada de la prohibición del art. 1256 al contrato de compraventa. Asimismo, mantiene que los arts. 1447 y 1448 del CC establece los medios de determinación del precio en la compraventa y que «estos medios pueden clasificarse en objetivos (referencia a otra cosa o cierta o a otro precio) y subjetivo (arbitrio de persona determinada)». Así pues, de acuerdo con la anterior el sistema objetivo de la LCRJA, para cuando se declara la nulidad del precio «a resultas» responde a este sistema del art. 1448 CC que establece que "También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, bolsa, mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto".

57 Vid. La disposicional adicional segunda de la LCRJA "Nulidad de los pactos con cláusulas de indeterminación del precio".

58 El art. 23.2 II LMMFCA ha sido redactado de manera un tanto confusa puesto que establece que: "Asimismo, se considera infracción grave el incumplimiento de los plazos de pago en las operaciones comerciales de

manera directa que concreto plazo es el que se tiene que cumplir, de modo que en la reforma de la LMMFCA que se avecina sería conveniente en ese precepto se indicara que el plazo es de treinta días para los productos frescos y perecederos y de sesenta para los no frescos ni perecederos[59]. Sorprende que el legislador contemple directamente como infracción grave el incumplimiento de los citados plazos de pago sin haberlos configurado previamente como un requisito que han de cumplir los contratos alimentarios[60].

La efectividad de esta medida es bastante grande puesto que el citado plazo de treinta días empieza a contarse desde el momento de la entrega de los productos agrícolas. Lo que en el caso de las cosechas supone que el cómputo empieza en el mismo instante en el que los frutos se cuantifican en las operaciones de pesaje en el día de la cosecha[61]. El incumplimiento de estos ajustados plazos de pago es bastante habitual por los compradores tal como está siendo puesto de manifestó por la jurisprudencia administrativa, hasta el punto de que los recursos sobre esta infracción han sido la que más sentencias ha originado. En ocasiones, cuando el empresario ha pagado con retraso varias facturas la multa que se le ha impuesto se ha situado en un lugar avanzado de la escala de entre 3.001 a 100.000 que el art. 24.b) LMMFCA prevé para las sanciones graves[62]. Los requisitos del pago del precio dentro de los plazos que se establecen en el apartado 3º de la Disposición adicional primera Ley 15/2010 impiden que en el plazo conferido para las alegaciones se puedan aportar facturas confeccionadas a posteriori de modo

productos alimentarios o alimenticios, conforme a lo establecido en la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales". Además, nos remite a otras leyes para poder averiguar la duración del plazo con el agravante de que no indicar en que artículo de las mismas se encuentra. Es evidente que lo más práctico era que el plazo hubiera sido fijado en ese mismo precepto.

59 No es fácil de encontrar el plazo de 30 días en la Ley 15/2010 puesto que se encuentra en la Disposición adicional primera (Régimen especial para productos agroalimentarios): "1. Los aplazamientos de pago de productos de alimentación frescos y perecederos no excederán en ningún caso de 30 días a partir de la fecha de la entrega de las mercancías. Se entenderá por productos de alimentación frescos y perecederos aquéllos que por sus características naturales conservan sus cualidades aptas para comercialización y consumo durante un plazo inferior a treinta días o que precisan de condiciones de temperatura regulada de comercialización y transporte. 2. Con relación a los productos de alimentación que no sean frescos o perecederos los aplazamientos de pago no excederán en ningún caso de 60 días a partir de la fecha de la entrega de las mercancías […]".

60 Rodríguez Cachón, T.: "Relaciones contractuales", cit., p 220.

61 Arnau Moya, F.: La compraventa de cítricos, cit., p.225, estima que el Código civil (art. 1452.3) al referirse a la venta de "cosas fungibles que se vendieron por un precio fijado con relación al peso, número o medida", no dice cuando se entiende entregada la cosa, puesto que sólo determina cuando se entiende transmitido el riesgo al decir "no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora". No obstante, se acepta el momento del pesaje de la cosecha como el de la entrega.

62 Son varias las sentencias en las cuales se confirman las multas propuestas por el AICA. Así la TSJCV (Secc.5ª) 21 enero 2020 (Tol 7874489), multa de 3001 €; SJCCA (nº1) 12 julio 2019 (JUR 2019,255583), multa de 52.285,43 €; SJCCA (nº1) 4 abril 2019 (Tol 7251384) multa de 31.948,45 €; STSJ Madrid (nº10) 31 enero 2019 (Tol 7107723), multa de 3001 €; STSJ Extremadura (Secc. 1ª) 28 noviembre 2017 (Tol 6491060), multa de 3001 €; la SJCCA (nº1) 10 octubre 2017 (Tol 6546563), multa de 3001 €; la SJCCA (nº2) 23 mayo 2017 (Tol 6416779) multa de 10000 €; la SJCCA (nº7) 18 mayo 2017(Tol 6417626), multa 10000 €; SJCCA (nº 5) S. 1 marzo 2017 (JUR 2017,275589), multa 28.462,83 €; SJCCA (nº 11) 22 febrero 2017 (Tol 6416789), multa 3001 €; la SJCCA (nº4) 8 febrero 2017 (Tol 6416780), multa de 5.173,85 €; SJCCA (nº1º) 23 diciembre 2016 (Tol 6546561), multa de 10000 €.

similar a como puede hacerse con los contratos[63]. Es destacar que en alguna de estas sentencias de manera indirecta viene a admitirse que con esos plazos tan breves ya no es posible vender «a resultas» porque la dinámica del mercando hace imposible el pago puntual de las facturas[64]. Piénsese que tras la primera venta el comprador tiene que efectuar una segunda que es la que se utiliza como referencia para el cálculo de la liquidación. Así pues, o se realiza una compraventa «a resultas» exprés en la que se tiene que haber liquidado y pagado el precio de la de venta al agricultor dentro de los 30 días siguientes a la recolección o se incurre en una infracción grave del art. 23.2 II con fuertes multas. La posibilidad de que exista todavía un resquicio para la celebración de compraventas «a resultas» si se respetan estos breves plazos de pago y la fórmula para el cálculo de precio es impecable es otro argumento en favor de prohibir este tipo de ventas.

Con relación a los plazos de pago la LMMFCA, aunque no lo diga, sí que provoca unos efectos civiles que son directamente aplicables en los procesos de esa naturaleza. Hasta la publicación de la ley de cadena alimentaria, en estricta técnica jurídica, no era posible aplicar a las ventas civiles de cosechas a los almacenes mayoristas los intereses previstos por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Ahora ya es posible aplicar el interés de demora previsto en el art. 7 de la denominada ley antimorosidad en un pleito sobre cosechas aún a pesar de no ser materia mercantil[65]. No obstante, sí que era posible aplicar a las ventas de cosechas el régimen del pago de intereses y sanciones previstos por la Ley de Ordenación del Comercio minorista cuando se trataba de la venta de cosechas o productos hortofrutícolas a distribuidores minoristas[66].

4. Prohibición de las modificaciones unilaterales.

En el capítulo II del título I (arts. 12 a 14) de la ley de la cadena alimentaria se regulan las denominadas prácticas comerciales abusivas[67]. Entre estas destaca la relativa las modificaciones unilaterales de las prestaciones que se utiliza

63 Establece la citada disposición transitoria 3 que "Los destinatarios de las correspondientes entregas quedarán obligados a documentar, en el mismo acto, la operación de entrega y recepción con mención expresa de su fecha. Del mismo modo, los proveedores deberán indicar en su factura el día del calendario en que debe producirse el pago. Las facturas deberán hacerse llegar antes de que se cumplan treinta días desde la fecha de entrega y recepción de las mercancías".

64 Así se deduce de la STSJCV (Secc. 5ª) 21 enero 2020 (Tol 7874489) se recoge que el recurrente no discute que las facturas se pagaran en un plazo superior a 30 días, sino que "únicamente afirma la dificultad en cumplir con dicho plazo por la dinámica del propio mercado".

65 El art. 7.1 y 2 de la Ley 3/2004 establece que "1. El interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el tipo legal que se establece en el apartado siguiente. 2. El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales".

66 Moya Latorre, A.: "Ley española 12/2013", cit., p. 672.

67 El ámbito de aplicación de estas medidas es para toda la cadena y no exclusivamente para los contratos alimentarios.

frecuentemente en el mundo de las ventas de cosechas, especialmente si estas son verbales. Estas modificaciones, frecuentes en el mundo de la contratación de productos agrarios, están prohibidas por el art. 12.1 LMMFCA, salvo que se efectúen por mutuo acuerdo de las partes, además los "contratos alimentarios deberán contener las correspondientes cláusulas en las que se prevea el procedimiento para su posible modificación y, en su caso, para la determinación de su eficacia retroactiva"[68]. Realmente esta medida no constituye una traba para contratar «a resultas» aunque sí que puede servir para impedir uno de sus efectos perversos como es la modificación unilateral de la comisión pactada por el comprador alegando cualquier tipo de excusa como la bajada de precios en el mercado de destino.

V. UTILIZACIÓN CONJUNTA DE LA VÍAS ADMINISTRATIVA Y CIVIL CONTRA LA VENTA «A RESULTAS».

Las medidas que implementa la LMMFCA, al regular los contratos alimentarios o las prácticas comerciales abusivas, no sólo cumplen una misión de interés público al poderse utilizar para combatir a la venta comercializar, sino que también refuerzan la posición del agricultor cuando pretenda obtener en el ámbito civil una satisfacción por los daños que ha sufrido su patrimonio por aquellas prácticas abusivas. De modo que quien ha vendido una cosecha con un precio «a resultas» y tras la liquidación ha comprobado que le han pagado un precio que en ocasiones no cubre los gastos de producción puede acudir a la vía civil para interponer la correspondiente demanda en la que interponer las correspondientes acciones para obtener la reparación patrimonial de los daños que le ha causado ese tipo de venta. Para ello la defensa jurídica del agricultor intentará que se declare la nulidad de la cláusula en la que se establece el precio «a resultas» y que se sustituya aquel precio indeterminado por otro calculado de manera objetiva. Todo ello pasa por demostrar que el precio calculado «a resultas» en el contrato en que ha sido parte viola el mandato del art. 1449 que prohíbe que la fijación del precio quede al arbitrio de una de las partes. La prohibición expresa de toda venta «a resultas» evitaría al agricultor la doble carga de demostrar en primer lugar que se ha pactado «a resultas» y además, si el concreto contrato en el que ha sido parte viola o no la prohibición del art. 9.1c) LMMFCA puesto de entrada sería suficiente con probar que se ha vendido «a comercializar».

Las medidas de la LMMFCA, utilizadas de manera combinada con el Código civil contribuyen a facilitar la carga de la prueba que, como demandante, le

68 Moya Latorre, A.: "Ley española 12/2013", cit., p. 670, entiende que el art. 12.1 posibilita dejar al arbitrio de una de las partes la modificación de las condiciones contractuales siempre que el mecanismo de modificación se haya previsto de mutuo acuerdo en el contrato. No obstante, esta autora recomienda que cualquier mecanismo de modificación que se prevea en el contrato además de pactarse por mutuo acuerdo también debería comportar que cualquier modificación requiera la efectiva conformidad de ambas partes.

corresponde al vendedor. Para beneficiarse de la ley de la cadena alimentaria, el agricultor que se haya visto obligado a contratar «a resultas», y quiera impugnar la cláusula de indeterminación del precio, tendría que iniciar sendos procedimientos, uno en el ámbito administrativo que le facilitará la obtención de prueba documental y otro en el ámbito civil donde se apoyará en la prueba obtenida en la vía administrativa. Lo recomendable es que el agricultor, una vez haya cobrado la correspondiente liquidación, inicie en primer lugar la vía administrativa, presentando la correspondiente denuncia ante AICA, alegando cualquiera de las violaciones del articulado de la LMMFCA en las que el vendedor tiene que incurrir al utilizar la venta «a resultas» como suelen ser la falta de forma escrita, el incumplimiento de los plazos de pago y, especialmente la falta de determinación del precio. Tras la denuncia la AICA procederá a realizar la correspondiente inspección, en la que se le efectuará a la vendedora el correspondiente requerimiento de información y en su caso de documentación, todo lo cual se reflejará en la correspondiente acta de control. En el caso de detectarse alguna violación de la LMMFCA tendrá lugar el acuerdo de inicio de expediente sancionador que, tras una fase de alegaciones, terminará en una propuesta de resolución del expediente sancionador, que tras una segunda fase de alegaciones podría terminar con una resolución de la Dirección General de Industria Alimentaria que impondría, en su caso, la correspondiente sanción en el supuesto de que se estimase que ha concurrido alguna las infracciones señaladas en la LMMFCA[69].

Llegados a este punto, con independencia de sucesivos recursos que todavía pueda presentar el expedientado, el vendedor ya ha podido preconstituir la prueba documental que acompañará a la demanda civil. Piénsese que en la mayoría de supuestos de ventas «a resultas» estas se realizan de manera oral, lo que dificulta enormemente la prueba de los hechos constitutivos de la demanda cuya carga le corresponde al demandante[70]. Así pues, el sistema multas de la LMMFCA del que el vendedor suele huir por su tradicional miedo a no poder vender su cosecha en años posteriores si presenta una denuncia, aun a pesar de que la LMMFCA

69 Real Decreto 227/2014, de 4 de abril, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Información y Control Alimentarios, establece en su art. 12 (Impugnación y reclamaciones contra los actos de la Agencia) establece que: "Los actos y resoluciones del Director de la Agencia no ponen fin a la vía administrativa, salvo en materia de personal, y contra los mismos se podrá interponer recurso de alzada ante el Secretario General de Agricultura y Alimentación". Contra la resolución de la Secretaría General de Agricultura y Alimentación del Ministerio de Agricultura cabe recurso contencioso-administrativo ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo.

70 Como ya señalé en Arnau Moya, F.: "La compraventa «a resultas»", cit., pp. 21-22. La inspección de AICA será de gran ayuda para preconstituir la prueba para el posterior proceso civil, puesto que «las actas levantadas por los inspectores de la Agencia tienen el carácter de documento público y, salvo que se acredite lo contrario, harán prueba de los hechos que en ellas se recojan» (disposición adicional primera 7. II LMMFCA). Por otra parte, los Inspectores de AICA podrán "acceder a los libros y documentos relativos a la actividad de la entidad, cualquiera que sea su soporte material y, en particular, a todos los que acrediten el origen de sus compras y el destino de sus ventas y sus respectivos precios y valores, así como obtener copias o extractos, en cualquier formato y soporte, de dichos libros y documentos" [disposición adicional Primera 8.c)]. De este modo fácilmente se consigue una información sobre una documentación a cuyo acceso sería complicado y farragoso desde el proceso civil.

garantiza el anonimato[71], realmente sí que le reporta una gran utilidad puesto que la vía administrativa es mucho más eficaz para conseguir las pruebas necesarias para el posterior pleito civil en que el que todo se tendrá que resolver aplicando el Código civil[72]. Todo ello sin olvidar el enorme carácter disuasorio de las multas puesto que cuando el autor de la infracción es reincidente las sanciones pueden pasar de un escalón al superior, es decir de leves a graves (art. 23. 2) y de graves a muy graves (art. 23.3) siempre que la reincidencia tenga lugar dentro de dos años desde la sanción por resolución firme en vía administrativa de la primera de ellas. La diligencia del comprador en evitar las multas hará que este se prodigue en la entrega de documentación que le pueda exculpar ante AICA, este exceso de celo del vendedor al facilitar a la inspección cuanta documentación sea necesaria para escaparse de las sanciones administrativas será de gran utilidad al vendedor ya que podrá utilizarla en la vía civil.

El vendedor al presentar la denuncia ante la AICA ya tiene que estar pensando en la estrategia a seguir en el subsiguiente proceso civil, por lo cual tendrá que tener en cuenta las siguientes previsiones. En los contratos orales «a resultas» el comprador siempre ha facilitado una mínima documentación al agricultor, entre otros motivos, porque necesita que el agricultor se sienta vinculado contractualmente y no venda su cosecha a otro comprador. Así pues, frecuentemente se entrega una cantidad a cuenta de la cosecha que deja el correspondiente rastro bancario y contable. Esta mínima documentación que se le facilita al agricultor (anticipo del precio o el albarán de entrega de la recolección) le servirá para que la denuncia presentada ante la AICA tenga una cierta credibilidad, especialmente ante la previsible negación del comprador de que haya celebrado venta alguna con el denunciante. En el escrito de denuncia se tendrán que indicar que concretos derechos reconocidos por la LMMFCA han sido violados por el comprador. En primer lugar, habría que indicar, si ese es el caso, que el contrato de compraventa no se ha formulado por escrito antes del inicio de las prestaciones (art. 8. 1) sino que ha sido confeccionado al final de la campaña agrícola. En segundo término, tendría que indicarse que el pago del precio de los productos agrícolas no se ha producido dentro del plazo de los 30 días plazos previstos en el art. 23.2 II LMMFCA. Finalmente, se tiene que señalar que el precio (pactado oralmente o incluso por escrito) no se ajusta a las

71 Comparto la opinión de Santaolalla Montoya, C.: "La Ley 12/2013", cit., p. 143 de que los agricultores no tienen confianza en que se preserve el anonimato de las denuncias que se presentan ante la AICA, son reacios a interponer denuncias porque creen que su identidad se acabará filtrando y pondrá en peligro su propio negocio y el sustento de su familia.

72 En numerosas ocasiones, con diferente éxito, en los pleitos de compraventa de cosechas «a resultas», la parte disconforme con el precio pactado, intenta que el tribunal lo sustituya por otro calculado de manera objetiva. En la SAP Lleida (Secc. 2ª) 30 enero 2019 (Tol 7061904), en una venta «a resultas» se intenta sin éxito que se aplique un precio objetivo (precio medio de la lonja de Bellpuig). En la SAP Badajoz (Secc. 3ª) 1 diciembre 2015 (JUR 2015,305447), se admite que se pactó un precio objetivo, el de Lonja. En la SAP Alicante (Secc. 5ª) 10 junio 2015 (Tol 5406158) no se admite que el precio sea a comercializar y se determina Se determina acudiendo a informe pericial que aporta datos objetivos como son los precios medios de mercando de los últimos 5 años.

previsiones del art. 9.1.C por no haber sido calculado "en función únicamente de factores objetivos, verificables, no manipulables y expresamente establecidos en el contrato". Sin la denuncia de que el precio no ha sido determinado de acuerdo con criterios objetivos no va a ser posible que el juez civil declare la nulidad de la cláusula que establezca el precio «a resultas». En la jurisprudencia en el momento de escribir estas líneas es casi imposible encontrar sentencias en las que se haya utilizado de manera complementaria las vías administrativa y civil. En la única sentencia en la que hay constancia del uso de esta doble vía en un contrato «a resultas», sin embargo, el vendedor incurrió en el error de no haber denunciado ante AICA, la falta de precio de la compraventa, a pesar de que sí que se denunció la falta de formalización del contrato por escrito[73]. Pero al redactar la demanda no se tuvo en cuenta que la clave de bóveda para conseguir que se determine la nulidad del precio «a resultas» no reside en la falta de forma escrita sino en la indeterminación del precio.

VI. LA PROHIBICIÓN DE LAS VENTAS «A RESULTAS» EN LA VALENCIANA LCRJA.

La valenciana LCRJA, a diferencia de la estatal LMMFCA, sí que se enfrentó directamente con la problemática de las ventas «a resultas» prohibiéndola de modo expreso. En su Preámbulo se proclama que se hizo con la intención de "introducir certeza y seguridad jurídica" en ese concreto tráfico de las cosechas agrarias y con la intención "de acabar con esa práctica manifiestamente abusiva que, con la única intención de no fijar un precio cierto y vinculante, siempre en perjuicio del productor o de la productora, hace pasar por contratos de comercialización lo que, por su naturaleza y función, son verdaderas y propias compraventas". La medida que utiliza para intentar finalizar con esa práctica ha sido establecer la nulidad de las cláusulas de indeterminación del precio en su disposición adicional segunda, medida que se completa con el establecimiento de una referencia objetiva para la determinación del precio como son los precios

73 En esta sentencia que ya hemos citado, la SAP Lleida (Secc.2ª) 30 enero 2019 (Tol 7061904) en su FD2° se destaca que "la actora en el HECHO SÉPTIMO de la demanda pone de manifiesto que presentaron ante la Agencia de Información y Control Alimentario (AICA) una denuncia contra ACTEL por los hechos objeto del presente procedimiento y en el acto de la Audiencia Previa aportaron como Más documental el correo electrónico recibido de dicho organismo, del que se desprende la incoación de dos expedientes sancionadores al existir indicios razonables de que el denunciado pudo haber cometido las infracciones tipificadas a continuación en relación al Art. 23 de la Ley 12/2013: ADA 2100,SL: ausencia de contrato: preceptos 23.1 y ACTEL SCCL: plazos de pago: precepto 23.2.II.
Por tanto, los expedientes de carácter administrativo vienen motivados por la ausencia de contrato escrito y por incumplimiento de los plazos de pago. En ningún caso, como afirmó la actora en la Audiencia Previa, el motivo de incoación de estos expedientes ha sido no determinar el precio del producto adquirido a pesar del interés que mostró en este extremo la actora en su denuncia (Doc. 4 de la demanda), y ello precisamente porque el sistema a resultas se encuentra plenamente admitido y encuentra su encaje en el Art. 9 de la citada Ley 12/2013". No obstante, a continuación ya se advierte que aún pesar de haberse incoado expediente también por la no determinación del precio, que "En cualquier caso, no podemos perder de vista que el precio de liquidación fue aceptado por la parte actora". En la sentencia se da por válida no solo la venta «a resultas» en ese caso en concreto sino en general como figura que es compatible con la determinación del precio ex art. 9.1.C LMMFCA.

publicados por el Observatorio de Precios de los Productos Agroalimentarios de la Comunitat Valenciana para la variedad objeto de contrato al tiempo de efectuar la recolección[74]. Transcurridos varios años de la publicación de la ley se constató a través de las organizaciones agrarias que las ventas «a resultas» no habían disminuido en la Comunitat Valenciana aun a pesar de su expresa prohibición. Muchos compradores simplemente cambiaron de estrategia, dejaron de comprar «a resultas» mediante contrato escrito para hacerlo de forma oral puesto que así apenas quedaba rastro de la violación de la ley. De esta forma se cometía un fraude de ley, actuando como norma de cobertura los antiguos arts. 6, 7 y 8 LCRJA que permitían contratar oralmente la venta de cosechas cuando el pago se hacía al contado. Con el contrato verbal se podía burlar la prohibición de realizar la compraventa «a resultas», llegándose incluso a firmar los contratos de compraventa una vez pagada la producción[75]. Constatada la inoperatividad de la LCRJA en su lucha contra la venta «a resultas», se reforma en el año 2019 introduciéndose toda una serie de medidas para evitar que los contratos de compraventa de cosechas puedan confeccionarse a posteriori para encubrir la prohibida venta «a resultas». Las principales medidas han consistido en establecer la forma escrita obligatoria para todos los contratos de compraventa de cosechas (arts. 3.2,6.1 y 2, 8, 15, 16.2, 22.1, 63.1.a LCRJA) y la creación de un registro de contratos de compraventa agrícolas que permite guardar constancia de los contratos firmados por las dos partes y evitar su formalización al final de la campaña (art. 55 LCRJA)[76]. Asimismo, se ha dotado a la LCRJA de una parte de naturaleza administrativa que, a imagen y semejanza de la LMMFCA, establece un sistema de infracciones y sus correspondientes sanciones (arts. 63 a 66 LCRJA). Entre estas sanciones sorprende que no constituya una infracción acompañada de sanción ni la contratación «a resultas» ni la falta de inscripción del contrato en el registro de contratos. La reforma también ha creado un sistema de inspección para controlar lo dispuesto en aquella ley (arts. 61 y 62 LCRJA) de modo similar como sucede con la estatal AICA[77]. Tal vez, esta reforma no hubiera sido necesaria

74 La disposición adicional segunda de la LCRJA (Nulidad de los pactos con cláusulas de indeterminación del precio) establece que: "Se reputarán nulos, por contrarios a esta ley, los pactos por los que el agricultor o la agricultora persona física ceda las facultades de disposición sobre la cosecha a cambio de una retribución inicialmente indeterminada, ya se exprese con la cláusula «a comercializar» o cualquier otra; y en general, todas las formas y cláusulas contractuales que hagan soportar al agricultor o a la agricultora, persona física, los riesgos de la comercialización de la cosecha en la que no interviene.
Se tendrá por precio cierto del contrato el que se recoja en el Observatorio de Precios de los Productos Agroalimentarios de la Comunitat Valenciana para la variedad objeto de contrato en la semana en que se produce la recolección o la media de éstas si fueran varias".

75 Guillem Carrau, J.: "La Llei de contractes agraris: un paso constitucional en materia de derecho foral civil valenciano", *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 29, 2017, p. 358, se refiere a esta forma refinada de burlar la ley como formalización por escrito de la venta de manera sobrevenida.

76 Para una mejor comprensión del alcance de la reforma Vid. Barceló Doménech, J.: "La reforma de los contratos agrarios valenciano", *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 34, 2019, pp. 15-41. (https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/92707/1/2019_Barcelo_RevJuridicaValenciana.pdf).

77 Palma Fernández, J. L.: "Los nuevos contratos alimentarios: análisis de la ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, pp. 243-244.

si desde un primer momento se hubiera utilizado de manera combinada la LCRJA con la LMMFCA tal como he defendido en un trabajo anterior[78]. Sin embargo, la realidad de las cosas ha puesto de manifiesto que la utilización combinada de dos leyes pertenecientes a distintos ámbitos jurídicos civil y administrativo por una parte y autonómico y estatal por otro no ofrecía la suficientemente visibilidad para que los operadores jurídicos la utilizaran ante los tribunales. Por lo tanto, me parece muy acertada la reforma de la LCRJA reuniendo en un mismo texto medidas civiles y administrativas, porque al unir todas las herramientas jurídicas contra la lucha contra esta clase de ventas en un único cuerpo legal se aumenta su eficacia.

La ley valenciana es más específica que la LMMFCA puesto que regula toda una serie de aspectos de las ventas de cosechas en las que la ley estatal no puede entrar porque su objeto principal es la mejora de la cadena alimentaria y no la regulación de las ventas de cosechas. Con la publicación de esta norma podemos afirmar que el agricultor valenciano es un privilegiado dentro del agro español por contar con una ley en la que, además de prohibirse la venta «a resultas» se regulan de forma específica toda una serie de mecanismos jurídicos pensados exclusivamente para las compraventas de cosechas de productos hortofrutícolas. En primer lugar, la ley valenciana regula las ventas agrarias con precio alzado (en valenciano «venda a l'ull» o «per alfarrassar»), y las ventas con precio fijado por unidad de peso o cantidad («venda al pes» o «per arrovat»). En segundo lugar, están toda una serie de medidas para "proteger al escalón más débil" dentro de la cadena alimentaria, el agricultor, persona física. La medida estrella ha sido la prohibición expresa de la venta «a resultas» o a comercializar. Pero también incorpora medidas para terminar con los "destríos" abusivos o se fijan fórmulas para establecer la fecha de recolección. Asimismo, se establecen toda una serie de presunciones para poder colmatar los vacíos contractuales, así como toda una serie de cláusulas tácitas de resolución contractual que permiten al agricultor, y en ocasiones al comprador, resolver rápidamente el contrato de compraventa cuando se producen las circunstancias previstas en la ley. Esta celeridad en la

78 Mi oposición a la reforma de la LCRJA ya la manifesté en Arnau Moya, F.: "La compraventa «a resultas", cit., p. 13. En ese trabajo que se publicó muy poco antes de la reforma ya propuse el uso combinado de la ley valenciana y de la estatal para combatir aquella práctica abusiva. La sorpresa al publicarse la ley es que en la misma apareció un nuevo Título VI que no figuraba en la Proposición de ley de reforma de los artículos 6, 7 y 8 y la inclusión del título V de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias, presentada por el Grupo Parlamentario Compromís publicada en el BOC número 236, el 22 de diciembre de 2017. El nuevo título que gira bajo el epígrafe de Poder sancionador, no está claramente inspirado en el Título VI (Potestad sancionadora) de la LMMFCA. La única objeción que se podría hacer es que este nuevo VI es que obliga a la Comunitat Valenciana a crear una inspección a imagen y semejanza de la estatal requiriéndose no solo un importante esfuerzo inversor sino paralizando la lucha contra las ventas «a resultas» mientras aquella se crea. Finalmente, la LMMFCA es una norma que está supeditada a cambios como consecuencia de las directivas europeas, de ahí que la ley valenciana al haber incorporado ese nuevo título estará sometida a constantes cambios. Como por ejemplo el que pueda producirse con la trasposición de DIRECTIVA (UE) 2019/633 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de abril de 2019 relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario.

resolución de los contratos, no olvidemos que se trata de compraventas de productos perecederos, permite que el vendedor pueda rápidamente resolver el contrato y vender a un tercero toda su producción o la parte que ha quedado pendiente de recolección.

VIII. REFLEXIONES FINALES.

La venta «a resultas» continúa siendo la modalidad de venta de cosechas más empleada en el sector agrario español después de haber transcurrido siete años desde que se aprobaron las dos leyes que teóricamente iban a permitir su erradicación; la prueba de este fracaso se encuentra en el escaso número de sentencias que se han dictado tras su publicación en las que la cuestión principal recaiga sobre la validez de esta modalidad de ventas de cosechas.

La LMMFCA, siendo una buena ley, sin embargo, ha constituido un absoluto fracaso para el agricultor individualmente considerado, por cuanto que el legislador ha incurrido en el error de considerar los diferentes ámbitos del derecho como los compartimentos estancos de un buque que no se comunican entre sí. La LMMFCA ha sido concebida como una ley exclusivamente administrativa hasta el punto de que sus medidas estrella relativas a los contratos alimentarios y a las prácticas comerciales abusivas, que contienen regulaciones propias del derecho privado, la LMMFCA solo les reconoce efectos meramente administrativos a través de un sistema de infracciones y sanciones. Ha sido un gran error que para determinar los efectos civiles en caso del incumplimiento de estas medidas tengan que buscarse en el ámbito del Derecho civil. Esto provoca varios tipos de problemas: en primer lugar, no deja ver con claridad que los preceptos de LMMFCA son normas directamente aplicables y, ante ese desconocimiento, se aplican las normas del código civil como el art. 1449 cuyo índice de protección es inferior al art. 9.1.c) de la ley de la cadena alimentaria. En segundo lugar, se deja excesivo margen para que el juez interprete el sentido y alcance de los preceptos de la ley de la cadena alimentaria en los pleitos civiles. El resultado final ha sido que la LMMFCA apenas se utiliza por los agricultores en los pleitos sobre compraventas de cosechas por todas las dudas que genera su falta regulación de las consecuencias civiles.

La segunda crítica que se le puede hacer a la LMMFCA que es que debería de haberse referido de manera expresa a las ventas «a resultas». No se puede combatir una práctica abusiva que tanto daño está causando en nuestro campo sin mencionarla por su nombre. Esa errónea estrategia de la ley de la cadena ha sumido a los operadores jurídicos en la más absoluta confusión, nadie puede afirmar con seguridad si la venta «a resultas» está prohibida o no en nuestro país leyendo el articulado de la LMMFCA que, si bien se regula las prácticas comerciales abusivas, no contiene ni una sola referencia a esta modalidad de venta ni tan siquiera en su Preámbulo. No hay que olvidar que nos encontramos en un mundo jurídico con

una proliferación tan enorme de leyes en la que los operadores jurídicos cuando intentan buscar la norma adecuada para solucionar un concreto lo hacen a través del buscador de las bases de datos jurídicas. Es imposible encontrar la palabra «a resultas» o su equivalente «a comercializar» dentro de la LMMFCA. En todo caso esta búsqueda nos llevaría directamente a la valenciana LCRJA que solo es aplicable en aquella comunidad.

La tercera observación a la LMMFCA, a diferencia a las anteriores, tiene carácter positivo puesto que el sistema de infracciones y sanciones sí que se está aplicando y produciendo sus efectos. Así queda constatado por la existencia de bastantes sentencias de los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo y de las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, en los que se confirman las resoluciones en las que se imponen multas por la comisión de infracciones de la LMMFCA relativas a contratos alimentarios y prácticas comerciales abusivas. La existencia de este incipiente cuerpo jurisprudencial a la larga posiblemente terminará ejerciendo un papel disuasorio sobre las empresas del sector agroalimentario. En este ámbito es donde las organizaciones agrarias tienen la posibilidad de presentar denuncias ante AICA para que intervenga realizando las pertinentes inspecciones. No obstante, esta circunstancia no es excusa para no reformar la LMMFCA en los términos que hemos señalado.

La ley valenciana nos ha mostrado la cara opuesta de la moneda, de modo que la lucha contra la venta «a resultas» desde el ámbito exclusivamente civil también ha resultado desalentadora. De nada ha servido que se diese visibilidad a la utilidad de la LCRJA de combatir este tipo de ventas en su Preámbulo y luego a través de medidas que la prohibían expresamente. No es posible encontrar en los tribunales de la Comunitat Valenciana, hasta el momento de escribir este trabajo, ni una sola sentencia en la que se declare la nulidad de una venta «a resultas» por aplicación de la LCRJA. La existencia de grandes intereses en el sector empresarial en mantener este tipo de ventas ha motivado que se utilizaran los contratos orales para disimular que las ventas se efectuaban «a resultas». Afortunadamente, el legislador valenciano ha reaccionado modificando la LCRJA dotándola de un sistema de infracciones y sanciones similar al de la LMMFCA e incorporando un registro de contratos agrarios. En el caso valenciano su escaso éxito ha provenido de no contar en su propio texto con medidas disuasorias de tipo administrativo al estilo de la LMMFCA. En un trabajo anterior afirmé que las medidas administrativas de la LCRJA no eran necesarias porque podían haberse complementado con las que establecía la LMMFCA. En estos momentos me veo obligado a rectificar y creo que ha sido un acierto condensar todas las medidas contra la venta «a resultas» en un solo texto legal puesto que la dispersión regulatoria ha causado un gran perjuicio en la lucha contra esta lacra del agro español. Las leyes para combatir la

venta «a resultas» han de ser integrales y contener en un mismo texto todas las medidas posibles para erradicarla sin importar su naturaleza civil o administrativa. La dispersión legal solo favorece al infractor.

El legislador estatal debería de seguir los pasos del valenciano y reformar la LMMFCA para convertirla en una ley integral que aumentara su eficacia contra la venta «a resultas». Para ello sería conveniente que, aprovechando la trasposición de la citada directiva, de modo expreso contemplara la venta «a resultas» como una práctica comercial abusiva; incluyéndola asimismo dentro del listado de infracciones graves y aplicándole su correspondiente sanción. Además, esta prohibición tendría que producir efectos en el ámbito del derecho privado, por lo que tendría que ir acompañada de la declaración de la nulidad de la cláusula en la que se establece el precio «a resultas». Asimismo, la prohibición debería de acompañarse de una fórmula para establecer un precio objetivo para cuando se declare la nulidad del precio calculado «a resultas». También sería necesario, la creación de un Registro estatal de contratos agrarios a los efectos de evitar que estos puedan reconstruirse a posteriori. Finalmente, la LMMFCA tendría que incluir dentro de su articulado las consecuencias civiles de la violación de todas y cada una de las normas relativas a los contratos alimentarios y de las prácticas comerciales abusivas.

No puedo finalizar este trabajo sin aprovechar para reclamar una ley de compraventas de cosechas a nivel estatal, al margen de la LMMFCA, que regule todos aquellos aspectos de este tipo de cosechas que hemos visto en la ley valenciana.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Ruiz, L.: "La doctrina de los contratos vinculados en la jurisprudencia: la conexión funcional entre el contrato de arrendamiento financiero o 'leasing' y la compraventa del bien arrendado", *RDP.*

Arnau Moya, F.:

- "La compraventa «a resultas» como base de la reforma de la ley valenciana de contratos agrarios", *Revista Jurídica Valenciana,* núm. 34, 2019.
- *La compraventa de cítricos en la Comunidad Valenciana,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020 (pendiente de impresión).

Barceló Doménech, J.:

- "La reforma de los contratos agrarios valenciano", *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 34, 2019.
- "La regulación de la venta a ojo y al peso en el Derecho civil foral valenciano. Estudio de las modalidades especiales del contrato de compraventa en la Ley 3/2013, de 26 de julio, de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias"*, Indret,* núm. 4/2014.

Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F.: *Manual de Derecho mercantil,* vol. II, Tecnos, 24ª. ed., Madrid, 2017.

Cazorla González, M. J.: "Relaciones contractuales en la cadena alimentaria y su incidencia en la competitividad de los mercados", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, año XIX, núm. 62, 2013.

Guillem Carrau, J.: "La Llei de contractes agraris: un paso constitucional en materia de derecho foral civil valenciano". *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 29, 2017.

Moxica Román, J.: *La compraventa mercantil e instituciones afines: análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2000.

Moya Latorre, A.: "Ley española 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 2, 2015.

Pacheco Jiménez, M. N.: "La determinación del precio. Fijación unilateral por una de las partes del contrato", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 5/2010.

Palma Fernández, J. L.: "Los nuevos contratos alimentarios: análisis de la ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7.

Rodríguez Cachón, T.: "Relaciones contractuales en la cadena alimentaria: análisis a la luz de la nueva regulación", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 1, enero-marzo 2018.

Sánchez Hernández, A.: "Los contratos alimentarios en la Ley de la cadena alimentaria (Referencia a la normativa y doctrina italiana dei contratti di cessione dei prodotti agrícola e agroalimentari)", *Actualidad Civil*, núm. 3, 2015.

Santaolalla Montoya, C.: "La Ley 12/2013 de la cadena alimentaria, ¿réplica o complemento de la Ley de defensa de la competencia?", *REDUR,* núm. 14, diciembre 2016.

CONVIVIENTE DE HECHO Y SUCESIÓN TESTAMENTARIA: REFLEXIONES DESDE LA OBSOLESCENCIA DEL RÉGIMEN DE LEGÍTIMAS

FELLOWSHIP OF FACT AND TESTAMENTARY SUCCESSION: SOME REFLECTION FROM THE OBSOLESCENCE OF THE LEGITIMACY REGIME

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 364-391

Salvador
CARRIÓN
OLMOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: Suele decirse que la familia goza de buena salud en España. Lo que la realidad social muestra no son "alternativas" a la familia (presupuesta la pluralidad de modelos familiares), sino al matrimonio. Las uniones de hecho, constituyen una realidad insoslayable, cuya incidencia sin embargo en lo que se refiere a la sucesión" mortis causa" deferida por testamento, deviene extraordinariamente recortada en el Código Civil por el juego del sistema de legítimas, afectado éste por una obsolescencia más que manifiesta. La comunicación pretende analizar esta cuestión en el marco del Código Civil y en el propio de los Derechos Civiles Autonómicos.

PALABRAS CLAVE: Sucesión testamentaria; uniones de hecho y sistema de legítimas.

ABSTRACT: *It is often said that family is in good health in Spain. What social reality shows is not "alternatives" to the family (presupposes the plurality of family models), but to marriage. The unions, in fact, constitute an unavoidable reality, whose incidence however in what refers to the succession "mortis causa" deferred by testament, becomes extraordinarily cut in the Civil Code by the game of the legitimate system, affected by an obsolescence more than manifest. The communication intends to analyze this issue in the framework of the Civil Code and in that of the Autonomous Civil Rights.*

KEY WORDS: *Probate sucession, fact unions, and legitimate system.*

SUMARIO.- I. EL DERECHO DE SUCESIONES EN EL CÓDIGO CIVIL. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LA OBSOLESCENCIA DEL RÉGIMEN DE LEGÍTIMAS.- 1. Acentuación de los cambios sociales y económicos.- 2. Mayor esperanza de vida.- 3. Carencia de función familiar del patrimonio.- 4. El nuevo modelo de relaciones entre padres e hijos.- 5. Desheredación e indignidad para suceder.- III. CONVIVIENTE DE HECHO Y SUCESIÓN TESTAMENTARIA. PRESUPUESTOS PREVIOS.- 1. Consideraciones preliminares.- 2. El desplazamiento y sustitución de la idea de "compromiso" por la de "satisfacción" en las relaciones de pareja.- 3. Un hecho innegable: la frecuencia en la iniciación de una nueva relación tras el divorcio o la separación.- 4. Proyección de la Ley 15/2005 sobre la sucesión por causa de muerte en los supuestos de divorcio y de separación.- IV. CONVIVIENTE DE HECHO Y SUCESIÓN TESTAMENTARIA: EL MARCO DEL CÓDIGO CIVIL.- 1. Incidencia de los Derechos civiles autonómicos.- 2. La necesidad de contemplar al conviviente de hecho supérstite en el marco del Derecho de sucesiones del Código Civil.- 3. La disposición por testamento a favor del conviviente. Criterios generales.- 4. ¿Atisbos de solución en tanto no llegue la reforma?- A) Inexistencia de derechos sucesorios para el conviviente como punto de partida- B) Las denominadas cláusulas compensatorias de la legítima: "cautelas socini" o "socinianas".- C) Casuística.- D) ¿Un testamento integrado por legados?

I. EL DERECHO DE SUCESIONES EN EL CÓDIGO CIVIL. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Tema sobradamente manido, y convertido en lugar común, el de la necesidad y urgencia de una reforma del Derecho de sucesiones por causa de muerte en el Código Civil. No cabe detectar, desde luego, posición o postura alguna contraria. Las discrepancias o divergencias se constatan después, cuando admitida y aceptada esa premisa fundamental, se pretenden establecer las líneas o directrices básicas por las que debería discurrir dicha reforma.

Y es que si pasáramos revista al ya numeroso elenco de reformas acontecidas en el articulado de nuestro Código desde su promulgación en 1889, se impondría concluir que, excepción hecha (aun con las debidas matizaciones)[1] de la llevada a

1 Aún con matizaciones, por cuanto las reformas en el Derecho de sucesiones de la Ley 11/81, pese a su calado y profundidad, no afectaron a las cuantías de las legítimas sino al número de legitimarios (ahora potencialmente aumentado tras la plena equiparación de efectos entre todos los tipos de filiación). Y otro tanto cabría decir de las alteraciones introducidas en tema de preterición, asimismo dependientes en gran medida de la reforma en el campo de la filiación.

• Salvador Carrión Olmos
Profesor emérito de Derecho Civil. Universitat de València (EG). Correo electrónico: Salvador.carrion@uv.es.

cabo por la Ley 11/81, de 13 de mayo[2], y quizá asimismo (aunque en menor medida) por la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad[3], ninguna de las restantes habría de incidir de modo sustancial en los criterios o directrices nucleares o básicos que, para la sucesión por causa de muerte, diseñara el legislador decimonónico[4].

La incidencia, pues, de la Ley 11/1981 sobre el sistema de legítimas no lo fue tanto "cualitativa" sino "cuantitativa", aumentando el número de legitimarios. Mayor, (aunque asimismo limitado) habría de ser ese grado de incidencia en cuanto al régimen de la sucesión intestada, adelantando tímidamente la posición

2 Considerada por algunos, no sin razón, como la más importante y trascendental de las reformas del CC. Y es que, aunque habitualmente se suela hacer objeto de una consideración unitaria a ambas leyes de reforma, ley 11/81, de 13 de mayo, y 30/81, de 7 de julio, por cuanto ambas venían a dar cumplimiento en el articulado del Código a los valores, principios y normas contenidas en el texto constitucional. Con todo, creo certero el punto de vista que tiende a considerar aun de mayor calado y profundidad la reforma del régimen de la filiación, de la patria potestad y de la economía del matrimonio, que la que escaso tiempo después se llevaría a cabo en el régimen jurídico del matrimonio, y en la que descollaría como novedad ."estrella" la admisión del divorcio. E incluso esta misma habría de palidecer ante el contenido del 108 surgido de aquella reforma.

3 La referencia a la Ley 41/2003, a lo que creo, se ofrece clara y en consecuencia escasamente discutible. Y es que, con el propósito por demás loable de protección patrimonial de la persona con discapacidad, habrían de introducirse modificaciones, sin duda, de calado y sustanciales en el régimen de la legítima de los descendientes, alterando el principio de intangibilidad de aquella, al admitirse el establecimiento por el testador de una sustitución fideicomisaria que venga a gravar el propio tercio de legítima estricta. Y, de combinarse esta posibilidad (art. 808) con la eventual determinación relativa al tercio de mejora, si el causante lo desea, podría atribuir, aunque fuere en condición de heredero fiduciario, los dos tercios de legítima a uno o varios legitimarios incapacitados judicialmente, quedando los demás como meros herederos fideicomisarios. Y, al margen ya del hipotético, pero posible, establecimiento, de un fideicomiso de residuo (siquiera limitado este al llamado "tercio de mejora", dado que no parece aceptable pudiere jugar asimismo respecto del tercio de legítima estricta), nada se opondría a que, de un lado, el tercio de libre disposición (en plena propiedad) viniere atribuido al legitimario incapacitado judicialmente, y, de otro, ningún obstáculo existiría para la atribución asimismo a éste del tercio de mejora en su integridad, y en plena propiedad, dado que necesariamente ha de ir a parar, en todo o en parte, a hijos o descendientes.
Todo lo anterior, unido asimismo a la reforma del art. 831, vendría a poner de relieve la importancia y el calibre de la reforma del Código por esa Ley 41/2003, que habría de suponer un cierto grado de relajación en ese "corsé" que, para el testador del Código, implica el régimen de legítimas. Obviamente, la finalidad primera y principal del legislador era primordialmente beneficiar al legitimario judicialmente incapacitado, pero, ello habría de traducirse en una ampliación de la libertad del testador, siquiera únicamente operativa de concurrir el supuesto de hecho previsto.
En esta misma línea de "relación" misma de la importancia de las legítimas, a través de una sensible reducción de sus mecanismos de protección, se encuadraría la reforma de la figura de la prodigalidad por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del CC en materia de tutela.

4 A esta conclusión, como digo, se llega con suma facilidad con solo examinar el elenco de leyes de reforma del CC desde su entrada en vigor: Ley 21 julio 1904; Real Decreto-Ley 13 enero 1928; 24 abril 1958 (siquiera esta con alguna mayor incidencia en materia sucesoria, en lo atinente a la entonces llamada "adopción plena" de un lado, y de otro, llevando a cabo una ligera ampliación en la cuantía de la legítima del viudo, pero insuficiente de suyo para desvirtuar esa inalterabilidad de las reglas básicas); lo que cabría predicar también de otras reformas posteriores; 7/1970, de 4 de julio, atribuyendo a adoptado y adoptante la posición sucesoria del hijo y del padre legítimos; 22/1978, de 26 de mayo, siquiera con incidencia en el régimen de las causas de indignidad y desheredación; 11/1990, de 15 de octubre, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo; 30/1991, de 20 de diciembre, sobre supresión de los testigos en los testamentos (como regla general); finalmente, y en lo relativo a la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del CC y de la LEC en materia de separación y divorcio, su incidencia en el marco del Derecho sucesorio no pasaría de ser "efecto reflejo" de los cambios acontecidos en ámbito de la legislación matrimonial (relevancia de la separación de hecho en cuanto a la privación de la legítima y del llamamiento a la sucesión intestada del premuerto), sin que tampoco quepa atribuir alcance propiamente sustantivo en materia sucesoria, y sí a las dudas acerca de su constitucionalidad, a la supresión del párrafo 2° del art. 837.

del cónyuge viudo por delante de los colaterales del premuerto, sin atreverse no obstante a situarlo por delante de los ascendientes.

II. LA OBSOLESCENCIA DEL RÉGIMEN DE LEGÍTIMAS.

Los cambios sociales y económicos acontecidos en nuestro país ya en los años anteriores a la entrada en vigor de la Constitución, y notoriamente acentuados con posterioridad, habrían de incidir con fuerza en el Derecho sucesorio del CC. De la mano de los cambios en el ámbito de la(s) familia(s), la obsolescencia e inadecuación a las nuevas realidades sociales del régimen de la sucesión por causa de muerte era corolario obligado.

Ninguna duda parece quepa en cuanto a la circunstancia de que, esa obsolescencia del régimen de legítimas, era ya manifiesta en 1981. Sin embargo, como se apuntó con anterioridad, la reforma en el marco del Derecho sucesorio no se abordó en profundidad, sino únicamente en la medida necesaria (en lo fundamental) para "albergar" la llevada a cabo en el régimen de la filiación[5], y mejorar (aunque no mucho) la posición del viudo/a en la sucesión intestada del cónyuge premuerto, adelantándolo a los colaterales, pero sin atreverse siquiera a colocarlo por delante de los ascendientes. De otra parte, en cuanto a la cuota legitimaria tampoco se le amplió, ni se cambió la naturaleza de su atribución (usufructo vitalicio). A razones bien distintas, obedecería la redacción dada entonces al párrafo segundo del art. 837, extendiendo el usufructo del viudo/a a la mitad de la herencia en un supuesto casi calificable, o sin casi, de laboratorio[6].

1. Acentuación de los cambios sociales y económicos:

Esos cambios sociales y económicos que ya era posible constatar al tiempo de las reformas legislativas de 1981, es innegable que habrían de acentuarse

5 Parecen corroborar este aserto las consideraciones, ya clásicas, de Bercovitz Rodríguez Cano, y referidas a las reformas de 1981: "La envergadura del cambio, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, contrasta con la rapidez del proceso legislativo para llevarlo a cabo". El autor suministraba a renglón seguido las razones de ese contraste entre "envergadura" del cambio y "rapidez" del mismo: el choque de esa parte del Ordenamiento con la Constitución del 78 era frontal y directo. A las prisas en las reformas del Código, y a sus inconvenientes, sin eximir de tal censura a las acontecidas en 1981, se referiría asimismo este autor. Bercovitz Rodríguez Cano, R: "Prólogo", en *Código Civil*, Tecnos, 29ª ed., Madrid, 2010, p. 23. Y quizá no se trate únicamente de esa relación entre "prisas" en las reformas y graves errores técnicos, que también, sino en su contraria, reflexión pausada y detenida de las reformas y consecución entonces de un resultado mucho más acorde a la realidad social del momento. De haber concurrido lo anterior, ¿acaso resultaría descabellado suponer que el llamamiento del cónyuge en la sucesión intestada (en ausencia, claro es, de crisis matrimonial) se hubiere antepuesto al de los ascendientes del premuerto?, ¿o que quizá se hubiere dotado al cónyuge sobreviviente de una posición más ventajosa en cuanto legitimario, ampliando su cuota, o quizá atribuyéndosela en plena propiedad?

6 El de que los únicos herederos forzosos que concurriesen con el viudo o viuda, fueren "hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos", simple perífrasis para referirse a los *hasta* entonces llamados "adulterinos". Es claro que el designio legislativo no era tanto el de atribuir al sobreviviente una situación más ventajosa, sino el de evitarle el escarnio representado por mantenerle su legítima en un tercio de la herencia en usufructo, pese a concurrir a aquella única y exclusivamente con los hijos habidos en relaciones extramatrimoniales del difunto.

intensamente en el periodo posterior. La sociedad española actual es muy distinta de la existente a la entrada en vigor de la Constitución, y cabría decir sin temor al error que la profundidad de esos cambios sociales acontecidos en nuestro país no guarda del todo relación con el periodo de tiempo transcurrido: dicho de otra manera, la dimensión e intensidad de ese cambio excede con mucho los poco más de cuarenta y un años desde la vigencia de aquella. Sin duda se trata de un periodo dilatado, pero, a lo que creo, la celeridad en la transformación de la sociedad española lo ha sido aun en mayor grado. Muchos y diversos son los planos en que se manifiestan esas transformaciones, y que aquí obviamente no se pretende sino apuntar, renunciando además a cualquier propósito exhaustivo. Se trataría, pues, de intentar trazar simples pinceladas enunciativas sobre algunos de ellos, cuya incidencia en el régimen de legítimas y, en general, con espectro algo más amplio, en la regulación de la sucesión por causa de muerte en el Código civil, se ofrece difícilmente cuestionable.

2. Mayor esperanza de vida.

Es dato sobradamente constatado por las estadísticas que España figura entre los países del mundo con una mayor esperanza de vida de sus habitantes. Con todas las matizaciones que se quieran, consecuencia en gran medida de la crisis económica y financiera de 2008, el modelo del denominado "Estado de bienestar", surgido con fuerza en Europa tras la segunda conflagración mundial, el modelo del Estado prestador de servicios, es el acogido por la CE ("Estado social y democrático de Derecho"), y una de cuyas columnas vertebrales es un sistema sanitario público eficaz y universal, y en consecuencia, protector de la totalidad de la población.

La incidencia de lo anterior sobre la elevación de la esperanza de vida de los ciudadanos se impone por evidente, y el consiguiente "desajuste" con la función misma de un sistema de legítimas como el todavía albergado en el Código no puede ser cuestionado.

La mayor longevidad de los padres implica que, frecuentemente, cuando la legítima se percibe por los hijos éstos, a su vez, han alcanzado una edad en la que una tal percepción se ofrece ya en buena medida carente de utilidad, o desde luego sensiblemente disminuida, dado que esa percepción llega con mucho retraso respecto a los periodos esenciales de estudio y formación del hijo, creación de una familia, empleo, etc. En definitiva, la legítima "llega tarde", convirtiéndose así, en expresión coloquial del Prof. Díez Picazo, en un "souvenir"[7].

7 Claro es que, dado que la legítima puede percibirse por cualquier título, nada obsta a que el testador haga donaciones en vida al legitimario, que, lógicamente, deberán considerarse como anticipo de legítima, con la consiguiente imputación al tercio correspondiente. Esta posibilidad suele ser habitual por parte de progenitores, que ni quieren, ni suelen, diferir hasta su muerte la atribución al hijo de lo que le corresponda

3. Carencia de función familiar del patrimonio[8].

La reforma del CC por la Ley 13/ 1983, de 24 de octubre, de reforma de aquél en materia de tutela, incidiría asimismo en el régimen de las legítimas a través de la reforma del instituto de la prodigalidad, que lejos de proteger ya las expectativas de los "herederos forzosos", pasaría a serlo del derecho de alimentos[9].

El régimen de legítimas subsistía intacto, pero con una caída más que importante en cuanto a sus dispositivos de protección, puesto que en el caso de que los familiares a que se refiere el precepto no existan, o existiendo, no tengan derecho a alimentos (arts. 142 y ss. CC), cada uno es libre de gastar, o malgastar, cuanto le venga en gana. La cuestión entonces, como se acaba de apuntar, en cuanto a la protección de las legítimas no puede menos de plantearse en toda su crudeza: ¿cómo armonizar el juego de la figura de la prodigalidad en ese su diseño de 1983, y vigente en la actualidad, con la normativa protectora de las legítimas a través de la figura de reducción de donaciones por inoficiosidad? En la hipótesis de que ese sujeto malgastador, pero carente de esos familiares o que, aun teniéndolos, no tengan derecho a alimentos, no haya hecho donaciones, sino que simplemente haya sido un manirroto, ¿cómo se protegerán las legítimas de sus hijos o descendientes? En la hipótesis contraria, cuando ese sujeto manirroto sí haya hecho donaciones a terceros que, luego, resulte que no quepan en el tercio libre, se impondría concluir que, en el plano teórico (más desde luego que en el práctico) cabría, en su caso, el ejercicio de la acción de reducción de aquellas. Tal planteamiento no puede menos de presentarse artificial y casi impracticable en un plano real.

---

por legítima, pero tal modo de proceder no era desde luego el habitual al tiempo de la promulgación del Código, ni tampoco con posterioridad ("Sólo cuando estés acabando tus días, a la hora de la muerte, reparte tu herencia", *Libro del Eclesiástico,* 33, 4).

8 En tema de legítimas, quizá hubiere que hacer alguna reflexión sobre una circunstancia tan elemental como la referida a la escasa importancia económica que, en muchos casos, tendrá realmente la legítima. No es ya que "llegue tarde", que también, sino que cuantitativamente represente en multitud de supuestos, como digo, una atribución patrimonial de escaso valor en contextos socio-económicos como los actuales. El régimen de legítimas que el Código consagró a finales del XIX, no lo olvidemos, tenía como "destinatarios" principales, aunque no exclusivos, a las clases medias, a una burguesía en gran medida enriquecida por el proceso desamortizador. El Código fue, como decía De Castro, hijo de su tiempo, destinado a una sociedad agraria y rural. Los tiempos actuales son bien distintos. Para un gran mayoría de personas, carentes de bienes de fortuna heredados de sus mayores, a su fallecimiento, lo más probable es que la legítima de sus hijos haya que referirla a la mitad del haber ganancial correspondiente al difunto, y, a su vez, es muy posible que ese haber ganancial (en su totalidad) se circunscriba a la vivienda familiar (sobre la que, posiblemente, exista una copropiedad por cuotas en función de las aportaciones respectivas, cuando la vivienda se adquirió por uno de los cónyuges antes del matrimonio), un utilitario, y quizá alguna imposición a plazo de escasa cuantía en una entidad bancaria, fruto a su vez del trabajo de ambos cónyuges. Lejos, por tanto, de esa realidad socio económica que, preponderantemente, tuvo en cuenta el legislador del CC.

9 El texto del art. 294 (luego derogado y trasplantado en su literalidad, siquiera con distinta numeración, a la LEC) surgido de la reforma por Ley 13/83, disponía: "Podrán pedir la declaración de prodigalidad el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos, y los representantes legales de cualquiera de ellos, Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal".

4. El nuevo modelo de relaciones entre padres e hijos.

Es más que evidente que el modo de relacionarse los/las padres/madres con sus hijos/as ha cambiado sustancialmente respecto del imperante no hace muchos años atrás, incluso aun después de la entrada en vigor de la Constitución. No se trata únicamente del ya manido, por tantas veces aludido, "derrumbamiento" de ese modelo de familia patriarcal que el CC heredó del *Code* napoleónico de 1804.

Las crisis intergeneracionales tan de nuestros días, la implantación de lo que se ha venido a denominar "familias de diverso talante" han puesto el acento en el individualismo, y en la satisfacción de las necesidades de la persona, dejando (como inevitable consecuencia) un gran vacío en el ámbito de las relaciones de la propia familia, cuando se trata de generaciones distintas[10].

Formas diferentes de entender la vida, juntamente con la transformación de los principios éticos y morales, constituyen una fuente inagotable de problemas entre miembros de una misma familia que pertenece a diversas generaciones. En el marco de la amplísima tipología de conflictos que se generan destacan, quizá, en cuanto afecta al tema de la presente comunicación, los problemas de relación entre padres e hijos mayores convivientes en el mismo domicilio[11], y que pueden derivar en situaciones graves de violencia psíquica o física.

Dejando ahora al margen la posibilidad de que tales situaciones de violencia quepa reconducirlas, en su caso, al ámbito de la desheredación, o de la indignidad para suceder, entiendo que la puesta en cuestión de la legítima (en cuanto atribución patrimonial necesariamente destinada a hijos o descendientes)[12] cabría asimismo mantenerla incluso desde una óptica sensiblemente menor, y desde un punto de vista de justicia material, por cuanto se refiere al grado de reproche de la conducta de su hipotético beneficiario.

¿Acaso costaría trabajo imaginar supuestos en que la conducta del/a hijo/a, aun sin estar incursa en una causa de desheredación o de indignidad, tampoco merezca por su comportamiento percibir nada menos que dos tercios del caudal hereditario de sus progenitores? En el caso del hijo único, a su vez carente de

10 En este sentido, cfr. el magnífico trabajo de Ortuño Muñoz, P: "La mediación en el ámbito familiar", *Revista Jurídica de Castilla y León,* núm.29, enero 2013, p. 21.

11 Situaciones de convivencia que, a su vez, pueden encontrar su causa en una gran diversidad de situaciones previas (imposibilidad de acceso a un empleo por parte del hijo, y que al carecer de ingresos propios y no poder proceder al pago de un alquiler, se ve obligado a convivir con sus padres; supuestos de crisis de pareja por parte del hijo/a, que ha de abandonar la que había venido siendo vivienda común, y que, ante la imposibilidad asimismo de ocupar en alquiler una vivienda por pago de pensiones alimenticias y demás, ha de acogerse asimismo en la vivienda de sus progenitores. Aquí, la casuística es amplísima, pero el común denominador de la misma es el resultado, no querido pero impuesto, de la convivencia bajo un mismo techo de personas pertenecientes a generaciones distintas.

12 El planteamiento cabría obviamente extenderlo en lo atinente a la legítima de los ascendientes, pero entiendo que, por razones asimismo obvias, su grado de incidencia se ofrece sensiblemente menor.

descendencia, el testador carece de cualquier margen de maniobra para reducir esa cuantía, inexorable, de los 2/3. De existir descendientes de grado ulterior, ese margen de maniobra aumentaría indudablemente, por cuanto, como es sabido, el tercio de mejora en su totalidad, o parte del mismo, cabría que fuere destinado por el abuelo al/los nieto/s, además, en su caso, del tercio de libre disposición, pero, con todo, una tercera parte del caudal iría a parar necesariamente a ese hijo que, quizá, por su indiferencia o frialdad, no se haya hecho merecedor de aquella.

Al padre/madre les ha faltado el "calor" del/a hijo/a. No se han sentido "arropados" por él/ella en esos momentos últimos de su vida, de decrepitud y pérdida de fuerzas. Algunas visitas periódicas, sí, en casa, o en la residencia[13], algunas llamadas telefónicas, unas y otras espaciadas en el tiempo, y quizá también encajables en puridad más en un gesto de cortesía (detectado con tristeza por el progenitor), que en una relación de afecto calificable y percibido como tal por aquél[14]. ¿También en tales casos resulta lógico que, por imperativo de un régimen normativo desfasado, dos terceras partes del caudal hereditario deban ir a parar, necesariamente, a ese hijo/a? ¿Podría acaso entenderse que la respuesta normativa podría venir por el cauce de la desheredación por maltrato psicológico? ¿Acaso no se ofrece harto difícil[15] tratar de trazar una línea divisoria, nítida y segura, entre una conducta similar a la que se acaba de describir y aquella otra encajable sin dificultad en el párrafo segundo del art. 853 CC a la luz de la más reciente jurisprudencia?

5. Desheredación e indignidad para suceder.

Es evidente que la solución a la obsolescencia, e incluso (me atrevería a decir) injusticia misma de la percepción de la legítima de descendientes en casos concretos, no pasa desde luego, únicamente, por el juego de las figuras de la

13 La profundidad y envergadura de los cambios sociales acontecidos en España en los últimas décadas, incorporación de la mujer al mundo laboral, predominio de modelos familiares muy distintos al tradicional (familias "nucleares", "mono parentales", "reconstruidas, reconstituidas, o recompuestas". .) . . .Surge así la llamada "intimidad en la distancia", (término este que viene a albergar el complejo de relaciones entre los hijos y sus ascendientes, pertenecientes a la llamada "tercera edad"); las relaciones entre los miembros de la familia pertenecientes a generaciones distintas dejan de tener lugar bajo un mismo techo, la escasa superficie de las viviendas, el trabajo de los miembros de la pareja, afecta directísimamente a los mayores que, o viven solos en su propia casa (con los riesgos consiguientes cuando su salud se deteriora, ayudados en muchas ocasiones, y en mucho mayor grado por vecinos o amigos próximos que por sus hijos), o han de optar por el ingreso en residencias de mayores, abandonado su hogar de toda la vida, y conviviendo necesariamente con personas con las que carecen de lazos familiares.

14 El planteamiento a que acaba de hacerse referencia viene, en la práctica, a identificarse con el relativo a la existencia o no (en supuestos como el aludido en el texto) de maltrato psicológico, como modalidad del maltrato de obra, al considerarse que el abandono emocional contrario a los deberes inherentes a toda relación paterno-filial, puede ser considerado como maltrato psicológico, y definido por las SSTS 3 junio 2014 y 30 enero 2015, como aquella "acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima".

15 Aludiendo a estas dificultades, Carrau Carbonell, J. M.: "La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm 3, agosto 2015, p. 558.

desheredación[16], y aun menor medida de la de la indignidad[17] para suceder, sino por una reforma en profundidad del régimen de aquéllas. Una reforma que, a lo que creo, debiera bascular sobre dos criterios principales: de un parte, reducir sensiblemente sus cuantías (en lo que afecta a las legítimas de descendientes y ascendientes); mejorar (también sensiblemente) la posición del cónyuge supérstite en cuanto legitimario[18] (sin perjuicio, claro es, de anteponerlo a los ascendientes en la sucesión intestada); y de otra parte, supuesta la subsistencia del régimen de legítimas, dar entrada en él a nuevos legitimarios (conviviente de hecho), siquiera este último aserto constituiría más bien una simple hipótesis de trabajo, dado que su análisis a fondo correspondería enmarcarlo en un ámbito mucho más amplio, y que indudablemente iría más allá del ámbito de las legítimas: el de los derechos sucesorios del conviviente de hecho, planteamiento este que hace tiempo ha venido resuelto en el marco de los Derechos civiles autonómicos.

III. CONVIVIENTE DE HECHO Y SUCESIÓN TESTAMENTARIA. PRESUPUESTOS PREVIOS.

1. Consideraciones preliminares:

La importancia de la unión de hecho en la realidad social española actual es incontestable. Los datos estadísticos vendrían sobradamente a corroborarlo. Un buen dato a favor de lo que se acaba de decir es la progresiva sustitución del término "matrimonio" (ya casi desaparecido) por el de "pareja" en los medios de comunicación. Obviamente, el matrimonio es también "pareja"[19], pero sin

16 Y es que desheredar no es fácil. Hay ejemplos sonados que lo corroboran, y, para muestra bien vale un botón (el del Nobel Camilo José Cela). Sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley (art. 848 CC). Quedan excluidas, pues, cualesquiera otras, aunque sean análogas o incluso de mayor gravedad. Y las enumeradas en el CC son de interpretación estricta. Además, de la más que posible entrada en juego del art. 851.

17 La inadecuación de la indignidad respecto del tema en estudio resulta del propio régimen de aquella. De un lado, la enumeración misma de las causas de indignidad contenida en el art. 756, precisa en varios de sus apartados condena por sentencia firme, lo que de suyo vendría a desplazar sensiblemente la cuestión del ámbito del causante mismo, al hacer entrar en juego otros factores, algunos de gran complejidad, como el relativo a la necesidad de existencia de una sentencia condenatoria (así, el 756.1° establece la incapacidad de suceder por causa de indignidad del que hubiere sido condenado por sentencia firme "a pena grave por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante. . ." También el número 2° del precepto citado exige, en sus tres apartados, la existencia de sentencia firme para hacer entrar en juego la incapacidad de suceder por indignidad. Por el contrario, y a diferencia de la desheredación, la indignidad como es sabido opera por su sola presencia, y sin necesidad de que sea conocida del causante. Aun con estas llamémoslas "ventajas", la judicialización de una buena parte de causas en la indignidad (aunque no todas), vendría en alguna medida a "alejar" la figura del marco de la legítima, al menos en ese sentido al que se está haciendo referencia, que no es otro sino el de la voluntad del propio causante, que en la desheredación dispone expresamente la privación, e impide al desheredado adquirir nada de su herencia.

18 Señala con razón Carrau Carbonell, J. M.: "Las limitaciones a la libertad de testar y la injusta asignación legitimaria al cónyuge viudo en el siglo XXI: propuesta de soluciones prácticas", *Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE)*, 5 de noviembre 2019). que "en la práctica, se observa que son muchos los testadores que se posicionan en contra de la legítima de los descendientes, pero prácticamente ninguno el que se manifiesta contrario a la legítima del viudo".

19 Aunque a nadie se le oculta que, en lenguaje corriente y coloquialmente, la utilización o empleo del término "pareja" parece presuponga la inexistencia de vínculo matrimonial entre las personas a las que se refiera aquél.

duda el empleo del término "pareja" presenta la utilidad de "abarcar" situaciones de convivencia no matrimoniales, tan frecuentes por lo demás, pese a que cualitativamente se trate de realidades bien distintas desde el ángulo normativo. En ocasiones incluso la utilización del término "pareja" responde a un loable deseo de estricto respeto a la intimidad del sujeto, por ejemplo, entrevistado en un medio de comunicación. Desde la perspectiva sociológica, son muchos los que afirman que "no es la familia la que está en crisis, sino el matrimonio", las alternativas (se añade) no lo son, pues, a la/s familia/s[20]sino a la unión matrimonial. Y, con tal hilo argumental, se concluye por algunos (en un aserto más que discutible) que la familia en nuestro país "goza de buena salud".

2. El desplazamiento y sustitución de la idea de "compromiso" por la de "satisfacción" en las relaciones de pareja[21].

Es de todo punto evidente que el incremento cuantitativo de las uniones de hecho descansa sobre premisas fácilmente detectables: la primera, y a lo que creo fundamental, el desplazamiento y sustitución de la idea misma de "compromiso" por la de "satisfacción"[22] en la relación. Actualmente, en nuestra sociedad, la mayoría de las personas no entienden, ni conciben, la vida de pareja sino como una vía o cauce de acercamiento a una situación de felicidad personal[23]. La relación de pareja tendrá sentido, pues, en tanto en cuanto los sujetos que la componen se sientan satisfechos con esa relación.

Esta premisa a la que se acaba de hacer referencia, está en la base misma de los importantes cambios acaecidos en nuestra legislación matrimonial en los últimos años. Ya a poco de la entrada en vigor de la reforma del CC por la ley 30/81, progresivamente, se fue abriendo paso en la jurisprudencia la desaparición

20 La imposibilidad e improcedencia de hablar de "familia", en singular, y la necesidad de hacerlo en plural, "tipos" o "modelos familiares" distintos, entre los cuales puede optar el individuo en el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, es ya un lugar común. El poder de decisión al respecto del sujeto se ofrece así doble: de un lado, optar por constituir, o no, una familia, y, de optar por constituirla, insertarse en alguno de los tipos o modelos familiares (familia nuclear, mono parental, familias "recompuestas", cuyos miembros provienen de uniones anteriores, y aportan los hijos habidos en ellas, etc), tipo o modelo familiar éste, el de la llamada "familia recompuesta", llamado a ser, según algunos, el del futuro más inmediato.

21 "En la década de 1920, -afirma Stephanie Coontz- la reformadora neozelandesa EttieRout afirmaba que un matrimonio "sin alegría" probablemente fuera "la más peligrosa de todas nuestras instituciones". Y a finales de esa misma década, "poco a poco la gente se encaminaba hacia el divorcio porque no encontraba amor, compañerismo ni intimidad emocional en su matrimonio en vez de hacerlo porque su pareja fuese cruel o no hubiese cumplido adecuadamente con sus funciones de ama de casa o de marido proveedor", Stephanie Coontz: *Historia del Matrimonio. Cómo el amor conquistó el matrimonio*, Gedisa, Barcelona 2006, pp. 264-265.

22 "Satisfacción", "relación de pareja satisfactoria", o términos similares, ¿Cuál es su alcance? ¿Qué significan exactamente? ¿qué quiere decirse con ellos? ¿La respuesta podría ser: la relación deja de ser "satisfactoria" porque "se acabó el amor"?

23 En el marco de la sociología, algunos especialistas señalan, quizá, con acierto, como características del matrimonio en nuestro tiempo, "aún más que amor y matrimonio, la realización personal y la fragilidad (parecen ir tan unidas como un caballo y su carro", Stephanie Coontz: *Historia del matrimonio*, cit, p. 396.

de la *"affectiomaritalis"*[24] como causa de divorcio y de separación, lo que habría de constituir el antecedente inmediato y directo de la reforma de 2005.

Cuando ambos cónyuges, o uno de ellos, consideran (considere) que la relación ha dejado de ser satisfactoria, la posibilidad de disolver el vínculo está abierta por completo[25]. La operatividad así, en el plano de la legislación ordinaria, del principio del libre desarrollo de la personalidad (art.10.1 CE) se manifiesta así con toda su fuerza. Pero la profundidad misma del cambio legislativo no puede por menos que incidir, como efecto reflejo pero inexorable en otros preceptos del Código, asimismo básicos de la legislación matrimonial, y que a partir de ese cambio, necesariamente han de ser entendidos de otra manera (art. 45.1)[26].

¿Qué es lo que ha ocurrido, al margen del enfoque estrictamente jurídico de la cuestión?: el desplazamiento de esa idea de "compromiso" por la de "satisfacción personal" de cada uno de los miembros de la unión. Esta pasa a descansar ahora en la existencia, y permanencia en el tiempo, de esa "satisfacción", desaparecida la cual la unión misma carece de razón de ser. La plasmación de lo anterior a nivel legislativo en el Código correspondería al legislador de 2005.

Partiéndose de tal premisa, una consecuencia se impondrá asimismo y, desde luego, con un rigor lógico más que aplastante: los mismos vocablos "crisis matrimonial", "patología del matrimonio", y similares, carecen de sentido. La disolución por divorcio, y obviamente, aun menos la separación, no son, no deben, no pueden ser enfocadas como acontecimientos traumáticos, sino como acaecimientos normales, habituales, y no traumáticos, en la vida de pareja (sea esta matrimonial o no), y que en consecuencia resultaría erróneo someter a análisis desde un ángulo de negatividad o de reproche.

En estrecha relación con lo anterior, la segunda de las premisas viene constituida por el más que considerable aumento de familias "reconstruidas, reconstituidas, o recompuestas", integradas por miembros provenientes de uniones anteriores, y, que, en gran número de casos, aportan a esa nueva unión hijos procedentes de esas uniones. Es más que patente la existencia de una relación "causa-efecto"

24 Arcos Vieira, M. L: *La desaparición de la AffectioMaritalis como causa de Separación y Divorcio*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Aranzadi Editorial, Elcano, Navarra, 2000.

25 Sin necesidad de más requisito que el de que hayan transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio. Eliminada así la necesidad de invocar, y acreditar, una causa para el divorcio/separación, la problemática inherente a la ruptura de la relación de pareja (matrimonial, en le caso) queda fuera del litigio, lo que indudablemente supuso un avance en la protección misma del ámbito íntimo y personal de los sujetos de la relación.

26 Es obvio por evidente que el texto del art. 45.1 CC permanece idéntico a la redacción que recibió del legislador de la ley 30/81, pero no lo creo menos que su interpretación y alcance poco tienen que ver con el que la exégesis le asignaba con anterioridad a la reforma por la Ley 15/2005.

entre, de una parte, la proliferación de los supuestos de "crisis matrimonial"[27] (con la excepción de la nulidad, supuesto de menor frecuencia) y, de otra, el incremento como tipo o modelo familiar de las llamadas "familias recompuestas"[28].

3. Un hecho innegable: la frecuencia en la iniciación de una nueva relación tras el divorcio o la separación.

Un elevado porcentaje de personas, tras el divorcio o la separación, se relacionan con otras, bien sea de modo estable u ocasional. E incluso se casan de nuevo[29]. Pero a lo que aquí importa, se trataría de subrayar la indudable incidencia que puede y suele tener en orden a la constitución de una pareja de hecho la existencia de una situación de divorcio/separación previos.

4. Proyección de la Ley 15/2005 sobre la sucesión por causa de muerte en los supuestos de divorcio y de separación.

La reforma de 2005 sin duda merecería el calificativo de "clarificadora" en lo que se refiere al régimen de la sucesión por causa de muerte entre divorciados o separados, en cuanto extingue recíprocamente los llamamientos respectivos, no solo en el marco de la sucesión intestada sino también en lo atinente a la cuota legitimaria. El divorciado, y asimismo el separado legalmente o de hecho, carece de derecho alguno en la sucesión *mortis causa* del premuerto, y el legislador no ha limitado esa absoluta exclusión a los supuestos de disolución por divorcio, lo que no puede menos de resultar enteramente lógico, sino también en los de separación judicial o de hecho, en los que la persistencia "formal" del vínculo viene neutralizada (a los efectos que aquí importan) por la carencia de *affectio maritalis*.

IV. CONVIVIENTE DE HECHO Y SUCESIÓN TESTAMENTARIA: EL MARCO DEL CÓDIGO CIVIL.

1. Incidencia de los Derechos civiles autonómicos.

27 En cualquier caso, la denominación misma de "crisis" para referirse a los supuestos de "patología" en las relaciones de pareja, es rechazada – por inadecuada – por sociólogos y expertos en mediación familiar, para quienes el enfoque de tales situaciones como "traumáticas" carece de sentido, postulando por el contrario su consideración como acontecimientos normales en la relación de pareja, cuando dicha relación ha dejado de ser "satisfactoria" para ambos o para uno de sus miembros.

28 Aquí la terminología no es unívoca. Se habla de familias "recompuestas", pero también suele ser usual la de familias "reconstruidas", o "reconstituidas". El sociólogo Meil Landwerlin (de la UAM), se refiere asimismo al reto que supone para las familias reconstituidas encontrar nombres para definir sus vínculos. "La familia cambia, la política no", *El País*, viernes 13 de diciembre de 2013, p.38. En cualquier caso, el parecer de muchos sociólogos es el de que tal modelo familiar está destinado a convertirse, si es que no lo es ya, en el predominante en el futuro más inmediato.

29 En ocasiones, numerosas por lo demás, ese matrimonio posterior se produce cuando tienen hijos comunes (se entiende), o deciden compartir una hipoteca porque, tal como está organizada la burocracia, resulta más práctico casarse. Sea de ello lo que fuere, acaban por venir a la memoria las palabras del entonces Ministro de Justicia (1981), en el curso de los debates parlamentarios en el curso de la tramitación del proyecto de ley de divorcio, en el sentido de que el divorcio "es una institución conservadora, por cuanto permite contraer un nuevo matrimonio".

Es de sobra conocido que algunos ordenamientos jurídicos de Comunidades Autónomas con competencia en Derecho civil han regulado las uniones de hecho, atribuyendo a los miembros de aquéllas derechos sucesorios en la sucesión del otro miembro de la pareja. En este sentido, Cataluña[30], Galicia, Navarra, y, en menor medida, Baleares,[31] llegan a equiparar, por cuanto a efectos sucesorios se refiere, a los miembros de las uniones de hecho con los cónyuges.

2. La necesidad de contemplar al conviviente de hecho supérstite en el marco del Derecho de sucesiones del Código Civil.

El ordenamiento jurídico estatal no reconoce derecho sucesorio alguno a los miembros de la unión de hecho. Esto es incontestable. Pero no lo es menos que se trata, sin duda, de una situación normativa ciertamente anómala, y lo es porque no se adecúa a una realidad social palmaria.

30 Aunque no es objeto de esta aportación el análisis de los Derechos civiles autonómicos en la materia que nos ocupa, quizá el Derecho catalán pueda considerarse paradigmático. La Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, dedica el art. 442. a la sucesión del cónyuge viudo y del conviviente en unión estable de pareja superviviente. En su número 3 establece: "El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable superviviente, si concurre a la sucesión con hijos del causante o descendientes de éstos, tiene derecho al usufructo universal de la herencia, libre de fianza, si bien puede ejercer la opción de conmutación que le reconoce el art. 442.5. Y el número 2 del citado art. 442, dispone: "Si el causante muere sin hijos ni otros descendientes, la herencia se defiere al cónyuge viudo o al conviviente en pareja estable superviviente. En este caso, los padres del causante conservan el derecho a la legítima". Por su parte, el apartado 4.1 del citado art. 442, relativo al usufructo universal del cónyuge o del conviviente en pareja estable, señala que el citado usufructo universal "se extiende a las legítimas, pero no a los legados ordenados en codicilo, a las atribuciones particulares ordenadas en pacto sucesorio a favor de otras personas ni a las donaciones por causa de muerte".
En estrecha conexión, la sensible reducción en la cuantía de las legítimas operada por el legislador catalán: art. 451.5, relativo a la cuantía y cómputo de la legítima: "La cuantía de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base que resulta de aplicar las siguientes reglas. . . . ."
Contiene asimismo el Derecho catalán la figura de la "cuarta viudal": "El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable -art. 452.1- que, con los bienes propios, los que puedan corresponderle por razón de liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya por causa de muerte o en consideración a ésta, no tenga recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades tiene derecho a obtener en la sucesión del cónyuge o conviviente premuerto la cantidad que sea precisa para atenderle, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido, calculado de acuerdo con lo establecido por el art. 452.3".
Asimismo, es claro que, sin perjuicio del juego de las legítimas, y, en su caso, de la preterición, nada obsta a que el causante instituya heredero único, en toda la herencia, al cónyuge o al conviviente en pareja estable (art. 451.16)

31 Para el Derecho balear, la toma en consideración del conviviente de hecho presenta un ámbito sensiblemente más reducido: la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, establece en su art. 13 relativo al régimen sucesorio, y con remisión al Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, : "Tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil balear prevé al cónyuge viudo". Por su parte, el art. 41 de la citada Compilación Balear atribuye la condición de legitimario al cónyuge viudo, fijándose la legítima de los hijos (art. 42) en la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad si excedieren de este número. Sensible reducción, pues, de la cuantía de la legítima de los hijos, y asimismo, sensible mejora de la posición del cónyuge en cuanto legitimario o, en su caso, del conviviente que sobreviva al miembro de la pareja premuerto (art. 45.3): "En concurrencia con descendientes, la legítima vidual será el usufructo de la mitad del haber hereditario; en concurrencia con padres; el usufructo de dos tercios, y, en los otros supuestos el usufructo universal". En el marco de la sucesión intestada, el legislador balear se queda más corto, al establecer en el art. 53.1 que "La sucesión abintestato se rige por lo dispuesto en el Código Civil, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que reconoce al cónyuge viudo el art. 45 y de lo previsto en el art. 51". Se da, pues, entrada al conviviente en la sucesión intestada, en la misma posición del viudo/a, por detrás de descendientes y ascendientes.

La necesidad y urgencia a que se ha hecho referencia resultan manifiestas desde una doble perspectiva: de un lado, el propio fenómeno socio-jurídico de las uniones de hecho, fenómeno que un legislador medianamente avisado no puede desconocer o ignorar; de otro, la flagrante contradicción e inconsecuencia que de suyo supone la existencia de distintas legislaciones civiles, CC y Derechos civiles autonómicos, con una diversidad de régimen jurídico en materia de la importancia y trascendencia de la sucesión *mortis causa*.

Cuestión distinta, aunque en estrechísima relación con la anterior, es la que se refiere al alcance y profundidad que, en una hipotética reforma del Código, debiera presentar ese reconocimiento de derechos sucesorios[32]. La opción por una total equiparación de la unión de hecho al matrimonio en cuanto al régimen de la sucesión por causa de muerte, mírese como se mire, no puede menos de traducirse en una desvalorización de la unión matrimonial, no ya solo como realidad social (que también), sino como institución (lo que desde la perspectiva constitucional resulta más que dudoso). Es de sobra conocida la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución, subrayando que el matrimonio y la unión de hecho no constituyen realidades equivalentes, y poniendo de relieve el significado institucional del primero (con apoyo y fundamento en el art. 32.1 CE), y del que (*a contrario*) carece la segunda.

Que la realidad social española actual no es desde luego la existente al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, es un aserto que por evidente no precisa demostración, pero el texto fundamental dice lo que dice, y, en consecuencia, hay que estar a él.

Cabría desde luego reformar el texto constitucional, y, en concreto, el art. 32 del mismo en todo su contenido, precepto éste cuya reforma queda fuera del procedimiento agravado[33].

Cabría asimismo proceder a la reforma del Código en materia de Derecho sucesorio (en cuyo marco, una sensible reducción de la cuantía de las legítimas parece se imponga como evidente)[34], pero mientras ello no acontezca, el

32 Sin obviar desde luego la posibilidad de que ese reconocimiento pudiera venir dado por la promulgación de una ley de ámbito estatal en materia de uniones de hecho.

33 Al no configurarse el derecho al matrimonio como derecho fundamental, y sí como un derecho de los ciudadanos.

34 Por el momento, que sepamos, no existe en tramitación, ni tampoco en fase previa a ella, proyecto alguno de reforma del CC en materia sucesoria. Se cuenta sí con una *Propuesta de Código Civil*, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (y consultable en la propia página de la ADPC), de tinte netamente conservador (en cuanto escasamente novedosa) en la materia que nos ocupa, y ello porque las novedades que (en la hipótesis de que se convirtiera en Derecho vigente) aportaría serían las sobradamente esperadas, y sobre las cuales el consenso es prácticamente unánime: reducción de la cuantía de las legítimas (art. 467-3), fijándola para los descendientes en "la mitad del caudal fijado conforme a las reglas contenidas en el art. 467-6. Sin embargo el causante puede aplicar una cuarta parte del caudal como mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o incluso de descendientes más alejados en grado". Para el

planteamiento normativo es claro: el Código civil no reconoce derecho sucesorio alguno a los miembros de la unión de hecho[35].

caso de que existiere un solo descendiente, "su legítima es de un tercio". También aquí no se va más allá de llevar al texto de la *Propuesta* la posibilidad, admitida sin controversia alguna desde la promulgación del CC, de la posibilidad de mejorar a los nietos aun viviendo sus padres, legitimarios inmediatos del abuelo.
En cuanto a lo que se acaba de decir, la Exposición de Motivos de la *Propuesta* se manifiesta en los siguientes términos: "Se ha procedido a una significativa reducción de las legítimas y a una consiguiente ampliación de la libertad dispositiva del causante, pues una parte reservada tan amplia como la establecida por el Código carece hoy de sentido. Incluso se optado por establecer una legítima de extensión variable, de modo que resulte aún más corta cuando el legitimario concurrente (descendiente o ascendiente sea uno solo. Pero también se ha procedido a un cierto debilitamiento de la figura a través de otros expedientes técnicos. Entre ellos cabe resaltar el establecimiento de un límite temporal en orden al cómputo de las liberalidades entre vivos, regla que, además, simplifica el cálculo de la legítima y evita engorrosos problemas de prueba y valoración de actos realizados tiempo ha" (*Propuesta*, cit, p.192).
No cabe apreciar asimismo variaciones sustanciales en cuanto a la posición del cónyuge viudo en la sucesión del premuerto, de una parte porque, tratándose de sucesión intestada, la anteposición del viudo/a a los ascendientes del premuerto es ya un valor entendido, que en consecuencia, en modo alguno cabría calificar de novedosa: (art. 466-12.1. "A falta de hijos y descendientes sucede en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente o de hecho"); y de otra parte, porque en cuanto a los derechos del viudo/a como legitimario, "No se ha observado – se dice en la citada *Exposición de Motivos* – inconveniente alguno para el mantenimiento de la legítima en usufructo del cónyuge viudo, tal y como aparece prevista en el Código (con ciertas mejoras de regulación y una pequeña reducción)", *Exposición de Motivos Propuesta,* cit, pp. 193-194. Lo que viene luego contradicho por la regulación concreta que para aquella se prevé (art. 467-5.2 y 3: "Cuando concurra a la sucesión con descendientes el usufructo será de una cuarta parte, y se imputará a la porción de mejora del caudal. Cuando concurra con un solo descendiente el usufructo será de una tercera parte, y se imputará a la porción de libre disposición". Mientras que en la actualidad, la circunstancia de que el viudo concurra con más de un descendiente no implica mengua alguna en la cuantía de su legítima, que se mantiene en el usufructo de una tercera parte del caudal. Tampoco cabría calificar de novedad la posibilidad, ahora objeto de permisibilidad expresa, pero sobradamente consagrada ya en la práctica, de ampliación de la legítima del viudo/a "a voluntad del causante y aun gravando la legítima de los descendientes" Lo que los autores de la Propuesta no pueden menos de reconocer: " Sobradamente conocida es la frecuencia práctica con la que en los testamentos sometidos al Código el otorgante casado adjudica al cónyuge supérstite, a título de legado, el usufructo universal de toda la herencia (echando mano de la *cautela socini*), *Exposición de Motivos*, cit, pp. 193-194, recogiéndose en el art. 467-19.3 la citada regla permisiva: "No comporta vulneración de la regla de intangibilidad de la legítima el legado de usufructo recayente sobre ella cuyo beneficiario sea el cónyuge viudo".
Las palabras en negrita quizá sean un buen índice para, de un lado, constatar la inexistencia de mención alguna al conviviente de hecho supérstite, cuyos derechos sucesorios parece queden así remitidos, supuesta su admisión, a una hipotética ley estatal de uniones de hecho todavía inexistente; y de otro lado, significativa resultaría asimismo que las referencias a la cautela, ahora objeto de permisibilidad expresa (extremo este como he dicho escasamente novedoso, en cuanto vendría a confirmar una realidad cotidiana), vengan circunscritas de modo exclusivo a la utilización de la misma por un testador casado, que se sirve de ella a favor del cónyuge sobreviviente. El más absoluto de los silencios, pues, respecto a una hipotética "ampliabilidad" del juego de la cautela a favor del que no tenga la cualidad de cónyuge, ni a la incidencia que dicha utilización, en su caso, proyectaría sobre el derecho de los legitimarios a recibir su legítima libre de gravámenes. En síntesis, el problema no bascularía ya únicamente sobre esa aludida "ampliabilidad, sino inevitablemente también sobre la admisibilidad de un tal ampliabilidad cuando ella perjudica a los legitimarios, y tal perjuicio no sea consecuencia del propósito del testador de favorecer a quien tiene la cualidad de cónyuge.

35 No se desconocen desde luego las posibles situaciones concretas de injusticia material que la actual regulación de esta materia pueda producir, como consecuencia de la convergencia de una doble circunstancia: de un lado, el régimen de legítimas de los hijos, rigurosamente imperativo (a salvo , claro es, la posibilidad de desheredación, con las dificultades que esta conlleva), y, de otro, la carencia absoluta de reconocimiento de derechos sucesorios en el CC al conviviente *supérstite*, cuyos desvelos, entrega y sacrificio por el premuerto, quizá superen con mucho al que desplegaron aquellos a los que, finalmente, van a corresponder las dos terceras partes del caudal hereditario. De otra parte, en defecto de testamento, y procediendo en consecuencia la sucesión intestada, no existiendo descendientes ni ascendientes, pero sí colaterales, serán éstos los llamados a la sucesión.

3. La disposición por testamento a favor del conviviente. Criterios generales.

Lógicamente, la pauta la marca el art. 763 CC. La circunstancia decisiva es que se tengan, o no, herederos forzosos[36]. Si se carece de ellos (descendientes o ascendientes)[37], art. 763.1, el testador podría disponer "de todos sus bienes o de parte de ellos" a favor del conviviente[38].

Si los hubiere, y más concretamente, los legitimarios fueren hijos o descendientes del testador[39] (supuesto este que será el más frecuente), la cortapisa de las dos terceras partes del caudal se erige como "muralla difícilmente franqueable"[40] para éste. Necesariamente, sus propósitos de favorecer al conviviente habrán de reconducirse al llamado "tercio de libre disposición"[41], cabría entonces instituirle

36 No procede desde luego entrar aquí en consideración alguna acerca de la terminología legislativa de "herederos forzosos".

37 Ningún sentido tiene referirse aquí al cónyuge como heredero forzoso, puesto que la existencia misma del conviviente *supérstite* supone de suyo, o bien, la inexistencia misma de "cónyuge" (supuestos de disolución por divorcio), o bien, aun existiendo vínculo matrimonial (supuestos de separación judicial, secretario judicial o notario, o de hecho), la existencia de estas situaciones, como es sabido, conlleva la extinción de los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente, tanto en la sucesión forzosa como en la intestada.
Otra sería la situación en el caso de existencia de ascendientes (art. 809) con derecho a legítima (mitad del haber hereditario del hijo o descendiente), (que solo lo serán en defecto de hijos o descendientes), y que necesariamente habría de respetarse por el testador, quien en consecuencia podría disponer por testamento de la otra mitad a favor del conviviente.

38 Para la parte de la que no se hubiere dispuesto, procedería la apertura de la sucesión intestada (art. 658.3), y en la que el conviviente no recibiría llamamiento alguno. Y en el caso de existencia de ascendientes con derecho a legítima, la cual hubiere quedado cubierta por testamento, sin disponerse de la otra mitad del caudal, el/os ascendiente/s más próximo/s en grado serían llamados asimismo a esa otra mitad del caudal, con lo que la totalidad del mismo iría a parar a aquél/aquellos.

39 Sin duda, éste será el supuesto más frecuente en la práctica: el de que aquellos que sobrevivan al testador no sean padres o ascendientes, sino hijos o descendientes.

40 La situación no cambiaría desde luego en el caso de que los legitimarios hubieren ya percibido en vida del testador lo que les corresponda por legítima, a través, por ejemplo, de donaciones imputables a sus cuotas como legitimarios. Esas donaciones, tras las oportunas operaciones de computación e imputación, deberán cubrir asimismo lo que por legítima corresponda a aquéllos, y si sólo la cubren en parte, el testador deberá tenerlo en cuenta, o caso contrario, procederá en su caso el ejercicio de la acción de complemento (art. 815) por el heredero forzoso a quién el testador haya dejado "por cualquier título menos de la legítima que le corresponda".

41 No me resisto sin embargo a formular alguna interrogante, por no decir muchas, a este planteamiento, normativamente impecable, meridianamente claro, ¡pero tan sumamente dudoso en cuanto a sus aplicaciones prácticas¡ El planteamiento según el cual ese propósito de favorecer al conviviente, en la práctica, como digo, haya de venir "encorsetado" en el ámbito del tercio de libre disposición. La interrogante fundamental no es otra sino la de ¿cómo compaginar esto en la realidad, cómo hacerlo verdaderamente operativo, cómo compatibilizarlo, con el régimen de la prodigalidad? ¿Cómo controlar eficazmente, tras la muerte del testador, actos dispositivos de dinero, regalos de gran valor, derroches o dilapidaciones de dinero, llevadas a cabo en vida por quien, teniendo hijos o descendientes, que no perciban alimentos de aquél, ni se hallen en situación de reclamárselos, carezcan de legitimación activa para instar una declaración de prodigalidad? ¿Realmente puede creerse se estén protegiendo las legítimas tras una regulación del régimen de la prodigalidad como el instaurado por la reforma de la Ley 24-10-1983? Las dificultades prácticas que, una conducta como la descrita, puede conllevar tras la muerte del sujeto en orden a las operaciones de computación e imputación pueden ser, sencillamente, irresolubles. En definitiva, con el más que limitado juego de la figura de la prodigalidad en el marco de la LEC, no puede menos de tenerse la impresión de que la protección a las legítimas (limitémonos a la de los hijos o descendientes) no pase de ser poco menos que un brindis al sol. Y ello por cuanto las acciones de protección no entrarían en juego sino después del fallecimiento del testador, quizá tras una larga vida de dilapidación de sus bienes, de una parte; y, de otra, sin cortapisa alguna que lo evitara, dada la no concurrencia de los presupuestos que, en orden a instar la declaración de prodigalidad, se recogen en la Ley de Enjuiciamiento (STS 8 marzo 1991). Protección, pues, del derecho a alimentos, y no de las expectativas de los herederos forzosos. La protección de las legítimas

heredero en una tercera parte de la herencia, o asimismo, la ordenación de legados[42] en su favor que quepa "reconducir" al tercio libre, y que no sobrepasen su importe, puesto que en la medida en que lo excediesen, procedería su reducción por inoficiosos. En cualquier caso, la vía testamentaría se ofrece como única e insoslayable, si de lo que se trata es de favorecer al conviviente[43], dada la inexistencia de llamamiento a favor de éste en el marco de la sucesión abintestato.

4. ¿Atisbos de solución en tanto no llegue la reforma?

Las dificultades que suscita, de un lado, el notorio incremento de las relaciones de pareja en las cuales uno de sus miembros, o los dos, tengan a su vez legitimarios (y consecuentemente vean extraordinariamente recortada su libertad para disponer "mortis causa")[44], junto a la inexistencia en el futuro legislativo inmediato de proyecto alguno de reforma del CC en materia de sucesión por causa de muerte[45], de otro, están indudablemente en la base de propuestas *de lege ferenda* encaminadas a la búsqueda de alternativas al problema, bien intencionadas desde luego, pero que sin embargo presentan notorias dificultades de encuadramiento

queda así necesariamente deferida a un momento muy posterior, en el cual, quizá, esa protección llegue demasiado tarde.

42 Tampoco existiría inconveniente alguno en admitir la posibilidad de instituir heredero al conviviente "en cosa cierta y determinada" ex art. 768, caso en el cual habría de ser considerado como legatario, u ordenar a favor de aquél un legado de parte alícuota del activo o remanente, después de deducidas las deuda, siempre que en ambos casos lo atribuido al conviviente cupiere en el llamado "tercio libre".

43 Ni que decir tiene que, en una hipotética reforma del CC en el marco de la sucesión por causa de muerte, una más que probable reducción de la cuantía de las legítimas se traduciría necesariamente en un aumento de la porción libremente disponible por el testador, lo que, a su vez, le haría posible a éste favorecer al conviviente.

44 A nadie se le ocultan las objeciones que, desde criterios de pura justicia material, cabe hacer a una situación como la descrita, en la que ciudadanos de un mismo país, que vivan en una unión de hecho, sufran semejante amputación de su poder de disposición por causa de muerte en función de la vecindad civil que ostenten. El panorama se torna necesariamente más grave con solo tener en cuenta el más que notorio incremento de las uniones de hecho en España, y de familias "recompuestas" cuyos componentes no contraen matrimonio entre sí, quizá precisamente por consecuencia del fracaso de la unión matrimonial anterior de uno, o de los dos miembros de la pareja.

45 Claro es que la reforma podría venir igualmente por la vía de la promulgación de una ley ya de ámbito estatal en materia de uniones de hecho, y en la que consiguientemente se favoreciera la situación del conviviente de hecho en la sucesión por causa de muerte del premuerto, y sin que quepa aquí entrar en demasiadas consideraciones sobre el alcance concreto que aquél debiera tener. En línea de principio, cabría desde una atribución concreta de una porción de los bienes del premuerto, porción que, a lo que parece, se ofrecería en conexión estrecha con la más que necesaria reducción de la cuota legitimaria de hijos o descendientes, hasta la total equiparación de derechos sucesorios entre cónyuge y conviviente de hecho, tanto en lo que se refiere a la cuota legitimaria como en lo atinente a la sucesión intestada, (solución esta última que, como se sabe, es la propia de algunos Derechos civiles autonómicos). En contra de la última de estas opciones, militaría a lo que creo la circunstancia de la progresiva pérdida de valor institucional del matrimonio, y respecto de la que una opción como la aludida no supondría sino un paso más, aunque de notorio calado, en ese acelerado proceso de desvalorización del carácter institucional del matrimonio.
En cualquier caso, esa hipotética reforma (de la cual, al menos por el momento, nada se sabe), parece debiera bascular sobre tres ejes fundamentales: de una parte, una sensible reducción de las cuotas legitimarias de descendientes y ascendientes; de otra, una no menos sensible mejora de la situación del cónyuge *supérstite* tanto en cuanto legitimario, como en los llamamientos a la sucesión intestada, anteponiéndolo desde luego a padres y ascendientes del difunto; finalmente, atribución de derechos sucesorios al conviviente de hecho en la sucesión del premuerto, y, de optarse por la plena equiparación de aquél al cónyuge viudo, aplicación pura y simple al conviviente de un régimen idéntico al establecido para el viudo en esa hipotética reforma.

en ese marco normativo del CC que es el todavía vigente, y al que hay que estar en consecuencia.

A) Inexistencia de derechos sucesorios para el conviviente como punto de partida.

Cualquier argumentación encaminada a poner de relieve la necesidad y urgencia de esa atribución de derechos; la inconsecuencia que conlleva la existencia de regímenes normativos tan diametralmente opuestos en esta materia y coexistentes todos ellos dentro del territorio del Estado; las consideraciones sobre el anacronismo y obsolescencia del régimen de legítimas, que, en su caso, puede constituir obstáculo insalvable para que el testador vea seriamente recortados sus propósitos de intentar favorecer a la persona que, con mucha frecuencia, ha compartido los últimos años de su vida, le ha dado su afecto, cuidados, atenciones, y todo ello quizá con una dimensión muy superior a la de los hijos del premuerto[46]; todo ello, como digo, no puede hacerse sin partir del dato normativo, inexorable, de la inexistencia de esa atribución de derechos en el marco del CC. Consecuentemente, las propuestas o sugerencias encaminadas a la búsqueda de soluciones nunca podrán ser hechas al margen de ese dato normativo, como si ese dato no existiera: el cónyuge supérstite (no separado legalmente o de hecho), tiene (precisamente por su calidad de tal) derechos sucesorios; derechos de los que carece el conviviente de hecho, también precisamente porque no es cónyuge[47].

Quiérese decir que, situados en esta perspectiva, el planteamiento de la cuestión presenta otra dimensión, que ya no es la estrictamente normativa, en cuanto que cualquier posible búsqueda de una solución, encaminada a favorecer al conviviente supérstite, habrá de contar con la voluntad de los legitimarios (sin más excepción que la disposición por testamento en su favor del llamado "tercio libre"). Nada se podrá hacer sin ellos. Con lo que, como digo, el problema se desplaza de alguna manera al ámbito de la autonomía privada. Sigue teniendo, desde luego, una dimensión normativa (como no podría ser de otro modo), pero mediatizada ya de alguna manera por esa voluntad, capaz sin duda de "condicionar"[48] el resultado

46 Constatar esta circunstancia no conllevaría, desde luego, juicio alguno de reproche hacia esos hijos. Las circunstancias de la sociedad actual, de precariedad en los empleos, cuando no de carencia de ellos, bajas salarios, y demás, sabemos que han forzado a una gran parte de jóvenes españoles a abandonar su país, trasladándose a otros países europeos o americanos, en búsqueda de un trabajo digno y retribuido de modo acorde a su preparación. Una tal situación hace desde luego sumamente difícil el poder prestar asistencia a sus progenitores de avanzada edad que quedan en España. Pero el hecho objetivo no varía: quien ha pechado con los cuidados y atenciones, afectivas o no, del premuerto quizá haya sido el conviviente de hecho.

47 Que el matrimonio y la unión de hecho no son realidades equivalentes, casi podría decirse es una constante en la jurisprudencia constitucional, y todo ello con apoyo en el apartado 1º del art. 32 de la propia Constitución. La existencia de regímenes distintos al respecto en algunos Derechos Civiles autonómicos no "borra", no podría hacerlo, esa jurisprudencia constitucional, ni tampoco la priva de sentido.

48 Obviamente el empleo del término "condicionar" no tiene aquí que ver con e su alcance estrictamente técnico.

final, por cuanto las vías que el Código brinda al testador en orden a favorecer al máximo en su sucesión al cónyuge supérstite, en línea de principio, no lo son para el conviviente. El intento, entonces, de favorecer a éste último valiéndose el testador de esos cauces, exigirá indudablemente contar con la voluntad y aceptación por parte de los legitimarios. Esa diversidad de planos, como digo, resulta insoslayable.

B) Las denominadas cláusulas compensatorias de la legítima: cautelas socini o "socinianas"[49].

No procede desde luego detenerse aquí en qué sea la *cautela*, ni en el modus operandi de aquella[50], sobradamente conocido por lo demás, sino en el juego y operatividad que una cláusula del género pueda tener en el marco del Derecho sucesorio del Código, cuando el testador (que tenga hijos o descendientes)[51] pretenda valerse de ella para favorecer lo más posible al conviviente de hecho[52].

49 Cláusulas en las que se ofrece al legitimario la elección entre recibir tan sólo la legítima o una atribución *mortis causa* de cuantía superior pero sujeta a gravámenes, condiciones o limitaciones, conocidas en el argot jurídico con el nombre de "cautelas *socinianas*", y cuyo origen parece se remonte a un famoso dictamen emitido por Mario Socino, jurista italiano de mediados del XVI. Una buena exposición de conjunto sobre el tema, en De la Cámara Álvarez, M: *Compendio de Derecho Sucesorio* (segunda edición actualizada por Antonio de la Esperanza y Martínez Radio), Madrid, La Ley, 1999, p. 255.

50 Como señala el autor citado inmediatamente en precedencia, el ámbito de aplicabilidad de la cláusula *socini* es bastante más amplio que el habitualmente se suele considerar cuando se habla de aquella, ámbito que se suele hacer coincidir, aun no siendo exclusivo, con aquella "en la que el testador deja el usufructo universal de su herencia al *cónyug*e estableciendo que el hijo que impugne la disposición y, por consiguiente, que no quiera tolerar el usufructo, se conformará con percibir lo que por legítima le corresponda". Añade el autor que con la misma "se coloca a los hijos ante la posibilidad de percibir en nuda propiedad una porción superior a su legítima pero con la carga que implica el usufructo universal establecido a favor del viudo, o recibir su legítima, pero nada más que su legítima (que se le deja entonces en concepto de legado de parte alícuota), libre del usufructo"; De la Cámara Álvarez, M: *Compendio,* cit., pp. 255-256.

51 Obviamente no desheredados, ni incursos en causa de indignidad para suceder.

52 El solo planteamiento de esta posibilidad resulta, cuanto menos, a lo que creo, un tanto desconcertante, por cuanto sin solución de continuidad se pasa, sin más, del juego de la figura en el marco de la sucesión "mortis causa" de un testador casado, al de aquel otro testador que no lo está. De manera que, para sortear esa inexistencia de derechos sucesorios en el marco del CC a favor del conviviente supérstite, se apunta lisa y llanamente a la posible utilización de la cautela por un testador llevado del propósito, sin duda loable y merecedor de respeto, de favorecer a su pareja. Ese "paso" del ámbito de la sucesión "mortis causa" entre cónyuges a aquél otro en el que no existe vínculo matrimonial, no parece siquiera precise de justificación. "Para favorecer al conviviente, respetando las normas de la sucesión forzosa, -afirma Carrau Carbonell, J. M.– cabrían dos posibilidades: la primera es la del testamento con "cautela socini" ("Cómo beneficiar testamentariamente al conviviente de hecho", *Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano*, 19 marzo 2020, p. 22). Al autor citado no se le oculta, como es obvio, que una tal posibilidad supone un gravamen de la legítima de los descendientes, a *priori* prohibida por el art. 813 CC, pero, con todo, y en apoyo de su aserto, no duda en recurrir al argumento normativo con el que doctrina y jurisprudencia vienen admitiendo la validez de tal cláusula (obviamente cuando con ella el testador trata de favorecer al cónyuge sobreviviente), el párrafo tercero del art. 820 CC ("Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador"). "De este modo, -añade el autor citado- se permite dicho gravamen sobre la legítima de los descendientes porque a la vez se aumenta la cuantía de la atribución a éstos, y se les permite optar por recibir en su lugar su legítima estricta sin ningún tipo de gravamen". La opción, pues, de los herederos forzosos en el marco de la cautela es sumamente sencilla, y, en línea de principio (dejando ahora al margen el llamado "tercio de mejora, al que habrá de hacerse referencia después), consistiría en "asegurarse" (si se permite el término, utilizado aquí coloquialmente) el tercio de libre disposición en nuda propiedad (y sobre el cual el testador "lo puede todo", también por supuesto, atribuyéndoselo en pleno dominio al conviviente supérstite) y, asimismo en nuda propiedad los otros dos tercios (legítima estricta y mejora). Todo ello a cambio del usufructo universal (vitalicio desde luego) del cónyuge sobreviviente (en el caso conviviente) sobre la totalidad de los bienes. Es, pues, el tercio libre el que jugaría un papel primordial,

Ante todo, importaría tener presente que el punto de partida se presenta ya por completo distinto: en el caso del cónyuge, lo más habitual será que el viudo/a y al que el testador pretende favorecer con la cláusula sea "madre" o "padre" del/de los legitimario/s que, en su caso, deberán sufrir el usufructo universal de todos los bienes del caudal. Obviamente, una tal circunstancia no quiere decir desde luego que por ello quepa presumir la existencia de relaciones cordiales, amistosas, o al menos, no enfrentadas, entre el viudo/a y los legitimarios a quienes el testador quiera gravar sus legítimas en provecho de aquél, pero sí al menos que la posibilidad de que esas relaciones cordiales existan se torna estadísticamente mucho más frecuente[53]. ¿Es pensable entonces una oposición de los hijos comunes a una cláusula del género contenida en el testamento del padre/marido a favor de la esposa y madre?

La situación es claro que se ofrece distinta cuando el hipotético beneficiario de la cláusula sea el conviviente de hecho, y los legitimarios no sean hijos comunes, habidos con el conviviente, sino procedentes de una unión anterior del fallecido (la llamada "familia recompuesta"). Nada impide desde luego que, aun en tal caso, las relaciones entre el conviviente supérstite y los legitimarios (digamos, inmediatos) del testador sean cordiales y amistosas[54], e incluso que los legitimarios tengan constancia de haber contraído una deuda de gratitud con el conviviente por los cuidados, atenciones, y afecto, desplegados en su caso hacia el padre difunto a lo largo de toda su vida, y quizá incluso intensificados en el periodo inmediatamente anterior a su fallecimiento. Se trataría, pues, el conviviente de una persona que, simplemente, "hizo feliz" a su padre, a través de una relación de pareja que a los hijos les consta fue plenamente satisfactoria. Presupuesta entonces esa "anuencia" de los legitimarios, no habría inconveniente alguno para el juego de la cautela.

Pero una situación distinta a la anterior resulta igualmente posible, y frecuente. Situaciones de abandono de la familia por parte del padre/marido, mantenimiento

dado que de las otras dos terceras partes del caudal el testador digamos "no puede" privar de ellas a los legitimarios. El juego del testador con la mejora podrá ser, ciertamente, mayor o menor, pero siempre sus resultados habrán de recaer necesariamente sobre hijos o descendientes de grado ulterior. Por el contrario, la disposición por aquél del tercio libre (total o parcialmente) a favor de un tercero, se ofrece como definitiva. De ahí ese papel primordial del llamado tercio libre en el marco de la cautela.

53 En la estructura familiar española, quizá aun más en las zonas rurales, en la ahora llamada "España vaciada", donde esa estructura familiar, basada en el matrimonio, quizá también se presente aun como la predominante, el fallecimiento de uno de los progenitores, digamos el padre/marido en base a la mayor esperanza de vida de la mujer, suele ir acompañado de un lógico sentimiento de dolor por la pérdida, y de estrechamiento de las relaciones de los hijos con la madre, a la que aquellos pretenden arropar lo más posible, y, en consecuencia, no suele ser desde luego frecuente que los hijos, o alguno de ellos, cuestione o se oponga a esa disposición del padre/marido favoreciendo a su madre con el usufructo universal. No ven desde luego a su madre como un "adversario", y, tras su viudez, el común sentir de los hijos suele ser mayoritariamente el de asegurar a su madre una situación económica lo más desahogada posible, máxime dadas las cuantías medias de las pensiones de viudedad en nuestro país.

54 Lo que podría encontrar, quizá, su fundamento en la circunstancia de que, aun no tratándose de hijos comunes, y siendo estos de corta edad al tiempo de iniciarse la relación de convivencia, el/la conviviente haya desplegado, de facto, el papel de padre/madre respecto de esos hijos no comunes. "No he sido su madre, pero tampoco solo la pareja de su padre".

durante el matrimonio de una relación extramatrimonial por parte de aquél, fuente de sufrimientos no solo para la esposa/sobreviviente, sino asimismo para los hijos .Desde una tal perspectiva, y por supuesto sin entrar en absoluto en juicios de culpabilidad[55], el conviviente supérstite posiblemente "sea visto" por los hijos como persona causante del fracaso matrimonial de sus padres, y, en tal caso, la posibilidad de que compartan la utilidad y conveniencia de una disposición testamentaria por la que lega a su pareja el usufructo universal ¡y vitalicio! de su herencia, todo ello con el consiguiente gravamen de sus legítimas, resulta cuanto menos improbable[56].

C) Casuística.

Sin abandonar el marco de la cautela, procede ahora referirse a alguno/s de los supuestos que esa "extensibilidad" de aquella a favor del conviviente supérstite pudiere plantear.

Ciertamente, el papel del llamado "tercio libre"[57] por cuanto al juego de la cautela se refiere, no parece experimente variación alguna por el hecho de que aquella venga establecida a favor del cónyuge o del conviviente de hecho. Si se trata

55 Juicios de culpabilidad por lo demás desterrados de plano de nuestro marco legislativo desde la Ley 15/2005, que suprimió la necesidad de invocar, y de acreditar, una causa para el divorcio o la separación. El matiz "culpabilístico" que aun rezumaba la legislación matrimonial española proveniente de la reforma por la Ley 30/81, desaparecería por completo tras la reforma de 2005.

56 Y es que no hay analogía, ni puede pretenderse exista, entre el supuesto marco, y único, en el que se ha venido desplegando la llamada "cautela *socini*", que no es otro que el de la existencia de matrimonio, y la unión estable de pareja. Sencillamente, no se trata de realidades análogas desde una perspectiva puramente normativa. No se trata aquí, obviamente, de traer a colación el art. 4.1 CC, que no viene al caso, pero sí de subrayar que la unión de hecho no es un supuesto "semejante" al matrimonio, y entre los cuales cupiere apreciar "identidad de razón". Se trata de una realidad institucional (art.32.1 CE) y, por tanto, sustancialmente diversa de la unión de hecho, que carece de esta dimensión.
En el fondo, diríase que la perspectiva favorable a la posibilidad del testamento con cautela a favor del conviviente tratare de fundamentarse en una triple argumentación: de un lado, como se ha dicho, la carencia de reconocimiento de derechos sucesorios a favor del conviviente de hecho en el régimen del CC (situación, pues, de injusticia material para éste, máxime a la vista de las soluciones normativas diametralmente opuestas contenidas en algunos Derechos civiles autonómicos); de otro lado, y como consecuencia de la premisa anterior, presentar ya como "incuestionable" la semejanza entre "matrimonio" y "unión de hecho", entre los que se apreciaría (digamos) "identidad de razón. Esa "identidad de razón" (insisto, aun reconociendo toda la improcedencia de utilizar aquí tal terminología) justificaría a su vez ese propósito de "extensibilidad" a la unión de hecho de una figura (como la de la cautela), cuya cláusula de referencia presupondría de suyo la existencia de vínculo matrimonial y, consiguientemente, la de cónyuge viudo, y al cual se pretende favorecer con aquélla. Ni que decir tiene que, tras esta argumentación, late a su vez la de considerar existiría coincidencia sustancial entre la función misma del negocio matrimonial y la propia de la unión de hecho: una realidad convivencial estrechísima, destinada a constituir entre sus miembros una plena comunidad de existencia. La circunstancia entonces de una formalización de aquella calificable como "matrimonial", no sería óbice para sostener que nos encontraríamos ante "realidades sustancialmente equivalentes", al menos en lo material o sustancial, que reclamarían un tratamiento similar por parte del legislador. En tanto ello no ocurra, y en la búsqueda de vías alternativas, esa "extensibilidad" de las figuras (en este caso de la cautela) representaría un atisbo de solución; finalmente, la tercera de las premisas, y sin duda la más sólida de las tres desde una perspectiva estrictamente jurídica, la suministra el principio de autonomía privada: ¿existiría obstáculo normativo a que los legitimarios estuvieren de acuerdo en una tal cláusula, aun cuando su establecimiento por el testador pretendiere beneficiar al conviviente supérstite? La respuesta negativa se impone. Con todo, la cuestión quizá precise de consideraciones adicionales.

57 No hace falta recordar quizá que esa división en tercios juega, en lo fundamental, como realidades puramente contables.

de favorecer al cónyuge, y los legitimarios no aceptaren, el testador podría atribuirlo íntegramente a éste, en pleno dominio, sin perjuicio de su cuota legitimaria. Y otro tanto ocurriría si, tratándose ahora del conviviente, hubiere asimismo oposición de los legitimarios. Carecería aquél de cuota legitimaria, obviamente, pero nada impediría que el tercio libre pudiere asimismo serle atribuido, también en pleno dominio.

La importancia, pues, del tercio libre en orden a las posibilidades con que cuenta el testador es más que patente en ambos casos, puesto que en los dos los legitimarios pueden verse privados de una tercera parte del caudal, de no estar de acuerdo con la cláusula testamentaria.

Lógicamente, la situación cambia sensiblemente en cuanto a los otros dos tercios (legítima "estricta" o "corta", y mejora), que por su carácter imperativo reducen sensiblemente el margen de maniobra del testador.

Y es aquí donde el juego de la cautela se ofrecería diferenciado cuando de lo que se trate es de beneficiar con ella al conviviente supérstite, y ello sencillamente porque habrá que entender que, en el caso de que no todos los legitimarios, estuvieren de acuerdo en tal cláusula, a aquellos que no lo estén nada les corresponderá del tercio libre (aquí el ámbito de autonomía del testador, como se ha dicho) es total y pleno, pero la interrogante a plantear entonces es la de si procedería en tal caso se vieran perjudicados en cuanto al llamado "tercio de mejora" por el hecho de no aceptarla, cuando el testador se sirva de la figura para beneficiar al que no es cónyuge sino conviviente[58].

Y es que no se daría el presupuesto al cual digamos "se conecta el castigo", presupuesto que no es otro sino el de que, pretendiéndose beneficiar al cónyuge, alguno/s legitimario/s no estén de acuerdo con el usufructo universal de su madre. El que la porción de aquél/los venga reducida entonces a la porción que por legítima estricta le/s corresponda, acreciendo además la parte que asimismo correspondiere en los tercios de mejora y libre disposición) a los legitimarios que sí lo estén, es procedente en cuanto se parte de ese supuesto básico, que no es otro sino el de la existencia de vínculo matrimonial (sin quiebra de la *affectio maritalis* al tiempo del fallecimiento del testador)[59].

58 "La redacción estándar de la cláusula testamentaria en tal caso – añade Carrau – quedaría así: "Lega a su pareja el usufructo universal y vitalicio de su herencia. Ruega a sus herederos forzosos que acepten esta disposición, de manera que, si alguno no la aceptare, quedará reducida su porción a su legítima estricta, acreciendo su parte en los tercios de mejora y libre disposición, a los que sí estuvieren conformes, sobre cuyas porciones hereditarias recaerá el usufructo legado. Y si todos se opusieran, lega a su pareja el tercio de libre disposición en pleno dominio. Faculta a su pareja asimismo para que, en lugar del legado de usufructo universal, opte por adjudicarse como legado el pleno dominio del tercio de libre disposición". Carrau Carbonell, J. M.: *Cómo beneficiar testamentariamente al conviviente,* cit., p. 26.

59 O si se prefiere, inexistencia de separación judicial, notarial, ante Secretario judicial, o de hecho. También esta última vendría a quebrar la existencia de una realidad matrimonial propiamente tal, y desaparecida la cual, carecería de sentido la subsistencia de derechos sucesorios recíprocos). Luego, aun existiendo

Pero es que, como se ha dicho, queda meridianamente claro que lo que se pretende es, *mutatis mutandi*, extender sin más el juego de la cautela para un supuesto cualitativamente diferenciado, cual es el de la existencia de vínculo matrimonial "operativo" (en cuanto no decaído, por la quiebra de la *affectio maritalis*). Y todo ello en el marco de un régimen sucesorio por causa de muerte, como lo es el todavía albergado en el CC, en el que no existe atribución alguna de derechos sucesorios a favor del conviviente de hecho.

Desde luego que no hay inconveniente alguno en admitir el juego y operatividad de la cláusula en el caso de existencia de buenas relaciones entre los descendientes y la pareja del testador[60], pero en tal caso la ausencia de obstáculo hay que verla, lisa y llanamente, en el juego de la autonomía privada (art.1255). Si los descendientes están de acuerdo y, obviamente, el conviviente supérstite también lo estará, aquellos respetarán el deseo del testador de atribuir a la pareja el usufructo universal sobre todos los bienes de la herencia.

Distinta se presentará la situación cuando esas buenas relaciones no existan, lo que lógicamente podrá deberse a causas de muy distinta naturaleza y alcance. "En tal caso -se arguye-, los descendientes que reclamen su legítima sin gravamen la percibirán, pero verán reducida su atribución a la legítima estricta que les corresponda, y la pareja del testador percibirá el usufructo del resto de la herencia o, como mínimo, el pleno dominio del tercio de libre disposición"[61].

La argumentación que se acaba de transcribir suscita dudas de calado. La primera es la referida a esa disyuntiva que se apunta: porque si se parte del supuesto en el que algunos descendientes reclaman su legítima sin gravamen, en tanto que otros aceptan el usufructo universal a favor del conviviente, ¿Cuándo procederá que la pareja del testador perciba el usufructo del resto de la herencia, y cuando por el contrario el pleno dominio del tercio libre? ¿Cuándo jugará ese "como mínimo"? ¿Quiérese decir que bastará que algunos (no todos) se opongan para que proceda la atribución al conviviente del tercio libre en pleno dominio? Éste es el planteamiento que creo correcto. Y lo creo, por cuanto la consecuencia sería idéntica a la prevista para el caso en el que la cautela venga establecida a favor del cónyuge supérstite: atribución a éste del tercio libre, privando del mismo a los descendientes, pero percibiendo estos sin gravamen alguno las dos terceras partes del caudal que les vienen conferidas por el Código.

vínculo, de alguna manera el legislador parece entender que "no hay matrimonio" desde la producción de alguna de tales situaciones.

60 Relaciones amistosas, incluso cordiales, que se darán en muchos casos. Piénsese por ejemplo en el caso en el que el conviviente haya venido atendiendo con entrega, desinterés, y afecto, al difunto, cubriendo quizá supuestos de imposibilidad por parte de los hijos de hacer otro tanto, por obstáculos de tipo laboral, residencia en otro país, etc.

61 Carrau Carbonell, J. M., cit.

La segunda de las dudas apuntadas tiene que ver con el otro término de la disyuntiva: si algún/os descendiente/s reclama/n su legítima sin gravamen, ¿podría el testador reducir entonces la atribución de aquellos a la legítima estricta que les corresponda?, ¿qué suerte correría en tal caso el llamado "tercio de mejora"?: la respuesta se impone por sí sola: la parte del tercio de mejora correspondiente a quienes reclamen su legítima sin gravamen acrecerá a los que sí estuvieren conformes, percibiendo la pareja del testador el usufructo del resto de la herencia, usufructo que en consecuencia recaería sobre la legítima estricta de quienes no reclamaron su legítima sin gravamen, y sobre la totalidad del tercio de mejora y de libre disposición.

No creo quepa aceptar este planteamiento. Privar de su participación en el tercio de la mejora a los disidentes, por la vía de ordenar el testador el acrecimiento de las porciones de aquéllos a los que sí aceptan la cláusula, implica innegablemente un efecto sancionador, punitivo desde luego, cuya operatividad y juego ha de venir circunscrito (a salvo, claro es, una reforma legislativa todavía no acontecida) al supuesto en el que el testador pretenda favorecer al cónyuge sobreviviente, y no en otro caso, Y ello, creo, por la misma naturaleza imperativa de las legítimas, tercio de mejora incluido desde luego, en cuanto destinado a hijos o descendientes de grado ulterior[62]. A falta, pues, de acuerdo unánime, los disidentes habrán de ver respetada su participación en la mejora. El acrecimiento de las cuotas de aquellos a los que sí aceptaren la cláusula parece deba jugar únicamente cuando la cautela venga establecida a favor del cónyuge sobreviviente.

D) ¿Un testamento integrado por legados[63]?

La distribución de toda la herencia en legados ya la tuvo en cuenta el legislador del Código en el art. 890, precepto que refleja asimismo la preocupación de aquél en lo atinente a las deudas y gravámenes de la herencia. Se trata de supuestos, como describía magistralmente el Prof. Lacruz Berdejo, en los cuales "la propia ordenación del causante se muestra dirigida a distribuir su patrimonio mediante asignaciones a título particular, de tal modo que ninguna de tales asignaciones puede interpretarse como institución de heredero"[64].

En esa búsqueda de cauces encaminados a lograr que el conviviente de hecho pueda resultar favorecido en el testamento del premuerto, se ha creído hallar asimismo una posibilidad en el otorgamiento de un testamento integrado por

62 Dada la posibilidad de mejora a favor de los nietos aun viviendo los padres, no existiría obstáculo sin embargo para que esa privación pudiera venir por la vía de atribuir a un nieto o a varios las porciones correspondientes a sus padres discrepantes.

63 Carrau Carbonell, J. M.: *Cómo beneficiar testamentariamente al conviviente*, cit.

64 Lacruz Berdejo, J. L: *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de sucesiones,* (por J. L. Lacruz Berdejo y F. de A. Sancho Rebullida), Bosch, Barcelona, 1981, p. 34.

legados, testamento "que comprendería una cláusula para cada uno de los bienes inmuebles de la herencia y otra para el metálico, y en las que, respecto de cada bien, se legaría a la pareja del testador una tercera parte en pleno dominio, imputándola al tercio de libre disposición; dejando el pleno dominio de las dos terceras partes restantes a los herederos"[65].

Se trataría, pues, "de ordenar testamentariamente la constitución de condominios sobre todos y cada uno de los bienes que integran el caudal hereditario". ¿Cuál sería entonces la potencial ventaja de tal disposición?: permitir al conviviente supérstite "disfrutar inmediatamente de una tercera parte del metálico"[66].

La apuntada posibilidad plantea una pluralidad de interrogantes, que surgen de inmediato de la propuesta misma a que se hace referencia, y que no agotan el problema: ¿una pluralidad de condominios, uno por cada uno de los bienes, puede considerarse un cauce adecuado jurídicamente para proteger al conviviente supérstite?[67]; el legado a la pareja del testador (respecto de cada uno de los bienes) de una tercera parte en pleno dominio, y la necesaria e inevitable imputación (del valor de cada uno de esos tercios) al tercio libre, conduce necesariamente a concluir que, sumados sus valores respectivos, el resultado que arrojare esa suma no podrá exceder a su vez el que corresponda al tercio de libre disposición. La pregunta entonces surge como inevitable sería: ¿qué ventaja supondría para el conviviente una disposición testamentaria en tal sentido, frente a la mucho más simple de la atribución en su favor del tercio libre en pleno dominio?

Y, finalmente, la creación de esa pluralidad de situaciones de condominio (todas ellas incidentales), con la consiguiente complejidad de aquellas, abocadas antes o después al ejercicio de la acción de división, o a complejas operaciones de valoración de cada uno de los bienes, adjudicación a uno de los comuneros, con abono por éste del valor de su parte a cada uno de los restantes, ¿acaso no plantearía dudas en cuanto a su validez desde la propia óptica de intangibilidad de las legítimas?

65 Carrau Carbonell, J. M.: *Cómo beneficiar testamentariamente al conviviente,* cit.

66 Aun presupuesta la existencia de metálico, y la importancia de su cuantía, no parece que la circunstancia de acceder al disfrute de una tercera parte de aquél compense la complejidad y dificultades que, para el conviviente, representaría su situación de condómino en cada uno de los bienes inmuebles de la herencia.

67 ¿Cuándo el condominio ha sido una situación jurídicamente deseable en el marco del CC? ¿Acaso no es lo contrario, como se deduce del régimen jurídico de la comunidad de bienes, siempre encaminado a ponerle fin?

BIBLIOGRAFÍA

Arcos Vieira, M. L: *La desaparición de la AffectioMaritalis como causa de Separación y Divorcio*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Aranzadi Editorial, Elcano, Navarra, 2000.

Bercovitz Rodríguez Cano, R.: "Prólogo", en *Código Civil,* Tecnos, 29ª ed., Madrid, 2010.

Carrau Carbonell, J. M.:

"Cómo beneficiar testamentariamente al conviviente de hecho", *Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano,* 19 marzo 2020.

"La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm 3, agosto 2015.

"Las limitaciones a la libertad de testar y la injusta asignación legitimaria al cónyuge viudo en el siglo XXI: propuesta de soluciones prácticas", *Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE),* 5 de noviembre 2019.

De la Cámara Álvarez, M: *Compendio de Derecho Sucesorio* (segunda edición actualizada por Antonio de la Esperanza y Martínez Radio), Madrid, La Ley, 1999.

Meil Landwerlin, G.: "La familia cambia, la política no", *El País,* viernes 13 de diciembre de 2013.

Lacruz Berdejo, J. L: *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de sucesiones,* (por J. L. Lacruz Berdejo y F. de A. Sancho Rebullida), Bosch, Barcelona, 1981.

Ortuño Muñoz, P: "La mediación en el ámbito familiar", *Revista Jurídica de Castilla y León,* núm. 29, enero 2013.

Stephanie Coontz: *Historia del Matrimonio. Cómo el amor conquistó el matrimonio,* Gedisa, Barcelona 2006.

EL INTERNAMIENTO DE PADRES Y ASCENDIENTES COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN

THE INTERNMENT OF PARENTS AND ASCENDANTS AS A CAUSE OF DISINHERITANCE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 392-427

Manuel Ángel
GÓMEZ
VALENZUELA

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar si el internamiento de los ascendientes puede constituir una causa de desheredación. Para dicha empresa, nos aproximaremos al instituto de la desheredación y su evolución jurisprudencial, analizando su fundamento. Posteriormente, volcaremos nuestros esfuerzos en las dos causas de desheredación previstas en el artículo 853 CC, a saber, la negativa a prestar alimentos y el maltrato psicológico conforme a la nueva doctrina jurisprudencial, para, finalmente, analizar la casuística y exponer las conclusiones extraídas en la investigación abordada.

PALABRAS CLAVE: Legítima; desheredación; internamiento; ancianos; alimentos; maltrato psicológico.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to analyse whether the internment of relatives in the ascending line can constitute a cause of disinheritance. For this company, we will approach the institute of disinheritance and its jurisprudential evolution, analyzing its foundation. Subsequently, we will focus our efforts on the two causes of disinheritance provided for in article 853 CC, namely the refusal to provide maintenance and maintenance in accordance with the new jurisprudential doctrine, to finally analyse the casuistry and set out the conclusions drawn from the research undertaken.*

KEY WORDS: *Legitimate; disinheritance; internment; old people; maintenance; psychological mistreatmet mental abuse.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. APROXIMACIÓN A LA DESHEREDACIÓN Y SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.- 1. Concepto.- 2. Naturaleza jurídica y consecuencias interpretativas.- 3. Tratamiento jurisprudencial de la desheredación: desde la regla odiosa sunt restrigenda hacía la protección de la solidaridad familiar como fundamento del sistema legitimario.- III. INTERNAMIENTO DE LOS ASCENDIENTES Y DESHEREDACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LA NEGATIVA A PRESTAR ALIMENTOS Y AL MALTRATO PSICOLÓGICO.- 1. Negativa injustificada a prestar alimentos (artículo 853.1ª CC).- A) Significado de los alimentos y la situación de necesidad en la dinámica de la desheredación.- B) En relación al internamiento en un centro: ¿los hijos están obligados a cuidar personalmente a los padres o abuelos conviviendo en un mismo domicilio?- 2. Maltrato psicológico (artículo 853.2ª CC).- A) Caracterización del maltrato psicológico como causa de desheredación.- B) Relevancia de la conducta antecedente del testador en el maltrato psicológico.- IV. EXAMEN CASUÍSTICO DE LA DESHEREDACIÓN Y EL INTERNAMIENTO DE LOS ASCENDIENTES.- V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Es frecuente que la sociedad asocie el ingreso o internamiento de los ascendientes como una manifestación de desidia y despreocupación de los hijos hacia sus padres, en la convicción de que tal conducta supone una inhibición de los deberes que tienen hacia ellos. Esta problemática puede tener su consecuencia jurídica en la arquitectura de lo que será la sucesión del ascendiente cuando fallezca, pudiéndose interpretar el internamiento de este en un geriátrico[1] o centro psiquiátrico como una manifestación de olvido y abandono de unos parientes, como los hijos, que tienen el deber de respetarles siempre, tal y como reza el artículo 155.1º del Código Civil (CC) y de configurarse como alimentantes en el caso de que se encuentren en una situación de necesidad.

1 Una cuestión debatida ha sido si el internamiento forzoso se circunscribía, exclusivamente, a los centros psiquiátricos o era posible la extensión a otros centros, como los geriátricos; Heredia Puente, M. y Fábrega Ruiz, C.: *Protección legal de incapaces*, Colex, Madrid, 1998, p. 11, abogan por esta última posibilidad, pues lo determinante, a los efectos del internamiento, no es la modalidad del centro, sino la condición psíquica de la persona. Más recientemente, De Verda y Beamonte, J. R.: "El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos en el Derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, p. 22, manifiesta, acertadamente, que no debe haber ningún obstáculo para aplicar el artículo 763 LEC al internamiento en establecimientos geriátricos, fundamentando su razonamiento citando numerosas resoluciones y, sobre todo, en que el artículo 763.1 LEC habla de "centro", sin especificar ningún tipo, mencionando solo el artículo 763.2 LEC, relativo a los menores, que el internamiento se hará siempre en un establecimiento de salud mental.

• Manuel Ángel Gómez Valenzuela
Abogado colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz. Doctorando por la Universidad de Cádiz. Graduado en Derecho por la UNED con Premio Extraordinario por el mejor expediente de la Facultad de Derecho. Máster en Derecho de Familia y Sistemas Hereditarios y Máster en Derecho Penal. Adscrito al Grupo de Investigación Hombre, Libertad, Derecho, Familia y Propiedad de la UCA (SEJ327). Ganador dos veces del Premio José Corrales (2019 y 2020), organizado por la Asociación Española de Abogados de Familia y del accésit del Premio de menores Pilar Bermal organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba (2019). Profesor-Tutor sustituto de la UNED. Correo electrónico: gomezvalenzuelaabogado@hotmail.com.

A priori, podría sostenerse que el Derecho impone a los hijos que atiendan a sus padres, conforme a la redacción del artículo 143 CC, pero, cabe plantearse si ese deber han de cumplirlo personalmente, es decir, integrando, por ejemplo, en el núcleo familiar al progenitor que no puede valerse por sí mismo o basta el pago de una pensión, tal y como posibilita el artículo 149 CC. La incógnita planteada no es baladí, ya que no son escasos los escenarios en los que los padres se sirven del instituto de la desheredación para privar de la legítima a aquellos hijos que, por acción u omisión, han permitido que durante el último tramo de la vida su padre fallezca en un centro.

En relación a lo anterior, el interrogante relativo a si el internamiento de los padres, u otros ascendientes como los abuelos, puede constituir una causa de desheredación parece fácil de resolver en aquellos casos en que el propio hijo ignora que su padre estuvo internado durante sus últimos años[2], al socaire de que el grado de desvinculación es tal que ni siquiera sabía el paradero de sus padres, pudiéndose incardinar este desinterés en el artículo 853.2º CC, que a la sazón permite desheredar al hijo que ha maltratado al causante. A este respecto, el Tribunal Supremo en sentencias que marcaron un antes y después en la configuración de la desheredación, ha interpretado que el abandono, desafecto y desatención de los herederos puede ser suficiente para privarles de la legítima, al constituir un maltrato psicológico que no debe ser tolerado por el ordenamiento jurídico.

Por ello, el objetivo de la presente investigación será el análisis de las causas de desheredación previstas en el artículo 853 CC, en relación al internamiento de los padres y los abuelos. Para acometer dicha empresa, comenzaremos dibujando una idea general de la desheredación, haciendo una breve referencia a su evolución jurisprudencial, posteriormente nos adentraremos en el análisis, en relación a los problemas que puede presentar el internamiento, de la negativa a prestar alimentos y el maltrato psicológico como causas de desheredación, para, finalmente, sumergirnos en la casuística.

2 Esta circunstancia, es decir, el internamiento a instancia de un tercero, al margen de los legitimarios, se puede dar perfectamente, pues, aunque el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que regula el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, no reglamente la legitimación activa para solicitar el internamiento forzoso, como sí ocurre con los procesos de incapacitación *ex* artículo 757 LEC, la doctrina, representada por Bercovitz Rodríguez Cano, R.: "La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centro sanitarios o asistenciales por razones de salud", *Anuario de Derecho Civil*, 1984, p. 960, han postulado que ostentan legitimación las mismas personas que pueden solicitar la incapacitación judicial.

II. APROXIMACIÓN A LA DESHEREDACIÓN Y SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

1. Concepto.

La desheredación constituye una de las pocas excepciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico a la intangibilidad de la legítima[3], prevista en el artículo 813 CC, que dispone que "el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley". Valorando que la desheredación consiste en privar de la legítima al legitimario y que el causante debe recogerla en su testamento en virtud de las causas establecidas en la Ley, se podría definir, siguiendo a O´Callaghan como una "disposición testamentaria por la que el causante priva al legitimario de su carácter de tal y de su porción legitimara en virtud de una de las causas establecidas taxativamente por la Ley"[4]. Similar es la definición de Represa Polo que, al amparo de los artículos 848 y 849 CC, la define como "la privación de la legítima realizada por el testador siempre y cuando concurran las causas expresadas por la ley y que pueden ser distintas según quién sea la persona del desheredado"[5]. La jurisprudencia también ha ensayado una definición de la desheredación, apuntado que es "una declaración de voluntad testamentaria, solemne (artículo 849 CC), en virtud de la cual quien goza de la facultad de testar privad a sus herederos forzosos del derecho a la legítima cuando en ellos concurre cualquiera de las causas legales (artículo 853 CC) de la que sean responsables"[6].

Con las definiciones expuestas, las cuales siguen la reglamentación del Código Civil, resulta claro que la desheredación permite privar de la legítima al legitimario, que solo podrá configurarse como desheredación justa las que se basen en las causas establecidas en la Ley[7] y que tiene un carácter solemne, ya que el causante, a diferencia de la indignidad, solo la podrá articular a través del testamento. Sin embargo, todas estas proposiciones resultan incompletas, a la vista de que el artículo 856 CC permite que la desheredación, como sanción voluntaria que es, quede sin efecto a través de la reconciliación, pues según la dicción legal meritada "la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho a desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha". Efectivamente, la

3 Así lo expone Lledó Yagüe, F.: *Derecho de Sucesiones*, vol. I, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, p. 320, cuando dice que la desheredación constituye una excepción al sistema de legítimas "porque aquélla va a permitir al testador poder privar de la legítima a los herederos forzosos, cuando éstos incurran en algunas de las causas taxativa y expresamente reglamentadas en la Ley".

4 O´Callaghan Muñoz X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 232.

5 Represa Polo, Mª. P.: *La desheredación en el Código Civil,* Reus, Madrid, 2016, p. 22.

6 STS 15 junio 1990 (RJ 1990, 4760).

7 Respecto a la expresión de la causa, ha dicho recientemente la SAP Barcelona 22 febrero 2018 (JUR 2018, 90456), que tiene que estar tipificada legalmente y debe ser anterior al testamento, pudiendo señalarse indicando la norma que la tipifica o mediante la imputación de la conducta tipificada.

reconciliación permite dejar sin efecto la desheredación al igual que sucede con la rehabilitación del indigno prevista en el artículo 757 CC.

Por ello, consideramos extrapolable, *mutatis mutandi*, el concepto de indignidad que ensayó Albaladejo adaptándolo a las particularidades de la desheredación. Así, si el citado autor definía la indignidad como la "tacha con que la ley marca a las personas que han cometido determinados actos especialmente reprensibles, en virtud de la que su autor queda inhabilitado para suceder al causante que las padeció, a menos que éste lo rehabilite"[8], consideramos que una definición completa de la desheredación podría ser la siguiente: tacha con la que el causante marca, vía testamento, a los legitimarios que han cometido actos especialmente reprensibles, tipificados por la Ley, en virtud de la cual su autor queda privado de recibir su porción de legitima, a menos que medie la reconciliación entre el causante y el legitimario[9] o el perdón[10] de aquel.

2. Naturaleza jurídica y consecuencias interpretativas.

Como hemos dicho anteriormente, la desheredación se configura como una sanción voluntaria, en tanto en cuanto se somete a la voluntad del causante, que puede desheredar o no a través del testamento. Adentrarnos en su naturaleza jurídica será capital, a fin de averiguar las reglas interpretativas que han venido secundando durante años la doctrina y, especialmente, la jurisprudencia.

Sirviéndonos de las anteriores definiciones expuestas líneas más arriba, la desheredación se configura como una suerte de sanción civil[11] que castiga conductas reprobables entre parientes y que tiene como fundamento la facultad coercitiva del causante[12], que no tiene por qué, en caso de que concurran las causas previstas en la Ley, atribuir la porción legitimaria a aquel que ha cometido una falta grave contra él. Al igual que en la indignidad, la desheredación alberga claramente una función punitiva que tiene como efecto principal privar al legitimario, o heredero forzoso, de los derechos que le reconoce el ordenamiento jurídico respecto a la

8 Albaladejo García, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Tomo X, Vol. I*, Madrid, 1987, p. 188.

9 Preferimos utilizar la expresión testador y legitimario, en vez de ofensor y ofendido, porque, debiendo desplegar la reconciliación su eficacia si la hace la figura del testador, a veces puede ocurrir que el ofendido y el testador no sean, directamente, la misma persona, como el caso previsto en el artículo en el artículo 854.3ª CC, que permite desheredar a los padres y ascendientes cuando uno de los progenitores o ascendientes haya atentado contra la vida del otro progenitor.

10 Existen autores como Diez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A: *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV (Tomo 2), Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 189, que creen que, siendo la reconciliación una actividad bilateral, no es sinónima de perdón; sin embargo, y suscribiendo la tesis de Represa Polo, Mª P.: *La desheredación en el Código Civil,* cit., p. 243, la cual se remite a Albaladejo, entendemos que, en sede de desheredación, el perdón del testador debe desplegar los mismos efectos que la reconciliación, aun cuando el artículo 856 CC hable exclusivamente de esta última posibilidad. En la misma línea puede verse O´Callaghan Muñoz X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, cit., p. 240.

11 Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, F.: *Derecho de sucesiones,* Bosch, Barcelona, 1988, p. 79.

12 O´Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, cit., p. 232.

legítima. Sin embargo, existe una sustancial diferencia entre la desheredación y la indignidad, pues mientras aquella se fundamenta en la autonomía de la voluntad del causante[13], esta se produce *ex lege* si concurre alguno de los supuestos de hecho previstos en el artículo 756 CC[14].

Consecuencia del tratamiento de la desheredación como una sanción, es que sus causas, como se infiere del artículo 848 CC[15], están tasadas[16], teniendo como correlativa consecuencia, en principio, que deberán ser objeto de interpretación restrictiva[17], estando vetado, asimismo, el recurso a la analogía[18]. En este sentido, la jurisprudencia ha reiterado que las causas de desheredación han de ser una de las específicamente determinadas por la ley cuya enumeración ha de entenderse exhaustiva, sin comprender en ellas otras distintas, aun cuando guarden analogía o sean de mayor entidad, pues de lo contrario "se daría al traste con todo el sistema legitimario"[19].

La expresión entrecomillada constituye, desde nuestro punto de vista, la explicación de la interpretación que han venido secundado los Tribunales sobre las causas de desheredación, en el entendido de que, bajo el paraguas del tratamiento de la desheredación como una suerte de sanción y la aplicación de la regla *odiosa sunt restrigenda*, lo que se ha pretendido defender es el actual sistema legitimario o,

13 Jordano Fraga, J.: *La indignidad sucesoria y la desheredación (Algunos aspectos conflicticos de su recíproca interrelación*), Comares, Granada, 2004, p. 2.

14 El hecho de que la indignidad se pueda supeditar a que una sentencia así lo declare o que quepa la rehabilitación tácita o expresa del indigno, *ex* artículo 757 CC, no nos parece argumento suficiente para esgrimir que este instituto reside en la autonomía de la voluntad del causante.

15 Véase que el tenor literal del artículo 848 CC dice lo siguiente: "La desheredación sólo podrá tener lugar por algunas de las causas que expresamente señala la ley".

16 Opina Algaba Ros, S.: "Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación", *InDret*, abril 2015, p. 8 y 9, que ha de predicarse de la desheredación el principio de legalidad "dado que nadie puede ser sancionado por un acto que en el momento de su perpetración no estuviese regido en la norma como causa de desheredación". No obstante, consideramos más correcto, en este trabajo, no hablar del principio de legalidad en relación al instituto de la desheredación, al ser un concepto más arraigado al Derecho público que al privado, siendo ejemplo de ello el artículo 25 CE que, consagrando dicho principio, señala que "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

17 Vallet de Goytisolo, J.: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2079, justificaba que las causas de desheredación no podían interpretarse extensivamente como único modo de evitar la incertidumbre y el peligro a la arbitrariedad.

18 Este planteamiento ya lo albergaba la STS 11 febrero 1946 (RJ 121,1946) que, aunque referida a las causas de indignidad, su razonamiento es plenamente extrapolable a las causas de desheredación: "sin pretensiones de identificar en absoluto las causas de incapacidad con las de indignidad para suceder "ex" testamento o abintestato, hay en ellas un marcado nexo que las preside en cuanto unas y otras tienden a impedir que el heredero entre en la posesión de la herencia, y como es norma general la capacidad y la dignidad e idoneidad "ab initio" para suceder, la excepción a esta norma, que en definitiva se traduce en una sanción o pena civil, se ha de interpretar restrictivamente (…)".

19 STS 28 de junio 1993 (RJ 1993,4792), STS 14 de marzo 1994 (RJ 1994,1777), STS 14 noviembre 1997 (RJ 1997,7930).

en palabras de Lasarte, la defensa a ultranza del desheredado[20], de larga raigambre histórica de creación justinianea.

3. Tratamiento jurisprudencial de la desheredación: desde la regla odiosa sunt restrigenda hacía la protección de la solidaridad familiar como fundamento del sistema legitimario.

Sin duda alguna, el debate en torno al tratamiento que se le debe dar en un ordenamiento jurídico a la libertad del testador resulta uno de los más apasionantes desde la perspectiva del Derecho privado[21]. Cuando se reguló el sistema legitimario en nuestro Código Civil, con sus sucesivas reformas, su arquitectura obedecía a un modelo familiar muy concreto: sin embargo, las transformaciones en la configuración de la familia, el incremento de la esperanza de vida, la movilidad de los individuos y, sobre todo, el principio de la autonomía de la voluntad, son motivos esgrimidos por los partidarios de la evolución del sistema de legítimas a las circunstancias actuales, ora mediante la reducción[22] o revisión de las causas de desheredación, ora mediante su supresión[23].

La jurisprudencia ha ido al compás de la defensa a ultranza del desheredado, afirmando, hasta fechas recientes que, conductas tales como el abandono o la ausencia de relación afectiva, son hechos que se incardinan en el campo de la moral e intranscendentes en la ordenación de la sucesión del causante y, sobre todo, en el presunto derecho del legitimario a recibir su porción de legitima.

Prima facie, podría pensarse que la defensa de este planteamiento obedece a la parte general del Derecho Civil, es decir, que las normas sancionadoras deben interpretarse restrictivamente, sin embargo, lo que hay en la línea que ha venido secundado durante años el Alto Tribunal es la defensa del sistema legitimario. Muestra de ello es la STS 28 junio 1993[24], la cual, en su fundamento de derecho único, dice, en relación a la desheredación, que "ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no sólo proclama el artículo 848 del texto legal, sino también la abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de

20 Lasarte Álvarez, C.: "Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea", en AA.VV.: La protección de las personas mayores (dir. C. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 2007, p. 364.

21 La confrontación entre la legítima y la libertad testamentaria tuvo lugar en los albores de la publicación del actual Código Civil, el cual acabó configurando un sistema de legítimas que, comparándolo con la legislación castellana antecesora, ampliaba la libertad de testar, restringiendo la legítima para los hijos y descendientes que paso de cuatro quintos a dos tercios.

22 Miquel González, J.Mª: "Reflexiones sobre la legítima", en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sucesiones* (coords. por A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio), LA LEY, Madrid, 2014, p. 987, opta por flexibilizar la legítima, pero, en base a la solidaridad familiar y el efecto distributivo de la riqueza y la igualdad entre los hijos, recomienda su mantenimiento.

23 O´Callaghan Muñoz, X.: "A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima", *Actualidad Civil*, núm. 5, 29 de julio de 2015, p. 4

24 STS 28 junio 1993 (RJ 1993, 4792).

la sucesión legitimaria; no admitiéndose: ni la analogía, ni la interpretación extintiva [sic][25], ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*.

La STS 4 noviembre 1997[26] siguió análogo planteamiento, al enjuiciar un supuesto en que unos hijos habían interpuesto una demanda de juicio ordinario para vindicar la nulidad de una cláusula del testamento de su padre en la que los había desheredado, designando heredera del haber hereditario a su hermana, tía carnal de los demandantes. Los hechos que justificaron la desheredación fueron, en palabras del fundamento de derecho cuarto de la citada sentencia, que los hijos no convivieron con su padre cuando este alcanzó la ancianidad, no mantuvieron ningún contacto con él y, para más inri, ni siquiera acudieron a su entierro ¡todo un paradigma del cumplimiento de los deberes filiales! No obstante, el Tribunal Supremo desestima que dichos hechos puedan representar una causa justa de desheredación, aduciendo que "la jurisprudencia que interpreta este precepto[27], por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previsto en la ley".

Valga la jurisprudencia expuesta para percatarnos como, más que defender la regla *odiosa sunt restrigenda*, lo que ha venido haciendo el Tribunal Supremo, hasta comienzos del nuevo milenio, es defender fielmente el sistema legitimario[28] según las directrices marcadas por el legislador, desconociendo que los principios rectores de la familia y el propio modelo familiar han evolucionado desde la codificación, debiendo tener su reflejo en un instituto, como la desheredación, cuyas causas están arraigadas al cumplimiento, o mejor dicho, incumplimiento de los deberes familiares. Así, y si observamos el común denominador de los supuestos de hecho de las dos sentencias citadas, podemos ver que ambos casos tuvieron como antecedente fáctico una crisis matrimonial y el quebrantamiento de los lazos comunes que ligaba a los hijos con uno de los progenitores, precisamente, el que les desheredaba.

Desde nuestra óptica, teniendo como fundamento la legítima la solidaridad familiar[29], constituye un auténtico despropósito que, al amparo del artificioso

25 Suponemos que donde se dijo "interpretación extintiva" en realidad se refería a la extensiva.

26 STS 14 noviembre 1997 (RJ 1997,7930).

27 Se refiere al artículo 853 CC y, en concreto, a los apartados 1ª y 2ª.

28 Véase la definición de desheredación ensayada por la SAP Salamanca 19 diciembre 2013 (AC 2013,2219), para percatarnos cómo en algunas resoluciones late una férrea defensa del sistema legitimario: "acto por el cual el testador, en virtud de una justa causa, priva a un heredero forzoso de su derecho a la legítima, es decir, "arrebatarle" la parte que la ley le reserva en la herencia".

29 Otros autores, como Echevarría de Rada, T.: *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*, Reus, Madrid, 2018, p. 12, o De Barrón Carrasco, M.C.: "Falta de trato familiar y desheredación de los descendientes", en AA.VV.: *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: una Perspectiva Multidisciplinar* (coords. J. Ramos Prieto y C. Hornero Méndez), Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 96, hablan de "solidaridad intergeneracional", pero, siguiendo Vaquer Aloy, A.: "Acerca del fundamento de la legítima", *InDret,* octubre 2017, p. 18, es menester emplear el término solidaridad familiar, dado que, respecto a las causas de desheredación previstas para los cónyuges, la

tratamiento de la desheredación como una sanción civil y la aplicación de la regla *odiosa sunt restrigenda*, se haya dado cobertura, y se siga dando, a auténticas manifestaciones de maltrato, pues el abandono del progenitor, por causa no imputable a este, merece tal calificativo, máxime si tenemos en cuenta las especiales circunstancias en las que se hallan todas aquellas personas cuya edad permite englobarlas en la ancianidad.

Siguiendo el recorrido de la jurisprudencia, no podemos afirmar que la misma haya sido uniforme, ya que, al menos, existen dos sentencias del Tribunal Supremo, dictadas con anterioridad a 2014[30], que no secundan la interpretación restrictiva de la causas de desheredación. La primera de ellas es la STS 26 junio 1995[31], que desestima el recurso de casación presentado por un hijo que permitió que su cónyuge expulsara a su madre de la vivienda familiar, viéndose obligada ésta a vivir en sus últimos años bajo los cuidados de su sobrina; la causa de desheredación que citó la testadora fue la prevista en el artículo 853.2ª CC –"haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra"-, estimando el Alto Tribunal la validez de la cláusula impugnada, esgrimiendo que no es necesario el uso de la coerción física o la fuerza para que, efectivamente, exista un maltrato que legitime la desheredación.

La segunda que merece la pena mencionar es la STS 25 septiembre 2009[32], que trató un supuesto de desheredación entre cónyuges por la vía del artículo 855.1ª CC –"haber incumplido grave y reiteradamente los deberes conyugales" -. En la *litis*, la demandante abandonó a su marido en Venezuela, a pesar de seguir el vínculo matrimonial, teniendo que afrontar en soledad el testador un cáncer maligno que precisó dos intervenciones quirúrgicas, para, posteriormente, regresar a España donde murió en compañía de sus hijos[33]. Dichos hechos fueron

solidaridad intergeneracional brilla por su ausencia, ya que estos pertenecen a una misma generación. De Peralta Ortega, J.C.: "Medidas preventivas y sancionadoras del abandono asistencial de los mayores en el ámbito sucesorio: la desheredación", en AA.VV.: La protección de las personas mayores (dir. C. Lasarte Álvarez), cit., p. 388, no se refiere, *ex profeso*, a la solidaridad familiar como fundamento de la legítima, pero así se infiere del siguiente fragmento: "El fundamento de esta institución se funda según la mejor doctrina en el hecho evidente de que la designación de herederos forzosos no paree que pueda imponerse al causante en todo caso y bajo cualquier circunstancia, sino sólo en situaciones de normalidad familiar, pues si la inexistencia de afecto familiar se ha hecho evidente de forma particularmente grave, a través de hechos o actos que garantizan la ruptura de la unidad familiar que constituye el presupuesto del sistema legitimario, resulta natural que la ley haya de llegar a la conclusión que quien, en principio es considerado <<heredero forzoso>> deje de serlo y sea privado de la cuota legitimaria que, en otro caso, podría haberle correspondido".

30 Se señala 2014 porque, a nuestro juicio, fue cuando el Tribunal Supremo empezó a cambiar de rumbo interpretando las causas de desheredación según el canon sociológico cristalizado en el artículo 3 CC y abandonando la regla *odiosa sunt restrigenda* como forma de interpretar las normas atinentes a la desheredación.

31 STS 26 junio 1995 (RJ 1995,5117).

32 STS 25 septiembre 2009 (RJ 6442,2003).

33 Similar exégesis adoptó la SAP Valladolid 22 mayo 2012 (JUR 2012, 230225), declarando la validez de desheredación entre cónyuges ante un caso de abandono; sin embargo, el precepto que invocó el testador fue el artículo 855. 3ª CC, es decir, la negación por el cónyuge legitimario de alimentos al otro cónyuge: "no resulta lógico ni comprensible su comportamiento de prolongada y total pasividad, desatención y abandono

interpretados en sede casacional como un incumplimiento del deber de ayuda y socorro mutuo, cristalizados, respectivamente, en los artículos 67 y 68 CC.

Cabe plantearse lo siguiente: ¿hubiese prosperado dicho relato de haber sido los hijos, y no el ascendiente o cónyuge, los desheredados? Viendo las SSTS 28 junio 1993 y 4 noviembre 1997, probablemente no, máxime si la causa de desheredación fuese el maltrato de obra, ya que el Tribunal Supremo, al abrigo de que las causas de desheredación deben tener un enfoque interpretativo restrictivo, habría aducido que el abandono se trata de unos hechos incardinado en la moral, intrascendente en la sucesión del causante y, sobre todo, en el derecho del heredero forzoso a recibir su porción de legítima, a pesar de que tales conductas, cuando no son imputables al causante, representan un atentado al deber de respeto que debe presidir las relaciones filiales[34].

Sin embargo, esta doctrina construida sobre la base de la interpretación restrictiva de las causas de desheredación sufrió un cambio radical a raíz de la STS 3 junio 2014[35], ratificada por la STS 30 enero 2015[36] y otras posteriores[37]. Es llamativa la exégesis de la primera de ellas, ya que, aun admitiendo que las causas de desheredación son, exclusivamente, las previstas en el artículo 848 CC y que, por ende, las mismas no podrán ser objeto de interpretación extensiva ni de aplicación analógica, ello no es óbice, en palabras del Alto Tribunal, para que "la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo". La verdadera innovación de dicha sentencia[38], que analiza un supuesto en el que el testador desheredó a sus hijos, citando el artículo 853.2ª CC, por un notorio distanciamiento que provocó que su hermana lo cuidara en su vejez, reside en lo expuesto en el punto cuarto del fundamento de derecho segundo, el cual reproducimos:

"En efecto, en este sentido la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente

para con su esposo, (no hizo uso de los servicios sociales, ni colaboró en la localización de los hijos, no acompañó ni visitó a su marido al hospital) en la última época que convivía con él" (fundamento de derecho segundo *in fine*).

34 Véase la dicción del artículo 155.1º CC que consagra el siguiente deber de los hijos: "Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre".

35 STS 3 junio 2014 (RJ 2014,3900).

36 STS 30 enero 2015 (RJ 639,2015).

37 Sin perjuicio de que son numerosas las sentencias de las Audiencias Provinciales, en sede casacional ha vuelto a ratificar dicha exégesis la STS 13 mayo 2019 (RJ 2019,2212).

38 Para un análisis más exhaustivo de la STS 3 junio 2014 véase Salas Carceller, A.: "Sobre la desheredación", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7/2014, Parte Estudios.

de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004".

A nuestro juicio, la sentencia invierte los términos del debate y, en concreto, el fundamento de la protección del sistema legitimario, pues si en las sentencias de finales de la década del último siglo se justificaba la interpretación restrictiva de las causas de desheredación en la defensa del propio sistema legitimario, según los designios del legislador civil común, ahora el nudo gordiano en los criterios rectores hermenéuticos de la desheredación se centra en la protección de valores constitucionales como la dignidad personal en el marco del Derecho de familia, el cual tiene su reflejo en la sucesión[39]. La solidaridad familiar[40] se erige, así, en el fundamento de la legítima, cobrando un papel esencial la dignidad del testador cuando existe un quebranto de los deberes familiares[41].

III. INTERNAMIENTO DE LOS ASCENDIENTES Y DESHEREDACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LA NEGATIVA A PRESTAR ALIMENTOS Y AL MALTRATO PSICOLÓGICO.

Antes de analizar, atendiendo a la casuística, si el internamiento de padres y ascendientes, ya sea en una residencia de ancianos o en un centro psiquiátrico, constituye una causa de desheredación, bien por la negativa a dar alimentos (artículo 853.1ª CC) o el maltrato psicológico (artículo 853.2ª CC), conviene adelantar que el lector se tiene que liberar del prejuicio de asociar el internamiento de un ascendiente como un hecho protagonizado por hijos ingratos.

En esta problemática existen varios supuestos, desde el hijo que se ve desbordado e insta el internamiento forzoso del padre[42], hasta aquellos que

39 Interesante es la idea de Zurita Martín, I,: "La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coords. Vaquer Aloy, A, Sánchez González, M. y Bosch Capdevilla, E.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, p. 102, que explica que la reciente jurisprudencia construida en torno a la desheredación "viene reforzada por el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos, que encuentran una clara proyección en el marco del Derecho sucesorio en el principio de *favor testamenti*". También puede verse la opinión de González Hernández, R.: "La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775, p. 2608, que opina, en relación, igualmente, al maltrato psicológico como causa de desheredación, manifiesta un intento del Tribunal Supremo de ampliar la libertad de testar.

40 Así lo expresa el fundamento de derecho tercero de la STS 3 junio 2014 (RJ 2014,3900): "Cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley es lícita su privación. No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que estas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales".

41 Otros autores, como Arroyo Amayuelas, E. y Farnós Amorós, E.: "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?", *InDret*, abril 2015, p. 5, apuntan a que la nueva corriente jurisprudencial prima la equidad, tendencialmente, en detrimento de la seguridad jurídica.

42 Es preciso puntualizar, siguiendo a De Verda y Beamonte, J. R.: "El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos en el Derecho español", cit., p. 18, que el internamiento, como acto personalísimo que es, no puede ser adoptado por los familiares de los ancianos, pues ello iría en contra de la libertad personal

ignoran que su propio padre ha tenido que ser ingresado en una residencia, al ser tan notable el distanciamiento que cualquier tipo de contacto o acercamiento se ha demorado *sine die*.

Adelantando que, bajo nuestra opinión, el Derecho no puede, ni debe, imponer a los hijos, u otros descendientes, la obligación de consagrar *personalmente* la vida a sus padres o abuelos, pues, de ser así, se verían en la tesitura de renunciar a su proyecto vital y a formar su propia familia[43], máxime si las necesidades del progenitor o ascendiente pueden estar igualmente cubiertas de otro modo, ora bajo el internamiento o ingreso en un centro, ora bajo los cuidados de una tercera persona. Muchas veces, el mantenimiento de los padres en la vivienda familiar es un foco de enfrentamiento y tensiones, al socaire de la heterogeneidad de caracteres propios de personas que no comparten la misma generación, y de quienes, alcanzada la tercera edad, se encuentran en una etapa en la que la capacidad de adaptación no es la misma que la que tenían en otro tiempo. En estos casos, resulta contraproducente, a todas luces, imponer a los hijos el confinamiento del achacoso padre en un domicilio que, en ocasiones, es de pequeñas dimensiones, máxime si tiene que compartir techo con el cónyuge e hijos[44]. Sin embargo, lo expuesto no quiere decir que los hijos no tengan ninguna obligación respecto a su ascendencia, pues en el caso de que no exista ninguna relación, y ello obedezca a una causa imputable al legitimario, quedaría en cuarentena el deber de respeto consagrado en el artículo 155.1º CC, el cual no pierde su vigencia cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad[45].

La polémica está servida, siendo preciso que en las sucesivas líneas analicemos la obligación de alimentos en relación a la dicción del artículo 853.1ª CC, planteándonos cuestiones como si dicha obligación se ciñe exclusivamente a lo económico o abarca otras atenciones, así como si la obligación de alimentos impone a los hijos cuidar personalmente a sus padres. También analizaremos la exégesis construida en torno al maltrato psicológico como causa de desheredación y, lo

consagrada en el artículo 17 CE, debiendo siempre recabarse, a priori o a posteriori si concurren razones de urgencia, la autorización judicial.

43 Entendemos, que un Derecho que imponga a los hijos esta obligación iría en contra del concepto *libertad de acción*, procedente de la doctrina alemana, y que describe Martínez Vázquez de Castro, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas, Madrid, 2010, p. 21 y 22, como "un proyecto de libertad individual de carácter general. Es el individuo el que tiene derecho a decidir libremente su proyecto vital, así como a cambiarlo cuantas veces quiera, e incluso a no tenerlo propiamente".

44 Gracia Ibáñez, J.: "El maltrato familiar hacía las personas mayores. Un análisis sociojurídico e histórico", *Editorial Prensas de la Universidad de Zaragoza* (versión electrónica), 2012, p. 50 y 53, dice que, aunque exista obligación de los hijos de cuidar a los padres en una situación de necesidad, este deber se debe modular ante el riesgo de que la libertad y bienestar del hijo sea seriamente mermada; así, y según el meritado autor, el deber de alimentos "no exigiría hacer el bien absolutamente, llegando a su propio perjuicio. Se trataría de una obligación benéfica prudencial, donde cada persona puede decidir cuánto bien está dispuesta a hacer, contando con sus posibilidades, su generosidad y con las circunstancias que le toque vivir"

45 Díaz Alabart, S.: "Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres: respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares", *Revista Derecho Privado*, 2015, p. 55.

más importante, si cualquier tipo de distanciamiento supone un maltrato digno de reproche a los efectos de recibir la legítima.

1. Negativa injustificada a prestar alimentos (artículo 853.1ª CC).

El artículo 853.1ª CC tipifica como causa de desheredación para los hijos y descendientes "haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendientes que le deshereda"[46]. Este artículo se tiene que relacionar con la reglamentación del Título VI del Libro I del Código Civil que regula la obligación de alimentos entre parientes. La obligación de alimentos puede definirse como la obligación que nace *ex lege* entre cónyuges o entre determinados parientes en caso de necesidad de uno de ellos, por la cual el otro debe proporcionarle todo lo que es indispensable para la vida[47]. Es preciso que analicemos la extensión de este deber y, correlativamente, que debe entenderse por situación de necesidad del alimentista o, mejor dicho, del testador.

A) Significado de los alimentos y la situación de necesidad en la dinámica de la desheredación.

Esta obligación, cuando el alimentista pertenece a la tercera edad, debe relacionarse con el sistema de prestaciones públicas cristalizado en el artículo 50 CE, sin embargo, las pensiones públicas, a medida que pasan los años, se revelan como insuficientes, más teniendo en cuenta el descenso de la natalidad, la evolución de la familia o el incremento de la tercera edad, lo que nos lleva a afirmar que la obligación de alimentos debe seguir vigente cuando las prestaciones públicas no cubran las necesidades básicas, más teniendo en cuenta que los alimentos, en virtud del artículo 142 CC, comprenden todo lo "indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica".

El concepto de alimentos es de capital importancia para el advenimiento de uno de los presupuestos para el nacimiento de esta obligación, a saber, la situación de necesidad del causante. La problemática puede interpretarse de dos formas: una, consistente en que el concepto de necesidad debe tener un enfoque amplio, en el entendido de que incluye también el mantenimiento de relaciones, atenciones e

46 La negativa a prestar alimentos puede visualizarse como una causa de indignidad en virtud del artículo 756.2° CC, que cataloga como incapaz para suceder al "condenado por sentencia firma a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada". Sin embargo, viendo que el artículo 227 CP sanciona con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses el que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos la pensión de alimentos, y que el artículo 33 CP no cataloga como pena grave las contempladas en el artículo 227 CP, que serían penas menos graves, en la práctica es harto improbable, sino imposible, que se de dicha causa de indignidad.

47 Peña Bernaldo de Quirós, M.: *Derecho de Familia,* Sección de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 626.

incluso el afecto, y otro, más restrictivo, que circunscribe la situación de necesidad a la capacidad económica, o más bien a la falta de ella, en este caso, del testador.

La doctrina en este punto no es unánime, así, tenemos a Beltrán de Heredia de Onís que sugiere que lo relevante, a los efectos de la prestación de alimentos, es una situación de necesidad económica, quedando extramuros de la obligación de alimentos la asistencia personal y emocional, aun en supuestos de enfermedad[48]; otros entienden que, ante los supuestos de padres ancianos y achacosos existe un deber de velar por aquellos cuando la vejez o enfermedad no les permita cuidarse a sí mismos, aun teniendo recursos económicos, incardinándose en la obligación de alimentos no solo la asistencia médica, sino también la genérica, sin que sea necesariamente de tipo médico[49].

La exégesis de las Audiencias Provinciales es vacilante. Existen muchas sentencias que se inclinan por interpretar que el deber de alimentos, a los efectos del artículo 853.1ª CC, solo alcanza el aspecto estrictamente económico, a fin de evitar el desamparo[50], como veremos a continuación.

La SAP Castellón 21 julio 2009[51] analizó la impugnación de una desheredación de un abuelo a su nieta, tachando el Tribunal la desheredación de injusta, la cual se hizo por la vía del artículo 853.1ª CC, porque, aunque quedó acreditado que la nieta fue reclamada para atender a su abuelo, dicha reclamación fue para ayudarle en los cuidados que precisara, lo visitara, le tomara la medicación y, en resumidas cuentas, que le hiciera compañía. Para la sentencia, dichos hechos no se pueden incardinar en el artículo 853.1º CC, porque el abuelo subsistía con su pensión, con la que sufragaba los costes de una persona de compañía, la cual estaba pendiente de las atenciones primarias[52]. Similar razonamiento secundó la SAP Ourense

48 Beltrán De Heredia De Onís, P.: *La obligación de alimentos entre parientes*, Universidad de Salamanca, 1958, p. 30 y 31.

49 Manzano Fernández, Mª. M.: "Preguntas y respuestas sobre el artículo 857 del Código Civil. La legítima del descendiente desheredado", *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre 2015, p. 2. La postura de O´Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de familia,* Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 263, es ambigua, pues si bien dice que la obligación de alimentos entre parientes es de contenido patrimonial, pudiendo consistir su cumplimiento en la entrega de una cantidad de dinero, luego dice que su finalidad es de protección de la vida de una persona y su fundamento es familiar, "lo que permiten considerarla de naturaleza no patrimonial".

50 Aquí, cuando hablamos de desamparo no consideramos extrapolable para las personas de la tercera edad la definición del artículo 172.1 CC, que abarca, respecto a los menores de edad, la asistencia moral y material.

51 SAP Castellón 21 julio 2009 (AC 2009, 1898).

52 El fundamento de derecho segundo dice lo siguiente: "Por muy censurable que pueda parecer este proceder ello no supone que la actora haya negado alimentos a su abuelo, ya que ella no fue requerida para prestarlos por la necesidad existente sino para ayudar en los cuidados que precisaba su abuelo que le obligaban a tener una persona que le acompañase al médico, le atendiera cuando estaba hospitalizado, le controlara las tomas de la medicación, le calentara la comida, y en general le hiciera compañía. Esto fue lo que dijo la persona que fue contratada por sus hijos y que compareció al juicio relatando que había estado haciendo esas tareas. Como indica el recurrente, el artículo 142 del Código Civil establece que se entiende por alimentos todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica y en el caso del abuelo de la actora, no se ha constatado la carencia de dichos alimentos, sino la de los cuidados y atenciones propias de un

4 abril 2008[53], que declaró nula la desheredación que afectaba a los hijos, ya que quedó acreditado que el testador no tenía ninguna situación de necesidad económica, subsistiendo con una pensión y su parte de los bienes gananciales. A juicio de la Audiencia Provincial, no es lo mismo la asistencia moral y afectiva, que según nuestro prisma podría dar lugar a la desheredación por maltrato psicológico, que la económica, que justificaría la prestación de alimentos, precisando la citada sentencia que "esta última es la que puede dar lugar al nacimiento de la causa de desheredación, más no la primera y en tal sentido no se acredita que el causante fuera merecedor de alimentos ni tampoco que las demandantes estuvieran incursas en la obligación de prestarlos".

La SAP León 13 abril 2005[54] enjuicia otro caso de desheredación al amparo del artículo 853.1ª CC, en un caso en el que testador atribuyó toda su herencia a su cónyuge de segundas nupcias, desheredando a los hijos fruto de su anterior matrimonio. Quedó acreditado que el padre sufrió una hemorragia cerebral, pero, a pesar de ello, quedó recuperado, hasta tal punto de poder usar un vehículo adaptado y realizar viajes y excursiones con total independencia; además, percibía una pensión de gran invalidez, y había adquirido años antes a su fallecimiento un nuevo vehículo y una vivienda con garaje y bodega anexa. A pesar de ello, deshereda a sus hijos por el distanciamiento que había entre ellos desde la crisis matrimonial, los cuales no fueron a visitarle durante su última enfermedad. Probablemente, la tesis de la Audiencia Provincial de estimar injusta la desheredación sea acertada, en la medida en que solo se citó como causa el artículo 853.1ª CC, no estando comprendido el afecto y el cariño en el término "alimentos"[55]; sin embargo, es probable que por la vía del maltrato psicológico conforme a la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo dicha desheredación hubiese prosperado: nunca lo sabremos[56].

familiar tan cercano, lo que evidentemente y según se concluyó en la instancia excede de lo que es la causa de desheredación y entra en el ámbito del enjuiciamiento moral ajeno a lo que aquí debe decidirse".

53 SAP Ourense 4 abril 2008 (JUR 2008,206881).

54 SAP León 12 abril 2005 (JUR 2005,106351)

55 En similar sentido la SSAP Madrid 6 abril 2005 (JUR 2005,106746) y 15 noviembre 2007 (JUR 2008,84904), SAP Salamanca 19 diciembre 2013 (AC 2013/2219).

56 Este razonamiento sigue la SAP Albacete 1 febrero 2017 (JUR 2017,67928), en la que enjuició un caso en el que los causantes desheredaron a sus hijas, sin embargo, los coherederos interpusieron una demanda para la declaración de indignidad contra las nietas, hijas de la desheredadas, al entender que concurría la causa prevista en el artículo 756.7° CC ("tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil"), ya que no mantuvieron contacto alguno con los abuelos, que eran personas dependientes, desde 2004 como consecuencia de una discusión que había tenido su madre de ellos. La Audiencia desestima la causa de indignidad, pues, señalando, en su fundamento de derecho segundo, que dichos hechos podrían ser una causa de desheredación por maltrato psicológico *ex* artículo 853.2 CC, luego dice que el concepto de alimentos no puede ser objeto de una interpretación extensiva, no incardinándose en el artículo 142 CC conceptos tales como el contacto, el afecto o el cariño (así se infiere del fundamento de derecho tercero). Igual senda sigue la SAP Guipúzcoa 19 diciembre 2016 (AC 2017,274), en la que, a pesar de quedar acreditado que existió un abandono emocional de los hijos hacía el testador que comprendía el maltrato psicológico, el Tribunal acabó por declarar injusta la desheredación, pues el testador había invocado la negativa a la prestación de alimentos como causa de desheredación y no los malos tratos sufridos.

La postura contraria, favorable a la interpretación extensiva del concepto de alimentos, es secundada por la SAP Madrid 19 septiembre 2013[57], en la que, habiendo invocado el testador la causa de desheredación del artículo 853.1ª CC, por la situación de abandono y falta de afecto que padeció por parte de los legitimarios, el Tribunal la estima, diciendo que "por alimentos no cabe entender únicamente la ayuda material imprescindible para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación que contempla el artículo 142 del Código Civil, sino también "todo" lo que es indispensable para ello, como se precisa en el citado artículo y ha sido interpretado por la jurisprudencia como la exigencia de una actitud activa de atenciones, incluyendo las afectivas".

Otras resoluciones optan por una vía intermedia, en el entendido de que, sin llegar a afirmar que la falta de afecto o cariño se encuentra en el concepto de alimentos, tienen en cuenta la ausencia de asistencia y atención personal a los padres enfermos, que no tienen la suficiente dependencia para la realización de las actividades básicas, lo que implicaría un incumplimiento de los deberes asistenciales que quedan comprendidos en el artículo 853.1ª CC.

Ejemplo de esta tesis es la SAP Albacete 4 marzo 2016[58] que afirma que "aunque la obligación de alimentos no comprenda dar cariño, compañía o interés personal, sí que abarca en casos de que el necesitado no pueda cubrirlas por sí mismo, el soporte o cobertura de las necesidades materiales (económicas o de dedicación), precisas para procurar la movilidad mínima del causante, su aseo, alimento y atención médica; bien se lleve a cabo dicha cobertura personalmente por el propio obligado o descendiente (aún de modo alterno si han de compatibilizarse necesidades propias del alimentista también) o bien por tercero por encargo del obligado o incluso mediante una asignación económica si ello fuera suficiente"[59]. En definitiva, la sentencia interpreta el término "alimentar" como comprensivo de las obligaciones coadyuvantes, mediales o instrumentales para que la persona pueda tener satisfechas sus necesidades[60].

57 SAP Madrid 19 septiembre 2013 (JUR 2014,3342).

58 SAP Albacete 4 marzo 2016 (JUR 2016,75517)

59 Véase también la SAP Badajoz 23 enero 2003 (JUR 2003,128167), que ante un supuesto en el que la causante padeció numerosas enfermedades, estima justa la desheredación, ante la falta de atención médica de las desheredadas, explicando que los alimentos también comprenden la asistencia y cuidados en casos de grave enfermedad.

60 Dicha sentencia acaba admitiendo la causa de desheredación en su fundamento de derecho tercero, diciendo lo siguiente: "En el caso presente, no nos encontramos ante una mera falta de cariño e interés por parte de la demandante, sino ante algo más: la prueba testifical indica cómo la causante, madre de ésta, se encontraba durante los últimos tiempos de su vida en situación de necesidad, si no económica (que también, pues a pesar de su pensión precisaba gastos en medicinas, andadores, taxi para asistencia sanitaria y demás gastos domésticos, incluida una tercera persona durante algunas horas al menos, y vigilancia por sus más allegados para la mínima movilidad, aseo, etc.) sí al menos personal al precisar de terceras personas para éstas actividades materiales de sustento, vestido y alimento, pues no podía por sí sola vestirse, levantarse de la cama ni cambiarse los pañales de los que finalmente precisaba, lo que a pesar de ser conocido por la Sra. Socorro (que en una localidad pequeña y tan próxima familiarmente aunque sin relación directa, conocía aunque fuera a través de terceros entre los que se encontraba alguna tía y

Nuestro planteamiento es que en ningún caso la falta de cariño o afecto se debe reconducir por la causa de desheredación prevista en el artículo 853.1ª CC. Dicha idea podría ser loable antes de 2014, pero una vez que se dictó la STS 3 junio de 2014, estos supuestos deben ser reconducidos por la línea del maltrato psicológico *ex* artículo 853.2ª CC[61], ya que mantener la tesis contraría no resistiría, a nuestro juicio, la siguiente cuestión: ¿Prosperaría una demanda de juicio verbal, ejercitada conforme al artículo 250.1.8º LEC, en reclamación de alimentos, alegando el presunto alimentista que se encuentra en un geriátrico la falta de cariño o afecto? Evidentemente no, sin embargo; cabe plantearse una nueva cuestión en relación al internamiento, y a ello trataremos de responder en las líneas que siguen.

B) En relación al internamiento en un centro: ¿los hijos están obligados a cuidar personalmente a los padres o abuelos conviviendo en un mismo domicilio?

El interrogante lanzado a los efectos dialécticos, se podría plantear de otro modo: ¿se puede desheredar a un hijo si este se niega a que su padre o abuelo conviva con él en su propia vivienda? La mejor manera de responder a estas cuestiones es remitiéndonos al artículo 149 CC, el cual dice que el alimentante "podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos", decayendo esta facultad de elección[62], propia de las obligaciones alternativas[63], "en cuanto contradiga la situación de convivencia[64] determinada por el alimentista por las

prima) no la motivó a colaborar en dicho sustento material y físico, más allá del meramente personal o sentimental, lo que le permite jurídicamente al causante excluir en testamento su condición de heredero o coheredero, por lo que debe estimarse el recurso, al no advertir el Juzgado dichas omisiones, que por ser materiales, físicas y necesarias para el sustento y para materializar los alimentos debidos, suponen una verdadera omisión de alimentos que, como se dijo, van más allá de una mera negación de cariño y asistencia psicológica o sentimental".

61 Cabezuelo Arenas, A. L. y Castilla Barea, M.: "La obligación de alimentos como obligación familiar básica", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), vol. I, Aranzadi, Pamplona, 2017, pág. 200, afirma que la concepción amplia de alimentos se justificaba porque era la única vía que permitía la desheredación ante el distanciamiento y falta de afecto que constituye hoy el maltrato psicológico, aun teniendo los padres recursos económicos.

62 Padial Albás, A.: *La obligación de alimentos entre parientes*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, remitiéndose a la doctrina clásica, menciona que numerosos autores han rehusado adoptar la terminología de facultad de elección, denominándola *derecho de opción*.

63 Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil VI*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenas Aires, 2010, p. 369.

64 Antiguamente, la jurisprudencia interpretaba de manera laxa el artículo 149 CC, postulando que la posibilidad del alimentante de prestar la obligación de alimentos in natura decaía si, en base a las circunstancias fácticas del caso, concurría una imposibilidad legal o moral de la convivencia. Ejemplo de ello es la STS 8 marzo 1952 (RJ 1952,805), que rechaza la posibilidad de que un padre mantuviese a su hija legítima en su casa en base a que el alimentante convivía maritalmente con una mujer y los hijos de ambos, aun diciendo el Alto Tribunal que eran personas respetadas y estimadas en la población donde vivían.

normas aplicables o por resolución judicial"[65], y también "cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad"[66].

Aquí debemos tener en cuenta que los ancianos de nuestros tiempos fueron instruidos, conforme a la mentalidad de principios y mediados del siglo pasado, para que, cuando llegasen a una edad en la que no pudieran valerse por sí mismos, su descendencia viviese con ellos, siendo difícilmente adaptables, en ocasiones, al internamiento en un geriátrico. Pero no hay que olvidar, so pena de caer en una suerte de reduccionismo, que el modelo familiar ha evolucionado, y con ello las costumbres, la movilidad del individuo, la libertad personal o los roles desempeñados (inserción de la mujer en el mundo laboral, corresponsabilidad doméstica, etc,) provocando que los cuidados y atenciones que precisa un anciano hagan que la prestación de alimentos en la vivienda familiar se configure muy gravosa[67]; ha de tenerse en cuenta, además, que muchas residencias, o incluso un cuidador doméstico, tienen medios y recursos suficientes para mantener las

65 El hecho de que la actual redacción de este artículo obedezca a la modificación operada por la Disposición final tercera 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, puede inducir a pensar que solo es aplicable cuando el alimentista sea menor de edad, pero, coincidiendo con Mondéjar Peña, Mª. I.: "La obligación de alimentos entre parientes como medio privado de satisfacción de las necesidades ante los procesos de envejecimiento y de la población española: análisis actual y tendencias de futuro", en AA.VV.: La protección de las personas mayores (dir. C. Lasarte Álvarez), cit., p. 340 (nota a pie de página núm. 340) y Cabezuelo Arenas, A.L. y Castilla Barea, M.: "La obligación de alimentos como obligación familiar básica", *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), vol. I, cit., p. 245, debe aplicarse analógicamente a las personas mayores de edad cuando, por ejemplo, exista una condena penal del alimentante respecto al alimentista a una orden de alejamiento.

66 La actual redacción del artículo 149 CC representa una ruptura respecto a su antecedente, el artículo 78 de la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870, que decía: "El alimentista tendrá que vivir en compañía del que debiera satisfacer los alimentos, en el caso de que éste justifique no poder cumplir de otro modo su obligación por la escasez de su fortuna". Limitar la facultad de elección a que el alimentante justifique su escasa fortuna responde a la idea arraigada en el siglo XIX de que la prestación *in natura* hace menos gravosa la prestación, tal y como puede verse a través de la STS 24 junio 1946 (RJ 1946, 718), por parte de la jurisprudencia, y de Gutiérrez Fernández, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo I, Madrid, 1871, p. 599, que expresaba que "los alimentos que viviendo en familia se prestan casi sin sentir, serían una carga insoportable si hubieran de pagarse en metálico ó de otro modo viviendo cada individuo por separado". Además, el artículo 237-10.2 del libro segundo del Código Civil de Cataluña prevé que la se podría excepcionar la prestación *in natura* con independencia de que el alimentista sea menor u mayor de edad.

67 Véase por ejemplo el artículo 237-10.2 del libro segundo del Código Civil de Cataluña, que contempla como uno de los supuestos que permite excepcionar el carácter alternativo de la prestación de alimentos "que la convivencia sea inviable".

facultades cognitivas y ocupaciones de los ancianos[68], lo que elimina la connotación negativa de estos ingresos[69].

Nos parece acertado el planteamiento de Mondéjar Peña, que subraya que el derecho de opción cristalizado en el artículo 149 CC tiene como fundamento hacer menos gravosa la carga impuesta al alimentante, así como el beneficio y conveniencia del beneficiario de alimentos, que es lo que persigue el meritado artículo con la alternativa dejada a merced de los alimentantes, señalando que "hoy en día esta alternativa no siempre ha de verse como un fracaso familiar o una circunstancia negativa, y, cuando el nivel de cuidados sean necesarios en las fases avanzadas de la enfermedad no pueda ser soportado por la familia, la atención profesional en una residencia puede llegar a ser la mejor opción"[70]. En este sentido, resultaría bastante llamativo que un ascendiente, en una situación de verdadera necesidad, se negase a que sus descendientes le abonasen el coste que implicaría una residencia donde podría estar bien atendido, bajo el pretexto de que, forzosamente, quiere habitar en la vivienda familiar, pues, en tal caso, podría exponerse a perder el derecho a percibir los alimentos[71].

Resulta interesante exponer, aun someramente, el caso que desembocó en la SAP de Madrid 17 junio 2005[72], que, aunque no versó, directamente, en dilucidar una acción de reclamación de alimentos, creemos que el razonamiento esbozado *obiter dicta* es extraíble al problema que estamos analizando. La demandante estaba usando un piso al amparo de un contrato de arrendamiento cuando sucedió que su madre y su hermano le impidieron acceder al mismo, alegando

68 Aun cuando no concurra en un anciano un trastorno psíquico, los Tribunales han interpretado extensivamente el artículo 763.1 LEC –"por razón de trastorno psíquico"-, siendo ejemplo de ello los Autos de la SAP Pontevedra 31 marzo 2011 (AC 2011, 1074), 15 julio 2011 (AC 2011, 1545), 22 septiembre 2011 (AC 2011, 2190), y 6 octubre 2011 (JUR 2011, 394612), entre otros, los cuales dicen que "el trastorno psíquico a que la ley se refiere no debe limitarse a la enfermedad mental, sino también a aquellas deficiencias y enfermedades seniles que se traducen en trastornos psíquicos padecidos frecuentemente por personas de la tercera edad (…)". Esta nueva línea hermenéutica cumple un antiguo reclamo apuntado por la doctrina, como Castillo Rodríguez, L.: "Algunas reflexiones procesales sobre la ancianidad", en AA.VV.: *Actas de las Primeras Jornadas de problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores* (coords. J.M. González Porras e I. Gallego Domínguez), Cajasur, Córdoba, 2000, p. 127 y ss, que apuntaba, en los albores de la publicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que era necesaria una disposición que específicamente aluda a los ancianos, como el artículo 763.2 LEC hace con los menores

69 Salmerón Álvarez, M. y Alonso Vigil, P.: "Factores asociados a la institucionalización de pacientes con demencia y sobrecarga del cuidador", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 60, 2006, p. 141.

70 Mondéjar Peña, Mª. I.: "La obligación de alimentos entre parientes como medio privado de satisfacción de las necesidades ante los procesos de envejecimiento y de la población española: análisis actual y tendencias de futuro", en AA.VV.: La protección de las personas mayores (dir. C. Lasarte Álvarez), cit., p. 343.

71 Entendemos que, correspondiendo la facultad de optar al alimentante, si el ascendiente se negara a la opción escogida por el hijo cesaría la obligación de alimentos por aplicación del artículo 152.5º CC, que contempla el cese porque la necesidad "provenga de maña conducta". Sin embargo, viendo la literalidad del precepto observamos que dicha causa solo se aplica "cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos". Por tanto, consideramos conveniente que, de *lege ferenda*, se extienda esa causa a los supuestos en los que los alimentistas sean ascendientes, y se depure la redacción del artículo 152 CC, contemplando los casos en los que el ascendiente sea niega a recibir alimentos en la forma escogida, siempre que sea conforme a Derecho, por el alimentante.

72 SAP Madrid 17 junio 2005 (JUR 2005,264970).

estos, como uno de sus argumentos de defensa, la obligación de la demandante de prestar alimentos y, en concreto, la forma en que, según su planteamiento, debía prestarlos: manteniendo en su propia casa al alimentista, a saber, a la madre. La Audiencia desestima dicha pretensión, aduciendo, en resumidas cuentas, que la facultad de optar por las alternativas que ofrece el artículo 149 CC corresponde a la alimentante, sin que pueda la madre, so pretexto del derecho de alimentos, "imponer a ésta (se refiere a la hija) la presencia no deseada de aquella en su vivienda"[73].

Más exhaustiva en su argumentación es la SAP Madrid 22 junio 2016[74], que enjuició un caso muy parecido al anterior, en el que una hija, junto a su cónyuge, interpusieron una demanda contra la madre de aquella solicitando que se le condenara a abandonar la vivienda familiar. La demandada convivía con el matrimonio desde el año 1999, sin abonar renta de ningún tipo, viniendo tolerado el uso por la mera liberalidad de los demandantes, como propietarios de la vivienda; sin embargo, la madre protagonizaba desde hacía tiempo una conducta agresiva hacía los miembros de la familia nuclear, haciendo la convivencia imposible. Aquí, aunque la apelante no invocara, *ex profeso*, una supuesta obligación de alimentos de su hija, esgrimió que formaba parte de la unidad familiar y que ayudó a la familia a comprar la vivienda. El Tribunal, con acierto, desestima el recurso de apelación, dando la razón a la hija, declarando que el derecho de alimentos no constituye una obligación de prestarlos en la propia vivienda, *ex* artículo 149 CC, además de que, debiéndose interpretar los derechos conforme al deber de buena fe, ni la ética ni la moral obliga "a los hijos a recoger y a tener en su compañía a los padres mayores, en todo tipo de situaciones", zanjando la controversia arguyendo que "no podríamos aceptar que los actores estén ejercitando la acción de desahucio en contra de los principios que regulan la buena fe, pues simplemente defienden su derecho a llevar una vida independiente de la madre en una situación en que se han generado graves dificultades de convivencia en el seno de la familia".

En definitiva, entendemos que las causas de desheredación previstas en el artículo 853 CC persiguen hacer efectiva la solidaridad familiar, pero no imponen un modo concreto de garantizar dicho fin[75], de modo que si se exige por la doctrina

73 También aplica la misma exégesis la SAP Madrid 26 enero 2007 (JUR 2007,156895), cuyo fundamento de derecho cuarto dice: "La pretensión de que DOÑA Cosme y DON Jose Miguel reciban periódicamente en su domicilio a DOÑA Maribel y DON Serafín un mes de cada tres, no puede prosperar, pues recibir en el propio domicilio a los alimentistas es una opción que correspondería a los alimentantes (artículo 149 del Código Civil), y, en todo caso, es totalmente desaconsejable, dada las malas relaciones entre demandantes y demandados".

74 SAP Madrid 22 junio 2016 (JUR 2016,211517).

75 Cabezuelo Arenas, A.L.: *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación* (art. 853,2 CC), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 136, aunque la autora exprese dicha idea en relación al maltrato psicológico previsto en el artículo 853.2ª CC, consideramos extrapolable dicha afirmación al resto de causas de desheredación de los hijos y descendientes.

que la negativa a prestar alimentos obedezca a una suerte de mala fe[76], no es compatible su existencia con el ejercicio de la facultad de optar del descendiente expresamente contemplada en el artículo 149 CC, máxime si la opción escogida elimina la situación de necesidad del alimentista. Ello no es óbice para que, en caso de que los hijos decidan no mantener en su propia casa al ascendiente, y se opte por el ingreso o internamiento, se les pueda desheredar por la regla 2ª del artículo 853 CC, si se demuestra que no atienden a las llamadas del director del centro, no coadyuvan a determinadas atenciones que precisa el centro en colaboración con los hijos o no acuden a visitar a sus ascendientes.

2. Maltrato psicológico (artículo 853.2ª CC).

Existen supuestos, como no podía ser de otro modo, que la desheredación por la negativa a prestar alimentos podría tener recorrido cuando se produzca el internamiento de un ascendiente; piénsese en aquellos casos en los que un tercero sufraga los costes del internamiento de un anciano que no presenta autonomía para valerse por sí mismo, aun constando al descendiente el estado de necesidad que padece el legitimario. No obstante ello, la vía del maltrato psicológico nos parece la más acertada para la mayoría de los casos que se presentan en la práctica forense. Por ello, a continuación, analizaremos la caracterización del maltrato psicológico a la luz de los últimos pronunciamientos, también si el mero distanciamiento o falta de relaciones puede integrar esta causa y, por último, la relevancia que puede tener en un proceso la conducta antecedente del testador.

A) Caracterización del maltrato psicológico como causa de desheredación.

Páginas más arriba, al hablar de la evolución que ha tenido el instituto de la desheredación en el seno de la jurisprudencia, citamos como paradigma de este cambio la STS 3 junio 2014. La resultancia fáctica del recurso que desembocó en el Alto Tribunal partía de unos hijos que, durante los últimos siete años de vida del testador, lo abandonaron, a pesar de padecer una enfermedad, quedando al amparo de su hermana, sin que los desheredados se interesaran por él ni tuvieran contacto alguno. No obstante, a pesar de ser bienintencionado el propósito de la sentencia y el posterior fallo emitido, la misma ha sido fruto de abundante literatura, y ello es así ante la dualidad que establece entre "abandono emocional", fruto de la libre ruptura del vínculo afectivo o sentimental, y el "maltrato psicológico", que, en palabras de la STS 30 de enero 2015, se define como una modalidad de maltrato

76 Rebolledo Valera, Á.L.: "Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores" en AA.VV.: *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectiva de futuro* (dir. Á.L. Rebolledo Valera), Dykinson, Madrid, 2010, p. 406.

de obra representada por una "acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima"[77].

Es decir, para el Tribunal Supremo el abandono emocional no es, necesariamente, sinónimo de maltrato psicológico[78]. Para que el abandono sea una causa de desheredación deber ir acompañado de un daño al testador, que le produzca a este un verdadero padecimiento y afectación digno de ser reprochado o, en otras palabras, una perturbación a su estado emocional[79].

No estamos de acuerdo con esta óptica, para nosotros, la falta de relación entre el legitimario y el testador, por causa no imputable a este y prolongada en el tiempo, debe constituir una causa de desheredación[80], como ocurre con el Derecho foral catalán[81], sin necesidad de que dicho distanciamiento deba provocar necesariamente un maltrato psicológico[82], pues si el sistema legitimario se fundamenta en la solidaridad familiar, resulta llamativo que un hijo que rehúse ver, contactar o, en palabras de Romero Coloma "pasar de su padre"[83], sin causa suficiente que lo ampare, pueda resultar premiado con dos tercios de la herencia,

77 Más completa es la definición ensayada por la STSJ Cataluña 2 febrero 2017 (RJ 2017,1596): "El maltrato emocional o psicológico se da en aquellas situaciones en las que una persona vinculada a otra, la hace sufrir con descalificaciones, humillaciones, discriminación, ignorando o menoscabando sus sentimientos siendo ejemplos de este tipo de maltrato, el abandono emocional, la descalificación, la violencia verbal, las amenazas, el control excesivo, el chantaje afectivo o la presión moral, el desprestigio o las descalificaciones ante personal del entorno familiar, laboral, etc. del afectado, las burlas y cualquier tipo de castigo que no sea físico, siempre que estos actos tengan la suficiente intensidad para producir un menoscabo en la salud mental de la persona que los padece".

78 Otras resoluciones de las Audiencias Provinciales han venido a ratificar este planteamiento, como la SAP Córdoba 16 octubre 2017 (JUR 2017,300272), que, a pesar de estimar como probado la absoluta falta de relación entre la hija y la madre, dice que "el distanciamiento o alejamiento físico o emocional no puede ser considerado como el maltrato psicológico que jurisprudencialmente se ha equiparado al maltrato de obra como causa de desheredación". Igualmente, la SAP Alicante 1 octubre 2015 (JUR 2015,53900).

79 González Hernández, R.: "La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes", cit., p- 26110. Es llamativo, en este punto, lo que dice la SAP Lugo 22 octubre 2015 (JUR 2015,257457): "Así, si bien la ruptura emocional pasiva no es causa de desheredación, cuando se producen actos u omisiones que junto a tal ruptura provocan un sufrimiento o perturbación en el causante se estaría rebosando la tenue frontera entre la nula o mala relación y el maltrato psicológico suficiente para integrar la dicción legal".

80 Coincidimos con Ragel Sánchez, L. F.: "Comentario al artículo 853 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, Tomo V (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 6288, cuando dice que el "olvido" no está prevista como causa de desheredación, pero, bajo nuestro punto de vista, ello no supone obstáculo, a espera de una evolución del sistema legitimario por parte del legislador, para que la jurisprudencia de cobijo, independientemente del perjuicio psicológico, al abandono o la nula relación en el artículo 853.2ª CC, aunque sea tarea de los políticos, y no de los jueces, adaptar la norma a los supuestos que trata de regular.

81 Efectivamente, el artículo 417.17, letra c), del Código Civil de Cataluña tipifica, como causa independiente de desheredación, "la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario".

82 Así se infiere de lo expresado por Lasarte Álvarez, C.: "Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea", en AA.VV.: La protección de las personas mayores (dir. C. Lasarte Álvarez), cit., p. 368, que dice: "Reclámense las reglas interpretativas que se quiera, lo cierto es que el absoluto abandono asistencial del progenitor, como poco, merece el calificativo de maltrato, pues maltratar en castellano sólo conoce una acepción fundamental: "tratar mal a una persona de palabra u obra"

83 Romero Coloma, A. M.: "El maltrato de obra como causa de desheredación de hijos y demás descendientes", *Revista de Aranzadi Doctrinal*, Parte Estudios, núm. 3/2014, p. 10

máxime cuando con dicho olvido vulnera, a nuestro juicio, el deber de respeto filial consagrado en el artículo 155.1º CC. Así lo expresa De Barrón Arniches, que, acertadamente, puntualiza que "no tener relación familiar, obviar u olvidar a los mayores puede ser causa legal para desheredar, no porque suponga un maltrato para el causante, o no solo cuando lo suponga, sino simplemente porque tal olvido atenta contra la propia razón de ser de la legítima, esto es, contra la solidaridad intergeneracional que debe precisarse no solo en sentido descendiente sino también a la inversa, de los hijos hacia sus padres"[84].

B) Relevancia de la conducta antecedente del testador en el maltrato psicológico.

Vamos a introducirnos en el siguiente escenario: ascendiente que, con patrimonio suficiente y ante la parsimonia de sus hijos, adopta la determinación de ingresar en un geriátrico al carecer de las aptitudes físicas necesarias para valerse por sí mismo, estando dotado el centro de medios suficientes para mantener, e incluso potenciar, su bienestar. Ante dicha tesitura, ya hemos dicho que la desheredación por la negativa a prestar alimentos no es recomendable, atendiendo de la interpretación restrictiva del concepto de alimentos, siendo menester encuadrarla en el maltrato psicológico. Sin embargo, hay una diferencia sustancial entre ambas causas, pues si en la prevista en el artículo 853.1ª CC el incumplimiento de la obligación de alimentos de los descendientes puede justificarse atendiendo a la dicción legal, pues uno de los requisitos es que se haya negado a prestar alimentos "sin motivo legítimo"[85], para el maltrato de psicológico, de creación jurisprudencial, no hay una cláusula análoga que justifique la inhibición en los deberes filiales. Por ende, la siguiente pregunta resulta obligada: ¿puede ponderarse judicialmente el papel del testador con los desheredados? A nuestro juicio sí, y a continuación lo explicaremos, siendo digna de mención, como preludio de lo que a continuación se dirá, la definición de maltrato de obra que alberga la SAP Palencia 20 abril 2001[86] (cursiva propia): "por maltrato de obra deberá considerarse toda aquella acción u omisión tendente a causar un menoscabo físico o psíquico, en este caso,

84 De Barrón Carrasco, M.C.: "Falta de trato familiar y desheredación de los descendientes", en AA.VV.: *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: una Perspectiva Multidisciplinar* (coords. J. Ramos Prieto y C. Hornero Méndez), cit., p. 96.

85 Dicha expresión obliga remitirse al artículo 152.4º CC, que, entre otras causas, prevé como motivo por virtud del cual se extingue la obligación de alimentos que "el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación". También se entiende que los hijos pueden negarse a satisfacer los alimentos de los padres en los casos en que aquellos no tengan recursos ni para su propia subsistencia, siendo este el caso analizado por la SAP Madrid 9 diciembre 2014 (JUR 2015,73540), en el que el padre esperaba a ser mantenido por sus hijos a pesar de que este disfrutaba de una pensión no contributiva y dos pagas extras, y su descendencia tenían numerosas cargas, como préstamos hipotecarios y gastos filiales, o la SAP Barcelona 26 julio 2004 (JUR 2004, 217398), que estimó la acción de los hijos en un litigio en la que la testadora los había desheredado por no prestarle alimentos, diciendo el Tribunal que esta había incurrido, cuando se encontraba en una situación de necesidad, en una causa de desheredación que eximia a sus hijos del deber de sustentarla, ya que, incumpliendo los deberes de la patria potestad, los internó y agredió físicamente, llegando incluso a quedarse, para costearse sus caprichos, el dinero relativo a la pensión de alimentos que pagaba el padre.

86 SAP Palencia 20 abril 2001 (AC 2001, 932).

al progenitor y testador, con el consiguiente menoscabo o sufrimiento en el que lo recibe, sin justificación inmediata en la propia actitud del testador''[87].

Existen casos dantescos en los que, por ejemplo, el distanciamiento del hijo obedece a conductas del progenitor que incluso van más allá del Derecho civil, como aquellos casos en que el progenitor comete conductas lascivas contra su hijo o protagoniza episodios de violencia doméstica, en la que no es extraño que el hijo, aun siendo menor, rompa amarras con el agresor y apoye al otro progenitor que se encuentra en un estado de más vulnerabilidad. Otras justificaciones pueden deberse al rechazo del ascendiente a que el hijo contraiga matrimonio con una determinada persona[88], extralimitándose en los deberes paternos e intentando mermar derechos como el libre desarrollo de la personalidad[89] o el *ius connubbi*[90]; la casuística por las que se puede deteriorar el contacto entre un ascendiente y un descendiente es tan extensa como motivos por los que se puede deteriorar cualquier relación humana[91].

Creemos, alejándonos de la postura del Tribunal Supremo en las sentencias dictadas a finales de la década del pasado siglo, que es capital analizar y estudiar el contexto en el que el comportamiento del testador y desheredado se incardina, pues aun perteneciendo al campo de la moral, debe tener poderosas consecuencias en la sucesión *mortis causa*, máxime cuando el sistema legitimario tiene como fundamento la solidaridad familiar[92]. En este sentido, resulta interesante la opinión de Lasarte, que, refiriéndose al deber de respeto, dice que el mismo se extiende después de la mayoría de edad, como ''el único precio que han de satisfacer los

87 En el mismo sentido, la STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3100), que, en su fundamento de derecho segundo, dice que "solo una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos".

88 Al respecto, puede verse Blandino Garrido, Mª. A.: "Libertad de testar y condiciones testamentarias", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coords. Vaquer Aloy, A, Sánchez González, M. y Bosch Capdevilla, E.), cit., p. 294 y 295, que, aún afirmando que no existe un reconocimiento constitucional a heredar que limite la libertad de testar, y en concreto, la libertad de condicionar las disposiciones mortis causa, existen límites que, inexorablemente, deberá respetar el testador, como el marco sucesorio legal.

89 Obsérvese que el artículo 154 CC dispone que la patria potestad se ejercerá siempre de acuerdo con la personalidad del hijo y con respeto a su integridad física y moral.

90 Ni que decir tiene, aunque no constituya el eje central de este apartado, que no puede incardinase en el maltrato psicológico que el hijo no escoja el proyecto de vida o determinadas opciones vitales queridas por el testador, pues, so pena de aniquilar la personalidad, ya dejo sentado la STS 23 enero 1959 (RJ 1959, 125), en un caso en el que el testador desheredó por injurias a su hija porque contrajo un matrimonio no deseado por aquel, que dichos hechos son irrelevantes en la arquitectura sucesoria, y en concreto, en la desheredación. En el mismo sentido puede verse la STS 29 enero 1959 (RJ 1959, 125).

91 Gómez Valenzuela, M. Á.: "Reorientación del interés del menor en relación al régimen de visitas de los abuelos con los nietos: a propósito de la nueva doctrina jurisprudencial, *Revista Abogados de Familia*, núm. 102, marzo 2020, p. 19, así lo manifestamos en relación a las circunstancias que podía integrar el concepto de justa causa que motivara la desestimación de un régimen de visitas de los abuelos con los nietos.

92 Barceló Doménech, J.: "La desheredación de los hijos y ascendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 80, núm. 682, 2004, p. 513, da relevancia a la conducta antecedente de los padres a la hora de analizar el deber de respeto de los hijos, exigiendo "una valoración de las circunstancias del caso, debiendo los Tribunales apartarse de formulaciones vacías de contenido legal y entrar en el examen de los motivos que han desembocado en la situación de falta de comunicación y relación afectiva entre padre e hijo".

hijos por el conjunto de deberes impuestos a los padres en cuanto fueron titulares de la patria potestad"[93]; por ello, en el caso de que los padres se hayan inhibido en el cumplimiento de dichos deberes, cabe plantarse si ese deber de respeto de los hijos sigue vigente.

Adentrándonos en las resoluciones que se han dictado sobre el particular, es llamativa la SAP Badajoz 11 septiembre 2014[94], en la que el testador desheredó a sus tres hijas por maltrato psicológico, alegando los demandados que las desheredadas abandonaron y desatendieron al testador tras la crisis matrimonial y, sobre todo, en los últimos años de su vida, a pesar de que padecía una grande enfermedad de tipo cardiológico. Aun estimado el Tribunal como hecho probado que el abandono existió, declaró injusta la desheredación, pues la ruptura de la relación vino motivada por la crisis matrimonial con la madre de las desheredadas, donde el testador no presentó un comportamiento ejemplar; en palabras de la sentencia, no fue "acorde con los valores de respeto y consideración a los hijos", llegando incluso a expulsar a unas de sus hijas de la vivienda por tener esta una relación extramarital.

La SAP Castellón 27 octubre 2004[95], enjuicia, en resumidas cuentas, otro supuesto en el que un padre longevo se acerca al hijo después de haber renegado de él, ya que, deparando en el fundamento de derecho segundo, vemos que el abandono del hijo, o lo que el testador calificó como maltrato psicológico, estuvo justificado porque nunca existió convivencia entre ellos, inhibiéndose el padre no solo en mantener un mínimo contacto con su hijo, sino también en la alimentación e instrucción de este, hasta que, ya anciano, pretendió un acercamiento con una persona, que, por el modo de guiarse en los deberes filiales, lo visualizaba como un extraño.

Por último, consideramos interesante citar la SAP Soria 6 noviembre 2012[96]. Aquí, aunque la sentencia adujera que el maltrato debe ser grave, consideramos que el Tribunal tuvo especialmente en cuenta la conducta precedente de la testadora. Esta se suicidó mediante ahorcamiento, no sin antes desheredar a su hijo por la causa prevista en el artículo 853.2ª CC, estimando la Audiencia, como hecho probado, que el hijo no tenía relación con su madre, que coincidiendo en un paseo le volvió la cara, llegándola a escupir, y diciéndole "yo a usted no la conozco de nada". A priori, podemos decir que dichos hechos se subsumen en el maltrato, como mínimo, psicológico, sin embargo, la sentencia, después de decir que la desheredación debe resolverse "teniendo en cuenta el tono de la

93 Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil VI*, cit., p. 348.

94 SAP Badajoz 11 septiembre 2014 (JUR 2014,257300).

95 SAP Castellón 27 octubre 2004 (JUR 2005, 23114).

96 SAP Soria 6 noviembre 2012 (AC 2013,410).

familia, la conducta filial en general y el signo de cultura social en el momento en que se produce la ofensa", califica la desheredación como injusta[97], pues la testadora, la cual tuvo la custodia del hijo desheredado tras su crisis matrimonial, estimó relevante como se condujo en sus deberes como madre, a la vista de que fue condenada por un delito por malos tratos y otro por incumplimiento de los deberes familiares, al no contribuir al sustento de su hijo[98].

Así, y estando en desacuerdo con aquellas resoluciones que justifican el distanciamiento del hijo mayor de edad[99] atendiendo, simplemente, a la crisis matrimonial protagonizada por sus padres[100], tomando partido aquellos por uno de los progenitores[101] -generalmente quien ostentó la custodia-, y aun existiendo el deseo del testador que deshereda de mantener el vínculo[102], entendemos que conductas como el incumplimiento por el testador del deber de alimentos, el deficiente cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, o el maltrato a los hijos, entre otras circunstancias graves[103], son causas suficientes para justificar la falta de trato de los descendientes, pues, justamente, en estos casos el testador recoge lo que sembró.

97 Aun habiéndose citado esta sentencia para demostrar la relevancia que tiene en la desheredación la conducta precedente del progenitor, no estamos de acuerdo con el benévolo tratamiento que le dispensa el Tribunal a actos como escupir a la madre, pues una cosa es que se justifique la ausencia de trato o contacto del hijo con su madre, y otra que, pesar de haber sido condenada la testadora por malos tratos y abandono familiar, la sentencia prime con dos tercios de la herencia a un hijo que, quebrantando el respeto, no solo de la relación filial, sino de la dignidad personal, humille a la que fuera su madre.

98 Puede verse en análogo sentido la SAP Pontevedra 5 febrero 2015 (JUR 2015,76784) y la SAP Málaga 21 mayo 2010 (JUR 2013,139240).

99 Efectivamente, aquí entendemos que el hijo debe ser mayor de edad o, aun siendo menor, actuar con suficiente discernimiento que lo haga ser consciente de sus actos.

100 En esta línea tenemos la SAP Palencia 28 de abril 2005 (JUR 2005,13435) o la SAP Ciudad Real 1 diciembre 2016 (JUR 2017,1529), que justifican la desheredación a la vista de que el alejamiento de los hijos hacía su padre tiene su origen en la separación de los padres, respaldando los demandantes a la madre.

101 Lo explica muy bien Echevarría de Rada, T.: *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil,* cit., p. 96: "Una cosa es que la familia esté desestructurada como consecuencia de la mala relación entre los progenitores y otra distinta es que se infrinja por los hijos un maltrato psicológico al causante".

102 Cuando el progenitor testador, tras la crisis matrimonial, no mostró ningún interés en mantener el contacto con sus hijos, consideramos acertado que se justifique, en sede de desheredación, el abandono emocional de los hijos, tal y como hizo, acertadamente, la SAP Barcelona 13 julio 2017 (JUR 2017,230194), cuyo fundamento de derecho tercero reproducimos: "Toda separación, y más en las fechas en las que se produjo la de autos, lleva consigo para ambas partes (y muy especialmente, para los hijos) tensiones, dificultades y situaciones desagradables, pero, sobre todo si hay hijos menores como ocurría en el caso de autos, cuando se separaron los padres de los actores. No obstante lo cual, a quien incumbía responsabilizarse de que los lazos familiares se mantuvieran, era a los padres, a quienes como adultos correspondía esa función. Lo que en modo alguno es admisible es hacer responsables a unos niños de las edades que tenían los actores cuando se produce la separación, de no haber tenido relación con el padre. Aparte de lo que declararon los testigos, que también reconoció la madre de los actores, Gracia, en el sentido de que, siendo pequeños, en alguna ocasión el padre fue al patio del colegio a verlos, no hay ninguna otra prueba de que el padre intentara mantener esa relación. Es lógico que, si los hijos crecen así, con esa ausencia de relación afectiva paterna, en la edad adulta dicha carencia se cronifique. Lo que de ningún modo puede hacerse es responsabilizar " *exclusivamente* « a los hijos de la situación".

103 No consideramos graves o, al menos, que justifique la postura del legitimario de no relacionarse con su padre cuando este quiere relacionarse con aquel, las diferencias ideológicas, religiosas o de carácter, como así se infiere de la SAP Tarragona 18 de diciembre 2013 (JUR 2014,21780).

IV. EXAMEN CASUÍSTICO DE LA DESHEREDACIÓN Y EL INTERNAMIENTO DE LOS ASCENDIENTES.

Una vez que nos hemos adentrado en los aspectos más problemáticos que presentan las causas de desheredación de hijos y descendientes en relación al internamiento de sus ascendientes en un centro psiquiátrico o geriátrico, es hora de analizar cómo han resuelto los Tribunales, respecto a la desheredación, los casos que se han suscitado en la práctica forense.

La SAP A Coruña 4 diciembre 2014[104] estudió una cláusula de desheredación en el que el causante desheredó a la hija invocando el maltrato de obra cristalizado en el artículo 263.2ª de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia[105]. El grado de desvinculación de la hija con su padre fue tal, que ignoraba que el sobrino del causante lo ingresó en una residencia, solventando este los problemas del testador, quien, posteriormente, y tras su incapacitación, fue nombrado tutor, recogiendo expresamente la sentencia de incapacitación que el nombramiento del sobrino en el cargo tutelar se justificaba en que es quien llevaba años encargándose de la atención y cuidado del anciano. Atendiendo a dichas razones, la Audiencia desestima el recurso interpuesto por la hija, justificando su decisión en que la ausencia de atenciones y cuidados se deben incardinar en el maltrato de obra[106].

Ilustrativa es la SAP Madrid 3 noviembre 2013[107], que desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de primera instancia, que estimó válida la cláusula de desheredación del testamento de una madre que, en los últimos años de su vida, fue internada, coadyuvando a los gastos y atenciones del internamiento su nieta. En el recurso, la hija alegó que no era cierta la causa de desheredación del artículo 853.2ª CC, aduciendo que visitaba a escondidas a su madre en la residencia. Sin embargo, la testifical de la nieta heredera fue capital, y la documental que anexó en su escrito de contestación, acreditando que fue ella quien comunicó a la desheredada que la testadora estaba internada. A la vista de dichos hechos, considera el Tribunal que tal conducta de

104 SAP A Coruña 4 diciembre 2014 (JUR 2015,72697).

105 La dicción legal del citado precepto es idéntica a la prevista en el artículo 853.2ª CC.

106 El fundamento de derecho segundo dice lo siguiente: "En el caso que nos ocupa no es necesario que concurran de manera cumulativa las dos causas de desheredación previstas en el artículo 263.2ª de la Ley de Derecho Civil de Galicia: haberle maltratado de obra o injuriado gravemente. Es suficiente la concurrencia de una de las dos. En el presente caso, ha quedado suficientemente acreditado que concurre el maltrato de obra, precisamente, porque los actos de la actora en vida de su padre son claros: no atendió, cuidó ni se ocupó del mismo, tanto es así que ya en 2001 (nueve años antes de su fallecimiento) el Sr. Fulgencio la desheredó por esa falta de atención. Concretamente, el 17/09/2001, ante el notario Sr. López de Paz manifestó en testamento que, deshereda a su hija Magdalena, por lo dispuesto en el número 2 del artículo 853 del Código civil y por la falta total de relación con sus expresadas hija y nieta, ya que desde hace tiempo éstas no quieren tener ningún tipo de vinculación con el testador. Decisión que reiteró el 21 de mayo de 2007 en testamento posterior ante el notario Rafael Benzo Saenz invocando el nº 2 del artículo 263 de la ley de Derecho Civil de Galicia".

107 SAP Madrid 3 noviembre 2016 (JUR 2017,23539).

desatención era "del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de falta de aprecio y de abandono familiar"[108].

Uno de los casos más paradigmáticos, a los fines de este trabajo, fue el que trató la SAP A Coruña 27 noviembre 2014[109], en la que una madre, llegada ya a la ancianidad, deshereda a su hijo por maltrato psicológico. Aquí, la madre, dada la ausencia de independencia para valerse por sí misma, tuvo que ser incapacitada y posteriormente internada, a pesar de que esta siempre mostró un férreo rechazo a esta posibilidad[110]. El hijo no podía atender personalmente a su madre por su trabajo, pues se llevaba temporadas embarcando, y por su situación familiar, ya que su mujer padecía un grave enfermedad[111]. Ante esta coyuntura, el desheredado inició las gestiones para que su madre ingresara en una residencia privada, hasta que, tras el reconocimiento de la situación de dependencia, obtuviera una plaza en una residencia pública, abonando el demandante los gastos que no pudieran cubrirse con la pensión de su madre. Por ello, la sentencia termina por anular la desheredación, ya que desencuentro personal no es causa por sí sola suficiente para fundamentar una situación de maltrato basada en el mero hecho del sufrimiento de la causante, máxime cuando el hijo se guió, en todo momento, y dada sus circunstancias, por adoptar la decisión "sobre la mejor protección del interés del causante"[112].

A los efectos del tratamiento de la negativa a prestar alimentos como causa de desheredación y la disyuntiva si dicha obligación abarca el deber del alimentante

108 No compartió el razonamiento expuesto la SAP Lleida 24 de julio 2014 (JUR 2014,235982), pues a pesar de que el desheredado no visitaba a sus abuelos, uno de los cuales estaba en una residencia, y negarle todo tipo de contacto, para la citada sentencia se tratan de hechos intrascendentes, perteneciendo al ámbito de la moral.

109 SAP A Coruña 27 noviembre 2014 (JUR 2015,79445).

110 Obsérvese que el fundamento de derecho segundo dice lo siguiente: "Consta también que DOÑA Natalia se negaba rotundamente a ser ingresada y que por eso el demandante delegó en la trabajadora social que solicitase el consentimiento escrito de su madre, pero al manifestar entonces la hermana y sobrinas de DOÑA Natalia que se harían ellas cargo de su cuidado, concluyeron tales gestiones (…) Lo cierto es que tras esta situación de cuidado de la causante por su hermana y sobrinas las relaciones personales entre DOÑA Natalia y su hijo desaparecieron, acreditando las declaraciones prestadas que la causante percibía con inquietud y angustia su eventual ingreso residencial que pudiera derivar del juicio de incapacidad y que por ello se sentía dolida con el demandante"

111 Nos resulta llamativa que la sentencia, en su fundamento de derecho segundo, menciona expresamente que el hijo estaba impedido objetivamente para cuidar personalmente a su madre, puntualizando "aunque ello no es realmente lo decisivo". Esto se tiene que relacionar con el artículo 149 CC, toda vez que la facultad de optar por el modo de satisfacer los alimentos corresponde al alimentante, como hemos desarrollado en páginas más arriba de este trabajo.

112 Así lo expone el último párrafo del fundamento de derecho segundo: "Cabe pues apreciar la relación entre causante y legitimario desembocó en una situación fuertemente conflictiva y en la ruptura de la misma, pero, como indica la sentencia invocada y como antes se destacó, no basta este desencuentro personal para estimar concurrente una situación de maltrato, que no cabe fundar en el mero hecho del sufrimiento que pudiera causar a la madre la intención de su hijo de ingresarla y cuya maliciosidad no es advertible, en especial cuando el pretendido maltratador remite la decisión sobre la mejor protección del interés de la causante a la autoridad judicial competente y, como se ha señalado, en un contexto en el que en principio lo que resultaría de sus pretensiones sería que él tuviera que asumir costes económicos derivados de su propósito".

de cuidar personalmente a su ascendiente, la exégesis de la SAP Asturias 8 febrero 2016[113] será muy útil en sede de desheredación, y en concreto, al tratamiento que cabe dispensar a la causa prevista en el artículo 853.1ª CC en relación al artículo 149 CC, aunque el litigio versara sobre una mejora sometida a la condición suspensiva de que la heredera atendiera a la testadora y a su esposo, hasta el fallecimiento de este último. El demandante, coheredero, ejercitó acción de rescisión o anulación de la partición, mostrando su disconformidad a que la coheredera se le atribuyese el tercio de mejora y de libre disposición, al entender que el internamiento del cónyuge de la testadora durante su último año de vida, y después de haber cuidado de él durante doce años, incumplía la condición relatada en el testamento. El ingreso en un geriátrico vino motivado porque el anciano no tenía suficientes condiciones físicas, haciéndolo recaer en una situación de total dependencia para las actividades básicas de su vida diaria[114], lo que, a juicio del Tribunal, eran poderosas razones para aconsejar su ingreso al poder estar correcta y adecuadamente atendido, más cuando las condiciones de la vivienda de la demandada no reunía determinas característica para las personas dependientes. A la vista de lo expuesto, la Audiencia, con buen criterio, subraya que la condición se cumplió, pues la voluntad testamentaria era que los beneficiarios de la condición fueran cuidados hasta su fallecimiento "pero sin especificar la forma y modo en que éstos cuidados debían ser prestados", subrayando además que la heredera mejorada "dispensó a su padre la atención y el cuidado precisos, visitándolo a diario en la residencia"[115].

113 SAP Asturias 8 febrero 2016 (JUR 2016,39414).

114 Resulta esclarecedor el fundamento de derecho tercero: "La apelada lo atendió en su propia casa durante un periodo de 12 años desde que falleciera Dña. Leocadia , y solo el último año de vida de D. Avelino hasta su fallecimiento en el año 2.000, estuvo ingresado en una residencia geriátrica que vino motivado por sus condiciones físicas y de salud de total dependencia aconsejado por los servicios sociales del Hospital San Agustín, tal como manifestó el testigo Sr. Fabio , esposo de Dña. Encarnación, y viene corroborado por los documentos de autos. Así aparece en el informe del responsable del servicio de trabajo social del hospital San Agustín donde se hace constar en agosto de 1999 la situación de total dependencia para las actividades básicas de la vida diaria. Razón por la cual a la salida del centro hospitalario con un diagnóstico de demencia vascular fue ingresado en la residencia geriátrica San Roque, informando el director de dicho centro que ingresó el día 14 de agosto de 1999, residente muy dependiente con gran agitación, desorientación y deterioro de la movilidad, necesitó gran asistencia para el quehacer de su vida diaria, ratificando estas conclusiones en la vista al exponer que D. Avelino era muy dependiente, había que hacerlo casi todo, no tenía movilidad desde que llegó del hospital desde donde vino en silla de ruedas, hacerle incluso los cambios posturales y darle la comida. Considera que un ama de casa en su casa no podría atenderle se necesitan medios físicos y materiales. Estado de salud que viene igualmente certificado por el C.S. de Salas, consultorio de Malleza, siendo el personal de ese centro quien lo atendió en la residencia y certifican que su estado presentaba un deterioro cognitivo y de la movilidad importante, estaba desorientado en tiempo y espacio y no reconoció a las personas que le cuidaban, hacía vida cama -sillón y precisaba ayuda para todas las funciones de la vida diaria, esta sintomatología era consecuencia de una demencia vascular, artrosis, cardiopatía isquémica e insuficiencia venosa".

115 Similar fue el razonamiento de la SAP Asturias 20 de mayo 2008 (JUR 2008,355893), en la que se había gravado a un sobrino que recibió una cesión de bienes con la obligación de cuidar toda su vida a los cedentes: "En su consecuencia, el hecho de que D. Jesús Miguel pasara a vivir a una residencia geriátrica, precisamente para una mejor atención suya dado su estado físico, a la vista de las demás circunstancias concurrentes, no implica un incumplimiento de la referida cláusula testamentaria, como tampoco lo implicaría si su estancia hospitalaria se hubiere prolongado hasta su fallecimiento por razones de salud, pues lo relevante es que el demandado no sólo no se desentendió de su testador sino que, aparte de sufragare los gastos de la residencia y de otras necesidades no cubiertas por ella, en lo afectivo siguiendo atendiendo, cuidándole, visitándole, etc. manteniendo con el relación la propia de quien tiene a su cargo

V. CONSIDERACIONES FINALES.

Atendiendo a la regulación vigente, y con independencia del apasionado debate entre la libertad de testar y el sistema legitimario, que no constituye el leitmotiv de esta investigación, debemos hilvanar todo lo expuesto en las páginas anteriores con una recapitulación flexiva que, brevemente, se dibujará en las próximas líneas.

Como hemos visto, aunque exista la obligación de los hijos de cuidar a los padres, este deber ha de modularse ante el riesgo de que la libertad de aquellos sea seriamente mermada. El deber de respeto no debe justificar aquellas conductas imperativas de los padres tendentes a monopolizar la vida de su descendencia a su mínima expresión, más en aquellos casos en que los hijos han constituido su propia familia, la cual tienen que conciliar con los avatares que implica el mercado laboral. Por ello, ante los supuestos en que el internamiento de un ascendiente represente el mal menor, ante la situación de dependencia en que se encuentra, y resulta acreditado que el legitimario ha mantenido contacto y atención con el testador, sin dejarlo en desamparo emocional o psicológico, no creemos que el ingreso en un centro pueda, per se, constituirse como hecho que integre una justa causa para privar de la legítima.

Desde la perspectiva de los hijos, debe ser un camino tortuoso el cuidar de un anciano que, ante una enfermedad, sufra constantes padecimientos, a lo que se le debe añadir que, a veces, los hijos tienen que afrontar sus cuidados en absoluta soledad y sin la preparación necesaria. Este escenario, no solo daña al ascendiente que podría estar rodeado en un centro de profesionales, sino también al propio legitimario que, muchas veces, se ve desbordado por una situación que, rara vez, no deja secuelas profesionales, económicas e incluso psicológicas.

Los intentos de los ascendientes de desheredar por el internamiento amparándose en la negativa a prestar alimentos no suelen prosperar, pues, en la mayoría de las ocasiones, en donde se decreta el internamiento a instancia del propio hijo por una autoridad judicial, existen poderosas razones para ingresar al testador en un geriátrico, a la vista de que este se suele encontrar en una situación de total dependencia, con deterioro de sus facultades físicas y cognitivas, procurando el centro todas las atenciones que precisa, máxime si este internamiento es sufragado por el legitimario a quien se pretende desheredar.

y cuidado a otra persona como integrante de su familia, lo que debe ser equiparado en sus efectos a la convivencia dado que, a mayores, no consta que hubiere sido efectuado en contra de la voluntad del causante, antes al contrario, según ya se dijo, a lo que debe unirse que cuando se otorga el testamento litigioso el testador ya residía en el centro geriátrico de referencia, por lo que a dicha cláusula no puede dársele otro alcance que el de que el testador lo que buscaba era dejar sus bienes a quien le prodigaba afectos y cuidados" (fundamento de derecho tercero *in fine*).

Sin embargo, lo anterior no debe ser óbice para que pueda prosperar la desheredación por la vía del maltrato psicológico. En el caso en que se demuestre que el legitimario visitaba al testador y atendía a las llamadas de la dirección del centro muy difícilmente se podría sostener la existencia, desde una perspectiva objetiva, de un maltrato psicológico, a no ser que concurran otros hechos graves como injurias o insultos. No obstante, existen supuestos en los que el legitimario, aun sufragando los costes del centro, rehúsa contactar con su ascendiente. En dichos escenarios, y con independencia de la perturbación emocional que le pueda provocar al testador, la desheredación debe estimarse justa, siempre y cuando la falta de contacto sea imputable al descendiente y no venga justificada por conductas graves que protagonizó el testador cuando debía de cumplir los deberes tuitivos.

A pesar de que el Tribunal Supremo se haya esforzado en distinguir entre el abandono emocional y el maltrato psicológico, desde nuestra óptica, ambas deben estimarse causa de desheredación. Si el fundamento de la legítima descansa en la solidaridad familiar, no puede interpretarse la desheredación, como límite de la legítima, al margen de su fundamento, pues el instituto de la desheredación no debe, ni puede, desligarse de las connotaciones éticas y morales del Derecho de Familia.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales,* Tomo X, Vol. I, Madrid, 1987.

Algaba Ros, S.: "Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación", *InDret*, abril 2015.

Arroyo Amayuelas, E. y Farnós Amorós, E.: "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?", *InDret*, abril 2015.

Barceló Doménech, J.: "La desheredación de los hijos y ascendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 80, núm. 682, 2004.

Beltrán De Heredia De Onís, P.: *La obligación de alimentos entre parientes*, Universidad de Salamanca, 1958.

Bercovitz Rodríguez Cano, R.: "La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centro sanitarios o asistenciales por razones de salud", *Anuario de Derecho Civil*, 1984.

Blandino Garrido, Mª. A.: "Libertad de testar y condiciones testamentarias", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coords. Vaquer Aloy, A, Sánchez González, M. y Bosch Capdevilla, E.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018.

Cabezuelo Arenas, A. L.: *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación* (art. 853.2 CC), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Cabezuelo Arenas, A. L. y Castilla Barea, M.: "La obligación de alimentos como obligación familiar básica", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), vol. I, Aranzadi, Pamplona, 2017.

Castillo Rodríguez, L.: "Algunas reflexiones procesales sobre la ancianidad", en AA.VV.: *Actas de las Primeras Jornadas de problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores* (coords. J. M. González Porras e I. Gallego Domínguez), Cajasur, Córdoba, 2000.

De Barrón Carrasco, M.C.: "Falta de trato familiar y desheredación de los descendientes", en AA.VV.: *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: una Perspectiva Multidisciplinar* (coords. J. Ramos Prieto y C. Hornero Méndez), Aranzadi, Pamplona, 2016,

De Peralta Ortega, J. C.: "Medidas preventivas y sancionadoras del abandono asistencial de los mayores en el ámbito sucesorio: la desheredación", en AA.VV.: La protección de las personas mayores (dir. C. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 2007.

De Verda y Beamonte, J. R.: "El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos en el Derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016.

Diez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A: *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV (Tomo 2), Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2017.

Díaz Alabart, S.: "Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres: respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares", *Revista Derecho Privado*, 2015.

Echevarría de Rada, T.: *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*, Reus, Madrid, 2018.

Gracia Ibáñez, J.: "El maltrato familiar hacía las personas mayores. Un análisis sociojurídico e histórico", *Editorial Prensas de la Universidad de Zaragoza* (versión electrónica), 2012.

Gómez Valenzuela, M. Á.: "Reorientación del interés del menor en relación al régimen de visitas de los abuelos con los nietos: a propósito de la nueva doctrina jurisprudencial, *Revista Abogados de Familia*, núm. 102, marzo 2020.

González Hernández, R.: "La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775.

Gutiérrez Fernández, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo I, Madrid, 1871.

Heredia Puente, M. y Fábrega Ruiz, C.: *Protección legal de incapaces*, Colex, Madrid, 1998.

Jordano Fraga, J.: *La indignidad sucesoria y la desheredación (Algunos aspectos conflicticos de su recíproca interrelación*), Comares, Granada, 2004.

Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, F.: *Derecho de sucesiones,* Bosch, Barcelona, 1988.

Lasarte Álvarez, C.:

"Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea", en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (dir. C. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 2007.

Derecho de Familia. Principios de Derecho civil VI, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenas Aires, 2010.

Lledó Yagüe, F.: *Derecho de Sucesiones*, vol. I, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.

Magro Servet, V.: "Inexistencia de causa para la extinción de la obligación de la pensión alimenticia en los casos de pérdida de afecto del alimentista", *Diario la Ley*, Sección Doctrina, 25 de julio de 2017.

Manzano Fernández, Mª. M.: "Preguntas y respuestas sobre el artículo 857 del Código Civil. La legítima del descendiente desheredado", *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre 2015.

Martínez Vázquez de Castro, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas, Madrid, 2010.

Miquel González de Audicana, J. Mª.: "Reflexiones sobre la legítima", en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sucesiones* (coords. por A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio), LA LEY, Madrid, 2014.

Mondéjar Peña, Mª. I.: "La obligación de alimentos entre parientes como medio privado de satisfacción de las necesidades ante los procesos de envejecimiento y de la población española: análisis actual y tendencias de futuro", en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (dir. C. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 2007.

O´Callaghan Muñoz, X.:

"A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima", *Actualidad Civil*, núm. 5, 29 de julio de 2015.

Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de familia, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de sucesiones, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

Padial Albás, A.: *La obligación de alimentos entre parientes*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

Peña Bernaldo de Quirós, M.: *Derecho de Familia,* Sección de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1989.

Ragel Sánchez, L. F.: "Comentario al artículo 853 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, Tomo V (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Rebolledo Valera, Á. L.: "Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores" en AA.VV.: *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectiva de futuro (*dir. Á.L. Rebolledo Valera), Dykinson, Madrid, 2010.

Represa Polo, Mª. P.: *La desheredación en el Código Civil,* Reus, Madrid, 2016.

Romero Coloma, A. M.: "El maltrato de obra como causa de desheredación de hijos y demás descendientes", *Revista de Aranzadi Doctrinal*, Parte Estudios, núm. 3/2014.

Salas Carceller, A.: "Sobre la desheredación", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7/2014, Parte Estudios.

Salmerón Álvarez, M. y Alonso Vigil, P.: "Factores asociados a la institucionalización de pacientes con demencia y sobrecarga del cuidador", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 60, 2006.

Vallet de Goytisolo, J.: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

Vaquer Aloy, A.: "Acerca del fundamento de la legítima", *InDret,* octubre 2017.

Zurita Martín, I.: "La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coords. Vaquer Aloy, A, Sánchez González, M. y Bosch Capdevilla, E.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018.

DATOS GENÉTICOS Y DATOS DE SALUD. UNA APROXIMACIÓN A SU ESTUDIO

GENETIC AND HEALTH DATA. AN APPROXIMATION TO ITS STUDY

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 428-453

"El aspecto más triste de la vida en este preciso momento es que la ciencia reúne el conocimiento más rápido de lo que la sociedad reúne la sabiduría" - Isaac Asimov

Ana Elena PÉREZ y María Elena COBAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo final señalar la relación estrecha entre datos de salud y datos genéticos, centrando la atención en la microbiota, por la importancia presente y futura que ostenta la misma en varias áreas salud, investigación, sector farmacéutico entre otros. El estudio de la microbiota presenta cuestiones interesantes, algunas de las cuales serán comentadas en el trabajo, como anticipo a investigaciones venideras.

PALABRAS CLAVE: Salud; datos de salud; datos genéticos; datos sensibles; microbiota.

ABSTRACT: *The objective of this work is to point out the close relationship between health data and genetic data, focusing on the microbiota, due to its present and future importance in various areas of health, research, and the pharmaceutical sector, among others. The study of the microbiota presents intriguing questions, some of which will be discussed in this work, in anticipation of future research.*

KEY WORDS: *Health; health data; genetic data; sensitive data; microbiota.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. SALUD. DATOS DE SALUD Y DATOS GENÉTICOS COMO DATOS SENSIBLES.- 1. La salud. Una nueva forma de entenderla.- 2. Categoría especial de datos de la salud.- 3. Datos genéticos.- III. ESTUDIOS DE LA MICROBIOTA HUMANA. APROXIMACIÓN A SU NATURALEZA JURÍDICA.- IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El tema de la salud es acuciante a tiempo que se escribe este artículo, porque vivimos en tiempo de una pandemia, que ha puesto en contexto cuestiones que son de importancia como el papel de la política en la protección de la salud pública, la necesidad de analizar desde diferentes puntos de vista la salud como derecho fundamental y el derecho a la salud, así como a los pacientes, despojados quizás de ese tratamiento solamente médico, porque como hemos visto y estamos viendo, en la actualidad se comienza a hablar de medicina de precisión[1] como modelo médico que trabaja la personalización de la atención médica, los tratamientos y productos, decisiones que se adaptan al paciente individual versus un tratamiento común que es la tesis predominante en la actualidad.

1 Pujol Gebelli, X.: "La medicina de precisión como estrategia": "No es la primera vez en la historia que se toman decisiones estratégicas basadas en desafíos científicos y tecnológicos de gran calado. Pisar la Luna en menos de una década o la lucha contra el cáncer, fueron dos de las destacadas en el siglo XX; el estudio del cerebro y el desarrollo del grafeno pisan con fuerza en el arranque del XXI. La medicina de precisión, como paso a seguir tras la eclosión del Proyecto Genoma Humano, es la más reciente. Con independencia de su alcance, en todas ellas confluye un factor común: la política y la economía suman con la ciencia como motor la ciencia como motor". https://www.sebbm.es/revista/articulo.php?id=346&url=la-medicina-de-precision-como-estrategia. s/n.

• Ana Elena Pérez Cobas
Licenciada en Ciencias Biológicas. Bióloga, doctora en Biodiversidad por la Universitat de València (obtenido en 2015). Actualmente es investigadora postdoctoral en el Instituto Pasteur de París, Francia, en el campo del microbioma humano. La especialidad es la microbiología y la ecología, con una sólida formación en herramientas "ómicas", principalmente genómica, metagenómica y secuenciación de genes marcadores. La línea de trabajo actual se centra en investigar el papel de la microbiota pulmonar durante la neumonía, estando basada en el análisis de muestras clínicas. Correo electrónico: ana-elena.perez-cobas@pasteur.fr.

• María Elena Cobas Cobiella
Profesora Titular de Derecho Civil de la Universitat de València. Licenciada en Derecho en la Universidad de la Habana en 1983. Profesora de la Facultad de Derecho, Departamento Civil, Universidad de la Habana, Cuba: 1983-1999. Catedrática de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, Cuba. 1996. Notario en Cuba.1992-1998. Catedrática de la Escuela de Salud Pública del Ministerio de Salud Pública de Cuba en el área de máster y postgrados. 2000- 2001. Dra. en Derecho Civil por la Universidad de Valencia. España. Máster en Derecho Privado por la Fundación ADEIT y Universitat de València. España.2004. Autora de numerosos artículos y publicaciones a nivel nacional e internacional. Directora de diversos Proyectos de innovación educativa. Correo electrónico: M.elena.cobas@uv.es.

"La promesa de la medicina de precisión es dar el tratamiento correcto, en el momento correcto, siempre, a la persona correcta". Esa es la definición que dan los Institutos Nacionales de la Salud (NIH) a lo que muchos consideran un nuevo paradigma. En sentido estricto, no se aleja demasiado del objetivo de la medicina personalizada, la que trata de ajustar el medicamento adecuado en la dosis precisa a un paciente concreto. Le añade un nombre y apellidos y también un perfil genético. En los casos más sofisticados, la información acerca del estilo de vida, el género o el origen étnico, entre otros factores, completan lo que sería el retrato de mayor resolución con el que podría contar la práctica médica de un futuro no muy lejano[2]".

Segovia de Arana certeramente advierte sobre nuevas perspectivas, parafraseando a Sir Richard Sykes que afirmaba: un país que no invierte en ciencia y en tecnología, que no investiga, va a sufrir en los próximos años una pérdida absoluta de competitividad y se verá relegado económica y políticamente, señalando que: "la investigación en los hospitales no es un lujo y algo que no les corresponda. Durante mucho tiempo se ha venido creyendo que el hospital sólo tenía que preocuparse de asistir bien a los enfermos, que la docencia pertenecía únicamente a las Facultades de Medicina y que la investigación tendría que ser llevada a cabo por investigadores en cualquier otro sitio, por ejemplo, en centros especiales de investigación o en la universidad. Los médicos tendrían que estar ya formados cuando trabajasen en el hospital. Se vivía entonces un concepto inmovilista de la medicina con actividades distribuidas en áreas fijas, como si ya estuviera hecha y terminada, cuando la realidad es todo lo contrario. La medicina está en un continuo movimiento, elaborando constantemente nuevas ideas sobre la enfermedad y la salud, y nuevos métodos de diagnóstico y tratamiento que repercuten en todos los protagonistas del sistema: médicos, y resto del personal sanitario, enfermos, políticos, economistas, gestores, investigadores, sociólogos, etc"[3].

A ello se une la necesidad de políticas sanitarias que protejan a la persona, y su salud, que establezcan además criterios de actuación lógicos y consecuentes en la ordenación del ámbito sanitario, ofreciendo seguridad jurídica, desde la protección a la investigación y de la ética de la salud.

A la par que la salud, la protección de los datos de salud como datos sensibles recupera un protagonismo interesante, sobre todo a raíz del auge de la protección de los datos personales. Datos que son protegidos constitucionalmente como

2 Vid. Pujol Gebelli, X.: "La medicina de precisión como estrategia", op. cit. s/n.

3 Segovia de Arana, J. M.: "Comentario Editorial Investigación biomédica actual en España", *Revista española de cardiología*, vol. 52, núm. 10, 1999, pp. 765-766, educación médica continuada / factores socioculturales / factores sociodemográficos / factores socioeconómicos / hospitales / investigación biomédica / publicaciones biomédicas / seguridad social.

derechos fundamentales, que por su especial naturaleza deben ser tratados y almacenados con mayor seguridad y cuidado, ya que inciden en aspectos de relevancia de la persona que afectan su intimidad, las libertades públicas y los derechos fundamentales. A ello cabe añadir que la aparición del Coronavirus (Covid19) ha supuesto una transformación del paradigma y de la apreciación de la salud, sobre todo conectada a la complejidad y a la falta de preparación tanto política, económica, en sede de sanidad, así como a la insuficiencia demostrada o por lo menos que es posible avanzar a nivel global como nacional frente a una pandemia. Si a ello unimos que queda patentizada la necesidad de protección a la investigación como única supervivencia frente a los azotes tanto presentes como futuros que puede aquejar a la humanidad, como está sucediendo en los momentos actuales.

El planteamiento a que nos vemos abocados, conduce a un cúmulo de disquisiciones que inicialmente cuando se formularon las primeras ideas en este trabajo, ni siquiera formaban parte de un escenario como el actual en que se conforman estas líneas y se pretende a pesar del horror actual esbozar.

Estas disquisiciones vienen de la mano de la naturaleza de los datos de salud, de los datos genéticos y otros datos que se vinculan con la persona y con su sensibilidad, cuya definición como datos sensibles y protegidos queda un poco al descubierto frente a la potencialidad de una pandemia y a la necesidad de supervivencia. Generándose en ese sentido colisión entre la propia protección de estos y la seguridad sanitaria global, la intimidad o privacidad de los enfermos, pacientes e incluso aquellos asintomáticos y sus datos frente a un interés general o público, y la necesaria preservación por una parte de estos datos y de la persona individual, la libertad de circulación y movimiento en un futuro de las personas frente a la necesaria defensa de la salud de la humanidad. El eterno debate entre el colectivo y lo individual.

Evidentemente la solución no se encuentra en estas líneas. Como mínimo y ha sido el objetivo del trabajo es trazar la naturaleza jurídica y ofrecer algunas definiciones en orden a los datos genéticos y dentro de ellos la microbiota como parte de la genética humana.

Téngase en cuenta que los datos genéticos por su parte son aquellos datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona; de acuerdo a lo que expone el Reglamento UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

En este sentido y dado que estamos en presencia de un concepto jurídico, hemos considerado necesario desentrañar desde el punto de vista de la investigación científica, el contenido de los datos genéticos, desde una visión multidisciplinaria, teniendo en cuenta que en definitiva, son los investigadores y expertos en la materia, a los que corresponde en el quehacer cotidiano abordar y trabajar con el material genético, razón por la cual analizaremos amén de otras cuestiones, la microbiota que puede contener información que debe ser protegida como portadora de información genética. Matizando que el debate no es unánime, ni siquiera está lo suficientemente avanzado en general y a efectos del derecho se encuentra en ciernes.

II. SALUD. DATOS DE SALUD Y DATOS GENÉTICOS COMO DATOS SENSIBLES.

1. La salud. Una nueva forma de entenderla.

El concepto de salud va evolucionando y la forma de estudiarla y de entenderla, sobre el presupuesto de su nota de derecho fundamental, tal como aparece refrendado en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nº14 (2000) y a la par indispensable para el ejercicio de los demás derechos[4].

La salud es un derecho protegido constitucionalmente a tenor de lo previsto en el artículo 43, de conformación amplia y compleja, porque aúna categorías como la persona, la autonomía de la voluntad, la integridad física, los derechos que le son inherentes y sobre todo la conversión tan compleja y el tránsito de persona a paciente[5], teniendo en cuenta que el paciente es la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud que conduce a otros planteamientos y problemáticas. Igualmente, los sujetos de la investigación cuando se procede a la toma de muestras, a estudios epidemiológicos, clínicos e investigación básica de todo tipo son pacientes y en definitiva personas físicas o naturales, o como mínimo titulares de la protección que en este ámbito se debe ofrecer.

4 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nº14 (2000) relativa "al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" (artículo 12 del PIDESC) párrafo 1. Téngase además en cuenta lo previsto en el 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, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (*Official Records of the World Health Organization*, Nº 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948 aparece una definición de la salud vista como : " un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades".

5 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., BOE. núm. 274, de 15/11/2002.

Los individuos sanos por su parte también tienen sus propias particularidades, no son pacientes, pero pueden participar en estudios, pero en determinados, porque en el caso de las técnicas invasivas, algunas estarán prohibidas y otras requieren permisos adicionales, además del consentimiento informado básico[6], planteando además interesantes problemas éticos y bioéticos, que interesan a efectos de la protección y seguridad jurídica que demandan estos estudios[7].

Subrayándose como esencial en este tema que los participantes en estos proyectos entiendan los riesgos, que el consentimiento sea lo suficientemente claro y explícito, siguiendo los principios y reglas que se emplean para que la información sea suficiente y la voluntad pueda ser expresada libremente antes de entrar en el ensayo. A debatir también dentro de las cuestiones éticas está la gratuidad o no de estos ensayos, debatiéndose si los participantes deben o no recibir algún beneficio económico[8].

La salud por otra parte no entiende de fronteras[9], afirmación de Plasència Taradach mucho antes de la pandemia del coronavirus, - como un vaticinio de la situación actual- lo que significa que los problemas en torno a la salud no entienden de fronteras ni tampoco sus soluciones, ya que "en un mundo sin fronteras, los problemas viajan de manera acelerada. Tenemos el ejemplo de la contaminación atmosférica, que se desplaza y afecta a comunidades lejos de donde se origina, seguimos teniendo el ejemplo del ébola… Así que no se trata de

6 En este sentido señala algún autor en referencia al tema de actualidad del coronavirus el dilema de las personas sanas y la posibilidad de infectar a un grupo de voluntarios sanos con el patógeno a fin de evaluar, de forma rápida, la efectividad de las vacunas experimentales. Vid. callaway, e.: ¿Deberían los científicos infectar a personas sanas con el coronavirus para probar vacunas?, Artículo *traducido y adaptado por Investigación y Ciencia con permiso de Nature Research Group, Investigación y Ciencia,* https://www.investigacionyciencia.es/noticias/deberan-los-cientficos-infectar-a-personas-sanas-con-el-coronavirus-para-probar-vacunas-18499. Nota en orden a este artículo, tomada del link. En una osada prepublicación (artículo aún sin revisar por otros científicos) aparecida en línea la semana del 23 de marzo, algunos investigadores proponen realizar estudios de exposición de personas al coronavirus con el objeto de acelerar el proceso. Ello implicaría exponer a unos 100 voluntarios jóvenes y sanos al coronavirus y observar cuántos de los que han recibido antes la vacuna evitan la infección... Nir Eyal, director del Centro de Bioética a Nivel de Población de la Universidad de Rutgers en Nuevo Brunswick, Nueva Jersey, y autor principal de la prepublicación, explica a *Nature* la manera de realizar este ensayo de forma ética y segura

7 Estudios que además mantienen una relación estrecha con el dato, los datos personales y el Big Data, ya que esta nueva forma de procesamiento de los datos facilitará la agilización de la información. Vid. Cobas Cobiella, M. E.: "Protección de los datos personales Bases de datos. Big data. Un nuevo paradigma", en Febles Pozo, N., Ormazábal Sánchez, G., Carrillo Pozo, L. F., Cobas Cobiella, M. E., Panadero de la Cruz, C. E. (dirs.): *Los derechos fundamentales perspectiva comparada entre América y Europa,* Leyer, 2019, p. 154. "El procesamiento de datos ha revolucionado Internet, por el tiempo y la forma en que se aprecian y exponen la información y los datos de cada persona, que además se comparten en el mundo a una velocidad inimaginable. A la capitalización de este nuevo proceder se le denomina Big Data y hace referencia al conjunto de tratamientos inteligentes y a gran escala de los datos o macrodatos. "

8 Sobre ello advierte callaway: "personalmente, como bioeticista no me opongo a ofrecer incentivos financieros para atraer a los participantes. Sin embargo, en este estudio concreto, creo que es necesario asegurar la confianza de la población y por ello recomendaría a los científicos evitar el reclutamiento mediante la promesa de grandes sumas de dinero. Ello impediría que alguien pudiera aprovecharse de la gente más desfavorecida". Vid. op. cit s/n.

9 plasència taradach, a.: "Siglo XXI: Los retos de la salud global", en 09.4.2019https://www.isglobal.org/healthisglobal/-/custom-blog-portlet/siglo-xxi-los-retos-de-la-salud-global/91046/0.

ver los problemas aisladamente en los países, sino desde esta visión de conjunto. En este momento, todos somos vecinos de todos, todos dependemos de todos, y los problemas de salud y sus soluciones también tienen mucho que ver con nuestro futuro compartido".

Hecho que ha conducido a que afloren conceptos como medicina global que es interdiciplinaria e internacional y que tiene en cuenta el entorno, las condiciones topográficas etc en correspondencia con otras categorías como la salud global que es aquella que se ocupa de los problemas médicos y la salud con impacto internacional, debiendo buscar soluciones generales a los problemas que tienen impacto en la salud global. Tiene como objetivo final, tal como señalan los expertos utilizar el poder de la investigación académica y la ciencia para promover la salud para todos, y mejorar la equidad en salud y reducir las disparidades de salud[10].

La salud global puede considerarse como un principio rector general, un marco de organización para el pensamiento y la acción, una nueva rama de las ciencias y una disciplina especializada en la gran familia de la salud pública y la medicina. El concepto "salud global" puede ser subjetivo u objetivo, según el contexto y el entorno. Un proyecto o un estudio realizado en cualquier área local puede ser global si se enmarca con una perspectiva global, y si tiene la intención de abordar un problema con impacto global, y/o busca soluciones globales a un problema, como marcos, estrategias, políticas, leyes y regulaciones. En este sentido, la salud global es eventualmente una extensión de la "salud internacional" al tomar prestados conocimientos, teorías, tecnologías y metodologías relacionadas de la salud pública y la medicina, como dicen expertos en la materia[11].

La salud global, así como cualquier incidencia en la disciplina se atendrá a los tradicionales principios que informan las leyes y normativas al respecto[12].

2. Categoría especial de datos de la salud.

La protección de los datos de salud dentro del derecho europeo encuentra cobertura en lo previsto en la protección de los datos de las personas físicas amparada en el artículo 8 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE y en el Convenio de Europa sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal., de 28 de enero de 1981, que en su artículo 6 configuraba estos datos como especiales, avalado por el

10 Chen X, Li H, Lucero-Prisno III, et al.: "What is global health? Key concepts and clarification of misperceptions". Report of the 2019 GHRP editorial meeting, *Global Health Research and Policy*. Volumen 5, Artículo 14. 2020, p.2. doi: 10.1186/s41256-020-00142-7.

11 Chen X, Li H, Lucero-Prisno III, et al.: "What is global health? Key concepts and clarification of misperceptions". Report of the 2019 GHRP editorial meeting, op. cit., p. 2.

12 Cfr. artículos 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.

Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo que en sentencia de 25 de enero de 1997 ya se pronunciaba en este sentido[13].

La definición de los datos de salud puede delimitarse en el artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 abril de 2016, como aquellos datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud. Haciéndose además mención a ellos en el Considerando 35 del Reglamento[14] .

Por otra parte, lo refrendado en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales que adapta el Reglamento y en especial lo previsto en el art. 9 donde trata la cuestión de la categoría especiales de datos, donde se incluyen los de salud en correspondencia con los previsto en el Reglamento de 2016. Derogando además la normativa vigente en la materia es de aplicación igualmente a la citada categoría[15].

Los datos sensibles o protegidos como modalidad de derechos personales son protegidos constitucionalmente como derechos fundamentales, que por su especial naturaleza deben ser tratados y almacenados con mayor seguridad y cuidado, ya que inciden en aspectos de relevancia de la persona que afectan su intimidad, las libertades públicas y los derechos fundamentales. Esta es una conclusión irrefutable en primer lugar.

En segundo lugar, son definidos como categorías especiales de datos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre,

13 Destacando el respeto a la nota de confidencialidad de las informaciones sobre la salud, insistiendo que no resulta sólo importante la vida de los enfermos sino el principio de confianza tanto en los profesionales de la salud como en los servicios. Cfr la citada Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia Z.c. Finlandia.

14 Que advierte que: "entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. Se incluye la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia, de conformidad con la Directiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo (1); todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro".

15 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018, en la Disposición derogatoria única. Derogación normativa señala que: "1. Sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional decimocuarta y en la disposición transitoria cuarta, queda derogada la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. 2. Queda derogado el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos. 3. Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica".

de Protección de Datos personales y garantías de los derechos digitales, en correspondencia con lo previsto en el Reglamento (UE) 2016, en el artículo 9. 2, en cuya virtud han de ser tratados. Segunda cuestión a destacar.

El trato de derechos fundamentales y de especial categoría de datos indica una especial consideración, sujetos a un tratamiento especial, con limitaciones, pero no absolutas, porque la normativa prevé excepciones, por motivos legítimos en beneficio de los ciudadanos y la sociedad en su conjunto y particularmente cuando haya que garantizar la continuidad de la asistencia sanitaria transfronteriza.

Estos datos se analizan como derechos fundamentales de la personalidad, de nueva generación, ya que ostentan autonomía propia en orden a su desarrollo actual como de futuro, teniendo como es posible afirmar, su propia naturaleza jurídica y su propio marco conceptual y normativo. Superado en cierto sentido su vinculación a la intimidad de la cual se ha desgajado, cabría asentir, configurándose de esta forma como un nuevo derecho fundamental, con un haz de facultades y con su propio contenido, dejando de ser un derecho derivado hasta convertirse en autónomo tal como destaca la doctrina en la materia[16].

Los datos de salud en entornos epidemiológicos igualmente deben ajustarse a la protección que se brinda a los datos personales en general, pero conviene precisar que dependerá la misma, por lo menos desde nuestro punto de vista a la ponderación entre la protección de la vida, de la salud[17] y de la salud global frente al derecho a la protección de datos personales, teniendo además en consideración evidentemente los principios que protegen los derechos de los pacientes[18], específicamente lo previsto en el art. 6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones

16 Vid. Sánchez Patrón, J. M.: "El régimen jurídico europeo aplicable a la confidencialidad de los datos relativos a la salud de las personas", en Tomás-Valiente Lanuza, C. (coord.): *La salud: intimidad y libertades informáticas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 240. Vid. Pérez Gómez, J. M.: "La protección de los datos de salud", en Rallo Lombarte, A. y García Mahamut, R. (eds.): *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 623.

17 Vid. En este sentido: " Protección de datos en tiempos de pandemia", en *UBT Compliance* Mar 17, 2020 | Blog UBT, COVID-19: "ante el actual escenario de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19, el derecho a la protección de datos de los empleados no debe ser un impedimento para que las empresas, y en concreto, los técnicos responsables de prevención de riesgos laborales, actúen en defensa de la salud de sus empleados. Nos encontramos ante dos derechos legítimos, y en este concreto caso, contrapuestos: el derecho a la protección de la vida y la salud, y el derecho a la protección de datos; debiendo prevalecer el primer derecho fundamental sobre el segundo, con ciertos matices". Matizando la cuestión señala santiago cruz roldán: "en definitiva, la aplicación e interpretación de la normativa en protección de datos, no puede suponer un obstáculo que limite la efectividad de las medidas que resulten necesarias para la protección de la salud. El derecho fundamental a la protección de datos, cede en favor de la necesaria protección de la vida; pero en el tratamiento de los datos de salud se han de respetar los principios establecidos tanto en el RGPD como en la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantías de Derechos Digitales".

18 Cfr 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.

en materia de información y documentación clínica, referido al derecho a la información epidemiológica[19].

En cualquier caso, habrá que atenerse en tratamientos de datos de salud, al conjunto de principios que protegen los datos personales como se ha señalado anteriormente, tanto en orden a la situación de pandemia actual y en venideras si las hubiera, de ahí que el tratamiento de estos datos ha de quedar limitados a lo estrictamente necesario para la finalidad pretendida (proteger la salud y que no se propague la enfermedad) pero observando la casuística dentro de lo posible.

También es menester que señalemos en aras de la objetividad que resulta particularmente difícil y una utopía controlar la protección de datos de la salud cuando los hospitales están desbordados ante una situación descontrolada, como ha sucedido frente al COVID-19.

La Orden SND/297/2020, de 27 de marzo, por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 regula por su parte que facilitará la autoevaluación de los ciudadanos y permitirá tratar sus datos personales de salud y de localización. Esta aplicación permite geolocalizar a quienes presenten un cuadro clínico compatible con una infección por COVID-19[20].

19 Art. 6. Derecho a la información epidemiológica: "Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley". Cfr 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.

20 Plantea la Orden el desarrollo de soluciones tecnológicas y aplicaciones móviles para la recopilación de datos con el fin de mejorar la eficiencia operativa de los servicios sanitarios, así como la mejor atención y accesibilidad por parte de los ciudadanos. Estableciendo al respecto la encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo urgente y operación de una aplicación informática para el apoyo en la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Dicha aplicación permitirá, al menos, realizar al usuario la autoevaluación en base a los síntomas médicos que comunique, acerca de la probabilidad de que esté infectado por el COVID-19, ofrecer información al usuario sobre el COVID-19 y proporcionar al usuario consejos prácticos y recomendaciones de acciones a seguir según la evaluación. Igualmente se expone que la aplicación permitirá la geolocalización del usuario a los solos efectos de verificar que se encuentra en la comunidad autónoma en que declara estar. La aplicación puede incluir dentro de sus contenidos enlaces con portales gestionados por terceros con el objeto de facilitar el acceso a información y servicios disponibles a través de Internet. La aplicación mencionada no constituirá, en ningún caso, un servicio de diagnóstico médico, de atención de urgencias o de prescripción de tratamientos farmacológicos. La utilización de la aplicación no sustituirá en ningún caso la consulta con un profesional médico debidamente cualificado. Siendo el responsable del tratamiento el Ministerio de Sanidad y el encargado del tratamiento y titular de la aplicación será la Secretaría General de Administración Digital. El Ministerio de Sanidad, como responsable del tratamiento, autoriza a la Secretaría General de Administración Digital a recurrir a otros encargados en la ejecución de lo previsto en este apartado. BOE» núm. 86, de 28 de marzo de 2020.

La citada Orden ha despertado y suscitado polémica, por la implicación que tiene en la limitación de la protección de datos[21]. Evidentemente genera preocupación y asusta.

El art. 4 de la Orden ciñe su aplicación a la normativa en protección de datos personales, señalando que lo dispuesto en esta orden se entiende sin perjuicio de la aplicación del régimen previsto en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE; la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y los criterios interpretativos dados por la Agencia Española de Protección de Datos. Esto evidentemente es una primera garantía, porque el consentimiento del interesado es requisito esencial en la protección de los datos personales

Este Reglamento no obstante regula excepciones en los que se legitima el tratamiento de datos personales sin consentimiento en determinados supuestos, donde encuadra el COVID-19 y que son las previstas en el art. 6.1 d) RGPD, cuando: "el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física", y 6.1 e) RGPD, cuando "el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público (…)", y se indica en el Considerando 46 RGPD que "El tratamiento de datos personales también debe considerarse lícito cuando sea necesario para proteger un interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física. (…) Ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación (…)".

Señala sobre ello Malo: "en definitiva, dadas las excepcionales circunstancias que vivimos, se podrá limitar, y nunca suspender, el derecho a la protección de datos personales en favor de la salud pública y los intereses vitales de los interesados y las demás personas físicas, cumpliendo siempre con los deberes de información a los mismos y respetando los principios de licitud, lealtad, transparencia, limitación de la

21 malo, a.: "La protección de datos en tiempos de pandemia",https://www.lawyerpress.com/2020/04/03/la-proteccion-de-datos-en-tiempos-de-pandemia LawyerPress, 03/04/2020. Consultado 6 de mayo de 2020. Refiere igualmente que : "El artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que ha sido modificada a raíz de la pandemia de COVID-19, por el Real Decreto-ley 6/2020 de 10 de marzo permite a las autoridades públicas aplicar, con el fin de controlar enfermedades contagiosas, "las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible". Estas medidas no limitadas en un listado numerus clausus permiten a las autoridades competentes geolocalizar a quienes sufran contagios con el fin de prevenir la propagación de la enfermedad.

finalidad, minimización, exactitud, limitación del plazo de conservación, integridad y confidencialidad, además de exigirse a los responsables del tratamiento una responsabilidad proactiva en el cumplimiento de estos principios".

Ahora bien, es importante señalar que la Orden deberá ser aplicada con la finalidad con la que fue dictada, proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública, acorde con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

3. Datos genéticos.

Los datos genéticos son aquellos datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona; de acuerdo a lo que expone el Reglamento UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)[22] .

Los datos genéticos al igual que los datos de salud, conforman lo que podríamos llamar una novedosa categoría de derechos subjetivos, adaptado a una nueva filosofía y entorno[23], mientras otro sector habla de un derecho de información personal cuya finalidad es la protección de la vida privada[24].

Los datos genéticos y el ADN de las personas son datos de carácter personal especialmente protegido y sensible, por su incidencia en la vida privada de las personas, dignos de protección porque abordan la parcela de intimidad de toda persona, por lo que deben respetarse, en concordancia con los principios que informan el tratamiento de estos.

Cabe destacar que los datos genéticos en la norma ocupan su propio espacio de regulación, con independencia de los datos de salud, ya que los datos de salud conforman una categoría mucho más amplia que los datos genéticos, incluyendo

22 Cfr Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, artículo 4 y Considerando 34.

23 Vid. Pailler, L.: *Les réseaux sociaux sur internet et le droit au respect de la vie privée. Droit des technologies*, Cuarta Edición, Préface de Fabien Marchandier, Éditions Larcier, 2014, p. 180.

24 Marino, L.: "Les noveaux territoires des droits de la personalité", *Gaz Pal,* Recueil mai-juin 2007, p. 1477.

además incluso la prestación de servicio de asistencia sanitaria, que revelen información sobre el estado de salud[25].

Sin profundizar en la cuestión, la naturaleza jurídica de los datos genéticos ha sido debatida como dato o no de salud, fundamentalmente para el reconocimiento de los mismos como datos sensibles. Debate superado porque la normativa en la actualidad los ubica como datos sensibles y protegidos[26].

La Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos de la UNESCO del año 2003, ya ofreció una definición como la información sobre las características hereditarias de los científicos, mientras que la Recomendación R (97) 5 del Consejo de Europa por su parte los define como : "todos los datos, con independencia de su tipo, que se refieren a las características hereditarias de una persona o al modelo de herencia de estas características de un grupo de personas de la misma familia", reflejados además en la Ley 14/2007, sobre Investigación Biomédica en su art. 3j)[27].

Téngase además en cuenta igualmente el Instrumento de Ratificación del 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 (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997[28], que establece determinados principios en orden a la salvaguarda del genoma humano a tenor de lo expuesto en el art. 11 que refiere que se prohíbe la discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético.

En lo que respecta a los datos genéticos conforman una nueva dimensión de la información sanitaria[29], porque revelan los datos íntimos del ADN y de la genética de una persona, su yo más íntimo, al desnudo.

25 Cfr. las definiciones reguladas en el art. 4 del Reglamento (UE) 2016/679 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

26 Cfr. art. 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) Vid. Gómez Sánchez, Y.: "La protección de los datos genéticos: el derecho a la autodeterminación informativa ", DS Vol. 16, XVI *Congreso Derecho y Salud*, 2008, p. 65.

27 Cfr Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. BOE número 159, de 04/07/2007, BOE-A-2007-12945.

28 BOE. núm. 251, de 20 de octubre de 1999, BOE-A-1999-20638.

29 de Miguel Sánchez, N.: *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad versus interés público*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 178.

El ADN es la marca de una persona y revelan la singularidad[30], de ahí que cuando se hace mención a los datos genéticos, estos se incluyen y tratan como categoría especial de datos personales y sensibles.

Resulta importante señalar que la definición jurídica de datos genéticos que hace la normativa, sólo hace referencia al ADN humano, téngase en cuenta que todos los seres vivos tienen ADN, incluidos los miembros de la microbiota. Lo que a efectos de los investigadores y la investigación resulta de relevancia.

Los datos genéticos al igual que los datos de salud, no tienen un carácter absoluto, lo que indica que hay límites para su tratamiento, basado en el espíritu de la norma la de la protección de las libertades y derechos fundamentales individuales, ofreciendo garantías ante la invasión de la intimidad y la exposición de uno de los ámbitos de los cuales se es más celoso, que es la salud, estas garantías no son extremas y debe evitarse una limitación indebida del concepto[31]. Lo que es una consecuencia directa de las excepciones que la ley permite en sede de acceso a los datos personales y al dato de salud[32].

Estas excepciones son las que aparecen consignadas en el art. 9 del Reglamento (UE) 2016/679 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos[33].

30 Las técnicas de análisis de ADN revelan el carácter único de cada persona (a excepción del caso de los gemelos homocigóticos) y su configuración genética, por lo que su trascendencia resulta innegable, a la vez que la obtención y la utilización de estos datos personales presentan problemas de gran calado Los datos que pueden obtenerse a través del análisis del ADN transparentan ámbitos extremadamente sensibles de la vida privada y de la propia realidad física de la persona, todo lo cual aconseja tratar con extremada prudencia y máximas garantías los datos de esta naturaleza, y adoptar las medidas necesarias para tutelar los derechos fundamentales que pudieran verse comprometidos con estas técnicas2. Vid. Gómez Sánchez, Y.: "La protección de los datos genéticos: el Derecho a la autodeterminación informativa", op. cit., p. 60.

31 Vid. Pérez Gómez, op. cit., p. 627.

32 Cfr la citada STS número 73 de 2 de marzo 2015, Recurso número 1367, Ponente José Antonio Seijas Quintana, (TOL 4.763.994) donde se desarrolla la cuestión de la ponderación.

33 Cfr. art. 9.2. El art. 9 del Reglamento (UE), 2016/679 regula expresamente las excepciones, de la no aplicación del apartado 1 cuando concurra una de las circunstancias siguientes: que el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado; que el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado; cuando el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento; cuando el tratamiento es efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados; o por ejemplo cuando el tratamiento se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos; o en el caso de que el tratamiento sea necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de

La función del delegado de protección de datos, adquiere un papel de relevancia y de garante de los datos personales, redefinido y potenciado tanto por el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 como la Ley Orgánica 3/ 2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales al definir los ámbitos de aplicación, permiten la flexibilidad en la aplicación de las norma, siendo las autoridades de protección y los responsables de los ficheros los que han de desempeñar funciones encaminadas tanto a velar por la protección de los datos, como en la búsqueda de un equilibrio en la aplicación de las mismas[34].

Finalmente cabe destacar que los datos genéticos son destinatarios también del ámbito de los principios básicos de la bioética entre los que destacan: la autonomía de la persona, y su capacidad de decidir, la beneficencia como "el hacer bien", la obligación moral de actuar en beneficio de los demás. Curar el daño y promover el bien o el bienestar, la no- maleficencia, no hacer daño y prevenirlo, incluye no matar, no provocar dolor ni sufrimiento, no hacer daño. Es un principio de ámbito público y su incumplimiento está penado por la ley y legislado.

La bioética ostenta un papel definitorio en la protección de los datos genéticos y la finalidad que han de tener. La utilización de éstos ha dado lugar no sólo a películas de interés, a pesar de su corte futurista[35], sino a problemáticas éticas

reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial. Estas excepciones son de contenido básico para el tratamiento de la materia.
Más excepciones se producen cuando el tratamiento sea necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado; o cuando el tratamiento sea necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3; o cuando el tratamiento sea necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional.
Finalmente, si el tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado.

34 El art. 34 de la Ley Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales regula que: "1. Los responsables y encargados del tratamiento deberán designar un delegado de protección de datos en los supuestos previstos en el artículo 37.1 del Reglamento (UE) 2016/679 y, en todo caso, cuando se trate de las siguientes entidades: J) Los centros sanitarios legalmente obligados al mantenimiento de las historias clínicas de los pacientes.Se exceptúan los profesionales de la salud que, aun estando legalmente obligados al mantenimiento de las historias clínicas de los pacientes, ejerzan su actividad a título individual".

35 Gattaca es una película estadounidense de ciencia ficción y drama de 1997, escrita y dirigida por Andrew Niccol y protagonizada por Ethan Hawke, Uma Thurman y Jude Law. Producida por Danny DeVito, Michael Shamberg y Stacey Sher, la cinta estuvo nominada ese año a un Óscar a la mejor dirección artística.

en cuanto a la predisposición genética, la selección de trabajadores[36] y acciones discriminatorias, aplicación en derecho penal[37], todas las cuales han de someterse a estricta regulación. Téngase además en cuenta que la propia actualidad ha llegado a la mención de carnet de inmunidad.[38].

III. ESTUDIOS DE LA MICROBIOTA HUMANA. APROXIMACIÓN A SU NATURALEZA JURÍDICA.

El término microbioma humano se refiere a la población de microorganismos, incluidas bacterias, virus, hongos y protozoos, y su material genético que vive dentro y dentro de los organismos humanos (piel, membranas mucosas, tracto intestinal, etc.)[39].

Los estudios de la microbiota humana se basan en muestras clínicas que arrastran células humanas y por consiguiente necesitan del consentimiento informado. Ese es el caso de muestras como saliva, esputos o lavados bronquio alveolares por ejemplo, que contienen células humanas con ADN humano. De ahí que el consentimiento informado es un requisito esencial, dado que estamos en presencia de datos genéticos (que son los que devienen de la aparición de células humanas) y siguen el destino de los datos genéticos, téngase en cuenta lo previsto en la Ley de Investigación Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica.

Sin embargo, es importante puntualizar que la microbiota humana no se conceptualiza como dato genético, como veremos posteriormente y por otra parte la normativa que regula las muestras biológicas no hace mención específicamente a la microbiota, siendo leyes ambiguas[40], ya que las muestras biológicas humanas pueden contener ADN d eorigen humano y/o de la microbiota.

36 Sobre ello advierte doctrina en la materia que existe una preocupación que se intensifica por parte de las compañías de seguros, sobre la base de los resultados de las pruebas genéticas, erigiéndose tal temor en uno de los asuntos clave en esta materia. De hecho, la prevención de la discriminación genética constituye uno de los principales objetivos de las acciones legislativas seguidas en la mayoría de los países europeos. Vid. Jorque Azofra, M.: "El deber de declaración del riesgo en los seguros de personas: especial consideración a los datos derivados de pruebas genéticas predictivas", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 2/2017, pp. 30 y ss.

37 Vid. Vilchez Gil, M. A.: "Marcadores genéticos, ADN y su incidencia en el proceso penal como valor probatorio", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 49/2018, pp. 133-156.

38 Vid. Entrevista al virólogo Andrea Crisanti realizada por Daniel Verdú: "Un carné de inmunidad es una estupidez enorme", Roma - 14 abr 2020 - 20:22 CEST https://elpais.com/sociedad/2020-04-14/un-carne-de-inmunidad-es-una-estupidez-enorme.html?outputType=amp&ssm=TW_CC&__twitter_impression=true.

39 Honey, K.: "Good bugs, bad bugs: learning what we can from the microorganisms that colonize our bodies", *The Journal of Clinical Investigation*, vol. 118, artículo 12, diciembre 2008, p. 3817. Sobre el concepto también Vid. Alarcón Cavero, T., D´Auria, G., Delgado Palacios, S., del Campo Moreno, S., Ferrer Martínez, M. en Cercenado Mansilla, E., Cantón Moreno, R. (eds.): *Procedimientos en Microbiología Clínica. Recomendaciones de la Sociedad Española de Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica*. Este documento ha sido elaborado por la SEIMC (Sociedad Española de Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica) y su contenido puede encontrase en la página web www.seimc.org Microbiota 2016.

40 Cfr Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica. Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el

Es una cuestión en debate en la comunidad científica si los genomas presentes en la microbiota puedan llegar a ser tan personales como lo es el propio genoma humano[41], planteado en Hawkins y O'Doherty, ya que en estudios sobre el tema, se considera esta comunidad de microorganismos como un órgano más del cuerpo lo que hace que pueda llegar a constituir un dato genético, mientras que otra corriente, que sin desdeñar la nota de datos genéticos que tiene la misma, porque es específica del individuo, considera que la composición y naturaleza de la microbiota es dinámica, ya que se ve influenciada por muchos factores como un cambio de dieta, o el uso de medicamentos como los antibióticos, en Pérez-Cobas et al., que pueden hacer que la microbiota de un mismo individuo cambie drásticamente. Así por ejemplo estudios de la microbiota intestinal han demostrado que los antibióticos modifican la microbiota temporalmente y en algunas ocasiones pueden tener efectos permanentes[42].

Es importante advertir que el dinamismo de la microbiota genera controversia sobre su capacidad para identificar a un individuo, aunque sea una parte elemental de él. Por ello en la actualidad no está incluida dentro de la definición de datos genéticos, a pesar de que la microbiota tiene una naturaleza independiente con el humano, pero a la vez tiene una relacion simbiótica con él.

La combinación de microorganismos, sus genomas, su interacción específica con el cuerpo humano, y su ecología hace que la microbiota pueda considerarse parte de la identidad de un individuo profundizando en el debate. Además, la propia dinámica de la microbiota tiene un papel fundamental en la salud y enfermedad de los individuos, lo que hace que deba regularse y contemplarse por la ley, porque la norma en general no se ocupa directamente de la problemática que puede presentarse en estudios con microbiota humana, sobre todo si los avances en investigaciones en la materia incidan en la empresa farmacéutica, en tratamientos a pacientes, en aplicaciones biotecnológicas, por ejemplo los trasplantes fecales donde la micobiota de individuos sanos se utiliza para curar individuos con determinadas patologías intestinales, como la infección por Clostridium difficile [43] y la enfermedad intestinal inflamatoria[44].

---

funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica. BOE. núm. 290, de 2 de diciembre de 2011.

41 Hawkins, A. K. y O´Doherty, K. C.: "Who owns your poop?: insights regarding the intersection of human microbiome research and the ELSI aspects of biobanking and related studies", BMC Medical Genomics, vol. 4, artículo 72, octubre 2011, p. 5. doi: 10.1186/1755-8794-4-72.

42 Pérez Cobas, A. E.et al.: "Gut microbiota disturbance during antibiotic therapy: a multi-omic approach", *Gut*, vol. 66, artículo 11, noviembre 2013, pp. 1591-601. doi: 10.1136/gutjnl-2012-303184. Pérez Cobas, A. E. et al.: "Differential effects of antibiotic therapy on the structure and function of human gut microbiota, *Plos One,* vol. 8, artículo 11, noviembre 2013. doi: 10.1371/journal.pone.0080201, pp. 1-13.

43 Liubakka, A. y Vaughn, B.: "Clostridium difficile Infection and Fecal Microbiota Transplant", *AAAN Advanced Critical Care*, vol. 27, artículo 3, julio 2016, pp. 324-337.

44 Browne, A., Kelly, C.: "Fecal Transplant in Inflammatory Bowel Disease", *Gastroenterology Clinics of North America*, vol. 46, artículo 4, diciembre 2017, pp. 825-937 doi: 10.1016/j.gtc.2017.08.005.

A partir de la preponderancia que comienzan a tener los estudios sobre la microbiota, se plantean la cuestión de si estamos en presencia de un nuevo paradigma, que nos conduzca a la necesidad de reconceptualizar el cuerpo humano como un ecosistema y al ser humano como un superorganismo, en lugar de ser un solo individuo como advierten investigadores del tema[45] .

Esta nueva comprensión de nosotros mismos tendrá implicaciones importantes sobre cómo abordar y gestionar los problemas de identidad, privacidad y propiedad relacionados con el microbioma[46] humano, por ejemplo, ¿qué tan integral es el microbioma en nuestra concepción del yo? ¿Cómo afecta el conocimiento sobre el microbioma a lo que creemos que significa la salud y enfermedad? ¿Hasta qué punto poseemos nuestro microbioma dado que la fuente de algunos microbiomas se considera tradicionalmente como desechos, por ejemplo, las heces?

Por otra parte, ya centrándonos en los beneficios económicos, se pueden generar conflictos de propiedad intelectual, de derecho no en torno al genoma ya que se trata de un patrimonio universal, sino a la privacidad sobre nuestros datos genéticos y todo lo relacionado con ello[47].

Se preguntan los científicos[48] algunas cuestiones de interés, en primer lugar: ¿quién puede compartir el beneficio cuando el perfil microbiano de alguien es único y potencialmente tiene valor comercial?, en segundo lugar, ¿cómo debe ser la regulación de los productos de la investigación de los microbiomas? ¿y qué tipo de evidencia se debe requerir para corroborar las declaraciones de propiedades saludables de los prebióticos? Finalmente, ¿deberíamos permitir que las agencias de seguridad pública visiten biobancos recolectando y almacenando muestras de microbios humanos, que pueden contener información única e identificable de los donantes?

Problemáticas y disquisiciones que han de ser abordados desde la comprensión y análisis de la bioética y desde el derecho, teniendo siempre en cuenta que

45 Yonghui Ma, Y., Chen, H., Lan, C., Ren, J.: "Help, hope and hype: ethical considerationsof human microbiome researchand applications", *Protein Cell,* vol. 9, artículo 5, mayo 2018, p. 404, doi: 10.1007/s13238-018-0537-4.

46 La definición de microbioma humano se ha complicado por usarlo indistintamente en la literatura científica en la terminología: "microbiota" son los microorganismos asociados al cuerpo humano y "microbioma" es el catálogo de estos microbios, sus genes y genomas. Vid. Ursell, L., Metcalf, J., Wegener Parfrey, L., Knight, R.: "Defining the Human Microbiome", *Nutrition Reviews*., vol. 70, artículo suplementario 1, agosto 2012, p. 38 doi:10.1111/j.1753-4887.2012.00493.x.

47 Vid. Jorque Azofra, M.: "El deber de declaración del riesgo en los seguros de personas: especial consideración a los datos derivados de pruebas genéticas predictivas", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.2/2017, op. cit., pp. 29-88.

48 Vid. Yonghui Ma, Y., Chen, H., Lan, C., Ren, J.: "Help, hope and hype: ethical considerations of human microbiome researchand applications", op. cit., p. 404.

avanza más lento que la ciencia y la tecnología[49]. Cabría además preguntarnos si efectivamente, como parece frente al entusiasmo y esfuerzos de manipular y modificar el microbioma individual para lograr un microbioma "sano", ¿cómo lo haríamos?, si nadie sabe objetivamente qué define un microbioma sano. Y es muy posible que no haya ninguno o que haya muchos perfiles microbianos saludables.

La manipulación del microbioma del individuo como cualquier otra manipulación, con la esperanza de lograr una mejor salud no debe verse simplemente como un problema técnico o médico, que también tiene implicaciones éticas, ya que los cambios pueden afectar a la comunidad o sociedad circundante, el entorno y al propio individuo.

Es importante e imprescindible considerar todos los problemas a los que nos podemos ver abocados ante cualquier investigación de la microbiota humana, para enfrentar los riesgos, no simplemente superados con la toma de consentimiento informado que se solicita para estudios de investigación[50], de aplicación en principio a los análisis de microbiota, que suele ser el documento que estrictamente se emplea[51], pero que no está pensado desde nuestro punto de vista específicamente para la microbiota.

49 "Las ciencias básicas y las aplicadas han alcanzado logros históricos en los últimos años, que el Derecho no ha sabido interiorizar adecuadamente. Los juristas debemos evitar que esto se prolongue provocando desequilibrios sociales que giren hacia el desorden o el caos. Para tener nuestra actividad creativa al servicio de la humanidad necesitamos también acercarnos a la ciencia ya que el Derecho es social y abarca todas las actividades humanas, incluida la científica". Vid. Loperena Rota, D.: "La ciencia y el derecho", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2009, parte Tribuna, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 7-16

50 Téngase en cuenta el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Oviedo, 4 de abril de 1997), vigente desde enero de 2000, que insta a los Estados a garantizar a los pacientes los derechos a la información, a la confidencialidad, a dar el consentimiento, incluso expresado en voluntades anticipadamente y al acceso a la documentación clínica. Otra legislación básica está en la Ley 41/2002, de 31 de octubre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En ella, con respeto a lo dispuesto en los artículos 9.2 CE (derecho a la libertad), art. 10.1 CE (dignidad de la persona) y art. 15 CE (derecho a la vida y a la integridad física y moral), se siguen los parámetros del Convenio citado respecto a la imposibilidad de actuación sobre una persona sin su consentimiento, protección de los incapaces y enfermos mentales, El art. 3 Ley 41/2002 define este consentimiento informado como 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.

51 Cfr. art. 4 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, BOE núm. 159 de 04 de Julio de 2007 que establece en cuanto al consentimiento informado y al derecho a la información que se respetará la libre autonomía de las personas que puedan participar en una investigación biomédica o que puedan aportar a ella sus muestras biológicas, para lo que será preciso que hayan prestado previamente su consentimiento expreso y escrito una vez recibida la información adecuada. La información se proporcionará por escrito y comprenderá la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos de la investigación, en los términos que establece esta Ley. La información se prestará a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades. Por otra parte, si el sujeto de la investigación no pudiera escribir, el consentimiento podrá ser prestado por cualquier medio admitido en derecho que permita dejar constancia de su voluntad.
Por otra parte, se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación. En cuanto a la prestación del consentimiento por representación será proporcionada a la investigación a desarrollar y se efectuará con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud. Las personas

La visión de los problemas en sede de investigación del microbioma humano debe ser global, previendo los desafíos éticos. Entre los que destacan los investigadores algunos a considerar: como privacidad e identidad personal y microbioma, el consentimiento informado en intervenciones basadas en microbiomas, por ejemplo, el trasplante de microbiota fecal; biobancos; comercialización y exageración; problemas de salud pública.

Los problemas éticos, sociales deben abordarse como parte de una respuesta global y exitosa a estudios emergentes en esta área[52].

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

Los temas vinculados con la ciencia no están sujetos a conclusión definitiva, ello sería negar la necesidad de la investigación y las apuestas que se requiere.

Igualmente es importante trabajar en la reconsideración del concepto de salud, como salud global e internacional, lo que permitirá un enfoque adaptado a la situación actual mundial y debe servir al planteamiento preventivo de la misma, con fundamento en las experiencias vividas por el COVID-19.

La problemática de la microbiota resulta novedosa a la par que importante. Novedosa en cuanto al debate de su naturaleza y a su protección legal, porque no está exenta de indefiniciones e importante por su utilización en aplicaciones médicas y farmacéuticas.

El papel que ocupa y ocupará dependerá de todos, pero fundamentalmente de la ciencia, de las investigaciones, de la política sanitaria, sobre la idea esencial de aprender de los errores y de la casi obligatoriedad de no desatender ningún área de conocimiento.

---

incapacitadas y los menores participarán en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación.
Las personas que participen en una investigación biomédica podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, sin perjuicio de las limitaciones que establece esta Ley. Las personas o entidades que hayan recibido dicho consentimiento dispondrán las medidas que sean necesarias para el efectivo ejercicio de este derecho.
En cuanto a la falta de consentimiento o la revocación del consentimiento previamente otorgado no supondrá perjuicio alguno en la asistencia sanitaria del sujeto. Por otra parte, es que toda persona tiene derecho a ser informada de sus datos genéticos y otros de carácter personal que se obtengan en el curso de una investigación biomédica, según los términos en que manifestó su voluntad. El mismo derecho se reconoce a la persona que haya aportado, con la finalidad indicada, muestras biológicas, o cuando se hayan obtenido otros materiales biológicos a partir de aquéllos.
Se respetará además el derecho de la persona a decidir que no se le comuniquen los datos a los que se refiere el apartado anterior, incluidos los descubrimientos inesperados que se pudieran producir. No obstante, cuando esta información, según criterio del médico responsable, sea necesaria para evitar un grave perjuicio para su salud o la de sus familiares biológicos, se informará a un familiar próximo o a un representante, previa consulta del comité asistencial si lo hubiera. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades.

52 Vid. Yonghui MA, Y., Chen, H., Lan, C., Ren, J.: "Help, hope and hype: ethical considerations of human microbiome researchand applications", op. cit., p. 405.

Los estudios actuales de la microbiota y la preponderancia del tema, nos indican que es necesario visualizar el cuerpo humano y a la persona como un ecosistema y al ser humano como un superorganismo, lo que facilitaría la inserción de la microbiota dentro de esta visión, sobre todo porque a pesar de la naturaleza independiente que ostenta en cuanto al ser humano, tiene una relación simbiótica con él, lo que indica un imprescindible replanteamiento de la naturaleza y valor que tiene.

Somos conscientes que la complejidad del tema, la falta de unanimidad científica, la carencia de recursos en general para la ciencia, son factores a tener en consideración para trabajos posteriores, pero evidentemente la propia dinámica de la microbiota, así como la función para la salud, y en especial la salud humana ubicará en trabajos futuros en el centro de atención a la misma.

BIBLIOGRAFÍA

Aberasturi Gorriño, U.: La protección de datos en la sanidad, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

Alarcón Cavero, T., D´Auria, G., Delgado Palacios, S., del Campo Moreno, S., Ferrer Martínez, M. en Cercenado Mansilla, E., Cantón Moreno, R. (eds.): *Procedimientos en Microbiología Clínica. Recomendaciones de la Sociedad Española de Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica*.

Álvarez Hernando, J.: "Tratamientos de datos personales relacionados con la salud", *Grandes Tratados. Practicum Protección de Datos*, Aranzadi, 2015.

Aranda Jurado, M.: "Evolución de la normativa de la investigación biomédica en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm.* 9, 2018.

Barral, I.: *"Datos relativos a la salud e historia clínica: la confidencialidad de los datos médicos",* en Llácer Matacás, M. R. (coord.): *Protección de datos personales en la sociedad de la información y la vigilancia*, 2011.

Borgetto, M.: *Santé et communication*, RDSS, 2010.

Browne, A., Kelly, C.: "Fecal Transplant in Inflammatory Bowel Disease", *Gastroenterology Clinics of North America*, vol. 46, artículo 4, diciembre 2017.

Callaway, E.: ¿Deberían los científicos infectar a personas sanas con el coronavirus para probar vacunas?, Artículo traducido y adaptado por Investigación y Ciencia con permiso de Nature Research Group, en Investigación y Ciencia, https://www.investigacionyciencia.es/noticias/deberan-los-cientficos-infectar-a-personas-sanas-con-el-coronavirus-para-probar-vacunas-18499.

Cantoral Domínguez, K.: *Derecho de protección de datos personales de la salud*, Editorial Novum, 2012.

Cobas Cobiella, M. E.: "Protección de los datos personales Bases de datos. Big data. Un nuevo paradigma", en Febles Pozo, N., Ormazábal Sánchez, G., Carrillo Pozo, L. F., Cobas Cobiella, M. E., Panadero de la Cruz, C. E. (dirs.): *Los derechos fundamentales perspectiva comparada entre América y Europa,* Leyer, 2019.

Cruz Roldán, S.: "Protección de datos en tiempos de pandemia", UBT Compliance | Mar 17, 2020 | Blog UBT, COVID-19.

de Miguel Sánchez, N.: *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad versus interés público*, Tirant lo Blanch, 2004.

Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). *Comentario a la ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, junio 2010.

Díaz Martín, C.: "El Reglamento General de Protección de Datos, su implementación y la transición para el responsable público", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías,* núm. 47/2018, parte Estudios Jurídicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

Fernández Ramos., S.: "Acceso a la información pública versus protección de datos personales", *Revista española de Derecho Administrativo,* núm. 184/2017, parte Crónica, Civitas, Pamplona, 2017.

Gómez Sánchez, Y.: "La protección de los datos genéticos: el derecho a la autodeterminación informativa ", DS Vol. 16, XVI *Congreso Derecho y Salud*, 2008.

Hawkins, A. K. y O´Doherty, K. C.: "Who owns your poop?: insights regarding the intersection of human microbiome research and the ELSI aspects of biobanking and related studies", *BMC Medical Genomics*, vol. 4, artículo 72, octubre 2011.

Honey, K.: "Good bugs, bad bugs: learning what we can from the microorganisms that colonize our bodies", *The Journal of Clinical Investigation*, vol. 118, artículo 12, diciembre 2008.

Jorque Azofra, M.: "El deber de declaración del riesgo en los seguros de personas: especial consideración a los datos derivados de pruebas genéticas predictivas", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 2/2017.

Kayser, P.: *La protection de la vida privé*, OUAM, 2ª ed., 1995.

Laude, A. Mathieu, B. Tabuteau, D.: *Droit de la santé*, Thémis droit, 2007.

Liubakka, A. y Vaughn, B.: "Clostridium difficile Infection and Fecal Microbiota Transplant", *AAAN Advanced Critical Care*, vol. 27, artículo 3, julio 2016.

Lledó Yagüe, F.: "Criogenización: el derecho a la vida después de la muerte, ¿fantasía o realidad?", *Fronteras de la Ciencia*, núm. 3, 2018.

Loperena Rota, D.: "La ciencia y el derecho", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2009, parte Tribuna, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

Malo, A.: "La protección de datos en tiempos de pandemia" https://www.lawyerpress.com/2020/04/03/la-proteccion-de-datos-en-tiempos-de-pandemia LawyerPress, 03/04/2020. Consultado 6 de mayo de 2020.

MARGUÉNAUD, J. P.: *Le Cour européenne des droits de l´homme*, Colección-Connaissance du droit, Dalloz, 5ª ed., 2011.

MARINO, L.: "Les noveaux territoires des droits de la personalité", *Gaz Pal,* Recueil mai-juin 2007.

MÉMETEAU, G. y GIRER, M.: *Cours de Droit Médical*, Cinquième édition LEH, Édition, 2016.

PAILLER, L.: *Les réseaux sociaux sur internet et le droit au respect de la vie privée. Droit des technologies,* Cuarta Edición, Préface de Fabien Marchandier, Éditions Larcier, 2014.

PÉREZ COBAS, A. E.et al.: "Gut microbiota disturbance during antibiotic therapy: a multi-omic approach", *Gut*, vol. 66, artículo 11, noviembre 2013.

PÉREZ COBAS, A. E. et al.: "Differential effects of antibiotic therapy on the structure and function of human gut microbiota, *Plos One,* vol. 8, artículo 11, noviembre 2013.

PÉREZ GÓMEZ, J. M.: "La protección de los datos de salud", en RALLO LOMBARTE, A. y GARCÍA MAHAMUT, R. (eds.): *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos*, Tirant lo Blanch, 2015.

PLASÈNCIA TARADACH, A.: "Siglo XXI: Los retos de la salud global", en

09.4.2019https://www.isglobal.org/healthisglobal/-/custom-blog-portlet/siglo-xxi-los-retos-de-la-salud-global/91046/0.

PLAZA PENADÉS, J.: "El Proyecto de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías,* núm. 46/2018, parte Editorial, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

PRATS ALBENTOSA, L.: "Principios de protección de datos: Calidad de los datos, consentimiento para el tratamiento de los datos y deber de información", en PALOMAR OLMEDA, A. y GONZÁLEZ-ESPEJO, P. (dir.): *Comentarios al Reglamento de Desarrollo de la LOPD*, Civitas, Madrid, 2008.

PUJOL GEBELLI, X.: "La medicina de precisión como estrategia", ttps://www.sebbm.es/revista/articulo.php?id=346&url=la-medicina-de-precision-como-estrategia. s/n.

PUYOL MORENO, J.: "Una aproximación a Big Data", *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014.

Sánchez Patrón, J. M.: "El régimen jurídico europeo aplicable a la confidencialidad de los datos relativos a la salud de las personas", en Tomás-Valiente Lanuza, C. (coord.): *La salud: intimidad y libertades informáticas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Savin, a.: "EU Internet Law", *Elgar European Law,* Edward Elgar Publishing, 2014.

Segovia de Arana, J. M.: "Comentario Editorial Investigación biomédica actual en España", *Revista española de cardiología*, vol. 52, núm. 10, 1999.

Téllez Aguilera, A.: *Nuevas Tecnologías. Intimidad y protección de datos*, Madrid, 2001.

Ursell, L., Metcalf, J., Wegener Parfrey, L., Knight, R.: "Defining the Human Microbiome", *Nutrition Reviews*., vol. 70, artículo suplementario 1, agosto 2012.

Vargas Osorno, T. G.: en el libro Les objets connectés, sous la direction de Martine Behar- Touchais, 2018, Actes de journées du 17, 18 et 19 octobre 2017, Colecccción Bibliothèque de 1, IRJS. André Tunc, Institute de Recherche Juridique de la Sorbonne.

Vázquez de Castro, E.:

- "Principios de la protección de datos: datos especialmente protegidos. Datos de carácter personal relativos a la salud: una obligada *remisión a la normativa del sector sanitario (2ª parte)", Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías,* núm. 36/2014, parte Estudios jurídicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- "Titularidad y responsabilidad en la economía del dato", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías,* núm. 46/2018, parte Estudios Jurídicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

Vilchez Gil, M. A.: "Marcadores genéticos, ADN y su incidencia en el proceso penal como valor probatorio", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 49/2018.

Yonghui Ma, Y., Chen, H., Lan, C., Ren, J.: "Help, hope and hype: ethical considerationsof human microbiome researchand applications", *Protein Cell*, vol. 9, artículo 5, mayo 2018.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN MATERIA DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA EN ESPAÑA, A PROPOSITO DEL COMENTARIO AL AUTO 8324/2019 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE JULIO DE 2019 Y DEL AUTO 202/2019 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE DE 18 DE JULIO DE 2019 (ROJ: ATS 8324/2019)

INTERNATIONAL JURISDICTION AND DETERMINATION OF THE APPLICABLE LAW ON ROAD CIRCULATION ACCIDENTS BY THE WAY TO THE JUDICIAL ORDER 8324/2019 OF THE SUPREME COURT OF JULY 17, 2019 AND TO THE JUDICIAL ORDER 202/2019 OF THE PROVINCIAL HEARING OF ALICANTE OF JULY 18, 2019 (ROJ: ATS 8324/2019)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 454-469

Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: Cuando se produce un accidente de circulación por carretera pueden darse varias circunstancias que compliquen la determinación de la jurisdicción competente y la aplicación de la ley. Así se aprecia en el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 17 de julio de 2019, el cual inadmite los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, señalando que corresponde la aplicación de la ley del lugar en que se produjo el accidente, que en el caso de autos es la legislación marroquí.

PALABRAS CLAVE: Accidente de circulación por carretera; competencia judicial internacional; ley aplicable; Reglamento "Bruselas I Bis"; Convenio de la Haya de 1971.

ABSTRACT: *When a road traffic accident occurs, several circumstances may arise that complicate the determination of the competent jurisdiction and the application of the law. This is seen in the Order of the Supreme Court, Civil Chamber, First Section, of July 17, 2019, which inadmits the extraordinary remedies for procedural and cassation infringement, indicating that the application of the law of the place in which the accident occurred, which in the case of cars is the Moroccan legislation.*

KEY WORDS: *Road traffic accident; international judicial jurisdiction; applicable law; "Brussels I Bis" Regulation; 1971 Hague Convention.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. HECHOS CONTROVERTIDOS.- III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA.- IV. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA: EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1971.- V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO.

Cada vez se producen más interrelaciones entre los ciudadanos de los distintos países; estas interrelaciones conllevan movimientos de los ciudadanos de unos países a otros que, por diferentes motivos (trabajo, estudios, ocio, etc.) se desplazan en sus vehículos o en otros medios de locomoción. Desgraciadamente, este masivo desplazamiento en vehículos de las personas residentes entre los diferentes países, da lugar a que se produzcan accidentes de circulación que, en muchas ocasiones, conlleva padecimientos graves para las partes involucradas[1].

El que en estos accidentes estén presentes elementos extranjeros hace más dificultosa la resolución de los mismos, por los inconvenientes de todo tipo que este hecho genera (ley aplicable, competencia judicial internacional, cómo reclamar, etc.). Por ello, desde mediados del siglo pasado, la comunidad internacional se ha dotado de distintas normas y organismos, para facilitar a las víctimas de estos accidentes la pronta y justa resolución de los mismos.

Ha sido, pues, a través de Directivas o Reglamentos Comunitarios, Convenios internaciones y otras disposiciones, como se ha ido regulando esta materia, con

1 *Vid.* en este sentido, Garriga, G.: "La práctica judicial española en la aplicación de los foros de competencia judicial internacional para el ejercicio de la acción directa en el ramo del seguro obligatorio de automóviles", en Parra, C. (dir.): *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, Bosch Editor, Barcelona, 2012, p. 95; señala que "en el año 2011, último año del que disponemos cifras oficiales, alrededor de 30.100 personas fallecieron en el territorio de la Unión Europea como consecuencia de accidentes de circulación. Otras 324.000 personas resultaron gravemente heridas y otras tantas lo fueron de menor gravedad".

• Alfonso Ortega Giménez
Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche (acreditado a Profesor Titular de Universidad). Doctor en Derecho (Universidad de Alicante), Máster en Comercio Internacional (Universidad de Alicante). Vicedecano de Grado en Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche. Subdirector del Máster en Comercio Internacional, organizado por la Universidad de Alicante durante los cursos académicos 2007/2008 a 2017/2018. Director del Máster online en Internacionalización de la Empresa (MIE), organizado por el Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE). Director del Observatorio Provincial de la Inmigración de Alicante. Reconocidos los Sexenios de Investigación correspondientes al tramo 2009-2017 CNEAI (Fecha concesión: 21/06/2018) y al tramo 2010-2016. AVAP (Fecha concesión: 18/01/2018). Nombrado, recientemente, Académico de Honor por la Junta de Gobierno de la Academia Internacional de Ciencias, Tecnología, Educación y Humanidades. Ha participado, como autor, coautor, y/o director o coordinador, en más de 120 libros. ORCID: 0000-0002-8313-2070. Correo electrónico: alfonso.ortega@umh.es.

el fin de que las víctimas de los accidentes de tráfico con elemento extranjero sean debidamente protegidas y puedan reclamar en sus propios países, independientemente de donde haya ocurrido el accidente de circulación.

Dentro de la labor realizada por el legislador comunitario en materia de armonización del seguro de responsabilidad civil de vehículos, desde la publicación y entrada en vigor del Reglamento 2015/2012 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que deroga al anterior Reglamento (CE) 44/2001, hay un progresivo avance hacia la homogeneización del tratamiento equiparado de las víctimas de la circulación en todos los Estados miembros.

Se trata de encontrar una solución que garantice la elaboración de normas de derecho internacional privado de aplicación común a todo el territorio de la UE y el Espacio Económico Europeo.

El objetivo es conseguir un tratamiento jurídico unificado que permita que el ejercicio de la acción directa contra el asegurador del responsable y garantice un equilibrio jurídico basado en la mejora de la protección de los intereses más débiles que, en el caso del derecho de la de la circulación, se identifican con los derechos de las víctimas. La protección eficaz del derecho a la compensación de daños no solo reclama el resarcimiento adecuado de las víctimas, acorde con las necesidades de protección en el país donde residen y donde se desenvuelven las consecuencias del daño infringido, sino que exige habilitar medios y fórmulas de reclamación que garanticen que, el hecho de que la víctima resida en un país diferente de aquel en donde han sufrido el daño o de donde está establecido el asegurador del responsable, no se convierta en una ventaja para aquellos a quienes incumbe la obligación de compensar.

Hasta la Directiva 2000/26/CE (actualmente derogada), el legislador europeo no se había planteado en ninguna de las tres Directivas anteriores que la protección de las víctimas de accidentes de circulación pasase por alterar el juego de la competencia de las jurisdicciones más allá del principio comúnmente aceptado del *forum delicti commisi* y por tanto la jurisdicción aplicable se determinaba por las normas de derecho procesal internacional, que atribuían a los tribunales y a las leyes del país del accidente una competencia casi exclusiva para el enjuiciamiento de los procesos civiles y penales por razón de los hechos de la circulación.

Sin embargo, era evidente que cuando se trata de acontecimientos lesivos intrafronterizos, el propio efecto de la competencia de jurisdicciones basado en el fuero del país de ocurrencia, puede llegar a ser una gran desventaja para la víctima reclamante. La víctima que sufre un accidente fuera del país de su residencia se ve

abocado al ejercicio de acciones civiles ante tribunales que le son hostiles, no solo en cuanto al idioma o a la ubicación, sino también en cuanto al uso y aplicación de los sistemas procedimentales y de las prácticas del foro, por no añadir la diferencia de criterios indemnizatorios existentes de un país a otro.

II. HECHOS CONTROVERTIDOS.

En el Auto 8324/2019 del Tribunal Supremo, de 17 de julio, la parte actora presentó escrito de interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, al amparo del art. 477.2, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil[2] invocando la existencia de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, contra la sentencia dictada con fecha 11 de abril por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª), personándose en la Sala Primera del Tribunal Supremo. La parte recurrente fundamentó la interposición del recurso de casación por dos motivos: el primero, por infracción del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro[3], al considerar que no debería de exonerarse el pago a la compañía de seguros, ya que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial invocada por esta parte no apreciaba justificación para no imponer los intereses cuando no se discute ni la realidad del siniestro ni su cobertura, solo su cuantía o la concurrencia de culpa; y el segundo, por infracción del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro[4], en relación con los intereses moratorios cuando se ha aplicado el Derecho español a un accidente de tráfico cometido en el extranjero, en este caso en Marruecos.

Con todo esto, el Tribunal Supremo, en la Sala de lo Civil, inadmitió sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación con las siguientes consideraciones: "sostiene el recurrente en el escrito de interposición del recurso que no debería de exonerarse de pago a la compañía aseguradora al pago de los intereses moratorios del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, ya que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial invocada no apreciaría justificación para no imponer los intereses cuando no se discute ni la realidad del siniestro ni su cobertura, solo su cuantía o concurrencia de culpa; y que procedería aplicar el citado precepto, en relación a la imposición o no de los intereses moratorios, cuando se ha aplicado el Derecho español a un accidente de tráfico ocurrido en el extranjero".

La parte recurrente eludió en la resolución impugnada, que tras examinar la prueba practicada y confirmando las determinaciones del juzgado de primera instancia: primero, que debía aplicarse al supuesto, en el que concurría un accidente de tráfico ocurrido en el extranjero, el Convenio de La Haya de 4 de mayo de

2 B.O.E. núm. 7, de 08 enero de 2000.

3 B.O.E. núm. 250, de 17 de octubre de 1980.

4 B.O.E. núm. 250, de 17 de octubre de 1980.

1971, sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación[5], que al tiempo de producirse el siniestro había sido ratificado por el Reino de Marruecos, que determina la aplicación de la ley del lugar en que se produjo el accidente, que en el caso del auto objeto de comentario es la legislación marroquí; segundo, que en el caso de autos, de la documental obrante, resultó acreditada la ley marroquí aplicable, por cuanto se remitió por la embajada texto legal vigente y se procedió a su traducción por traductor jurado; y tercero, en consecuencia, si resulta aplicable la legislación marroquí, difícilmente puede entenderse que existiera obligación de consignar o pagar intereses moratorios en aplicación del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

En consecuencia, la sentencia recurrida no se opuso a la jurisprudencia citada como infringida, al eludir la razón decisoria o *ratio decidendi* de la sentencia impugnada, al rebatir argumentos que no constituían la razón determinante de la sentencia recurrida. Por todo ello, no resultó la admisión del recurso interpuesto.

Por su parte, el Auto 202/2019 de la Audiencia Provincial de Alicante, de 18 de julio de 2019, estimó un recurso de apelación interpuesto contra un auto del Juzgado y declaró la competencia de este último para resolver de un litigio derivado de un accidente de tráfico ocurrido en Francia siendo los reclamantes extranjeros residentes en España con vehículo matriculado en este país, frente a la una compañía aseguradora española representante en España de la compañía aseguradora del vehículo francés responsable del daño reclamado.

De acuerdo con la Audiencia, el art. 21.1º LOPJ[6] establece que los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas. El art. 20 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor establece en su apartado 1 un procedimiento para la liquidación de siniestros cuando el lugar en que ocurra el siniestro sea un país del espacio económico europeo distinto a España y el perjudicado tenga su residencia en España, y el art. 23 de dicha Ley establece que "El perjudicado con residencia en España, en los supuestos previstos en el art. 20.1º, podrá dirigirse directamente a la entidad aseguradora del vehículo causante del accidente o al representante en España para la tramitación y liquidación de siniestros por ésta designado".

5 B.O.E. núm. 264, de 4 de noviembre de 1987. Son Estados parte en Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 los siguientes: Austria: 3 de junio de 1975, Bélgica: 3 de junio de 1975, Bielorrusia: 7 de abril de 2001, Bosnia Herzegovina: 16 de diciembre de 1975, Croacia: 16 de diciembre de 1975, Eslovaquia: 11 de julio de 1976, Eslovenia: 16 de diciembre de 1975, España: 21 de noviembre de 1987, Francia: 3 de junio de 1975, Letonia: 11 de febrero de 2001, Lituania: 15 de febrero de 2003, Luxemburgo: 13 de diciembre de 1980, Marruecos: 25 de junio de 2010, Montenegro: 16 de diciembre de 1975, Países Bajos: 30 de diciembre de 1978, Polonia: 8 de septiembre de 2003, República Checa: 11 de julio de 1976, Antigua República Yugoslava de Macedonia: 16 de diciembre de 1975, Serbia: 16 de diciembre de 1975 y Suiza: 2 de enero de 1987.

6 B.O.E. núm. 157, de 02 de julio de 1985.

La norma de la Unión Europea a que se refiere el precepto es actualmente el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que deroga al anterior Reglamento (CE) núm. 44/2001[7] (= Reglamento "Bruselas I"). Se busca unificar las normas sobre conflictos de jurisdicción y una ejecución rápida y simple de las resoluciones judiciales, excluyendo el arbitraje y las obligaciones de alimentos, y fundamentando la competencia en el principio del domicilio del demandado. El art. 13.2 del Reglamento dispone que los arts. 10, 11 y 12 serán aplicables en los casos de acción directa entablada por la persona perjudicada contra el asegurador cuando la acción directa sea posible. Y su art. 11.1.b) establece que el asegurador domiciliado en un Estado miembro podrá ser demandado en otro Estado miembro, cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde tenga su domicilio el demandante. Por último, según el apartado 3 del mencionado art. 13, el mismo órgano jurisdiccional será competente cuando la ley reguladora de esta acción directa prevea la posibilidad de demandar al tomador del seguro o al asegurado. La acción que se ejercita en este procedimiento, ya se ha dicho, se fundamenta en el art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro[8] y se dirige por la perjudicada frente a la tomadora del seguro y asegurada y su compañía de seguros, por lo que la aplicación de las normas antes transcritas determina la competencia territorial del Juzgado ante el que se presentó la demanda. En consecuencia con lo expuesto, procede la estimación del recurso de apelación y consiguiente revocación de la resolución de instancia.

III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA.

Tanto el "Reglamento Bruselas I bis" como el Convenio de Lugano o la LOPJ contienen reglas de Competencia Judicial Internacional especial en materia de contratos de seguro. El Reglamento "Bruselas I bis", en su sección cuarta, establece los foros de protección en materia de seguros. Estos foros de protección se establecen en atención a la parte más débil en una relación jurídica. En términos de competencia judicial internacional, la protección de la parte más débil se consigue restringiendo el juego de la autonomía de la voluntad de las partes, por un lado, y designando como tribunales competentes los tribunales del lugar de residencia habitual de aquella parte, por otro.

Para aplicar los foros en materia de seguros (= arts. 10 a 16), el demandado, sea el asegurador, sea el asegurado, deberá tener su domicilio en la UE.

7 D.O.C.E. núm. 12, de 16 de enero de 2001.

8 B.O.E. núm. 250, de 17/10/1980.

Si el asegurador es la parte demandada, el asegurado podrá plantear su demanda (= arts. 11 y 12):

a) Ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de su domicilio (= art. 11.1.b) determina la Competencia Judicial Internacional y territorial). Este *forum actoris* es subsidiario en relación al foro del domicilio del asegurador; frente al foro previsto por el art. 7.5 del Reglamento es alternativo;

b) Ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el asegurador tenga su domicilio (= arts. 11.1 a) y 7.5 B. I bis);

c) Ante los órganos jurisdiccionales del lugar en que se haya producido el hecho dañoso;

d) Si el asegurador no está domiciliado en un Estado miembro, pero tiene una sucursal o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se le considerará, para los litigios relativos a esa explotación, domiciliado en el Estado miembro donde se encuentra la sucursal; y

e) Si se trata de un coasegurador, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que conozca de la acción entablada contra el primer firmante del coaseguro.

Sin embargo, si el asegurador es la parte demandante, rige la regla general del domicilio del demandado o el foro de su sucursal (= art. 14.1), salvo que su pretensión se formule por vía reconvencional (= art. 14.2). Las mismas consideraciones valen, *mutatis mutandi*, en el ámbito de aplicación del Convenio de Lugano.

El Reglamento "Bruselas I bis" reduce el alcance de los acuerdos de elección de foro en este ámbito, pues, en términos generales, éstos sólo prevalecerán respecto de los foros descritos cuando sean posteriores al nacimiento del litigio, o cuando permitan al tomador del seguro, al asegurado o al beneficiario formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados. Señala el art. 11. 1 que "el asegurador domiciliado en un Estado miembro podrá ser demandado:

a) Ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde tenga su domicilio;

b) En otro Estado miembro, cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde tenga su domicilio el demandante, o

c) Si se trata de un coasegurador, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que conozcan de la acción entablada contra el primer firmante del coaseguro.

En los seguros de responsabilidad civil, ante el tribunal que conociere de la acción de la persona dañada contra el asegurado, si la ley (procesal) de este tribunal permitiese esa "llamada al tercero" o litis denuntiatio (= art. 13.1). El objeto de esta regla es permitir la acumulación de procesos conexos y ahorrar al asegurado la carga de iniciar un nuevo procedimiento contra el asegurador.

El art. 13.2[9] establece un régimen específico para las acciones directas. Los foros señalados en los apartados (a) a (d) pueden utilizarse también por el perjudicado para plantear una acción directa contra el asegurador, siempre que esta acción directa fuese posible en virtud de la ley aplicable según las normas de Derecho Internacional Privado del foro. El tercer dañado, titular de esa acción directa, dispone frente al asegurador de los mismos foros que el tomador del seguro, el beneficiario o el asegurado y no queda limitado por las cláusulas de jurisdicción incluidas en el contrato de seguro.

Por lo tanto, a nivel europeo, queda reconocido el derecho a la persona perjudicada de un accidente en otro Estado, al ejercicio de la acción directa en su país de residencia, contra la entidad aseguradora responsable, es decir, el perjudicado domiciliado en un Estado miembro puede entablar ante el tribunal del lugar de su domicilio una acción directa contra el asegurador, siempre que la acción directa sea posible y el asegurador esté domiciliado en un Estado miembro[10].

Entiende el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que tal interpretación también se ve respaldada por el Considerando decimotercero del Reglamento "Bruselas I bis" que se refiere a que resulta oportuno proteger a la parte débil. En este sentido, considera el Tribunal que, si no se permite al perjudicado plantear la demanda ante los tribunales del lugar de su domicilio, se le estaría privando de la protección que el Reglamento concede al resto de partes débiles.

9 Art. 13.2: "Los artículos 10, 11 y 12 serán aplicables en los casos de acción directa entablada por la persona perjudicada contra el asegurador cuando la acción directa sea posible".

10 La cuestión se planteó al TJCE, porque el indicado art. 9, apartado 1, letras a) y b), del mencionado Reglamento no hablaba de perjudicado, sino de tomador, asegurado o beneficiario: "El asegurador domiciliado en un Estado miembro podrá ser demandado: a) ante los tribunales del Estado miembro donde tuviere su domicilio; o b) en otro Estado miembro, cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, ante el tribunal del lugar donde tuviere su domicilio el demandante [...]". Sobre este asunto, Fernández Martín, M. J. "Competencia judicial en el país del perjudicado para reclamar los daños sufridos en accidente de circulación", en Revista Responsabilidad Civil y Seguro, Asociación Española de Abogados especialistas en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 24, 2007, indica que "Basándonos en el contenido del Reglamento 44/2001 del Parlamento y del Consejo de 22 de diciembre de 2000 y en concreto en la aplicación de los artículos 11, 2 en relación con el 9,1 b) se considera que el perjudicado tiene la misma posición jurídica de protección en el seguro de responsabilidad civil que el beneficiario de cualquier otro seguro bajo un régimen legal de reconocimiento de la acción directa contra el asegurador".

En los supuestos en los que el demandado no tenga su domicilio en la UE, la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en esta materia queda regulada en el art. 22.1 *bis* LOPJ, el cual señala: "La sumisión a los Tribunales españoles en las materias contempladas en las letras d) y e) del art. 22 quinquies sólo será válida si se fundamenta en un acuerdo de sumisión posterior a que surja la controversia, o ambos contratantes tuvieran ya su domicilio o residencia habitual en España en el momento de celebración del contrato o el demandante fuera el consumidor, asegurado o tomador del seguro"; y en el art. 22 *quinquies* letra e) cuando dice: "Asimismo, en defecto de sumisión expresa o tácita y aunque el demandado no tuviera su domicilio en España, los Tribunales españoles serán competentes: e) En materia de seguros, cuando el asegurado, tomador o beneficiario del seguro tuviera su domicilio en España; también podrá el asegurador ser demandado ante los Tribunales españoles si el hecho dañoso se produjere en territorio español y se tratara de un contrato de seguro de responsabilidad o de seguro relativo a inmuebles, o, tratándose de un seguro de responsabilidad civil, si los Tribunales españoles fueran competentes para conocer de la acción entablada por el perjudicado contra el asegurado" cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español.

IV. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA: EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1971.

En lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable, siguen siendo de plena aplicación las normas de los Estados miembros y, en su caso, el Convenio de La Haya, de 4 mayo 1971, ratificado por España mediante Instrumento de 4 septiembre 1987, en cuyo párrafo 1º se establece su ámbito de aplicación en los siguientes términos: "El presente Convenio determina la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la clase de jurisdicción encargada de conocer del asunto". Al igual que lo hacen la práctica totalidad de los ordenamientos internos en cuanto a la Ley aplicable para las obligaciones extracontractuales[11], el Convenio establece en su art. 3 el criterio de la *Lex loci*, al señalar que: "la Ley aplicable será la ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente".

Como vemos, el Convenio de La Haya de 1971 no añade nada nuevo en este ámbito, porque utiliza el mismo criterio que el seguido por los ordenamientos internos de los países. La novedad del Convenio está en las excepciones que establece a este principio general en sus arts. 4 al 6, que utiliza distintos criterios, como el de la ley del Estado de matriculación del vehículo, o el de la *lex damni* o

11 Así lo indica el art. 10.9 de nuestro Código Civil, que establece: "Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven".

Ley del país de residencia de las víctimas o perjudicado, si se dan determinadas circunstancias y elementos en el accidente.

En este sentido, el Convenio establece en su art. 4 que cuando en el accidente intervenga un solo vehículo, matriculado en un Estado distinto de aquel en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, para determinar la responsabilidad, se aplicará la ley interna del Estado en que el vehículo esté matriculado: i) respecto al conductor, el poseedor, el propietario o cualquier otra persona que tenga un derecho sobre el vehículo, independientemente de su lugar de residencia habitual; ii) respecto de una víctima que viajaba como pasajero, si tenía su residencia habitual en un Estado distinto de aquel en cuyo territorio haya ocurrido el accidente y iii) respecto de una víctima que se encontraba en el lugar del accidente fuera del vehículo, si tenía su residencia habitual en el Estado en que dicho vehículo estuviere matriculado.

En caso de ser varias las víctimas, la ley aplicable se determinará por separado con respecto a cada una de ellas. Pensemos, por ejemplo, en un supuesto que se da con relativa frecuencia: vehículo matriculado en España, que tiene un accidente en Marruecos al salirse solo de la carretera y sufre lesiones un ocupante del mismo. En este caso, se aplicaría la Ley Española, si el ocupante tuviera su residencia habitual en España, siempre que el vehículo estuviera asegurado.

Si hubiera varios vehículos en el accidente, solo se aplicaría este criterio al que acabamos de aludir de aplicación de la Ley del país de matriculación del vehículo, si todos los vehículos implicados estuvieran matriculados en el mismo Estado. Obviamente este supuesto es menos frecuente.

Por su parte, el art. 6 establece que en el caso de los vehículos no matriculados o de los matriculados en varios Estados, la ley interna del Estado donde estén habitualmente estacionados sustituirá a la del Estado de matrícula. La misma regla se aplicará cuando ni el propietario, ni el poseedor, ni el conductor del vehículo tuvieren, en el momento de ocurrir el accidente, su residencia habitual en el Estado donde estuviere matriculado el vehículo.

En cuanto a las normas aplicables sobre circulación y seguridad vial, es importante mencionar que el Convenio de La Haya de 1971 prevé en su art. 7, que "Cualquiera que sea la ley aplicable, para determinar la responsabilidad se deberán tener en cuenta las normas sobre circulación y seguridad que estuvieren en vigor en el lugar y momento del accidente". El Convenio dice "se deberán tener en cuenta" y no "se aplicarán", con lo que se plantea la duda del alcance de la primera expresión. Pensamos que lo más razonable es considerar que las normas

sobre tráfico, circulación y seguridad vial aplicables serán en todo caso las del país de acaecimiento del siniestro[12].

El art. 8 se refiere a las cuestiones relativas a la responsabilidad civil que están dentro del Convenio, elaborando una lista amplia en la que se incluyen todos los elementos de la responsabilidad que deben ser tratados por la Ley que se aplique, según los criterios indicados[13]. De esta lista, quedarían fuera, las cuestiones relativas al seguro de responsabilidad civil[14], así como otras relativas al ámbito penal y administrativo, según hemos indicado, en este último caso.

No se puede decir que la aplicación de las normas de este Convenio haya sido pacífica y no haya estado exenta de problemas de toda índole. El primero de ellos, puede ser las dificultades técnicas de la prueba y conocimiento del derecho de los demás países signatarios del Convenio. Ha habido una inercia judicial a rechazar la aplicación de un derecho distinto al de su fuero, aplicando la Ley y sistema español con absoluto desprecio de la norma del Convenio[15].

En algunas ocasiones, se ha utilizado el Convenio de La Haya que, como venimos diciendo, solo se refiere a la determinación de la Ley aplicable, para establecer la jurisdicción competente. Ejemplo de ello, es la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 16ª), de 16 de junio de 2005 y el Auto de la AP de Madrid (sección 21ª) de 18 de diciembre de 2007.

En el primer caso, se trata de un accidente en Marruecos, en el que fallece la ocupante de un vehículo con matrícula española. El actor, marido de la fallecida, ejercitó en España la acción directa contra la entidad aseguradora. La entidad aseguradora, que había sido condenada en primera instancia, argumenta en su recurso de apelación que para determinar la competencia judicial debe acudirse a al Convenio de La Haya. Para la Audiencia Provincial, el vehículo en el que ocurrió

12 Así lo interpreta: Fernández Martín, M. J.: "Las oficinas nacionales de seguro (*Bureaux*). Los Convenios *interbureaux*", en reglero campos, L. F. (director)/Badillo Arias, J. A.: *Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro*, Aranzadi, 3ª edición, Cizur Menor, 2013, p. 1402.

13 Esta lista contiene los siguientes elementos: 1. las condiciones y el alcance de la responsabilidad; 2. las causas de exoneración, así como toda limitación y distribución de responsabilidad; 3. la existencia y la índole de los daños indemnizables; 4. las modalidades y la cuantía de la indemnización; 5. la transmisibilidad del derecho a indemnización; 6. las personas que tengan derecho a indemnización por daños y, que hayan sufrido personalmente; 7. la responsabilidad del comitente por causa de su encargado, y; 8. las prescripciones y caducidades por expiración de un plazo, con inclusión del comienzo, la interrupción y la suspensión de los plazos.

14 No obstante, respecto al seguro de responsabilidad civil, el art. 9 del Convenio reconoce el derecho de los perjudicados de poder ejercitar la acción directa contra el asegurador, en determinados supuestos: i) si ese derecho le es reconocido por la ley aplicable conforme a lo dispuesto en los arts. 3, 4 ó 5; ii) Si la ley del Estado en que estuviere matriculado el vehículo, aplicable conforme a los arts. 4 ó 5, no reconociera este derecho, podría no obstante ser ejercitado siempre que estuviere admitido por la ley interna del Estado en cuyo territorio hubiere ocurrido el accidente y iii) si ninguna de estas leyes reconociera este derecho, podría ejercitarse caso de estar admitido por la Ley del Contrato de Seguro.

15 *Vid.* Fernández Martín, M. J.: "Las oficinas nacionales de seguro (*Bureaux*). Los Convenios inter*bureaux*", cit., p. 1404.

el accidente estaba matriculado en España, y la víctima, la esposa del actor, tenía en España su residencia a la vista de la documentación aportada, por lo que la jurisdicción española puede entrar a conocer de la reclamación planteada por el actor.

En el segundo caso, el Auto de la AP de Madrid (sección 21ª), de 18 de diciembre de 2007, los hechos son similares al comentado anteriormente. Se trata de un accidente ocurrido en Marruecos, en que las víctimas del accidente tenían residencia en España y los vehículos intervinientes estaban también matriculados en España. En este caso, cambia el razonamiento de la Audiencia Provincial de Madrid, en el siguiente sentido: "la jurisdicción española es la competente para resolver el litigio habido entre las partes al estar matriculados en España los dos vehículos que intervinieron en el accidente ocurrido en Rabat -Marruecos- de conformidad con lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, artículo 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo competente para resolver los tribunales civiles"[16].

Por no estar de acuerdo con la cantidad otorgada o por plantearse problemas de ejecución de la sentencia, se demanda en el país de residencia de las víctimas. Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª), de 13 enero de 2012, en el que se reclama en España por el fallecimiento de un ocupante de un vehículo de matrícula española, que había caído al mar, mientras embarcaba en el Puerto de Tánger.

La aseguradora demandada, que había sido condenada en la instancia, alegaba en su recurso de apelación que estábamos ante un supuesto de cosa juzgada, pues en Tánger se inició un proceso, de índole penal, en el que se reclamaron y fijaron las indemnizaciones correspondientes, similares a las demandadas en el procedimiento español. De este modo, la Entidad aseguradora funda su recurso exclusivamente en el argumento de que estábamos ante un caso de cosa juzgada, habiendo aportado en defensa de su tesis copia de una sentencia del Tribunal de Apelación de Tánger, que confirmó la que se había dictado en primera instancia, confiriendo determinadas indemnizaciones por razón de estos hechos.

En este caso, la Audiencia Provincial de Alicante considera que no puede estimar el argumento de cosa juzgada, porque no se han dado lo presupuestos necesarios para ello, lo que no significa que deba prescindirse de la existencia del proceso marroquí. Se aportaron traducciones de dos sentencias dictadas en Tánger y no hay duda de que el proceso es real, aunque la parte actora se haya

16 Ha habido resoluciones que han corregido este error, de confundir el derecho aplicable con la jurisdicción competente, como Auto número 41/2008 de la AP Madrid (Secc. 20ª), de 28 de enero; y la SAP Las Palmas (Sección 4ª) núm. 299/2008, de 30 de junio de 2008, que rechazan la aplicación del Convenio de La Haya para resolver el problema relativo a la determinación de la competencia judicial.

cuidado de aportar los datos que indudablemente posee respecto a dicho proceso. La Sala, en contra de la sentencia de instancia, entiende aplicable con Convenio de La Haya (= art. 4) y por ello, dado que las sentencias dictadas, de acuerdo con las copias aportadas, han ordenado el pago de determinadas indemnizaciones a cargo de la aseguradora del vehículo, indirectamente a través del organismo que asume en Marruecos su responsabilidad, "procede disponer que la cantidad que se pague o se haya pagado en razón de dicho proceso a los aquí demandantes sea descontada de las indemnizaciones establecidas en la presente sentencia", en las que aplica baremo español para su determinación.

El Tribunal Supremo, en su STS núm. 722/2009, de 23 marzo de 2010, defiende, con buen criterio, la aplicación del derecho extranjero, en este caso suizo, al asunto analizado. Se trataba de un accidente ocurrido en España, en el que el único vehículo implicado estaba matriculado en Suiza y el tomador del seguro era residente de este país. El alto tribunal, considera de aplicación el art. 4 del Convenio de la Haya, que establece la aplicación del derecho suizo. En este sentido, es relevante la argumentación de la Sala, al indicar: "Como consecuencia el derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto, por más que ello sea para darle el tratamiento procesal que corresponda. Lo que han de alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de esta norma. Basta con tal alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el derecho extranjero en la misma designado".

V. CONCLUSIONES.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, en su Auto de 17 de julio de 2019, inadmite un recurso de extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación porque debiendo aplicarse el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación, que al tiempo de producirse el siniestro había sido ratificado por el Reino de Marruecos, se determina que la ley aplicable debe ser la del lugar en que se produjo el accidente, que en el caso de autos es la legislación marroquí. Que, en el caso de autos, de la documental obrante, resulta acreditada la ley marroquí aplicable, por cuanto se remitió por la embajada texto legal vigente y se procedió a su traducción por traductor jurado; y en consecuencia, por lo que si resulta aplicable, al supuesto de autos, la legislación marroquí difícilmente puede entenderse que existiera obligación de consignar o pagar intereses moratorios en aplicación del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

En lo que se refiere a competencia judicial internacional, la mencionada Directiva 2012/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012,

relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que deroga al anterior Reglamento (CE) 44/2001, o "Cuarta Directiva", mejora la protección de los ciudadanos europeos, víctimas de un accidente de circulación fuera del Estado miembro de su residencia habitual al establecer un único proceso de reclamación de los perjudicados, permite que dicho perjudicado pueda reclamar desde el país de su residencia, ejercitando la acción directa contra el asegurador del responsable, cuyo establecimiento o sede se ubica en otro Estado miembro diferente.

El Reglamento "Bruselas I bis" establece en su art. 13.2 que los arts. 10, 11 y 12 serán aplicables en los casos de acción directa entablada por la persona perjudicada contra el asegurador cuando la acción directa sea posible. Y su art. 11.1.b) establece que el asegurador domiciliado en un Estado miembro podrá ser demandado en otro Estado miembro, cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde tenga su domicilio el demandante. Por último, según el apartado 3 del mencionado art. 13, el mismo órgano jurisdiccional será competente cuando la ley reguladora de esta acción directa prevea la posibilidad de demandar al tomador del seguro o al asegurado

La Audiencia Provincial de Alicante, en su Auto de 18 de julio de 2019, estimó el recurso de apelación interpuesto contra un auto del Juzgado y declaró la competencia de este último para resolver de un litigio derivado de un accidente de tráfico ocurrido en Francia siendo los reclamantes extranjeros residentes en España con vehículo matriculado en este país, frente a la una compañía aseguradora española representante en España de la compañía aseguradora del vehículo francés responsable del daño reclamado, basándose, en concreto en la aplicación del art. 11.1 b, por el cual, se considera que el perjudicado tiene la misma posición jurídica de protección en el seguro de responsabilidad civil que el beneficiario de cualquier otro seguro bajo un régimen legal de reconocimiento de la acción directa contra el asegurador.

En lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la clase de jurisdicción encargada de conocer del asunto, sigue siendo de plena el Convenio de La Haya, de 4 mayo 1971. El Convenio establece en su art. 3 el criterio de la *Lex loci*, al señalar que: "la Ley aplicable será la ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente", y en sus arts. 4 al 6, se establecen las excepciones a la regla general del art. 3, como la de la ley del Estado de matriculación del vehículo, o el de la *lex damni* o Ley del país de residencia de las víctimas o perjudicado, si se dan determinadas circunstancias y elementos en el accidente.

BIBLIOGRAFÍA

Caamiña Domínguez, C. M.: "Los tribunales comunitarios competentes en materia de seguros", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724.

Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J.: "El Reglamento «Roma II»: Reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones Extracontractuales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 712.

De Miguel Asensio, P. A.: "El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales", *Revista Española de Seguros*, núm. 140, 2009.

Espiniella Menéndez, A.: *Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizos*, Madrid, Cuadernos de la Fundación Mapfre, núm. 140, 2009.

Fernández Martín, M. J.:

"Competencia judicial en el país del perjudicado para reclamar los daños sufridos en accidente de circulación", *Revista Responsabilidad Civil y Seguro,* Asociación Española de Abogados especialistas en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 24, 2007.

"Las oficinas nacionales de seguro (*Bureaux*). Los Convenios *interbureaux*", en reglero campos, L. F. (director)/Badillo Arias, J. A.: *Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro*, Aranzadi, 3ª edición, Cizur Menor, 2013.

Garriga, G.: "La práctica judicial española en la aplicación de los foros de competencia judicial internacional para el ejercicio de la acción directa en el ramo del seguro obligatorio de automóviles", en Parra, C. (dir.): *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, Bosch Editor, Barcelona, 2012.

Guijarro Hernández, J.: *La responsabilidad civil en el ámbito del seguro obligatorio del automóvil: El Consorcio de Compensación de Seguros y Ofesauto*, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2010.

Ortiz Crespo, J.: "Sistema del seguro de responsabilidad civil internacional de vehículos a motor", *XXIX Congreso de derecho de la circulación,* INESE, Madrid, 25 y 26 de abril de 2013.

Moratinos Meissner L. C.: "Breve análisis de la reclamación de daños sufridos en accidentes de circulación en España por alemanes ante los juzgados de su país", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro¸* Asociación Española de Abogados especialista en Responsabilidad Civil y Seguro, núm 43.

UN PASO MÁS EN EL PROCESO DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO: LA CONCRECIÓN POR EL TJUE DEL CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR RECOGIDO EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS

A STEP FORWARD IN THE EU PRIVATE LAW ARMONISATION: THE CJEU CONCRETION OF THE CHILD'S HABITUAL RESIDENCE IN THE BRUSSELS IIA REGULATION

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 470-495

María
GONZÁLEZ
MARIMÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de marzo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: La noción de residencia habitual del menor ocupa un lugar central en el sistema de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental diseñado por el Reglamento Bruselas II bis. La ausencia en el Reglamento de una definición del concepto nos lleva a definir la residencia habitual del menor como un concepto autónomo del Derecho de la Unión que el TJUE ha ido clarificando. En términos generales, el TJUE ha considerado la residencia habitual del menor como una cuestión de hecho que debe ser concretada en el caso concreto. Ahora bien, a su vez, ha ido estableciendo unos criterios interpretativos que son precisamente el objeto de análisis del presente artículo.

PALABRAS CLAVE: Residencia habitual del menor; Reglamento Bruselas II bis; TJUE.

ABSTRACT: *The notion of habitual residence of the child plays a central role in the in Brussels II A Regulation system of jurisdiction in matters of parental responsibility. The lack of a definition in the Regulation leads us to define the habitual residence of the child as an autonomous concept of UE Law that the CJEU has clarified. In general terms, the CJEU has considered the child's habitual residence as a matter of fact that must be specified in the specific case. However, at the same time, it has established interpretative criteria that are precisely the object of analysis of this article.*

KEY WORDS: *Habitual residence of the child; Brussels II A; CJEU.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA RELEVANCIA DEL CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR EN EL MARCO DEL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS.- 1. La residencia habitual del menor como noción esencial para la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental.- 2. La residencia habitual del menor como noción esencial en supuestos de sustracción ilícita internacional.- III. LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR COMO CONCEPTO AUTÓNOMO DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y SUS IMPLICACIONES.- IV. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS DISEÑADOS POR EL TJUE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR.- 1. La integración social y familiar del menor como cuestión de hecho central en la determinación de la residencia habitual del menor.- 2. Factores específicos susceptibles de influir en la determinación de la residencia habitual del menor al amparo de la jurisprudencia del TJUE.- A) La edad del menor.- B) Relación del menor con el otro progenitor.- C) Otros criterios que modulan esta regla general.- D) La voluntad o intención del progenitor de establecerse con el menor en otro Estado.- E) La circunstancia geográfica objetiva de presencia física del menor en un Estado miembro.- 3. Una jurisprudencia en constante evolución.- V. LA STJUE DE 17 DE OCTUBRE DE 2018: LA PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE AL REQUISITO DE PRESENCIA FÍSICA DEL MENOR.- VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

El Reglamento n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental[1] (en adelante Reglamento Bruselas II bis) supuso, en su día, un paso decisivo en el proceso de armonización del Derecho privado e internacional privado europeo. Su práctica durante estos tres lustros de vigencia ha dado lugar a una jurisprudencia amplia por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). Uno de los aspectos relevantes abordado por ésta ha sido la determinación del significado de la noción de residencia habitual del menor. Un concepto que deviene clave para el funcionamiento del Reglamento.

La práctica jurisprudencial en la materia es muy amplia. Sólo en los años 2017 y 2018, el TJUE ha conocido de cuatro cuestiones prejudiciales en relación con este tema que han servido, o deberían haber servido según se aproxime la jurisprudencia del Alto Tribunal, para clarificar el concepto de residencia habitual

1 *DO L* 338 de 23 de diciembre de 2003, cde *DO L* 82, de 22 de marzo de 2013.

• María González Marimón
Personal Investigador en Formación (F.P.U.). Ayuda financiada por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Departamento de Derecho Internacional "Adolfo Miaja de la Muela", Área de Derecho Internacional privado, Universitat de València. Correo electrónico: maria.gonzalez-marimon@uv.es.

del menor. En este sentido, la más reciente, la STJUE de 17 de octubre de 2018, en el asunto C-393/18 PPU, *UD c./ XB*[2] (en adelante asunto *UD*), lejos de zanjar la problemática en relación con esta noción, ha puesto a prueba la línea interpretativa mantenida por el TJUE en la materia en sus anteriores resoluciones.

Es patente que no estamos ante una cuestión pacífica y, en consecuencia, entendemos que resulta necesario recapitular los elementos interpretativos que ha ido proporcionando el TJUE, no sólo en relación con estas últimas cuatro sentencias, sino también con referencia a las anteriores con objeto de clarificar la situación exacta en que se encuentra el debate en torno a esta cuestión, aportando un análisis crítico de la misma. Para ello, el presente artículo sigue la siguiente estructura: en primer lugar, se contextualiza la importancia de la noción de residencia habitual del menor en el Reglamento Bruselas II bis, para, a continuación, analizar de forma crítica los criterios que el TJUE ha ido estableciendo en su jurisprudencia hasta llegar a la reflexión sobre los "nuevos" criterios que ha introducido, o reforzado, el asunto *UD*.

II. LA RELEVANCIA DEL CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR EN EL MARCO DEL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS.

La residencia habitual del menor es una noción esencial en las normas en materia de responsabilidad parental diseñadas por el Reglamento Bruselas II bis. Como se analiza a continuación, el concepto de residencia habitual del menor ocupa un lugar central no sólo en relación con el diseño y funcionamiento de las reglas de competencia judicial en la materia, sino también en la fijación y entendimiento de los conceptos recogidos y definidos por el propio Reglamento, y que resultan determinantes, por ejemplo, en la materia específica de la sustracción internacional de menores. La residencia habitual cumple, así, una doble función legal en el Reglamento Bruselas II bis[3].

1. La residencia habitual del menor como noción esencial para la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental.

Las normas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis se articulan en torno al criterio de la residencia habitual del menor en un determinado Estado miembro.

El Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en

2 ECLI:EU:C:2018:835.

3 Chalas, C.: "Précisions sur la résidence habituelle et la procédure de retour de l'enfant dans le règlement Bruxelles II *bis*", *Revue Critique de Droit International privé*, núm. 1, 2018, párr. 7.

materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes[4], derogado por el actual Reglamento Bruselas II bis, ya empleaba el criterio de residencia habitual. Sin embargo, al estar limitado a la responsabilidad parental ligada a un litigio matrimonial, se exigían unas condiciones diversas dependiendo de si el menor residía en el mismo Estado donde se resolvía el litigio (art. 3.1), o en otro (art. 3.2)[5].

La opción del legislador de la UE de emplear la residencia habitual del menor como criterio principal de competencia judicial internacional se ubica en la tendencia generalizada de utilizar este elemento de todas las normas de protección del menor, tanto en el sector de competencia como en el de ley aplicable. Frente al antiguo criterio de la nacionalidad, actualmente se entiende que la residencia habitual permite proteger mejor a la persona, y en este caso, al menor[6].

La referencia a la residencia habitual del menor empezó a ganar protagonismo con el Convenio sobre competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961[7] (en adelante Convenio de La Haya de 1961). Más adelante, el Convenio relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños[8] (en adelante Convenio de La Haya de 1996) consolidó el criterio de la residencia habitual del menor[9]. Considerando, algo que se mantiene en la actualidad, que la residencia habitual del menor es el criterio de competencia judicial internacional que mejor garantiza la protección del interés superior del menor[10].

4 *DO L* 160 de 30.6.2000.

5 Espinosa Calabuig, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 123.

6 Herranz Ballesteros, M.: *El interés del menor en los Convenios de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 35 y ss.

7 *BOE* de 20.7.1987.

8 *BOE* de 2.12.2010.

9 Ancel, B. y Muir Watt, H.: "L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des jurisdictions: le Règlement Bruxelles II *bis*", *Revue Critique de Droit International privé,* vol. 94, núm. 4, 2005, pp. 579 y 580.

10 Sobre la importancia de la noción de la residencia habitual en general en el Derecho de familia véase Richez-Pons, A.: *La résidence en droit international privé (conflits des jurisdictions et conflits de lois)*, Thèse, Université Jean-Moulin, Lyon III, 2004; Hilbig-Lugani, K.: "'Habitual Residence' in European Family Law: the Diversity, Coherence and Transparency of a Challenging Notion", en Boele-Woelki, K., Dethloff, N. y Gephart, W. (eds.): *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2014; Rodríguez Benot, A.: "El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 2, núm. 1, 2010; Carrascosa González, J.: "Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial", en Cebrián Salvat, A. y Lorente Martínez, I.: *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2019; Pérez Martín, L. A.: "Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales", en Guzmán Zapater, M. y Herranz Ballesteros, M. (Dirs.): *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018; Pérez Martín, L. A.: "Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 18, 2018; Caro Gándara, R.: "La determinación de la residencia habitual del demandante y de los menores en litigios sobre crisis matrimoniales y responsabilidad

Precisamente, esta idea es la que subyace en el texto reglamentario. El legislador de la UE es consciente de la necesidad de fundamentar toda norma relativa a un menor sobre la base del principio del interés superior del menor. Así se ha manifestado en el considerando 12 del Reglamento Bruselas II bis, en el que se afirma que las normas de competencia judicial internacional del Reglamento, en materia de responsabilidad parental, están concebidas en base al interés superior del menor, ligado al criterio de proximidad[11]. Esto es, se entiende que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro más cercanos al menor son los mejores situados para determinar el interés superior de éste, y que esta cercanía se fija a través del lugar en que se encuentra la residencia habitual del menor[12]. Por tanto, se parte de una determinada concepción del interés superior del menor, según la cual la proximidad geográfica es un elemento primordial para determinar el órgano jurisdiccional competente en materia de responsabilidad parental.

Este es el fundamento de todo el sistema de competencia judicial internacional en asuntos relativos a la responsabilidad parental diseñado en el Reglamento Bruselas II bis. Por este motivo, con carácter general los órganos jurisdiccionales competentes en materia de responsabilidad parental serán los del Estado miembro de residencia habitual del menor. El TJUE ha reflejado esta idea en múltiples ocasiones, así lo hace, por ejemplo la STJUE de 15 de febrero de 2017 en el asunto C-499/15, *W. y V. c./ X.*[13] (en adelante asunto *W. y V.*), en la que señala que el objetivo del Reglamento es proteger el interés superior del menor: "Como indica el considerando 12 del Reglamento no. 2201/2003, este Reglamento se ha adoptado con el objetivo de responder al interés superior del menor y, para ello, privilegia el criterio de proximidad. En efecto, el legislador ha estimado que el órgano jurisdiccional geográficamente próximo a la residencia habitual del menor es el mejor situado para apreciar las medidas que han de adoptarse en interés de éste (sentencia de 15 de julio de 2010, Purrucker, C-256/09, EU:C:2010:437, apartado 91). Según los términos de este considerando, son por lo tanto los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental"[14].

parental accesoria", en Robles Garzón, J. A. (dir.): *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

11 Sobre el criterio de proximidad véase, entre otros: Lagarde, P.: "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", *RCADI*, 1986-I, t. 196; Maya Bouyahia, S.: *La proximité en droit international privé de la famille*, L'Harmattan, Paris, 2015.

12 Magnus, U. y Mankowski, P.: *Brussels IIbis Regulation*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2012, p. 111.

13 ECLI:EU:C:2017:118.

14 Asunto *W. y V.*, ap. 51.

Como también el TJUE ha recordado, este objetivo del Reglamento de protección del interés superior del menor a través del criterio de proximidad se refleja en el artículo 8 del texto reglamentario; el precepto central en las normas de competencia en materia de responsabilidad parental. Con carácter general, precisa el precepto, en materia de responsabilidad parental serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenga su residencia habitual en el momento de presentación de la demanda.

Ahora bien, el sistema del Reglamento prevé a su vez una serie de foros especiales diseñados para accionarse/actuar ante determinadas circunstancias. Con ello, se flexibiliza el sistema, que resulta acorde con la necesaria comprensión que ha de acompañar al principio del interés superior del menor, un concepto jurídico indeterminado que, por su propia naturaleza, debe concretarse atendiendo a cada caso; esto es, se debe dejar margen para la apreciación de dicho interés en el caso concreto. Por lo tanto, y sin perjuicio de la mencionada regla general del art. 8, el Reglamento introduce ciertos foros de competencia especiales que la completan y flexibilizan, permitiendo su mayor y mejor adaptación al caso concreto. Se observa como, en última instancia, el interés superior del menor constituye la base teórica de todas las normas en materia de competencia judicial internacional previstas en el Reglamento[15].

Las situaciones particulares contempladas en el articulado reglamentario vienen recogidas en los artículos 9 a 15 del Reglamento. Esquemáticamente, estos foros son los siguientes: en primer lugar, encontramos dos foros de competencia articulados sobre la residencia habitual del menor en los artículos 9 y 10 del Reglamento, que se ocupan respectivamente del cambio legal de la residencia habitual del menor; o, por el contrario, de un traslado o retención ilícita a otro Estado miembro[16]. Por su parte, el art. 12 prevé una prórroga de la competencia por causas matrimoniales, y el art. 13 recoge la mera presencia del menor en un Estado miembro como criterio de competencia para aquellos supuestos en los que no se pueda determinar la residencia habitual del menor. Si aun así no se dedujera competencia de los artículos anteriores, el art. 14 del Reglamento introduce un foro residual, por el cual los órganos jurisdiccionales podrán basarse en su derecho interno para declararse competentes. Finalmente, el art. 15 permite al órgano jurisdiccional competente sobre el fondo apreciar que otro Estado miembro está mejor situado para conocer el asunto porque el menor tiene una vinculación especial con dicho Estado miembro y responde al interés superior del menor.

15 Biagioni, G.: "Jurisdiction in matters of parental responsibility between legal certainty and children's fundamental rights", *European Papers*, vol. 4, núm. 1, 2019, p. 289.

16 Véase Orejudo Prieto De Los Mozos, P.: "Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)", *La Ley Unión Europea*, núm. 21, 2014, p. 16.

2. La residencia habitual del menor como noción esencial en supuestos de sustracción ilícita internacional.

Sin embargo, como ya hemos avanzado, el papel esencial del concepto de residencia habitual del menor no queda constreñido a determinar la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros de la UE en materia de responsabilidad parental, sino que está estrechamente ligado a ciertos conceptos contenidos en el Reglamento como son los de derechos de custodia o visita o el de traslado o retención ilícita, la denominada "sustracción ilícita internacional"[17].

Efectivamente, el art. 2.11 del Reglamento Bruselas II bis define el traslado o retención ilícita en base a la infracción de los derechos de custodia según la legislación del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención. Por su parte, el art. 11.1 del Reglamento delimita el mecanismo de restitución del menor para los supuestos en los que un menor haya sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual, inmediatamente antes de su traslado o retención ilícita. Consecuentemente, la fijación de la residencia habitual resulta determinante para activar la aplicación de las normas de sustracción internacional de menores[18].

El carácter central del concepto de residencia habitual del menor en relación con los supuestos de traslado o retención ilícita de un menor ha sido igualmente destacado expresamente por el TJUE. Precisamente porque, tal como señala la STJUE de 8 de junio de 2017 en el asunto C-111/17 PPU, *OL c./ PQ*[19] (en adelante asunto *OL*), de los arts. 2.11, y 11.1 del Reglamento se infiere que la demanda de restitución prosperará únicamente si el menor tenía su residencia habitual en el Estado miembro al que se pide su restitución. En palabras del tribunal: "La razón es que, con arreglo a la definición de "traslado o retención ilícitos" que figura en el art. 2, punto 11, de dicho Reglamento y en el art. 3 del Convenio de La Haya de 1980, mencionada en el apartado 36 de la presente sentencia, la licitud o ilicitud de un traslado o una retención se aprecia en función del derecho de custodia atribuido con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Por lo tanto, en el marco de la apreciación de una demanda de restitución, la determinación del

17 Sobre este aspecto véase Reig Fabado, I.: "La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 1, marzo 2019, pp. 877-888.

18 Así lo destaca Chéliz Inglés, M.C.: *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 45.

19 ECLI:EU:C:2017:436.

lugar de la residencia habitual del menor precede a la identificación del derecho de custodia eventualmente vulnerado"[20].

Desde un primer momento, la trascendencia que encuentra la noción de residencia habitual del menor, un concepto –recordemos – jurídicamente indeterminado, en el marco del Reglamento aventuraba la presencia de potenciales futuros conflictos en relación con su entendimiento. La práctica ha demostrado la realidad de esta previsión y, como se verá en las siguientes páginas, el papel jugado por el TJUE deviene decisivo hasta el momento.

III. LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR COMO CONCEPTO AUTÓNOMO DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y SUS IMPLICACIONES.

El criterio de residencia habitual del menor constituye, como hemos visto, un elemento nuclear de las normas de competencia diseñadas por el Reglamento. Sin embargo, al igual que en el resto de los instrumentos de la UE, el Reglamento Bruselas II bis no contiene ninguna definición del concepto de residencia habitual del menor. Tampoco el nuevo Reglamento Bruselas II ter entra a concretar la noción de la residencia habitual del menor[21].

Esta ausencia de definición dificulta el trabajo de los operadores jurídicos al aplicar e interpretar el Reglamento, puesto que no siempre es sencillo determinar cuál es la residencia habitual del menor en un determinado caso concreto. La dificultad de concreción de este concepto se aprecia en las diversas cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE relativas a la interpretación del concepto en algunas de las normas de competencia judicial internacional.

En tal sentido, la aproximación a la noción realizada por el TJUE ha sido esencial para clarificar la noción de residencia habitual del menor y su encaje en los instrumentos de la Unión. A pesar de que, como hemos anticipado, el Reglamento no contiene ninguna definición del concepto, tampoco ningún precepto del Reglamento contiene una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros a efectos de proceder a su fijación[22]. Por esta razón el TJUE, en su jurisprudencia afirma que: "Según jurisprudencia reiterada, se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido

20 Asunto *OL*, aps. 38, 52 y 53.

21 Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida), DO L 178/1, 2.7.2019. El nuevo Reglamento Bruselas II ter entrará en aplicación el 22.8.2022.

22 STJUE de 22.10.2010, en el asunto C-497/10 PPU, *Mercredi*, ECLI:EU:C:2010:829 (en adelante asunto *Mercredi*), ap. 46; asunto *OL*, ap. 39; asunto *UD*, ap. 47.

y su alcance debe ser objeto normalmente en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar''[23].

En el caso particular del concepto de residencia habitual del menor, el contexto y el objetivo de las disposiciones del Reglamento son, como se ha apuntado en el apartado anterior, asegurar la protección del interés superior del menor a partir del criterio de proximidad, tal y como establece el considerando 12 del texto reglamentario. Es decir, el legislador de la UE partió de una determinada concepción –estática – del interés superior del menor a efectos de atribuir competencia judicial internacional a un concreto órgano jurisdiccional, en la que es esencial la proximidad geográfica del órgano jurisdiccional, entendiendo que son los órganos jurisdiccionales más cercanos al menor en el ámbito geográfico los que generalmente están mejor capacitados para apreciar su interés superior[24].

Como concepto autónomo del Derecho de la Unión, es sabido que la interpretación de su contenido y alcance corresponde al TJUE. Con carácter general, ello implica que, como ha afirmado el TJUE en su jurisprudencia, el concepto de residencia habitual del menor no deba ser necesariamente coincidente con lo previsto en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros[25]. Pero, es más, el TJUE ha, igualmente, clarificado que la jurisprudencia dictada en otros Reglamentos en materia de residencia habitual tampoco es de aplicación para la fijación de la residencia habitual del menor[26].

A partir de estas dos premisas, el concepto de residencia habitual del menor sí debe ser común y uniforme respecto de los distintos preceptos que incorporan esta noción en el Reglamento Bruselas II bis[27]. En este sentido, el TJUE ha insistido en el carácter uniforme del concepto de residencia habitual del menor del Reglamento Bruselas II bis. Es decir, tanto para la competencia genérica del art. 8 del Reglamento, como para las competencias establecidas para situaciones especiales. Lo que supone incluir, recordemos, los artículos 2.11 y 11 del Reglamento, respecto de aquellos supuestos en los que se haya producido un

23 Asunto *Mercredi*, ap. 45; y asunto *UD*, ap. 46.

24 STJUE de 2.4.2009, en el asunto C-523/07, A., ECLI:EU:C:2009:225 (en adelante asunto *A.*), aps. 34 y 35; asunto *Mercredi*, ap. 46; asunto *W. y V.*, ap. 60; asunto *OL*, ap. 40; STJUE de 28.6.2018, en el asunto C-512/17, *HR*, ECLI:EU:C:2018:513 (en adelante asunto *HR)*, ap. 40, y asunto *UD*, ap. 47.

25 Limante, A. y Kunda, I.: "Jurisdiction in Parental Responsibility Matters (Articles 8, 9 and 13, 14)", en Honorati, C. (ed.): Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction. A Handbook on the Application of Brussels IIa Regulation in National Courts, Giappichelli-Peter Lang, Torino-Frankfurt-Main, 2017, p. 65.

26 Asunto *A.*, ap. 36.

27 Esta interpretación se desprende directamente de la STJUE de 9.10.2014, en el asunto C-376/14, *C. c./ M.,* ECLI:EU:C:2014:2268*,* (en adelante asunto C. c./ M.).

traslado o retención ilícita de un menor en otro Estado miembro, tal como señaló el TJUE en su sentencia en el (así lo señaló en asunto *C. c./ M.*[28]).

IV. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS DISEÑADOS POR EL TJUE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR.

Todas estas precisiones se acompañan de la fijación de un conjunto de elementos guía por parte del TJUE, a efectos de que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan determinar el específico significado de la conexión "residencia habitual del menor" en una concreta situación transfronteriza. Varios y diversos son estos indicadores utilizados por el Tribunal de Justicia, que se hacen, además, dependientes de las concretas circunstancias del supuesto planteado.

1. La integración social y familiar del menor como cuestión de hecho central en la determinación de la residencia habitual del menor.

El primer indicador genérico que opera, como punto de partida, en la jurisprudencia del TJUE a la hora determinar el significado de la noción de residencia habitual del menor, es que éste posea un cierto grado de integración social y familiar en el Estado miembro en cuestión. Desde un primer momento, en la ya mencionada STJUE de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, *A.*, el TJUE afirma que la residencia habitual del menor "se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar"[29]. El TJUE entiende, en suma, que el adjetivo "*habitual*" se refiere a cierta estabilidad o regularidad de la residencia[30]. Y ello se plasma en la especificación de ciertos factores que permitan deducir que la presencia del menor en un determinado lugar no es meramente temporal u ocasional[31].

En particular, para concretar el criterio anterior el TJUE cita los siguientes factores "la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado"[32].

De lo anterior se deriva que la noción de residencia habitual del menor se diseña por parte del TJUE, esencialmente, como una cuestión de hecho, que debe

28 Vid. nota anterior. También se desprende del asunto *OL*, ap. 41.

29 Asunto *A.*, ap. 44; asunto *Mercredi*, ap. 47; asunto *W. y V.*, ap. 60; asunto *OL*, ap. 42.

30 Asunto *Mercredi*, ap. 44.

31 Asunto *A.*, ap. 38; asunto *Mercredi*, ap. 49.

32 Asunto *A.*, ap. 39.

determinarse en función de las circunstancias del caso concreto[33]. Además, el TJUE ha recordado en reiteradas ocasiones que es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar el lugar de residencia habitual del menor, esto es, el lugar en el que se sitúa el centro de vida del menor, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares del caso concreto[34].

Consecuentemente, y de acuerdo con el TJUE, el concepto de residencia habitual del menor se corresponde, en la práctica, con el lugar en el que se encuentra su centro de vida[35]. Y ello exige, con vistas a su concreción, proceder a realizar un análisis global de las circunstancias particulares que acompañan al menor en cada caso concreto. Circunstancias que, además, deben ser esencialmente objetivas[36]. Lo que conlleva como consecuencia directa, y tal como advierte el Tribunal de Luxemburgo, que las valoraciones realizadas en el marco de un asunto sólo pueden extrapolarse a otro asunto con cautela[37].

Lo dicho hasta el momento, por otra parte, debe modularse atendiendo a criterios temporales. El factor temporal es relevante dada la incidencia que un cambio de localización puede tener sobre el menor. En este sentido, el TJUE ha señalado que la residencia habitual del menor debe determinarse en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional en cuestión, tal y como establece el artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis[38].

En definitiva, el TJUE parte del interés superior del menor para la determinación de su residencia habitual, entendiendo que ésta se encontrará en aquel lugar con el que el menor posea cierta integración social y familiar. Por tanto, el TJUE opta por un concepto flexible de residencia habitual del menor, acomodando el principio de seguridad jurídica a las exigencias del principio del interés superior del menor, y teniendo presente que un concepto estanco de residencia habitual del menor no garantizaría el interés del menor en todo caso concreto[39].

Correlativamente, corresponderá a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar la integración social y familiar del menor, sopesando el conjunto de circunstancias del caso concreto. Ahora bien, para la ponderación de esta noción, la jurisprudencia del TJUE ha ido identificando tanto elementos fácticos que actúan como indicios positivos de la integración del menor, como elementos que afectan

33 Asunto *OL*, ap. 51.

34 Asunto *A*., ap. 44; asunto *Mercredi* ap. 47; asunto *W. y V.,* ap. 60; asunto *OL*, ap. 42; asunto *HR*, ap. 66.

35 Asunto *HR*, aps. 42 y 66.

36 Asunto *HR*, ap. 64.

37 Asunto *HR*, ap. 54.

38 Asunto *Mercredi*, ap. 42.

39 Lenaerts, K.: "The best interest of the child always come first: the Brussels II *bis* Regulation and the European Court of Justice", *Jurisprudencija/Jurisprudence*, vol. 4, núm. 20, 2013, p. 1307.

negativamente a la misma[40]. A continuación, se detallan aquellos elementos fácticos que han adquirido mayor protagonismo en la jurisprudencia del TJUE.

2. Factores específicos susceptibles de influir en la determinación de la residencia habitual del menor al amparo de la jurisprudencia del TJUE.

Esta exigencia genérica de atender al grado de integración social y familiar del menor en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional como indicador de la residencia habitual de éste, se concreta en cada caso a través de la evaluación de un conjunto de circunstancias fijadas por el propio TJUE en su jurisprudencia. En este sentido, y a partir de los asuntos analizados por el TJUE, se pueden extraer tres factores esenciales que entran en juego en la determinación de la residencia habitual del menor, y que han sido particularmente problemáticas en la práctica: la edad del menor, la voluntad o intención de los progenitores **d**e establecer su residencia habitual en un Estado, y la presencia física del menor en un determinado Estado miembro.

En función de las circunstancias del caso concreto, estos factores se conjugarán de forma diferente, modulándose la relevancia de uno u otro, como a continuación se explicará más detalladamente.

A) La edad del menor.

La edad del menor ha resultado ser un criterio esencial a tener en cuenta en la fijación de la residencia habitual del menor. Esta variable fue por primera vez introducida en el asunto *Mercredi*. Un asunto que presenta dos circunstancias singulares: en primer lugar, concurre la peculiaridad de ser un menor lactante quien es trasladado lícitamente por la madre a otro Estado miembro. Un segundo dato relevante es que ambos –madre e hijo- se encuentran en dicho Estado solo desde unos días antes de que el padre inicie un procedimiento solicitando la responsabilidad parental en el Estado de la residencia habitual anterior.

Ante esta situación, el Tribunal reconoce que la edad del menor adquiere una especial trascendencia en la determinación de su residencia habitual. La relevancia reside en que el criterio general del entorno familiar y social del menor incluye diversos factores que pueden variar en función de la edad del menor. Es decir, los factores que habrá que tomar en consideración en un determinado caso concreto variarán en función de la edad del menor, de tal forma que la integración social y

40 Guzmán Peces, M.: "Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicable a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 511 y 512.

familiar de un menor lactante no tiene por qué coincidir con la de otro menor, por ejemplo, en edad escolar, u otro que ya haya finalizado sus estudios[41].

En el caso de un menor de corta edad, su "entorno" será necesariamente coincidente con su entorno familiar, determinado por la persona o personas de referencia que viven con el menor, guardándolo y cuidándolo. Y ello más aún si se trata de un menor lactante, debiendo entenderse que éste comparte necesariamente el contexto social y familiar de la persona de la que depende. En otras palabras, será la concreción del entorno de esta persona de la que el menor lactante depende la que determinará, a su vez, la situación de aquél.

Por tanto, en el asunto *Mercredi*, en el que el menor estaba bajo la guarda de la madre, el TJUE considera que debe evaluarse la integración de la madre en su entorno social y familiar para fijar, a su vez, el entorno del menor lactante. En dicho proceso, el TJUE subraya la necesidad de tomar en consideración y valorar factores tales como "la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y del traslado de la madre a este último Estado, por una parte, y por otra, a causa en particular de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen esta y el menor en el mismo Estado miembro'[42].

Por todo lo expuesto, en el asunto *Mercredi* el Tribunal de Luxemburgo concluye que, teniendo en cuenta que el menor lactante había sido trasladado lícitamente, y que la madre tenía voluntad de permanencia en el Estado miembro en el que se encontraban, la residencia habitual del menor estaba en dicho Estado y no procedía la resolución de retorno del menor[43].

Esta idea, sin embargo, viene modulada por el propio Tribunal en su jurisprudencia posterior atendiendo a diversos datos adicionales.

B) Relación del menor con el otro progenitor.

En primer lugar, es necesario atender al grado de relación del menor con el otro progenitor. Así ocurre, por ejemplo, en la STJUE de 28 de junio de 2018, en el asunto C-512/17, *HR*. El TJUE considera que, sin perjuicio de que el entorno del menor de un lactante está determinado por el progenitor con quien reside diariamente, no se trata ésta, sin embargo, de una regla absoluta. El otro progenitor también forma parte de este entorno, siempre que el menor siga manteniendo un

41 Asunto Mercredi, ap. 53.

42 Asunto *Mercredi* aps. 52 a 56.

43 Estas ideas serán reproducidas con posterioridad en el asunto *OL*, un asunto que versaba sobre una demanda de restitución de un menor lactante, que había nacido y vivido durante sus primeros meses de vida en un Estado distinto al de la residencia habitual de sus progenitores, por voluntad de los mismos (Asunto *OL*, aps. 45 y 46).

contacto regular con éste, lo que matiza la relevancia y rigidez de la aseveración anterior.

La vinculación entre el entorno del menor lactante y la persona de quien depende no es ni absoluta ni exclusiva, por mucho que pueda calificarse de preponderante. Consecuentemente, si dicha relación entre el menor y el otro progenitor existe, se convierte en un elemento más a tener en cuenta para la determinación de la residencia habitual del menor, concretando su importancia en función de las específicas circunstancias del caso. Concretamente, en el asunto *HR* se tiene en cuenta favorablemente el hecho de que el menor resida en la misma ciudad que el progenitor con el que no convive, y mantenga contacto semanalmente con aquel[44].

C) Otros criterios que modulan esta regla general.

Junto a la relación del menor con el otro progenitor, el TJUE también procede a valorar otros factores que potencialmente pueden modular la regla general anterior.

Así, en primer lugar, refiere a los orígenes geográficos del progenitor que ejerce efectivamente el cuidado del menor. En el asunto *HR* también se señala que este criterio no puede ganar prioridad frente a las circunstancias objetivas del caso concreto, esto es, que el menor reside de manera estable con el progenitor en otro Estado miembro[45].

Tampoco los vínculos de carácter cultural del menor o su nacionalidad pueden contar con una importancia preponderante en perjuicio de consideraciones geográficas objetivas[46]. Todo ello responde, en suma, a la lógica de la específica concepción del interés superior del menor adoptada por el legislador de la UE, vinculada, recordemos, al criterio de proximidad[47].

D) La voluntad o intención del progenitor de establecerse con el menor en otro Estado.

El TJUE ha señalado, en segundo lugar, y específicamente respecto de los supuestos en los que se pretende determinar la residencia habitual de un menor de corta edad, lactante, el gran protagonismo con que cuenta la voluntad o intención del progenitor que se ocupa del cuidado de dicho menor de establecerse con éste en otro Estado. En efecto, el TJUE ha destacado en el asunto *A*., que "la intención

44 Asunto *HR*, aps. 48 y 49.

45 Asunto *HR*, ap. 56.

46 Asunto *HR*, ap. 60.

47 Asunto *HR*, ap. 59.

del responsable parental de establecerse con el menor en otro Estado expresada a través de circunstancias externas, como la compra o alquiler de una vivienda en el Estado miembro de destino, pueden ser un indicio del traslado de la residencia habitual'[48].

En esta línea, como hemos visto en el apartado anterior, en el asunto *Mercredi* el Tribunal de Luxemburgo otorga prioridad a la voluntad de la madre a fijar en dicho Estado su centro de intereses, frente a la duración mínima de la estancia[49].

De nuevo, empero, estamos ante un criterio que es objeto de modulación por parte del TJUE atendiendo a las propias circunstancias del caso planteado. En tal sentido, en asuntos posteriores el TJUE ha matizado el criterio de la voluntad del progenitor en relación con situaciones de menores lactantes. A pesar de ser el criterio determinante para fijar la residencia habitual del menor en el supuesto de hecho concreto del asunto *Mercredi*, no se puede extrapolar dicha preeminencia a todas las situaciones que involucran a menores lactantes.

Así pues, el TJUE ha matizado en su jurisprudencia posterior que la intención de los padres de establecerse con el menor en un Estado miembro no puede ser decisiva, por sí sola, para determinar la residencia habitual del menor en el sentido del Reglamento Bruselas II bis, sino que constituye un indicio que, aunque relevante, puede llegar a completar otros elementos concordantes. En el asunto *HR*, el Tribunal de Luxemburgo considera que la voluntad del progenitor que ejerce, en la práctica, la guarda del menor, de establecerse en el futuro en el Estado de residencia del que es nacional este progenitor, no puede por sí sola considerarse suficiente para concretar la residencia habitual del menor en dicho Estado miembro[50].

Una vez más, se insiste en que el peso atribuible a la intención de los padres en un determinado asunto deberá determinarse en función de las circunstancias del caso concreto[51]. Y en tal sentido, la titularidad de la responsabilidad parental, y el ejercicio de los derechos de guarda y custodia son, lógicamente, un primer punto que matiza la voluntad del progenitor.

A. Por un lado, la circunstancia de que el menor se encuentre, en la práctica, bajo la guarda y custodia de uno de los progenitores, no quiere decir que la intención parental se limite en todo caso a la voluntad de este progenitor. En aquellos casos en que ambos progenitores sean titulares de la guarda y custodia

48 Asunto *A.*, ap. 40. Vid., igualmente, asunto *Mercredi*, ap. 50.

49 Asunto *Mercredi*, aps. 41 a 51.

50 Asunto *HR*, ap. 65.

51 Asunto *HR*, aps. 47 y 48.

del menor, en el sentido del art. 2.9 del Reglamento Bruselas II bis, deberá tomarse en consideración la voluntad de ambos progenitores[52].

B. Por otro lado, en los procedimientos de responsabilidad parental, también influye el carácter provisional – pero ejecutivo – de la sentencia que otorga la responsabilidad parental a uno de los progenitores. En el asunto *C. c./ M.*, la sentencia ejecutiva –pero provisional– otorgaba la responsabilidad parental a la madre y la habilitaba a trasladar al menor a dicho Estado miembro, no obstante, posteriormente la sentencia es revocada, otorgando la responsabilidad parental al padre.

El hecho de que el cambio de Estado miembro se base en una resolución provisional y recurrida no favorece a la constatación de un cambio de residencia, ya que el progenitor no podía tener la certeza de que dicho traslado no iba a ser temporal. Por ello, a pesar de que en el asunto *Mercredi* el TJUE afirmó que la voluntad del progenitor es un factor a considerar para determinar la residencia habitual, mediante esta sentencia se matiza dicho criterio. En efecto, el Tribunal de Luxemburgo añade que la voluntad de uno de los progenitores no puede ser el único factor determinante para fijar la residencia habitual, ya que el interés del menor exige ponderar todas las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto[53].

E) La circunstancia geográfica objetiva de presencia física del menor en un Estado miembro.

El tercer y último factor de referencia esencial que entra en juego a la hora de determinar la residencia habitual del menor es la presencia física del menor en el Estado miembro en cuestión. De hecho, el dato de la presencia física del menor ha sido el criterio abordado por el TJUE en sus últimas sentencias en relación con esta materia, y el que, además, ha matizado significativamente el criterio de la voluntad de los progenitores.

Recordemos, como se ha reiterado en varias ocasiones, la importancia de la proximidad geográfica para proteger el interés superior del menor, objetivo sobre el que se asienta el Reglamento Bruselas II bis[54]. Este tercer factor va a suponer una matización del criterio anterior de la voluntad del progenitor, limitando su alcance y convirtiéndolo en un mero indicio, insistiendo el TJUE en que la determinación de la residencia habitual del menor debe realizarse esencialmente mediante circunstancias objetivas[55].

52 Asunto *HR*, ap. 63.

53 Orejudo Prieto De Los Mozos, P.: "Diez años", cit., p. 18.

54 Asunto *W. y V.*, ap. 51.

55 Asunto *HR*, ap. 64.

En un primer momento, el Alto Tribunal se limitó a apuntar que, además de la presencia física de menor en un Estado miembro, es necesario que existan otras circunstancias que indiquen que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional[56]. Sin embargo, de manera más tajante, en el asunto *W. y V.,* el Tribunal de Luxemburgo clarificó que la determinación de la residencia habitual del menor en un Estado miembro requiere, como mínimo, que el menor haya estado presente en ese Estado. De forma que la residencia habitual de un menor no podrá determinarse en un Estado miembro en el que éste nunca ha estado presente, por mucho que una de las nacionalidades del menor sea la de tal Estado miembro en cuestión[57].

En el asunto *OL* se aborda una situación en esta línea en la que, además, entran en juego los factores de la corta edad del menor y la voluntad de los progenitores. El menor nace en un determinado Estado miembro – distinto al de la residencia habitual de los padres – por voluntad común de los mismos, y permanece allí con la madre ininterrumpidamente durante sus primeros cinco meses de vida. Sin embargo, los padres habían acordado que después del nacimiento, el menor retornaría al Estado de residencia habitual de los progenitores, y por este motivo, ante la negativa de la madre de volver con el menor, el padre entiende que se ha producido una retención ilícita y exige su retorno.

Ante este supuesto, el Tribunal argumenta que: "en tales circunstancias, adoptar como criterio preponderante la intención inicial de los progenitores de que la madre regresase acompañada de la menor a un segundo Estado miembro, que era el de la residencia habitual de aquéllos antes del nacimiento de la menor, estableciendo con ello de hecho una regla general y abstracta de que la residencia habitual de un lactante es necesariamente la de sus padres, iría más allá *de los* límites del concepto de «residencia habitual», en el sentido del Reglamento n.o 2201/2003, y sería contrario a la lógica interna, a la eficacia y a la finalidad del procedimiento de restitución. Por *último*, el interés superior del menor no conduce a una interpretación como la propuesta por el *órgano* jurisdiccional remitente"[58]. En consecuencia, como la residencia habitual del menor es una cuestión de hecho, darle prioridad a la intención inicial de los padres de que el menor resida en un Estado miembro, frente al dato de que el menor haya permanecido de manera ininterrumpida en otro Estado miembro iría en contra de este concepto[59].

56 Asunto *A.*, ap. 38; asunto *Mercredi*, ap. 49; asunto *C. c./ M.*, ap. 51; asunto *W. y V.*, ap. 60; asunto *OL*, ap. 43; y asunto *HR*, ap. 41.

57 Asunto *W. y V.*, aps. 61-63.

58 Asunto *OL*, ap. 50.

59 Asunto *OL*, ap. 51.

3. Una jurisprudencia en constante evolución.

A la vista de todo lo anterior, pareciera que la cuestión de fijación de la residencia habitual del menor estaba resuelta. Con los diversos pronunciamientos del TJUE sobre la materia en los dos últimos años, los órganos jurisdiccionales nacionales ya contaban con suficientes criterios de valoración para concretar la residencia habitual en un determinado caso concreto, aunque el menor fuera lactante, concurriera una determinada voluntad del progenitor custodio y hubiera, o no, presencia física del menor.

Sin embargo, estamos ante un tema complejo objeto de una jurisprudencia amplia y, a la vez, compleja. Y, así, cuando la interpretación parecía clara y sin resquicios, se plantea una nueva cuestión prejudicial cuya resolución cuestiona directamente el sistema diseñado por el TJUE: la STJUE de 17 de octubre de 2018, en el asunto C-393/18 PPU, *UD c./ XB*, a la que nos venimos refiriendo en el texto como asunto *UD*. Y ello, fundamentalmente, porque en este supuesto concurren unas circunstancias excepcionales que pueden implicar la vulneración de los derechos fundamentales tanto del menor como de su madre.

V. LA STJUE DE 17 DE OCTUBRE DE 2018: LA PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE AL REQUISITO DE PRESENCIA FÍSICA DEL MENOR.

El núcleo central del asunto *UD* se articula, una vez más, en torno a la circunstancia objetiva de la presencia física de menor una cuestión que, como se ha visto, se había planteado en el asunto *W. y V.* Sin embargo, en el supuesto de hecho que da lugar a la STJUE de 17 de octubre de 2018 en el asunto *UD* es aún más extremo por dos circunstancias: en primer lugar, porque al estar el menor en un Estado tercero, la residencia habitual de aquel en el Estado miembro de la UE es determinante para la aplicación el Reglamento Bruselas II bis. Y, en segundo lugar, porque se alega una vulneración de derechos fundamentales de la madre y del menor.

Concretamente, en el supuesto objeto de valoración por el TJUE se plantea si el requisito de presencia física de un menor en un concreto Estado miembro, como requisito previo para determinar su residencia habitual en dicho Estado, se aplica igualmente ante la concurrencia de ciertas circunstancias excepcionales. En particular, por un lado, las presiones ejercidas por el padre sobre la madre, que tienen como consecuencia que ésta diera a luz a la menor en un Estado tercero (Bangladés) –y no en el Reino Unido como hubiera sido lo previsible atendidas las circunstancias de los progenitores-, y que ésta permaneciera en dicho Estado

desde su nacimiento. Y, además, por otro, la eventual vulneración de los derechos fundamentales de la madre o de la menor[60].

El TJUE comienza repasando la jurisprudencia anterior en la materia, llegando a la conclusión de que "la presencia física del menor en el Estado miembro en el que el menor está supuestamente integrado es un requisito necesariamente previo a la apreciación de la estabilidad de dicha presencia". Y, por tanto, la residencia habitual del menor, en el sentido del Reglamento Bruselas II bis, no puede establecerse en un Estado miembro en el que el menor nunca ha residido[61].

A pesar de que el Alto Tribunal reconoce que, seguramente, si las presiones del padre no se hubieran producido, la menor hubiera nacido en el Reino Unido, el TJUE mantiene su argumentación respecto a la intención del progenitor frente a las circunstancias objetivas del caso. Esto es, que la intención del responsable parental de establecerse con el menor en otro Estado miembro puede actuar como indicio ante la concurrencia de determinadas circunstancias externas, como la compra o alquiler de un piso[62]. Sin embargo, y aun asumiendo lo anterior como premisa, la intención del progenitor no se puede ver atribuida una importancia preponderante frente a otras "consideraciones geográficas objetivas", como es la ausencia del requisito de la presencia física del menor en el Estado miembro en cuestión[63]. Y, en definitiva, que la falta de presencia física del menor impide tomar en consideración tales circunstancias, llegando a afirmarse por parte del TJUE que esta interpretación es más conforme con el principio de proximidad y con la idea misma del interés superior del menor.

El TJUE refuerza su interpretación afirmando que "la protección del interés superior del menor garantizada por el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el respeto de sus derechos fundamentales, como los consagrados en los artículos 4, 6 y 24 de dicha Carta"[64] no obligan a realizar una interpretación diferente a la expuesta, esto es, la necesidad de presencia física del menor. Y ello por varios motivos, por un lado, porque el interés superior del menor ya fue tenido en cuenta en la redacción del Reglamento Bruselas II bis, identificándolo con el criterio de proximidad[65]. Por otro, por cuanto el TJUE argumenta que el Reglamento ya prevé un mecanismo para cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro resulte competente en virtud de los artículos 8 a 13 del propio Reglamento. En este caso se puede acudir al artículo 14, según el

60 Asunto *UD*, ap. 43.

61 Asunto *UD*, ap. 53.

62 Asunto *Mercredi*, ap. 50 y asunto *UD*, ap. 61.

63 Asunto *HR*, ap. 60; y asunto *UD*, ap. 62.

64 Asunto *UD*, ap. 64.

65 Asunto *UD*, ap. 65.

cual los Estados miembros pueden, con carácter residual, atribuir la competencia a sus órganos jurisdiccionales en virtud de su derecho nacional[66].

A mayor abundamiento, el TJUE señala que el interés superior del menor no requiere que el artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis se interprete de modo diferente, ni siquiera ante las circunstancias concurrentes, puesto que esta interpretación iría más allá de los límites del concepto de residencia habitual del menor establecido en el texto reglamentario, así como del papel atribuido a este concepto en el marco de las disposiciones en materia de responsabilidad parental recogidas en él[67].

Por lo expuesto, el Tribunal de Luxemburgo concluye que, ante la ausencia del requisito de presencia del menor, circunstancias como el comportamiento ilícito del padre, que ha tenido como consecuencia que la madre dé a luz a la menor en un Estado tercero y ésta haya permanecido allí desde su nacimiento, o la vulneración de derechos fundamentales de la madre y de la menor, en caso de ser demostradas, carecen de pertinencia a efectos de determinar la residencia de la menor en un Estado miembro de la UE[68].

Con esta interpretación, el TJUE zanja definitivamente, al menos hasta ahora y a la espera de futuros supuestos susceptibles de ser planteados ante el Alto Tribunal, cualquier resquicio que permita determinar la residencia habitual del menor sin una previa circunstancia geográfica objetiva. En otras palabras, sin una previa presencia física del menor en dicho Estado miembro[69]. Con ello, se pretende asegurar el carácter fáctico que acompaña a la noción de residencia habitual del menor, reforzando la seguridad jurídica y la previsibilidad del concepto.

La pregunta que cabe plantearse es si la aparición de una presunta vulneración de los derechos fundamentales del menor y de la madre, en caso de demostrarse, no podrían entenderse como una circunstancia objetiva más a tener en cuenta en el caso concreto. Entonces, cabría preguntarse que tiene mayor peso, la presencia física del menor en un Estado miembro, o la necesidad de protección de los derechos fundamentales de una menor y de su madre que, precisamente, no están físicamente presentes en dicho Estado miembro por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

66 Asunto *UD*, ap. 66.

67 Asunto *UD*, ap. 68.

68 Asunto *UD*, ap. 70 y 71.

69 Coincide en destacar el evidente predominio del elemento fáctico de la presencia física del menor Del Ser López, A. y Carrizo Aguado, D. : "Reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: análisis del foro de la "residencia habitual del menor" y estudio de la "competencia residual"", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 10, 2019.

En el supuesto de que el problema se hubiera suscitado entre dos Estados miembros de la UE, se podría haber resuelto fácilmente alegando el igual estándar de protección de los derechos fundamentales en todos los Estados de la UE. Lamentablemente, quizá esta afirmación no se pueda hacer tan fácilmente extensiva a terceros Estados. Y, por tanto, se podría reflexionar si, ante una situación como la descrita, no hubiera sido pertinente una interpretación diferente del concepto de residencia habitual del menor, en aras a la protección del interés superior del menor y de sus derechos fundamentales[70]. Pregunta muy delicada, que el TJUE ha preferido eludir acogiéndose a su interpretación anterior, basada en circunstancias geográficas objetivas y demás argumentos enumerados. En esta línea, quizá se podría haber amparado en una delimitación de la noción de residencia habitual del menor no solo en base a factores de hecho, sino también en base a factores o matices jurídicos que actúan como condicionantes, tal y como ya sugieren algunos sectores de la doctrina[71].

Sin duda, esta interpretación favorece a la seguridad jurídica y a la claridad del concepto. Sin embargo, en la práctica, una interpretación tan estricta puede llevar a que la única opción real de la madre sea trasladar por la vía de hecho a la menor al Estado miembro en cuestión. Y en relación con esta idea, como último apunte debemos reflexionar sobre el cambio de tratamiento de una madre que se traslada –voluntariamente o presionada como en el asunto presente– antes del nacimiento del menor, en cuyo caso la residencia del menor se determinará por donde nazca; a si el progenitor se traslada con el menor una vez éste ya ha nacido, en cuyo caso ya entraremos en la valoración de si el traslado ha sido lícito o ilícito. Cuestión que en la práctica deben tener muy presente los afectados, así como los operadores jurídicos.

VI. CONCLUSIÓN.

La noción de residencia habitual del menor ocupa un lugar central en el sistema de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental diseñado por el Reglamento Bruselas II bis. La ausencia en el Reglamento de una definición del concepto o una remisión expresa a las legislaciones nacionales de los Estados miembros, nos lleva a definir la residencia habitual del menor como un

70 En esta línea, Pérez Martín, L. A.: "Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto c-393/18, PPU", *La Ley Unión Europea*, núm. 66, enero de 2019, p. 8, coincide en señalar que hubiera sido recomendable "un análisis más sosegado" de unos hechos tan alarmantes como una presunta vulneración de derechos fundamentales, sobre todo de cara a futuros supuestos de hecho similares. En la línea contraria véase Biagioni, G.: "Jurisdiction in matters of parental responsibility between legal certainty and children's fundamental rights", *European Papers*, vol. 4, núm. 1, 2019, pp. 294 y 295, el autor respalda la decisión del TJUE, argumentando que esta decisión refuerza el principio de seguridad jurídica, además de respetar la voluntad del legislador de la UE.

71 Forcada Miranda, J.: "Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción internacional de menores en el siglo XXI y un nuevo marco legal en España", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 699-743.

concepto autónomo del Derecho de la Unión. El nuevo Reglamento Bruselas II ter mantiene la ausencia de una noción del concepto de residencia habitual del menor, por lo que los criterios interpretativos del TJUE continuarán sirviendo de guía.

El TJUE ha optado por un concepto flexible de residencia habitual, establecido un conjunto de criterios en el intento de clarificar este concepto. Así, con carácter general, la residencia habitual del menor deberá identificarse con el lugar en el que el menor tenga una integración social y familiar, esto es, el lugar en el que se encuentre el centro de vida del menor. Al tratarse de una cuestión de hecho, este lugar deberá determinarse por los órganos jurisdiccionales nacionales atendiendo a las circunstancias del caso concreto, realizando un análisis global de la situación.

A título orientativo, el TJUE ha utilizado factores como la duración y estabilidad de la permanencia, la nacionalidad, la escolarización, los conocimientos lingüísticos, las relaciones familiares y sociales y similares a la hora de fijar la residencia del menor. En caso de menores de corta edad o lactantes, será entonces muy relevante la persona de la que depende su cuidado, y en este sentido, la intención de este progenitor puede ser un factor más a tener en cuenta. Sin embargo, el TJUE ha sido muy exigente en tener siempre presente las circunstancias objetivas de cada caso, y en particular, el requisito previo de que el menor haya estado presente físicamente en un Estado miembro para poder fijar su residencia habitual en dicho Estado.

Consecuentemente, ni la voluntad –pasada, presente o futura– del progenitor cuidador, ni la voluntad común inicial de ambos, pueden prevalecer frente a la circunstancia geográfica objetiva de que un menor nunca haya residido en un Estado miembro en concreto. Por extensión, y centrándonos en el asunto *UD*, la presión sobre la madre por parte del padre, que, en caso de demostrarse, habría supuesto la vulneración de sus derechos fundamentales, y el motivo por el que la menor naciera y estuviera sus primeros meses de vida en un Estado tercero, tampoco pueden superar la ausencia del requisito de partida, esto es, de presencia del menor en el Estado miembro en cuestión.

Esta interpretación es consecuente con la jurisprudencia anterior del TJUE, cerrando definitivamente –al menos a la espera de futuros desarrollos jurisprudenciales- la opción a interpretaciones que pudieran desvirtuar el concepto de residencia habitual del menor como noción de hecho. A pesar de que es cierto que, sin duda, esta interpretación firme proporciona seguridad jurídica en la determinación de este concepto, la intervención de los derechos fundamentales merece una reflexión sobre si el TJUE no podría haber adoptado una interpretación que pudiera haber protegido suficientemente tales derechos vulnerados. Y más cuando, el requisito de la presencia física del menor no concurre, precisamente, por haberse vulnerado, aparentemente, los derechos fundamentales de la madre y del menor.

BIBLIOGRAFÍA

Ancel, B. y Muir Watt, H.: "L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des jurisdictions: le Reglèment Bruxelles II *bis*", *Revue Critique de Droit International privé,* vol. 94, núm. 4, 2005.

Biagioni, G.: "Jurisdiction in matters of parental responsibility between legal certainty and children's fundamental rights", *European Papers*, vol. 4, núm. 1, 2019.

Caro Gándara, R.: "La determinación de la residencia habitual del demandante y de los menores en litigios sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental accesoria", en Robles Garzón, J.A. (Dir.): *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

Carrascosa González, J.: "Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial", en Cebrián Salvat, A. y Lorente Martínez, I.: *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2019.

Chalas, C.: "Précisions sur la résidence habituelle et la procédure de retour de l'enfant dans le règlement Bruxelles II *bis*", *Revue Critique de Droit International privé*, núm. 1, 2018.

Chéliz Inglés, M. C.: *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

Del Ser López, A. y Carrizo Aguado, D. : "Reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: análisis del foro de la "residencia habitual del menor" y estudio de la "competencia residual"", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 10, 2019.

Espinosa Calabuig, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Forcada Miranda, J.: "Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción internacional de menores en el siglo XXI y un nuevo marco legal en España", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016.

Guzmán Peces, M.: "Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicable a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El interés del menor en los Convenios de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

HILBIG-LUGANI, K.: "'Habitual Residence' in European Family Law: the Diversity, Coherence and Transparency of a Challenging Notion", en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, N. Y GEPHART, W. (eds.): *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2014.

LAGARDE, P.: "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", *RCADI*, 1986-I, t. 196.

LENAERTS, K.: "The best interest of the child always come first: the Brussels II *bis* Regulation and the European Court of Justice", *Jurisprudencija/Jurisprudence*, vol. 4, núm. 20, 2013.

LIMANTE, A. y KUNDA, I.: "Jurisdiction in Parental Responsibility Matters (Articles 8, 9 and 13, 14)", en HONORATI, C. (ed.): Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction. A Handbook on the Application of Brussels IIa Regulation in National Courts, Giappichelli-Peter Lang, Torino-Frankfurt-Main, 2017.

MAGNUS, U. Y MANKOWSKI, P.: *Brussels IIbis Regulation*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2012.

MAYA BOUYAHIA, S.: *La proximité en droit international privé de la famille*, L'Harmattan, Paris, 2015.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: "Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)", *La Ley Unión Europea*, núm. 21, 2014.

PÉREZ MARTÍN, L. A.:

- "Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales", en GUZMÁN ZAPATER, M. Y HERRANZ BALLESTEROS, M. (Dirs.): *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- "Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 18, 2018.

- "Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto c-393/18, PPU", *La Ley Unión Europea*, núm. 66, enero de 2019.

Reig Fabado, I.: "La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 1, marzo 2019.

Richez-Pons, A.: *La résidence en droit international privé (conflits des jurisdictions et conflits de lois)*, Thèse, Université Jean-Moulin, Lyon III, 2004.

Rodríguez Benot, A.: "El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 2, núm. 1, 2010.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERÍODO DE PRUEBA: PRINCIPALES PROBLEMAS APLICATIVOS

LEGAL REGIME OF THE TRIAL PERIOD: MAIN APPLICATION PROBLEMS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 496-525

Francisco
RAMOS
MORAGUES

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El período de prueba es una institución clásica en el derecho laboral. Su finalidad, del lado empresarial, reside en la comprobación de las aptitudes del trabajador y, en general, de su adaptación a la empresa. Sin duda, el rasgo más característico de su régimen jurídico es que cualquiera de las partes contratantes puede rescindir el contrato unilateralmente por su sola y exclusiva voluntad. El presente artículo analiza los principales problemas que suscita este pacto, así como las soluciones dadas por los Tribunales de justicia del Orden Social.

PALABRAS CLAVE: Período de prueba; régimen jurídico; problemas aplicativos; soluciones jurisprudenciales.

ABSTRACT: *The trial period is a classic institution in labor law. Its purpose, on the business side, lies in checking the skills of the worker and, in general, their adaptation to the company. Undoubtedly, the most characteristic feature of its legal regime is that any of the contracting parties can unilaterally terminate the contract by their sole and exclusive ill. This article analyzes the main problems that this pact raises, as well as the solutions given by the Courts of Justice of the Social Order.*

KEY WORDS: *Trial period; legal regim; application problems; jurisprudential solutions.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ASPECTOS FORMALES DEL PERÍODO DE PRUEBA: CARÁCTER FACULTATIVO Y FORMA ESCRITA.- III. ASPECTOS TEMPORALES DEL PERÍODO DE PRUEBA.- 1. Momento de celebración del pacto.- 2. Duración del período de prueba.- 3. Otras cuestiones relacionadas con los aspectos temporales: cómputo e interrupción del período de prueba.- IV. ASPECTOS MATERIALES DEL PERÍODO DE PRUEBA.- 1. Identidad funcional.- 2. Identidad empresarial.- 3. Indiferencia de la modalidad contractual previa.- V. EJERCICIO DE LA FACULTAD DE DESISTIMIENTO.- 1. Características, límites y efectos del desistimiento empresarial.- 2. Resolución a instancia empresarial en el caso de trabajadoras embarazadas.

I. INTRODUCCIÓN.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho Privado, donde el contrato, en su formulación clásica, se configura como la fuente jurídica por excelencia[1]; el papel de la autonomía individual en la fijación de las condiciones de trabajo presenta un carácter residual. Ello es debido a que la norma estatal y la autonomía colectiva se han encargado de regular heterónomamente el contenido del contrato de trabajo[2]; de hecho, puede afirmarse que nos encontramos ante un "contrato normado"[3]. Corrobora esta afirmación el propio art. 3.1 letra c) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), encargado, como es sabido, de enunciar las fuentes de la relación laboral. Dicho precepto, si bien reconoce que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan por la autonomía individual manifestada en el contrato de trabajo, sujeta su aplicación a una doble condición: por un lado, que su objeto sea licito; y, por el otro, que no se establezcan condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y a los convenios colectivos.

No obstante papel preponderante que se atribuye por el ordenamiento jurídico laboral a las normas legales y colectivas, el legislador sí ha querido reservar un

1 Borrajo Dacruz, E.: "Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la regulación del trabajo: balance y nuevas perspectivas", *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1993, p. 51.

2 Blasco Pellicer, Á.: "La Autonomía individual en el sistema de fuentes de las relación jurídico-laboral", *Aranzadi Social*, núm. 17, 2004, p. 44. En esta misma línea, Lujan Alcaraz, J.: "Reflexiones sobre el papel actual de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo", *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999, p. 61.

3 Borrajo Dacruz, E.: "Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la…", cit., p. 51.

• Francisco Ramos Moragues
Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universitat de València. Doctor en Derecho por la Universitat de València y Doctor Europeo en Derecho del Trabajo por la Universidad de Bolonia (Italia). Ha sido galardonado con el Premio Extraordinario de Licenciatura en Derecho, así como con el Premio Extraordinario de Doctorado, concedidos ambos por la Universitat de València. Es autor de diversas monografías y múltiples artículos y capítulos de libro en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

espacio a la autonomía individual para la regulación de los derechos y obligaciones laborales[4]. Es precisamente en este espacio de regulación de que disponen las partes, en el que debemos situar la posibilidad de incorporar determinados pactos al contrato de trabajo, entre los que se encuentra el comúnmente denominado como "período de prueba".

El legislador no ofrece una definición legal de esta institución. Sin embargo, a tenor de los innumerables pronunciamientos jurisprudenciales y de los múltiples estudios doctrinales habidos en la materia[5], podemos afirmar que se trata de una pacto que, voluntariamente, empresario y trabajador deciden incorporar al contrato de trabajo y, a través del cual, ambas partes, "[…] se conceden, a partir de su consumación o vigencia, un tiempo para la comprobación práctica y directa de lo apropiado de su celebración (*del contrato de trabajo*) desde el punto de vista de sus intereses y expectativas […] así como para el ejercicio de la facultad de desistimiento por la parte que llegase al convencimiento de no resultar conveniente prolongar la relación […]"[6].

Sin entrar ahora en mayores pormenores sobre las exigencias que requiere la válida utilización del período de prueba, no cabe duda de que la finalidad de esta institución, al menos desde la óptica empresarial, reside en la comprobación de las aptitudes del trabajador y, en general, de su adaptación a la empresa; constituyendo el rasgo más característico de su régimen jurídico el que cualquiera de las partes contratantes puede rescindirlo unilateralmente por su sola y exclusiva voluntad, siendo suficiente con que el período de prueba esté todavía vigente y que el empresario –o el empleado- extinga la relación laboral. No se exige, en fin, llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó[7]. Esta libertad de rescisión la ostentan ambas partes del contrato y tan sólo aparece limitada en los casos en que la verdadera razón por la que se decide extinguir la relación laboral no es la falta de adecuación al puesto de trabajo, sino por razones discriminatorias; o cuando se produce la vulneración de cualquier otro derecho fundamental[8], en cuyo caso, la resolución del contrato será nula de pleno derecho, debiendo el trabajador ser readmitido.

4 Sobre el papel de la autonomía individual en las relaciones laborales, puede consultarse, por todos: Blasco Pellicer, Á.: *La individualización de las relaciones laborales*, CES, Madrid, 1995.

5 Entre las obras clásicas sobre el período de prueba deben señalarse: Ballester Pastor, M. A.: El *período de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; y Del Val Tena, A.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998.

6 Gárate Castro, J.: "Período de prueba", en AA.VV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (coord. por Goerlich Peset, J. Mª.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 279.

7 Entre muchas otras, SSTS de 23 de abril de 2007 (Rec. núm. 5013/2005); de 3 de octubre de 2008 (Rec. núm. 2584/2007) y de 12 de diciembre de 2008 (Rec. núm. 3925/2007).

8 En efecto, según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, "el ámbito de libertad reconocido por el art. 14.2 ET no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales y aunque la resolución del contrato no esté fundada en motivos tasados sino en una decisión no motivada, no excluye que desde la perspectiva

Desde esta perspectiva, el instituto del período de prueba se convierte para la empresa en un medio o mecanismo ágil y eficaz para comprobar las concretas condiciones de la ejecución del trabajo, así como la aptitud y adaptación del trabajador al trabajo contratado; además, en términos de gestión de recursos humanos, mediante esta verificación en el curso de la relación de trabajo se ahorran los "costes de transacción" (de tiempo, de esfuerzo y de dinero) que pudiera comportar una comprobación o verificación exhaustiva o completa antes de su conclusión[9].

Partiendo de esta última idea, no es difícil llegar a la conclusión de que si bien la facultad de desistimiento se concede a ambas partes, el principal beneficiado con la suscripción del pacto de prueba será el empresario[10]. Entre otras cosas porque el trabajador tiene disponible en cualquier momento la opción de dimitir reconocida en el art. 49.1.d) ET, con el único deber de preavisar. No así el empresario, pues la extinción del contrato por su voluntad requerirá de la concurrencia de una causa, so pena de tener que pagar una indemnización o de que proceda declarar la nulidad de la decisión extintiva, dependiendo del caso.

En otro orden de consideraciones, por lo que se refiere a su regulación legal, el precepto clave es el art. 14 ET. Ahora bien, esta no es la única referencia normativa a tener en cuenta. Existen otros preceptos, dentro y fuera de la norma estatutaria, que necesariamente deben ser tomados en consideración al abordar el análisis del régimen jurídico del período de prueba. Así, dentro del ET, merece la pena destacar los arts. 11 y 52 letra a). El primero de ellos se refiere al contrato en prácticas y contempla una duración distinta a la establecida de ordinario en el art. 14 ET. En particular, para el contrato en prácticas y a salvo de lo que disponga el convenio colectivo, el periodo de prueba no podrá ser superior a un mes si se trata de trabajadores que estén en posesión de título de grado medio o de certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2; ni a dos meses para el caso de trabajadores que estén en posesión de título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3. Por su parte, el citado art. 52 a), relativo a la extinción contractual por ineptitud del trabajador, señala expresamente que: "[…] La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento".

---

constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria, ya que esa facultad resolutoria, de la que ha hecho uso la empresa, está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental como es el de la igualdad recogido en el art. 14 CE". *Vid*. SSTC de 16 de octubre de 1984 (Rec. de amparo núm. 695/1983) y de 26 de septiembre de 1988 (Rec. de amparo núm. 988/1987), entre otras.

9 STS de 12 de julio de 2012 (Rec. núm. 2789/2011). En esta misma línea: STS de 20 de enero de 2014 (Rec. núm. 375/2013)

10 García Rubio, M.A. "Artículo 14. Período de Prueba", en AA.VV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova. Thomson Reuters, Valladolid, 2016, p. 215.

Fuera del Estatuto de los trabajadores interesa significar art. 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Me refiero al controvertido "contrato indefinido de apoyo a los emprendedores" cuyo rasgo definitorio no era otro que el establecimiento de un período de prueba de un año[11]. El precepto aludido fue derogado por el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, habida cuenta de que la tasa de desempleo descendió por debajo del 15%. No obstante, y esta la razón por la que se alude a este contrato, debe recordarse que la Disposición transitoria sexta del Real Decreto-Ley 28/2018, señala que aquellos contratos que se hubieran celebrado con anterioridad a su entrada en vigor (1 de enero de 2019) continuarán rigiéndose por la normativa vigente en el momento de su celebración.

Por otra parte, no debemos olvidar la existencia de previsiones específicas en materia de período de prueba en relación con determinadas relaciones laborales especiales que difieren ostensiblemente del régimen común. Es el caso, a título meramente ejemplificativo, del personal de alta dirección (art. 5 RD 1382/1985, que prevé una duración máxima de 9 meses) o de los empleados del hogar (para quienes se contempla la obligación de preaviso, art. 6 RD 1620/2011). Por citar algún ejemplo más, hay relaciones especiales que, incluso, prohíben a las partes el establecimiento de un período de prueba en atención a la duración del contrato (art. 4 RD 1435/1985, de Artistas en Espectáculos Públicos) o las que extienden tal prohibición a cualquier supuesto (Art. 3.5 del RD 1146/2006, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud).

En otro orden, junto a las normas legales y reglamentarias, ocupa un lugar destacado en relación con determinados aspectos del régimen jurídico del período de prueba, la regulación convencional establecida al efecto; señaladamente, como luego veremos con detalle, en la concreción de su duración.

En el marco de estas breves consideraciones preliminares, el objeto de estudio del presente trabajo se va a centrar en el análisis del régimen jurídico del período de prueba que se establece al inicio de la relación laboral, esto es, al que alude el art. 14 ET. A tal fin se identificarán sus principales problemas aplicativos y las soluciones ofrecidas por la doctrina judicial y la jurisprudencia. Aunque soy plenamente consciente de que los problemas prácticos en torno al período de prueba suelen aflorar, por lo general, cuando el empresario ejerce la facultad resolutoria; para abordar este análisis no nos centraremos únicamente en la extinción contractual durante el período de prueba -que, por supuesto,

11 Para un estudio de esta modalidad contractual: Ramos Moragues, F.: "El contrato de apoyo a los emprendedores como medida de fomento del empleo", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2013, núm. 157, pp. 201-219.

tendrá un tratamiento específico- sino que me referiré a todo su régimen jurídico, incluyendo, por tanto, sus diversos aspectos formales, temporales y materiales. Eso sí, quedan excluidos del objeto de estudio del presente trabajo, los pactos de prueba vinculados a supuestos de ascensos o movilidad funcional; así como la virtualidad del período de prueba en determinadas relaciones laborales especiales. En el primer caso, porque la no superación del período de prueba no faculta a la empresa para rescindir libremente el contrato[12], rasgo definitorio del supuesto general que regula el art. 14 ET; la exclusión, en el segundo caso, no obedece a su falta de interés sino a razones de espacio.

II. ASPECTOS FORMALES DEL PERÍODO DE PRUEBA: CARÁCTER FACULTATIVO Y FORMA ESCRITA.

Conforme a la literalidad del art. 14 ET, las partes podrán acordar la estipulación de un período de prueba. Con lo cual, la primera característica que presenta este tipo de pactos es que son fruto de la autonomía individual. Como ha señalado, de antiguo, la jurisprudencia, "[…] no es una característica inherente y automática a la celebración de cualquier contrato de trabajo, sino que sólo existe si las partes libremente lo han acordado"; de lo contrario, ha de entenderse que no existe[13]. Su presencia, por otra parte, no se limita a los contratos indefinidos, sino que resulta perfectamente lícita su inclusión en contratos de duración determinada.

Volviendo a la exigencia de mutuo acuerdo e incorporación expresa en el contrato de trabajo, jurisprudencia y doctrina judicial han señalado en múltiples ocasiones que no se entenderá cumplida dicha exigencia si se prevé de forma genérica en el convenio colectivo. Es decir, el período de prueba recogido en el convenio colectivo "[…] no tiene virtualidad directa, y sus previsiones no son suficientes para entenderlo existente, ya que se ha configurado siempre como un pacto típico en el inicio del contrato, dependiente de la voluntad de empresa y trabajador, a quienes puede interesar o no pactarlo"[14]. Es más, ni siquiera es válido el pacto cuando en el contrato individual se incluye una genérica remisión a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores o del propio Convenio. Sí se admite,

12 SAN de 13 de febrero de 2007 [PROV 2007/250205].

13 SSTS de 5 de octubre de 2001 (Rec. núm. 4438/2000); de 12 de diciembre de 2008 (Rec. núm. 3925/2007); y de 12 de julio de 2012 (Rec. núm. 2789/2011), entre otras.

14 STS de 5 de octubre de 2001 (Rec. núm. 4438/2000]. En concreto, la cláusula convencional del supuesto enjuiciado disponía que: "Se establece un período de prueba para los trabajadores afectados por el presente Convenio Colectivo, de la siguiente duración: 1. Para el Grupo Profesional I: un período de prueba de un mes. 2. Para el Grupo Profesional II: un período de prueba de dos meses. 3. Para el Grupo Profesional III: un período de prueba de seis meses», ejercita la facultad que reconoce a la negociación colectiva el citado artículo 14 de establecer los límites de duración máxima del período de prueba en las distintas categorías profesionales que pueda pactarse en los contratos de trabajo". La doctrina contenida en la citada sentencia del TS ha sido posteriormente mantenida por la Sala 4ª y por la doctrina judicial. Entre muchas otras: SSTSJ de Islas Canarias, de 30 de septiembre de 2002 (Rec. núm. 492/2002); de Andalucía, de 18 de septiembre de 1998 (Rec. núm. 808/1998); de Castilla-La Mancha, de 8 de febrero de 2010 (Rec. núm. 1350/2009); de Madrid, de 30 de octubre de 2015 (Rec. núm. 589/2015).

por el contrario, la remisión explicita del contrato de trabajo al período de prueba pactado en el convenio colectivo[15].

A mayor abundamiento, no es suficiente con que se trate de un pacto individual y que se formalice expresamente, sino que, además, es condición indispensable que se incorporé al contrato de trabajo por escrito. La norma en este punto es meridiana al afirmar que "[…] podrá concertarse *por escrito*". La autonomía individual es quien decide si se pacta o no una prueba, pero no puede alterar la forma del pacto, que deberá ser expreso y escrito. Se trata, por ende, de un requisito constitutivo o *ad solemnitatem*[16]; que resulta exigible, incluso, en aquellos supuestos en que el contrato de trabajo es verbal[17]. La consecuencia que deriva del incumplimiento de forma escrita es que el pacto no será válido; consecuentemente, tampoco lo sería el desistimiento empresarial. Por supuesto, en aplicación de lo dispuesto en el art. 9.1 ET, el resto del contrato de trabajo continuará en vigor.

Excepcionalmente -y como tal hay que valorarlo- alguna resolución judicial ha admitido el desistimiento empresarial pese a la falta de forma escrita del pacto cuando ello se ha debido a una conducta contraria a la buena fe por parte del trabajador. Es el caso de la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1987[18]. En el supuesto de hecho contenido en la sentencia, el periodo de prueba se estipuló entre los contratantes, aunque no fue documentada la relación laboral estipulada por retener el trabajador, injustificadamente, el ejemplar en el que se contenían las cláusulas convenidas. Siendo así, el TS considerará que el trabajador no puede legítimamente prevalerse de la falta de que constara por escrito al serle tal omisión imputable exclusivamente a su deliberado propósito de retener el ejemplar del contrato, como lo verificó, sin hacer objeción alguna a las cláusulas en él contenidas, para desconocer los efectos jurídicos derivados de la facultad de resolver la relación laboral cualquiera de las partes durante la duración de aquél, de la que hizo uso la empresa.

Otro supuesto singular, más próximo en el tiempo, fue el enjuiciado por la sentencia del TSJ de Cataluña, de 22 de febrero de 2018. En este caso, la empresa envió por correo electrónico copia del contrato de trabajo en el que se establecía el período de prueba, requiriendo a la trabajadora para que pasase a firmarlo en reiteradas ocasiones; circunstancia que no aconteció. No obstante, el

15 Por todas, STSJ de Andalucía, de 19 de octubre de 2010 (Rec. núm. 1642/2010).

16 STS de 12 de marzo de 1987 (RJ 1987\1395). Tesis mantenida unánimemente por la doctrina de suplicación. Entre otras, SSTSJ de Navarra, de 15 de octubre de 2005 (Rec. núm. 329/2004); de Madrid, de 9 de junio de 2008 (Rec. núm. 1202/2008); y de Murcia, de 14 de mayo de 2012 (Rec. núm. 142/2012).

17 SSTSJ de Murcia de 19 de mayo de 1994 (Rec. núm. 133/1994); de Islas Baleares de 13 de octubre de 1997 (AS 1997/4358). Sobre la exigencia de forma escrita, más recientemente: STSJ de Cataluña, de 13 de junio de 2019 (Rec. núm. 922/2019).

18 RJ 1987/1395.

Tribunal apreciará asentimiento a las condiciones contractuales con el silencio del trabajador como respuesta, aparejado a la prestación de servicios laborales. Se argumentará en favor de esta decisión que "[…] no puede imputarse a la empresa la negligencia de iniciar una relación laboral de manera verbal para posteriormente interesar la firma del contrato de trabajo en el que se hacía constar el período de prueba establecido convencionalmente, sino que dicho contrato se perfeccionó por el consentimiento de la demandante al comenzar dicha relación aceptando las cláusulas contractuales -jornada, salario, horario, temporalidad, período de prueba, etc-, consignadas en el documento escrito que no quiso firmar, todo ello de conformidad a lo establecido en los artículos 1.258 y 1.261 y ss. del Código Civil, pues el silencio de la actora como respuesta, aparejado a la prestación de servicios laborales, no puede no dejar de interpretarse jurídicamente como asentimiento a las condiciones contractuales, por cuanto era la trabajadora la que tenía obligación de contestar al requerimiento efectuado por la empresa para que firmase el contrato de trabajo"[19].

III. ASPECTOS TEMPORALES DEL PERÍODO DE PRUEBA.

Una vez analizadas las exigencias formales, el siguiente elemento a tener en cuenta para valorar la licitud del período de prueba pactado por las partes tiene que ver con los aspectos temporales del mismo. En este sentido, hemos de diferenciar dos cuestiones: de una parte, el momento de estipulación del pacto; y, de otra, su duración.

1. Momento de celebración del pacto.

A diferencia de lo que sucede con la exigencia de forma escrita, impuesta expresamente por el legislador, el art. 14 ET no contiene ninguna referencia sobre el momento de celebración del pacto. Ello no es óbice, sin embargo, para calificar al período de prueba como un pacto "típico del inicio del contrato de trabajo"[20]; razón por la cual, con carácter general, la licitud del pacto dependerá de que éste se haya estipulado en el momento de celebrar el contrato o antes de iniciar la prestación de servicios. Aspecto este, por lo demás, que resulta coherente si atendemos a la propia finalidad de esta institución.

Partiendo de esta idea, la interpretación judicial mayoritaria es que el establecimiento de un período de prueba una vez iniciado el contrato de trabajo ha de reputarse nulo[21]. En este sentido, se ha afirmado, por ejemplo, que contradice el principio de estabilidad en el empleo señalar un período de prueba en un contrato

19 STSJ de Cataluña, de 22 de febrero de 2018 (Rec. núm. 7271/2017).

20 STS de 5 de octubre de 2001 (Rec. núm. 4438/2000).

21 Por todas, STSJ de Asturias, de 16 de julio de 2019 (Rec. núm. 1182/2019).

ya iniciado, con más de un año de vigencia, durante el que las partes tuvieron oportunidad de conocer sobradamente sus posibilidades y aptitudes[22]. También se ha indicado que el período de prueba pactado con ulterioridad al nacimiento del contrato de trabajo vulnera el principio de irrenunciabilidad de derechos; concretamente, el derecho a un contrato perfeccionado sin sometimiento a condición alguna[23]. Un tanto de lo mismo acontece -y con el mismo fundamento- con la modificación, *a posteriori*, de la duración del pacto inicial[24].

Siendo esta la regla general, es lo cierto que, en ocasiones, alguna doctrina judicial se ha mostrado más flexible, reconociendo validez al pacto cuando el retraso en su celebración desde el inicio de la prestación de servicios es relativamente breve. Por ejemplo, 1 día[25]; 2 días[26] o 9 días[27]. La clave en estos casos donde el retraso es menor, es si estamos ante una situación de abuso de derecho o si se ha producido una renuncia de derechos por parte del trabajador; lo que exigirá analizar las circunstancias que rodeen el caso concreto. En todo caso, esta interpretación "flexible" llevada a cabo por algunos Tribunales Superiores de Justicia ha sido criticada por un sector de la doctrina científica, al entender que la regla general debe ser la imposibilidad de introducir un pacto de prueba en una relación laboral ya iniciada, pues, en su opinión "[…] dicha restricción *a posteriori* de derechos para el trabajador, que conlleva su sumisión temporal a prueba, ha de considerarse siempre ilícita, más si tenemos en cuenta lo sencillo que es, para el empresario, el cumplimiento de las reglas que le permiten suscribir un pacto de prueba eficaz: básicamente, no iniciar la prestación de servicios sin la previa suscripción de un contrato de trabajo que incluya dicha cláusula". Pero, además, debe rechazarse esta tesis -continúa razonándose- porque su admisión supone "[…] dejar al arbitrio de una de las partes contratantes (pues solo está interesado en su inclusión el empresario) la sumisión del contrato a un régimen de provisionalidad, contraria a la estabilidad en el empleo que, además, siguiendo los argumentos citados, podría decidirse en cualquier momento anterior al vencimiento del plazo máximo fijado para el pacto de prueba en el respectivo convenio colectivo"[28].

22 STS de 15 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4973).

23 STSJ de Galicia, de 7 de julio de 2009 (Rec. núm. 1496/2009). Más recientes, STSJ de la Comunidad Valenciana, de 26 de junio de 2007 (Rec. núm. 1682/2007); de Castilla y León, de 23 de diciembre de 2009 (Rec. núm. 1955/2009) y de Extremadura, de 19 de junio de 2011 (rec. núm. 227/2011).

24 STSJ de Murcia, de 30 de abril de 1996 (Rec. núm. 166/1996).

25 STSJ de Navarra, de 31-03-2005 (Rec. núm. 100/2005)

26 STSJ de Galicia, de 23-02-2012 (Rec. núm. 5289/2011)

27 STSJ de Madrid, de 18 de septiembre de 2001(Rec. núm. 2908/2001)

28 Gallego Molla, F.: *El período de prueba en el contrato de trabajo. Problemas actuales a la luz de la jurisprudencia y de los convenios colectivos*, Aranzadi, Navarra, 2016. [consultado *online* en https://proview.thomsonreuters.com].

2. Duración del período de prueba.

La duración del período de prueba será la establecida en el contrato de trabajo, respetando, eso sí, los límites previstos en el convenio colectivo o, en su defecto, en el propio Estatuto de los Trabajadores.

De entrada, el art. 14 ET contempla unos topes máximos de duración del período de prueba que, como ya se ha adelantado, jugarán en defecto de pacto en convenio colectivo y varían dependiendo de si el trabajador es o no técnico titulado. En el primer caso, la duración máxima legal será de seis meses; mientras que en el segundo caso se rebajará el límite a los dos meses. La diferencia entre uno y otro es razonable pues, *a priori*, verificar las condiciones de la ejecución del trabajo, como la aptitud y adaptación del trabajador al trabajo contratado requerirá de más tiempo en los trabajos que implican una mayor cualificación. Conviene aclarar, en cualquier caso, que la consideración de trabajador técnico titulado, a estos efectos, exige que ésta guarde relación con la categoría y con las funciones que efectivamente desempeñe el trabajador. Por citar algún ejemplo concreto[29], se ha considerado abusiva y, por tanto, nula, una cláusula contractual que fijaba un periodo de prueba de seis meses en relación con un trabajador que era Licenciado en Derecho, pero que no estaba ejerciendo funciones específicas relacionadas con su titulación; ni la categoría ni el nivel salarial que le habían asignado eran los propios de aquélla. Más claro, la titulación le sirvió a la empresa, exclusivamente, para establecer un período de prueba de seis meses; en lugar del que legalmente le correspondía (dos meses).

Al margen de los umbrales que acabamos de señalar, el legislador español recoge otra serie de límites específicos a la duración del período de prueba que se establecen en el propio art. 14 ET, en otros preceptos de la norma estatutaria y extramuros de esta. Comenzando por el tantas veces citado art. 14 ET, se establece un régimen peculiar para las empresas que cuentan con menos de 25 trabajadores. Tratándose de organizaciones empresariales de esta dimensión, el limite máximo de duración del período de prueba será de 3 meses para los trabajadores que "no sean técnicos titulados". Sin abandonar el art. 14 ET, se indica que cuando se trate de contratos eventuales, de interinidad o por obra o servicio, siempre que se concierten por tiempo no superior a seis meses, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo. Por otra parte, el contrato en prácticas también cuenta con un límite especial en punto a la duración del período de prueba. En este sentido, el art. 11.1 letra d) ET dispone que la duración máxima, salvo pacto en convenio colectivo, será de un mes (trabajadores que estén en posesión de título de grado medio o

29 **SSTSJ de Madrid, de 26 de noviembre de 2002 (Rec. núm. 3073/2002) y de Cataluña, de 6 de junio de 2002 (Rec. núm. 424/2002).**

de certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2) o de dos meses (trabajadores que estén en posesión de título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3). Finalmente, el extinto art. 4.1 de la Ley 3/2012 preveía un período de prueba de duración de un año en todo caso.

Expuestos, siquiera sea sucintamente, los topes, generales y especiales, de duración del período de prueba, son tres las cuestiones que, en una primera aproximación, suscita la regulación de esta materia. Veamos por separado cada una de ellas.

La primera cuestión viene referida a la naturaleza jurídica de las normas que contemplan estos topes legales, esto es, si son normas absolutamente imperativas, mínimos, o si, por el contrario, se trata de normas dispositivas. Para dar respuesta al interrogante planteado es conveniente diferenciar entre los límites generales y los límites específicos antedichos. Respecto a las reglas generales, entre las que se incluiría la duración del período de prueba cuando se trate de trabajadores técnicos titulados en todas las empresas; la de los no titulados en empresas de más de 25 trabajadores; y los contratos de prácticas, la propia Ley no ofrece dudas al manifestar que los topes legales sólo actúan "en defecto de pacto en convenio". Es decir, tienen carácter subsidiario. La consecuencia que deriva de ello es que se trata de una norma totalmente dispositiva para la negociación colectiva, pudiendo contemplar duraciones distintas a las legales, tanto inferiores como superiores[30].

Más controvertido es el límite máximo de 3 meses previsto para los trabajadores no titulados de empresas de menos de 25 trabajadores. En este caso, la literalidad de la norma o, para ser más exactos, la ausencia de una remisión expresa al convenio colectivo, ha llevado a alguna sentencia dictada en suplicación a considerar que, en este caso, la norma estatutaria impide a la autonomía colectiva la estipulación de un período de prueba que exceda de los tres meses; sí, en cambio, queda expedita la rebaja de ese límite máximo legal[31]. En efecto, para defender esta tesis se ha señalado que si bien el art. 14.1 ET en su inicio "[…] expresa inequívocamente la subsidiariedad de la norma estatal: «En defecto de pacto en convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores». […] a continuación, tras un punto y seguido, se dispone: «En las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados»". Según el parecer de este sector de la doctrina judicial, la norma específica para las empresas pequeñas

30 Así lo ha indicado la jurisprudencia, entre otras, SSTS de 12 de noviembre de 2007 (Rec. núm. 4341/2006) y de 20 de julio de 2011 (Rec. núm. 152/2010). En este sentido, a nivel doctrinal, puede consultarse, por todos: García Rubio, M. A.: "Artículo 14. Período de Prueba", cit., p. 220.

31 SSTSJ de Madrid, de 1 de marzo de 2004 (rec. núm. 5851/200) y de Navarra, de 31 de marzo de 2005 (Rec. núm. 100/2005).

no aparece supeditada a regulaciones convencionales, razón por la cual, tiene carácter de derecho necesario y es inderogable *in peius* por convenio. Se afirma, por tanto, que "[…] Si se cumplen los presupuestos legales –empresa de menos de 25 trabajadores y trabajador que no es técnico titulado– no puede pactarse válidamente un período de prueba superior a tres meses, aunque el convenio colectivo lo haya permitido […]".

Sea como fuere, lo cierto es que no se trata ni mucho menos de un criterio unánime, pudiendo encontrar otras tantas resoluciones judiciales, más próximas en el tiempo, que se posicionan en favor del carácter dispositivo de esta limitación especial[32]. Posición que también es compartida por un sector mayoritario de la doctrina científica, al considerar que el vigente art. 14 ET "[…] atribuye actualmente al convenio colectivo la posibilidad de fijar los límites temporales del período de prueba en todos los supuestos sin excepción, también cuando la empresa tiene menos de veinticinco trabajadores"[33]. En este sentido, se ha afirmado que interpretar que la regla especial prevista para las empresas de menos de 25 trabajadores sea limitadora de las previsiones que puedan establecer los convenios colectivos "[…] es contraria a las tendencias legislativas que subyacen a la actual redacción del ET en la materia del período de prueba"[34]; pues el legislador ha querido que la regulación convencional sea la fuente primigenia.

Por último, respecto al contrato de apoyo a los emprendedores, la Ley 3/2012 era clara al señalar que su duración sería "de un año en todo caso". Por tanto, las partes eran libres de incluir o no un período de prueba, pero si así lo decidían, su duración siempre sería de 1 año, sin que los CC pudieran modificarla, ni ampliándola ni reduciéndola. En cualquier caso, una vez desaparecido este contrato del ordenamiento jurídico vigente, no parece necesario introducir mayores comentarios a este respecto.

La segunda cuestión tiene que ver con el papel de la negociación colectiva respecto de los topes legales que, tal y como hemos visto, se consideran, en su mayoría, plenamente dispositivos. Pues bien, los convenios colectivos quedan expresamente habilitados por el legislador para regular la duración del período de prueba; es decir, la norma legal se convierte en derecho supletorio. Siendo esto así, los sujetos negociadores pueden variar los límites legales en ambos sentidos: ya sea para ampliarlos, sea para reducirlos. Sin embargo, la amplitud con la que la negociación colectiva puede regular la duración del período de prueba

32 Entre otras SSTSJ de Cataluña, de 11 de octubre de 2012 (Rec. 4822/2012) y de las Islas Canarias, Las Palmas, de 14 de marzo de 2006 (Rec. núm. 1448/2005).

33 Del Val Tena, A. L.: "La duración período de prueba: límites. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de noviembre de 2003 (AS 2004, 2287)" [consultado *online* en la base de datos insignis.aranzadidigital.es].

34 STSJ de Cataluña, de 10 diciembre 2001 (Rec. núm. 4893/2001).

no se traduce en una facultad omnímoda. Como se ha encargado de subrayar jurisprudencia y doctrina judicial, la finalidad de la institución, el abuso de derecho y, por supuesto, el respeto al principio de igualdad y no discriminación constituyen, a su vez, limitaciones a la regulación convencional[35].

Por citar algunos ejemplos concretos, se ha considerado abusivo, por tratarse de una duración anormalmente amplia que, a mayor abundamiento, no respondía a una excesiva cualificación del puesto de trabajo, el establecimiento en el convenio de empresa de un período de prueba de dos años de duración para la categoría de promotor de ventas, cuyas funciones eran las de venta de "páginas amarillas y otros productos"; siendo la formación dada por la entidad para el desempeño de dicho puesto de dos semanas de duración. Es claro que, en el caso aludido, la duración fijada constituía una desvirtuación de la razón de ser de la institución del período de prueba[36]. Igual criterio se mantuvo respecto a un período de prueba de un año para una trabajadora del sector de la banca, con la categoría profesional de gestor, al entender que un período de prueba de tanta amplitud, no era razonable si se tenía en cuenta que la empresa había realizado un exhaustivo proceso previo de selección para acreditar las aptitudes de los trabajadores en la realización de la concreta actividad a efectuar, y que en el resultado de las evaluaciones se deducía que la pretensión de tal período implicaba la imposición por la empresa de unas condiciones laborales que suponían una ampliación ilegal del horario de trabajo, pues le obligaban a realizar una formación en horario extralaboral, cuya no realización fue la verdadera causa de la no superación del período de prueba[37]. La misma conclusión se alcanza, por citar un ejemplo más, respecto a un período de prueba de tres años establecido en el convenio colectivo de una empresa consultora. En esta ocasión, ni la complejidad de las tareas a desempeñar, ni la polivalencia funcional en la empresa, justificaba que fueran necesarios tres años para comprobar las aptitudes y capacidades de los trabajadores para asumir los cometidos encargados[38].

Junto al abuso de derecho, otra limitación a la negociación colectiva viene dada por el necesario respeto del principio de igualdad y no discriminación. Esta cuestión ha sido analizada en sede judicial a propósito de la contratación temporal. En extrema síntesis, se ha afirmado que el establecimiento de un período de prueba superior para el personal temporal que para el fijo vulnera aquel principio, en tanto en cuanto, "[…] lo único que les diferencia es la duración limitada en

35 Así lo ha señalado, también, la doctrina científica. En este sentido, puede consultarse el excelente trabajo de Gallego Molla, F.: *El período de prueba en el contrato de trabajo. Problemas actuales a la luz de la jurisprudencia y de los convenios colectivos*, cit.

36 STS de 20 de julio de 2011 (Rec. núm. 152/2010). En idéntico sentido, STS de 12 de noviembre de 2007 (Rec. núm. 4341/2006).

37 STSJ de la Comunidad Valenciana, de 8 de julio de 2009 (Rec. núm. 1264/2009).

38 STSJ de Madrid, de 28 de noviembre de 2003 (Rec. núm. 3995/2003).

el tiempo, en los temporales, e indefinida, en los fijos, con lo que fácil resulta comprender que tal diversidad si algo puede justificar es el establecimiento de un mejor trato para los trabajadores sujetos a contratación temporal, pues sin duda la vocación limitada en el tiempo del contrato temporal sí puede justificar una menor exigencia en la adecuación del trabajador concreto a su puesto de trabajo, necesidades empresariales y relaciones personales con el resto de las personas que prestan servicios en la empresa o que a ella acuden; lo que no resulta objetivamente justificado es que esa menor exigencia se haga recaer precisamente, y sin razón que lo sustente, sobre el colectivo que, precisamente en función de su contrato de trabajo, pertenece al sector más desfavorecido"[39]. En aplicación de esta doctrina, sí se ha considerado acorde al principio de igualdad la tesis contraria, esto es, el establecimiento de períodos de prueba distintos cuando el más amplio se asigna a los contratos indefinidos. La justificación objetiva de este tratamiento desigual se sitúa en la pretensión de beneficiar a los trabajadores con un contrato temporal (y, por ende, una relación más precaria) regulando un período de prueba más breve e incentivando al mismo tiempo la contratación indefinida. Sobre el particular se ha afirmado que "[…] ante una relación laboral con voluntad de permanencia indefinida en el tiempo, es razonable, y así lo entendieron los sujetos negociadores, que el empresario disponga de mecanismos que le permitan conocer la aptitud del trabajador, eliminando con ello reservas que pudieran impedir la formalización de relaciones estables, y por el contrario y como ya se ha dicho, y para evitar que dicha regulación no incida de manera negativa en los trabajadores sometidos a contratos temporales se limitan en su beneficio la duración de dichos períodos"[40].

La tercera y última cuestión se refiere el papel de la autonomía individual en la fijación de la duración del período de prueba. El contrato individual deberá sujetarse a las previsiones convencionales, que, tal y como hemos visto, quedan expresamente habilitadas por el legislador para regular la duración del período de prueba; pero, además, en defecto de pacto colectivo, también deberá respetar los límites estatutarios. Conjugando ambas premisas, puede concluirse que las posibilidades de la autonomía individual en punto a esta cuestión se reducen a establecer una duración del período de prueba inferior a la convencional o legal, pero, obviamente, por aplicación del art. 3.1.c) ET, en ningún caso podrá estipularse un período superior. De hecho, si lo hiciera, la cláusula sería nula *ex* art. 9 ET y se procedería a sustituir la duración pactada en el contrato por la prevista en el convenio o en la ley -dependiendo del caso-; pero manteniendo el pacto de

39 STSJ de Castilla y León, de 20 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 1987/2001).

40 STSJ de Cataluña, de 11 de enero de 2006 (Rec. núm.

prueba, hasta el punto de que sería lícito el desistimiento si no se produce durante ese exceso de la duración no permitido[41].

3. Otras cuestiones relacionadas con los aspectos temporales: cómputo e interrupción del período de prueba.

Para concluir con los aspectos temporales del período de prueba interesa referirse, siquiera sea de forma sucinta, a otras dos cuestiones de interés: de un lado, las reglas a tener en cuenta para el cómputo del período de prueba; y, de otra parte, los supuestos que pueden determinar la interrupción del mismo.

En cuanto a las reglas de cómputo, la normativa laboral guarda silencio al respecto, debiendo aplicarse la norma común, esto es, el art. 5 CC. Dicho precepto establece tres reglas: 1) en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; 2) si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. En todo caso, si en el mes que vence el plazo no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes; 3) no se excluyen del cómputo los días inhábiles.

No obstante lo anterior, la doctrina acaecida en suplicación evidencia como la traslación de estas reglas al cómputo del período de prueba no siempre se hace de una forma unánime. Por ejemplo, no es extraño encontrar sentencias que fijan como *dies a quo* el de inicio de la prestación de servicios[42], en lugar del día siguiente como debería hacerse si se aplica literalmente el art. 5 CC[43]; otras veces, cuando el plazo se fija por días, si bien hay resoluciones judiciales que se decantan por aplicar la norma común (días naturales); las hay que sólo computan los días efectivamente trabajados[44]; en particular, cuanto se trata de contratos a tiempo parcial[45]. Por último, también es posible identificar sentencias para las que, si el día que finaliza el período de prueba es domingo o festivo, ello no posibilita que el desistimiento se produzca al día siguiente[46]. La diversidad de criterios expuestos y para obtener una mayor seguridad jurídica, sería deseable que las partes incorporen estos extremos en el pacto individual.

En otro orden, respecto a la posible interrupción del cómputo del período de prueba, la norma estatutaria dispone expresamente que: "las situaciones

41 STS de 19 de octubre de 1987 (RJ1987/7071). En el mismo sentido, STSJ de Cataluña, de 19 de marzo de 2007 (Rec. núm. 8631/2006).

42 STSJ de Cantabria, de 26 de junio de 2006 (Rec. núm. 533/2006).

43 STSJ de la Comunidad Valenciana, de 12 de diciembre de 2001 (Rec. núm. 2874/2001).

44 STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 26 de julio de 2002 (Rec. núm. 562/2002).

45 STSJ de Castilla-La Mancha, de 26 de octubre de 2004 (Rec. núm. 1008/2004) y de Galicia, de 7 de mayo de 2019 (rec. núm. 840/2019).

46 STSJ de Madrid, de 26 de noviembre de 1998 (Rec. núm. 5979/1998).

de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género, que afecten a la persona trabajadora durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes". Tan solo un par de apreciaciones: la primera de ellas es que la norma requiere acuerdo de las partes para que proceda la interrupción; en su defecto, el plazo seguirá computando. La segunda de ellas es que la interrupción no enerva la facultad de las partes de ejercer la facultad de desistimiento[47]. Por lo demás, se ha indicado por parte de la doctrina que las restantes causas de suspensión del contrato interrumpen el cómputo de la duración del período de prueba sin necesidad de que exista acuerdo alguno[48].

IV. ASPECTOS MATERIALES DEL PERÍODO DE PRUEBA.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 14.1, párrafo cuarto, del ET: "Será nulo el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación". Es decir, la nulidad requiere que exista una identidad de funciones y que se trate de la misma empresa. Asimismo, será indiferente la modalidad contractual empleada. Veamos a continuación en que se concretan estas condiciones según la interpretación dada a las mismas por jurisprudencia y doctrina judicial. Si bien, puede adelantarse desde ahora, en línea con el parecer manifestado por una parte de la doctrina científica, que la práctica judicial ha sometido este precepto a una "[…] interpretación correctora, en clave teleológica, que ha afectado a los tres pilares sobre los que se sustenta la previsión […]"[49]. Pero vayamos por partes.

1. Identidad funcional.

Si como decíamos en la parte introductoria del trabajo, la finalidad del instituto del período de prueba -del lado empresarial- es comprobar la aptitud del trabajador y, en general, su adaptación a la empresa y a las tareas encomendadas, carece de sentido su establecimiento cuando el empleador ya dispone de dicha información. En otras palabras, es nulo, por constituir un abuso de derecho, un nuevo pacto de esta naturaleza cuando ya se ha acreditado la idoneidad por parte del trabajador en un contrato de trabajo anterior[50].

Sobre la base de esta premisa fundamental y, a la luz de la doctrina judicial y jurisprudencial, interesa significar, de entrada, que lo verdaderamente relevante

47 STS de 12 de diciembre de 2008 (Rec. núm. 3925/2007).

48 Gárate Castro, J.: "Período de prueba", cit., p. 287.

49 García Rubio, M. A.: "Artículo 14. Período de Prueba", cit., p. 217.

50 STS de 23 de octubre de 2008 (Rec. núm. 2423/2007).

para que opere la nulidad es atender a las funciones que efectivamente desarrolla el trabajador y que exista coincidencia con las desarrolladas en un contrato anterior[51]; independientemente de si formalmente, en el nuevo contrato, se ha mantenido la misma[52] o distinta categoría o grupo profesional[53]. Un ejemplo interesante, en este sentido, fue el analizado por la sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de septiembre de 2019 donde existía coincidencia de categoría, grupo y nivel salarial en las dos contrataciones. Sin embargo, en dicha resolución se afirmará que es perfectamente válido el establecimiento de un nuevo período de prueba en tanto en cuanto la prestación de servicios requería de conocimientos y capacidades específicas. Concretamente, en el supuesto analizado, el trabajador había prestado servicios primero como enfermero en la UCI y en el centro de especialidades, y posteriormente, fue contratado, también como enfermero, para la unidad de nefrología en la que se requieren conocimientos y capacidades específicas[54]. En sentido contrario, se ha reputado como nulo el período de prueba pactado en una segunda contratación, aunque las funciones de esta última sólo eran una parte de las encomendadas en virtud del primer contrato[55]. Tampoco es relevante, por lo demás, si las funciones a desempeñar son coincidentes pero el lugar o centro de trabajo donde se prestan los servicios difiere en los dos contratos[56].

Ahora bien, donde sí se ha producido una cierta modalización por parte de los Tribunales del orden social, es en los casos en que, pese a que el trabajador ha desempeñado las mismas funciones, en la primera contratación lo ha hecho por un espacio de tiempo relativamente breve; o cuando entre una y otra contratación ha mediado un espacio temporal considerable[57]. Comenzando por el primero de los elementos correctores, la jurisprudencia ha señalado que, si el período de prueba tiene por fin acreditar la aptitud del trabajador para el puesto de trabajo a desempeñar, es razonable prohibir que se pacte un nuevo período de prueba cuando ya se acreditó la idoneidad, durante la vigencia de un contrato anterior. Refuerza este argumento el hecho de que el transcurso del período de prueba pueda suspenderse, durante ciertas situaciones de suspensión del contrato, en la medida en que la voluntad del legislador es la de que el período de prueba sea eficaz a sus fines, lo que normalmente requerirá que transcurra por completo.

51 STSJ de Islas Baleares de 22 de marzo de 2004 (Rec. núm. 77/2004); de La Rioja de 21 de marzo de 2011 (Rec. núm. 119/2011); de Madrid, de 22 de junio de 2012 (Rec. núm. 2046/2012); de Castilla y León, de 28 de marzo de 2012 (Rec. núm. 165/2012); de las Islas Canarias, de 27 de abril de 2017 (Rec. núm. 1180/2016); y de Castilla-La Mancha, de 19 de marzo de 2019 (Rec. núm. 1960/2018).

52 SSTSJ de la Comunidad Valenciana (Rec. núm. 3415/1995) y de Castilla y León de 11 de enero de 2017 (Rec. núm. 2275/2016).

53 STSJ de Madrid, de 14 de julio de 2017 (Rec. 485/2017).

54 Rec. núm. 385/2019.

55 STSJ del País Vasco, de 27 de abril de 2004 (Rec. núm. 95/20049).

56 SSTSJ de Cantabria, de 28 de junio de 2007 (Rec. núm. 615/2007) y de Madrid, 19 de diciembre de 2019 (Rec. núm. 545/2019).

57 Sobre esta cuestión, García Rubio, M. A.: "Artículo 14. Período de Prueba", cit., pp. 217-218.

Pues bien, atendiendo a estas premisas, el TS considera que cuando el período de prueba no transcurrió por completo por causa imputable al trabajador que desistió del contrato antes de tiempo, puede luego celebrarse otro contrato en el que se pacte un nuevo período de prueba, ya que el anterior no sirvió para acreditar la idoneidad del empleado que, realmente, no puede decirse que superara la prueba, pues no dio opción a que el empresario se pronunciara al respecto[58]. La misma conclusión se ha alcanzado por la Sala 4ª del TS respecto a otros supuestos en los que el primer contrato no finalizó por decisión unilateral del trabajador; sino que se trataba de un supuesto de sucesión de dos contratos temporales válidos para un mismo puesto de trabajo, sin haber transcurrido el período de prueba en el primer contrato[59]. Ahora bien, la duración del período de prueba en el segundo de los contratos, sumada a la del contrario anterior, deberá respetar el período total convencionalmente establecido para la prueba, pues, de lo contrario, será nulo[60].

El segundo factor de corrección que manejan los tribunales es la distancia temporal que media entre contrataciones. En este sentido, hay sentencias que han considerado que cuando ha transcurrido un dilatado espacio de tiempo entre uno y otro contrato, sería justificable el establecimiento de un segundo período de prueba, aunque se tratase de las mismas funciones. El razonamiento que ampara esta interpretación es que puede entenderse justificada la necesidad empresarial de comprobar si el trabajador sigue teniendo una aptitud profesional adecuada para el desempeño del trabajo[61]. La determinación de que se entiende por un período dilatado depende del caso concreto. A modo de ejemplo, hay sentencias que lo han fijado en más de 3 años[62]; otras en más de 4 años[63]; y otras en más de 5 años[64]. En todo caso, se trata de una doctrina cuanto menos discutible y prueba de ello es que otras resoluciones judiciales no confieren relevancia a la distancia que media entre contratos sino a la identidad funcional; esto es, se decantan por una interpretación literal del precepto legal[65].

58 STS de 23 de octubre de 2008 (Rec. núm. 2423/2007).

59 STS de 24 de enero de 2014 (Rec. núm. 375/2013). En este mismo sentido, STSJ de las Islas Canarias, de 31 de julio de 2019 (Rec. núm. 470/2019).

60 STS de 24 de enero de 2014 (Rec. núm. 375/2013). En este sentido, STSJ de Islas Canarias, de 31 de julio de 2019 (Rec. núm. 470/2019).

61 STSJ de Madrid, de 16 de marzo de 2010 (Rec. núm. 6473/2009).

62 STSJ de la Comunidad Valenciana, de 3 de octubre de 2007 (Rec. núm. 2733/2007).

63 STSJ de Murcia, de 11 de noviembre de 2013 (Rec. núm. 733/2013)

64 STSJ de Cataluña, de 7 de mayo de 2014 (Rec. núm. 1135/2014).

65 STSJ de Castilla y León, de 22 de marzo de 2004 (Rec. núm. 95/2004).

2. Identidad empresarial.

La nulidad de un nuevo período de prueba no sólo requiere, en los términos ya analizados, que se trate de las mismas funciones, sino que también deberán prestarse para la misma empresa (art. 14.1 4º ET).

Una interpretación finalista de esta exigencia ha llevado a la doctrina judicial y jurisprudencia a considerar que estamos ante una misma empresa, en diferentes supuestos, entre otros:

- En el caso de sucesión de contratas y subcontratas[66].

- En supuestos de sucesión de empresas *ex* art. 44 ET[67].

- Cuando el trabajador ha sido contratado previamente por una empresa de trabajo temporal para prestar servicios como trabajador en misión en la empresa que, posteriormente, procederá a su contratación directa. Se argumentará en este sentido que ese mismo trabajador ya ha desempeñados tareas idénticas dentro de la organización de la empresa, aunque formalmente estuviera empleado por una empresa de trabajo temporal. Es más, "[…] las particularidades que se dan en la relación laboral de los trabajadores en misión incluyen las notas características de ser la usuaria quien percibe de modo directo la prestación de servicios y quien, asimismo, está en contacto con el trabajador, que ha de pasar a incorporarse al desarrollo de la actividad que la misma organiza. Por tanto, difícilmente puede aducirse que ese mismo trabajador, una vez contratado directamente y de modo inmediato en el tiempo, para el mismo o similar puesto, pueda constituir una incógnita necesitada de experimentación"[68].

- Cuando la contratación se produce entre empresas integrantes del mismo grupo empresarial[69].

- En supuestos de reversión en la gestión de un servicio público previamente externalizado[70].

Al margen de la extensión operada en los supuestos que se acaban de enunciar, la jurisprudencia también ha apreciado la nulidad del pacto sobre el período de prueba por tratarse de la "misma empresa", cuando la prestación de servicios

66 STSJ de las Islas Canarias, de 17 de marzo de 2006 (Rec. núm. 1067/2005)

67 SSTS de 18 de julio de 1986 (RJ 1986/4238); de 18 de enero de 2005 (Rec. núm. 253/2004) y de 25 de noviembre de 2005 (Rec. núm. 5064/2004).

68 STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2004.

69 STSJ de la Comunidad Valenciana, de 24 de abril de 1996 (Rec. núm. 2960/1995).

70 STSJ de Madrid, de 31 de octubre de 2019 (Rec. núm. 504/2019).

se realiza sucesivamente para empresas distintas en particulares circunstancias (por ejemplo, se desempeñan funciones en el mismo edificio; con los mismos materiales, bajo las directrices de una misma persona) que permiten concluir que la empresa nueva contratante tenía conocimiento de la probada aptitud del trabajador, careciendo de finalidad la exigencia de una nueva prueba de aptitud ya demostrada y constatada[71].

3. Indiferencia de la modalidad contractual previa.

El art. 14.1, 4º párrafo, del ET considera irrelevante cuál es la modalidad de contratación que vinculaba a las partes con carácter previo. Quiere ello decir que no afecta en nada que la vinculación previa se formalizase a través de un contrato temporal o indefinido; o que fuera una de las modalidades formativas o de cualquier otro tipo. Ahora bien, la expresión literal "bajo cualquier modalidad de contratación" encierra algunos interrogantes si nos situamos fuera del ámbito laboral; supuestos que han sido analizados por la doctrina científica[72] y judicial, sin que, en relación a esta última, exista una posición unívoca.

Una primera cuestión es si cuando el legislador habla de cualquier modalidad de contratación han de incluirse también los supuestos en que el trabajador estaba previamente unido a la empresa, pero mediante un contrato mercantil o administrativo. Aquí, la solución a la cuestión planteada depende de si se hace una interpretación finalista o literal de la norma estatutaria. En el primer caso, sería perfectamente válido el establecimiento de un período de prueba. Quienes se inclinan por esta tesis, argumentan que el objeto del período de prueba no se limita únicamente a valorar la calidad de los servicios prestados por el trabajador y su capacidad para desempeñarlos, sino que se extiende también al desarrollo con habitualidad y profesionalidad de los trabajos dentro de una estructura organizativa y en las condiciones de dependencia y ajenidad que caracterizan a la relación laboral. Notas de dependencia, subordinación e integración en la estructura organizativa que se encuentran ausentes en otro tipo de contrataciones ajenas al ámbito laboral[73]. Quienes optan por una interpretación literal consideran que no sería posible establecer un segundo período de prueba, so pena de nulidad, pues el ET alude a cualquier contratación, no sólo a la laboral; y, por consiguiente, lo determinante es si el empresario ya tenía cabal conocimiento de las cualidades y forma de trabajar del trabajador[74]. La solución no es sencilla y dependerá del caso concreto y del tipo de vinculación previa. Me explico, si previamente se ha estado vinculado a través de un contrato administrativo con el empleador, en

71 SSTS de 18 de enero de 2005 (Rec. núm. 253/2004) y de 25 de noviembre de 2005 (Rec. núm. 5064/2004).

72 García Rubio, M. A.: "Artículo 14. Período de Prueba", cit., pp. 219-220.

73 STSJ de Castilla y León, de 21 de febrero de 2005 (Rec. núm. 134/2005).

74 STSJ de Andalucía, de 14 de septiembre de 2005 (Rec. núm. 1388/2005).

condiciones si no igual, al menos asimilables a las de un trabajador por cuenta ajena, parece razonable que no sea posible establecer un segundo período de prueba. En cambio, si la vinculación anterior era, por ejemplo, como trabajador autónomo, considero que no jugaría la causa de nulidad establecida en el art. 14.1, 4º párrafo ET, pues las diferencias entre una y otra categoría son sustanciales y la empresa puede querer comprobar la adaptación de este último no sólo al desempeño del trabajo sino a como asume la prestación de servicios dentro de su ámbito de organización y dirección.

Otro aspecto menos controvertido es cómo afectaría a la regla contenida en el citado art. 14.1, 4º párrafo ET, si el trabajador se encontraba vinculado a la empresa no ya por un contrato, sea o no laboral, sino a través de otro tipo de vínculos, por ejemplo, una beca o un curso de formación. En relación a esta cuestión, la tesis mayoritaria es la que admite la validez del período de prueba. Lo cual, en mi opinión, es comprensible, teniendo en cuenta la distinta naturaleza y características de un contrato y de una beca, cuyo objeto, por otro lado, es totalmente distinto[75]. Además, en este caso, no podría defenderse la nulidad del período de prueba en base a una interpretación literal pues la norma habla de "modalidad de contratación".

Una última cuestión es si procede declarar la nulidad del período de prueba en los casos en que el empleador ha tenido conocimiento de las capacidades del trabajador por haber superado un proceso de selección previo. El supuesto descrito tiene especial interés en el ámbito del personal de las Administraciones Públicas.

En efecto, tradicionalmente, se ha planteado la duda de si resultaba ajustado a Derecho conceder al empresario, en este caso, a la Administración Pública, la facultad de pactar un periodo de prueba teniendo en cuenta que previamente los candidatos ya han superado un riguroso procedimiento de selección, en el que precisamente el ente público ha podido tener conocimiento de la aptitud y capacidad del trabajador. Pues bien, la doctrina judicial que han examinado esta cuestión ha mantenido criterios divergentes, si bien, la tendencia mayoritaria se posiciona en un sentido favorable. Y así lo ha entendido también la jurisprudencia[76].

Comenzando por el sector minoritario, existen pronunciamientos que declaran la nulidad del pacto de periodo de prueba, calificando el cese empresarial como despido improcedente. Se argumenta en este sentido que carecería de toda lógica constitucional el dejar al arbitrio de la Administración convocante la efectiva vinculación laboral del candidato que aprobó las pruebas establecidas y

75 STSJ de Galicia, de 22 de noviembre de 2019 (Rec. núm. 3819/2019).

76 SSTS de 3 de diciembre de 2013 (Rec. núm. 2858/2012) y de 23 de enero de 2014 (Rec. núm. 1181/2013).

valoradas objetivamente por el Tribunal o Comisión selectiva, de tal modo que, "acogiéndose a la imposición de un período de prueba, quede finalmente a su libre arbitrio la efectividad de la contratación, situación que sería claramente contraria a la obligación de que la vinculación se realice tras la valoración objetiva por el órgano adecuado de los principios de mérito y capacidad, quedando entonces, no ya desdibujada, sino eliminada en la práctica, la necesaria superación de las pruebas objetivas convocadas, que además siempre conllevan el inherente esfuerzo –y frecuentemente gasto- de preparación adecuada por los aspirantes"[77].

Frente a esta tesis, la mayoría de las resoluciones admiten la posibilidad de pactar periodos de prueba. Se argumenta en este sentido que la superación de pruebas selectivas, no desmerece ni desvirtúa la finalidad de todo período de prueba –art.14 ET-, en cuanto tendente al conocimiento recíproco de ambas partes, de modo que éstas puedan en la práctica probar y ensayar, conforme a la doctrina científica, si la relación entablada responde o no a sus respectivas expectativas, o si satisface o no sus respectivos intereses[78]. Es decir, se parte de la base de que la selección previa al contrato de trabajo y el establecimiento del periodo de prueba responden a finalidades distintas, siendo perfectamente compatibles entre sí. La elección del mejor candidato, a la que se dirige el proceso selectivo, tiene luego que confrontarse con el día a día del trabajo, pues sólo entonces, será posible determinar "la adecuación y aptitud del trabajador a las específicas tareas asignadas, su buena respuesta ante ellas y el cumplimiento de las expectativas puestas por el empresario". Cabría afirmar, por tanto, que "los efectos de la selección previa finalizan donde comienza ese período transitorio del vínculo laboral en que cada parte libremente y sin dar explicaciones puede desistir del contrato"[79].

Por consiguiente, partiendo de que dicha institución constituye una prolongación del proceso selectivo[80], *a priori,* el establecimiento de un periodo de prueba en el que se pueden valorar aspectos tan variados como la adaptación al medio, la actitud en el trabajo, su integración en el equipo, etc., sería admisible desde el punto de vista constitucional, sin que suponga una vulneración de los principios de mérito y capacidad, "pues tales circunstancias bien pudieran incluirse dentro de tales conceptos y pudieron no ser valoradas en el procedimiento selectivo propiamente dicho"[81]. Tesis jurisprudencial que encontraría apoyo normativo tanto en el art. 33.2 del RD 364/1995, de 10 de marzo –no derogado por el EBEP-, en

77 Por todas, STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 1996 (Rec. núm. 1130/1996).

78 SSTSJ de Madrid de 7 de mayo de 2007 (Rec. núm. 355/2007) y de Castilla-La Mancha, de 7 de septiembre de 2005 (Rec. núm. 804/2005).

79 *Vid.* STSJ del Principado de Asturias de 26 de diciembre de 2003 (Rec. núm. 2314/2003).

80 Cordero Saavedra, L.: *Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas,* Laborum, Murcia, 2003, p. 227.

81 López Gómez, J. M.: *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público,* Civitas, Madrid, 2009, p. 340.

virtud del cual, la adquisición de la condición de personal laboral fijo dependerá de que se supere satisfactoriamente el período de prueba que se determine en cada convocatoria; como en el propio EBEP –art. 61.5- que contempla la posibilidad de que el proceso de selección se complete con la superación de pruebas prácticas.

V. EJERCICIO DE LA FACULTAD DE DESISTIMIENTO.

Durante el periodo de prueba, el trabajador tiene los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, pero con una excepción, a saber, los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso. Ni que decir tiene que una vez expira la duración del período de prueba decae también esta especialidad, lo que supone la estabilización de la relación laboral; en el sentido de que, si la empresa quiere resolver el contrato, deberá fundar su decisión en alguna de las causas legalmente previstas en el art. 49 ET.

Volviendo al tema que nos ocupa, tal como decíamos al inicio del presente trabajo, ésta es la principal singularidad del período de prueba y, por más que se trata de una facultad que la ley pone a disposición de ambas partes, no hay duda de que es la empresa la principal beneficiada. Por este motivo, parece razonable que en las próximas páginas nos centremos en el análisis del ejercicio de la facultad de desistimiento cuando se lleva a cabo por la empresa; que, por otra parte, es la que plantea una mayor litigiosidad. Acaso señalar, respecto al trabajador, que, si ejerce dicha facultad, no es necesario que alegue causa alguna ni tampoco que se someta a ninguna formalidad, incluida la obligación de preavisar. Esta última es quizás la única diferencia con la posibilidad de dimisión que establece el art. 49.1 letra d) ET.

1. Características, límites y efectos del desistimiento empresarial.

Existe una copiosa doctrina jurisprudencial en punto a los rasgos definitorios del ejercicio de la facultad de desistimiento empresarial durante el período de prueba, así como los límites que puede encontrar dicha potestad, cuyas líneas maestras, en extrema síntesis, pueden reconducirse a las siguientes:

En primer lugar, aunque parezca una obviedad, no está de más recordar que la facultad de desistimiento juega en tanto en cuanto esté vigente el período de prueba. O, lo que es lo mismo, no es viable una vez la duración de aquel haya expirado, pues en tal caso no estaremos ante un supuesto de libre desistimiento

sino ante un despido improcedente (o nulo), dependiendo del caso, con las consecuencias inherentes a dicha calificación[82].

En segundo lugar, el Tribunal Supremo ha venido señalando, de antiguo, que esta facultad implica que el empresario (y el trabajador) puede resolver el contrato de trabajo unilateralmente por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el periodo de prueba este todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó[83]. Bastaría, por tanto, la mera comunicación verbal[84].

Ahora bien, la libertad de forma que reconocen los Tribunales en relación al desistimiento durante la prueba no impide que puedan preverse algunas especificaciones en la negociación colectiva o en el contrato de trabajo que, a salvo de que constituyan un fraude o abuso de derecho, deberán observarse por las partes[85].

En todo caso, es importante destacar que la libertad de desistimiento reconocida al empresario no es absoluta, sino que presenta ciertos límites, apuntados en la ley y que se ha encargado de concretar la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Y es que, empresario y trabajador, están obligados a realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba, lo que impide que el desistimiento puede producirse sin que haya tenido lugar la comprobación sobre el terreno de que el mantenimiento de la relación de trabajo no conviene a los intereses de una u otra parte del contrato; pero, además, la decisión de desistimiento no puede amparar una discriminación o lesión de derechos fundamentales. En efecto, el único supuesto que puede provocar la inefectividad de la decisión unilateral rescisoria es que la misma esté motivada o causada por una razón discriminatoria que viole el art. 14 de la Constitución o que vulnere cualquiera de los derechos fundamentales que ésta proclama[86].

82 Por todas, SSTSJ de Galicia, de 28 de noviembre de 2017 (rec. núm. 3803/2017) y del País Vasco, de 27 de junio de 2017 (Rec. núm. 1357/2017).

83 Entre otras, SSTS de 2 de abril de 2007 (Rec. núm. 5013/2005); de 12 de diciembre de 2008 (Rec. núm. 3925/2007); de 23 de noviembre de 2009 (rec. núm. 3441/2008); de 18 de abril de 2011 (Rec. núm. 2893/2010); de 2 de julio de 2012 (Rec. núm. 2789/2011). Esta tesis ha sido reiterada por la doctrina de suplicación en innumerables ocasiones, por ejemplo, las SSTSJ de Extremadura, de 11 de julio de 2019 (Rec. núm. 358/2019); y de Galicia, de 7 de mayo de 2019 (Rec. núm. 840/2019).

84 STSJ de Castilla y León, de 7 de febrero de 2019 (rec. núm. 38/2019).

85 STSJ de Islas Canarias, de 14 de marzo de 2006 (Rec. núm. 1448/2005).

86 SSTS de 1 de noviembre de 1984, 14 de abril de 1986, 3 de diciembre de 1987 y 6 de julio de 1990, entre muchas otras.

Como bien ha señalado, desde tiempo atrás, el Tribunal Constitucional, "[…] el ámbito de libertad reconocido por el art. 14.2 del Estatuto de los Trabajadores no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales y aunque la resolución del contrato no esté fundada en motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria, ya que esa facultad resolutoria de la que ha hecho uso la empresa, está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer por causas ajenas el propio trabajo, en contra de un derecho fundamental; como es el de la igualdad, reconocido en el art. 14 de la Norma Suprema, y ante la alegación de un derecho fundamental, la empresa viene obligada a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria". En definitiva, por más que la facultad de desistimiento empresarial en el periodo de prueba constituya una suerte de excepción a la prohibición de libre extinción del contrato "[…] no se trata de una facultad omnímoda para el empresario, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan resultados inconstitucionales"[87].

A modo de ejemplo, y al margen de los supuestos de desistimiento del contrato cuando la trabajadora está embarazada, a los que seguidamente aludiré, se ha considerado nulo por vulnerar la garantía de indemnidad, la extinción del contrato de trabajo alegando la no superación del periodo de prueba, cuando en realidad enmascaraba una clara represalia empresarial frente a las denuncias presentadas por el trabajador ante la Inspección de Trabajo[88]. Igual suerte corrió -nulidad- la extinción de contrato por no superación del periodo de prueba al haberse probado que el cese obedecía exclusivamente a una represalia empresarial por el ejercicio la actividad sindical por parte del trabajador[89].

En estos supuestos, repárese en que rigen las reglas de distribución de la carga de la prueba que se establecen para el despido nulo, de tal forma que el trabajador deberá aportar un indicio de la vulneración del derecho fundamental que alega como infringido y el empleador deberá acreditar, de forma plena, que la conducta empresarial nada tiene que ver con tal derecho fundamental que indiciariamente se ha visto vulnerado.

En cuanto a los efectos del desistimiento, si no existe ninguna tacha de ilegalidad, la consecuencia será la extinción del vinculo contractual sin que se generé ningún tipo de indemnización. En cambio, si la resolución del contrato es ilícita, ya sea porque el pacto adolece en su configuración de algún vicio de ilegalidad, porque la resolución del contrato no se efectúa en los términos que hemos visto o porque la decisión constituye un abuso de derecho o una vulneración de derechos

87 Por todas, SSTC 94/1984, de 16 de octubre y 166/1988, de 26 de septiembre.

88 STSJ de Galicia, de 6 de noviembre de 2019 (Rec. núm. 2397/2018).

89 STSJ de Cataluña, de 26 de octubre de 2018 (Rec. núm. 4129/2018).

fundamentales, ya no se tratará de libre desistimiento sino de un despido, cuya calificación, improcedencia o nulidad, dependerá del motivo concreto por el que la decisión empresarial no se ajusta a Derecho.

2. Resolución a instancia empresarial en el caso de trabajadoras embarazadas.

No hay más que consultar los repertorios de jurisprudencia para comprobar que, tradicionalmente, uno de los supuestos que más litigiosidad provoca, es el relativo al desistimiento empresarial que recae sobre una trabajadora embarazada; y ello en la medida en que la decisión de resolver el contrato durante la prueba puede constituir una vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo. En estos casos, los tribunales del orden social han venido declarando la existencia de despido nulo cuando la empresa no consigue aportar una justificación objetiva y razonable de que el desistimiento empresarial durante el período de prueba responde a causas distintas al embarazo de la trabajadora. Y es que, tal y como se ha indicado, la decisión de desistimiento no puede amparar, en ningún caso, una discriminación o lesión de derechos fundamentales.

Ahora bien, es lo cierto que el Tribunal Supremo[90], sobre la base de la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y el desistimiento empresarial en periodo de prueba, ha rechazado la extensión del mecanismo de tutela objetiva de la trabajadora embarazada en caso de despido, previsto expresamente en el art. 55.5.b) ET, al supuesto del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. Tesis que, por lo demás, ha sido avalada por el Tribunal Constitucional[91]. Ello significa, por cuanto aquí interesa, que es necesario aportar un indicio razonable de móvil discriminatorio para apreciar la nulidad del cese por no superación del período de prueba, lo que exige que la empresa hubiera tenido conocimiento del embarazo antes de extinguir el contrato. En resumidas cuentas, durante el periodo de prueba la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, pues se trataría de un supuesto de discriminación por razón de sexo. No obstante, ello no significa que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho periodo de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese produjo por causas razonables y justificadas[92]

En este estado de las cosas, se aprobó el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que va a

90 Por todas, STS de 18 de abril de 2011 (rec. núm. 2893/2010).

91 Entre otras, SSTC de 21 de julio de 2008 (Rec. núm. 6595/2006); de 18 de mayo de 2009 (Rec. núm. 11224/2006); y de 10 de octubre de 2013 (Rec. núm. 3773/2011).

92 Sempere Navarro, A. V.: "Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2013.

suponer un cambio importante respecto a la situación descrita, al conferir una nueva redacción al art. 14.2, párrafo segundo, del ET, en virtud de la cual: "La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad".

Pues bien, atendiendo a la nueva redacción de la norma estatutaria, puede afirmarse que el legislador ha querido extender la tutela reforzada del despido nulo objetivo a la resolución del contrato por desistimiento empresarial. Siendo esto así, cuando la empresa decida desistir del contrato durante el período de prueba de una trabajadora embarazada, se abren dos escenarios dependiendo de si tiene conocimiento o no de su estado[93]: en el primer supuesto, deberá acreditar las causas en que basa su decisión pues, en este caso, juega *ab initio* la tutela reforzada; en el segundo supuesto -desconoce este hecho- procederá al desistimiento ordinario sin acreditación de causa, pero ante una eventual reclamación de nulidad de la trabajadora deberá acreditar, *a posteriori,* las razones por las que no ha superado el período de prueba. Ahora bien, seguimos encontrándonos ante un supuesto de resolución del contrato durante el período de prueba por lo que las causas alegadas pueden perfectamente ser de índole subjetiva; siempre que las mismas, obvio es decirlo, no estén relacionadas con el estado de la trabajadora.

93 López Balaguer, M.: "VIII. La garantía de los derechos de conciliación", en AA.VV., *Los derechos de conciliación en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 170-171.

BIBLIOGRAFÍA

Ballester Pastor, M. A.: El *período de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Blasco Pellicer, Á.:

- "La Autonomía individual en el sistema de fuentes de las relación jurídico-laboral", *Aranzadi Social*, núm. 17, 2004.
- *La individualización de las relaciones laborales*, CES, Madrid, 1995.

Borrajo Dacruz, E.: "Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la regulación del trabajo: balance y nuevas perspectivas" *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1993.

Cordero Saavedra, L.: *Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas,* Laborum, Murcia, 2003.

Del Val Tena, A. L.:

- "La duración período de prueba: límites. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de noviembre de 2003 (AS 2004, 2287)".
- *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998.

Gallego Molla, F.: *El período de prueba en el contrato de trabajo. Problemas actuales a la luz de la jurisprudencia y de los convenios colectivos*, Aranzadi, Navarra, 2016.

Gárate Castro, J.: "Período de prueba", en AA.VV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (coord. por Goerlich Peset, J. Mª.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

García Rubio, M. A.: "Artículo 14. Período de Prueba", en AA.VV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova. Thomson Reuters, Valladolid, 2016.

López Balaguer, M.: "VIII. La garantía de los derechos de conciliación", en AA.VV., *Los derechos de conciliación en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia.

López Gómez, J. M.: *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público,* Civitas, Madrid, 2009.

Sempere Navarro, A. V.: "Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2013.

LOS TRABAJADORES DE EDAD Y EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO LABORAL*

OLDERS WORKERS AND ACTIVE WORKING AGING

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 526-557

* Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación FONDEF CONICYT (ID16am006) titulado "El maltrato estructural a las personas mayores en Chile. Formulación de un índice multidimensional".

Tarik LAMA GÁLVEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El presente trabajo investiga con una mirada crítica y propositiva a los trabajadores de edad en Chile para luego construir una definición, con perspectiva laboral, de "trabajadores de edad" y "envejecimiento activo laboral" plenamente aplicables en la doctrina y normativa ius laboralista.

PALABRAS CLAVE: Trabajadores de edad; adultos mayores; envejecimiento activo; trabajo.

ABSTRACT: *The present paper with a critical and proactive look at older workers in Chile and then build a definition, with an occupational perspective, of "older workers" and "active aging in work" affected in the labor law doctrine and regulations.*

KEY WORDS: *Older workers; older adults; active aging; work.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA EDAD Y EL TRABAJO.- III. TRABAJADORES DE EDAD: CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO.- 1. Perspectivas y criterios que modelan la noción del sujeto.- 2. Trabajadores de edad desde un criterio cualitativo y con perspectiva laboral.- A) El sujeto.- B) El contexto socio laboral.- C) El factor etario.- D) Los estereotipos.- E) Efectos internos y externos.- 3. Definición.- IV. ENVEJECIMIENTO ACTIVO LABORAL.- V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Estamos experimentando un desarrollo demográfico nunca antes visto. En los últimos cincuenta años, la tasa de mortalidad infantil se redujo en un 43'5% y se produjo un aumento en 16 años de la esperanza de vida mundial -de 56 a 72 años-[1]. Paralelamente, las políticas de control demográfico[2] surtieron efecto, disminuyendo la tasa de natalidad a nivel mundial en un 43'5% y en Chile en un 60'1%[3].

Como contrapartida, estos progresos han llevado a que la gran masa demográfica, que antes se concentraba en la parte inferior de las pirámides poblacionales nacionales, vaya acercándose a la cúspide de éstas[4], generándose un panorama mundial diferente y con nuevos desafíos. En lo que respecta a Latinoamérica, la velocidad del proceso de envejecimiento es la tendencia caracterizadora[5] y, dentro de la región, Chile es uno de los países en el que la transición demográfica, de población joven a madura, está más avanzada, estimándose que para el 2050 la población mayor de 50 años corresponderá al 43'9 % de sus habitantes[6].

1 Información extraída de la base de datos internacionales del Banco Mundial, actualizada al 2016.

2 Para obtener más información y contextualizarse, revisar: Varios autores Movimiento Pro-Emancipación De Las Mujeres De Chile: *La Mujer nueva*, Santiago, Gutenberg, 1936, p. 1; Papa Pablo VI: *Humanae Vitae. Sobre la regulación de la natalidad*, Paulinas, Chile, 1983.

3 Información extraída de la base de datos internacionales del Banco Mundial, actualizada al 2016.

4 Servicio Nacional Del Adulto Mayor: *Las personas mayores a nivel mundial, regional y local, una aproximación demográfica al envejecimiento*, Gobierno de Chile, Santiago, 2018, pp. 8-20.

5 En Latinoamérica y el Caribe, para el año 2020, el 23'1% la población será mayor a 50 años y un 12'8 % será mayor de 60; según información obtenida de United Nations: *The 2017 Revision of World Population Prospects*, 2017.

6 United Nations, 2017.

• Tarik Lama Gálvez
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y abogado de la Universidad de Chile, Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Talca (Chile) y Universidad de Valencia (España), Postgrado en Derechos Humanos Laborales y Transnacionalización del Trabajo, Universidad de Castilla- La Mancha (España). Ayudante del Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Correo electrónico: tarikhr@ug.uchile.cl.

Ante la insuficiencia en Chile de estudios jurídicos que analicen el envejecimiento desde una perspectiva laboral, es que se ha vuelto urgente desarrollar uno desde el Derecho del Trabajo, específicamente con mirada en el Derecho Individual del Trabajo.

En el presente artículo trabajaremos en la construcción de dos conceptos *ius*laboralistas elementales: "trabajadores de edad" y "envejecimiento activo laboral", nociones que según hemos podido confirmar no se han desarrollado como quisiéramos desde esta rama del derecho.

Nos dedicaremos a identificar a trabajadores de edad avanzada, grupo que, en sociedades como la oriental, se caracterizan por una sólida valoración social, debido a su capital fundado en la experiencia y los conocimientos acumulados, pero que en nuestra sociedad están mayormente expuestos a la exclusión del mercado laboral[7]. Razonamos que, la característica que genera dicha situación desfavorable, es sólo (el significado de) la edad. Surge así la necesidad de ofrecer una estructura jurídica laboral sólida que, haciéndose cargo de esta realidad, identifique, proteja e incluya a los trabajadores de edad. Por este motivo, trabajaremos en la elaboración de las nociones citadas desde sus desventajas y afectaciones a que están expuestos en el mercado de trabajo.

Para efectuar una reflexión más acabada, tomaremos como parámetro las herramientas que nos brinda el Derecho Internacional, principalmente, la Recomendación sobre Trabajadores de Edad, de la OIT, núm. 162 de 1980 (en adelante, "R.162") y los Convenios e Informes relativos a la materia emitidos por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "OIT"), así como también la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Organización de los Estados Americanos, el 15 de junio de 2015.

Nuestra hipótesis es que no existen conceptos idóneos de trabajadores de edad o envejecimiento activo laboral, menos desde una perspectiva laboral que permita elaborar estudios jurídicos, normas o políticas públicas relativas al trabajo.

Hasta el momento no se ha realizado estudio normativo en clave jurídica sobre el tratamiento normativo laboral de este grupo. En consideración a lo anterior, ofrecemos al lector un análisis dogmático con exégesis normativa, aportando elementos para construir nuevas y necesarias concepciones jurídicas. A través de una metodología que ha consistido en la revisión analítica de publicaciones académicas eminentemente de las Ciencias del Derecho que, de manera directa,

7 Heywood, J. y Siebert, S.: *Understanding the labour market for older workers: A survey,* Bonn (Alemania), 2009, p. 67.

han tratado los temas de la edad y el trabajo. No obstante, hemos acudido a textos de otras disciplinas, tanto de la sociología del trabajo, medicina laboral, así como a determinados instrumentos de medición demográfica, elaborados por instituciones chilenas e internacionales, para lograr una comprensión más acabada del objeto de estudio.

II. LA EDAD Y EL TRABAJO.

Para poder identificar al trabajador de edad, necesariamente debemos examinar el concepto esencial en el que se sustenta: la edad. En términos generales, el proceso de la vida se ha clasificado etariamente en cuatro grandes grupos[8]: primera edad, segunda edad, tercera edad y cuarta edad[9]. A decir verdad, la cuarta edad es un concepto relativamente nuevo, más aún en el ideario social, en el que todavía es usual utilizar el elemento edad para clasificar a las personas en: niños y niñas, jóvenes, adultos y adultos mayores. A este último grupo se les suele decir también "personas de la tercera edad" o "viejos", siendo la cuarta edad u otras clasificaciones absorbidas por este concepto.

Probablemente la locución más confundida con "trabajador de edad" es la de "tercera edad" y no es casual ya que su contenido al ser "difuso" los hace parecerse en identidad. Sin embargo, esa "difusión" no es más que la poca atención que como sociedad le hemos dedicado a la pluralidad de enfoques que ambos conceptos poseen, reduciéndolos a uno o dos. Por lo mismo, a continuación, repasaremos las diversas perspectivas que existen de "tercera edad" las que servirán de guía para entender las nociones de trabajador de edad.

En primer lugar, hablaremos de la perspectiva cronológica siendo la más utilizada en materias vinculadas a políticas públicas y salud a nivel global o local. La

8 Se estima que uno de los estudios más relevantes del siglo XX sobre la clasificación del proceso de la vida corresponde a los psicoanalistas J. A. Huet, Erik Erikson y Abraham Maslow. El primero acuñó el término "tercera edad"; el segundo postuló su teoría del "desarrollo psicosocial"; y el tercero elaboró la "pirámide de necesidades". Todos planteaban un análisis de la vida por etapas. Sin embargo, para ellos era un proceso lineal. Vale decir, se iba avanzando a través de los años y –por tanto- en edades previamente determinadas. A este respecto, nosotros adherimos más a la tesis Peter Laslett, especialista en el análisis de la estructura social, quien postuló la existencia de cuatro edades, no desde un punto de vista cronológico (lineal) sino poniendo el enfoque en que cada etapa vital tiene ciertas características y, como las personas somos distintas unas a otras, vamos cumpliendo cada proceso de manera individual, así -por ejemplo- algunos podrían tener 65 años y estar en la cuarta edad con un estado decrépito, mientras que otras personas podrían tener 70 años disfrutando, vigorosos, su tercera edad. Para más información: Varios autores (Arber, S. y Ginn, J.: "Relación entre género y envejecimiento: enfoque sociológico", *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, 1996; Huet, J. A.: *The Third Age a Political Problem*, International Center of Social Gerentology, Michigan, 1970; Maslow, H.: *Motivation and personality*, Harper & Row, 1954; Erikson, E. H.: *Identity and the life cycle: selected papers*, England: International Universities Press, Oxford, 1959; Laslett, P.: *A fresh map of life: the emergence of the Third Age*, London, Weidenfeld, 1989; Laslett, P.: "The emergence of the Third Age", en *Ageing and Society*, United Kingdom, 1987.

9 En palabras de Laslett, las cuatro edades se conceptualizarían de la siguiente manera: "En primer lugar, aparece una época de dependencia, socialización, inmadurez y educación. En segundo, una edad de independencia, madurez y responsabilidad, de ganar y ahorrar. En tercer lugar, una época de realización personal y en cuarto, una época de dependencia final, decrepitud y muerte". Laslett, P.: *A fresh map of life: the emergence of the Third Age*, cit., p. 4.

edad cronológica se refiere a la edad en función de los años y, a menudo, es fijada por ley bajo denominaciones como "adulto mayor" o "tercera edad". Es así como la Organización Mundial para la Salud (en adelante, "OMS") se ha encargado de marcar la barrera de entrada a la tercera edad en los 60 años[10].

La "tercera edad", desde una perspectiva semántica, es entendida como el "período avanzado de la vida de las personas en el que normalmente disminuye la vida laboral activa[11]". Esta definición deja entrever dos elementos caracterizadores de este grupo: el avance del tiempo y la vida laboral. Nos surge una interrogante ¿en todos los idiomas o culturas el concepto de "tercera edad" estará relacionado con la salida del mercado laboral?, la respuesta la dejaremos para el final de esta sección.

La tercera edad, desde una perspectiva fisiológica, se refiere al proceso de envejecimiento físico que, aunque coherente con la edad cronológica, es más que la edad cuantificada en 60 años; tiene que ver con la pérdida gradual de capacidades funcionales, con la disminución de la densidad ósea y del tono muscular que se produce con el avance de la edad.

Asimismo, la tercera edad puede ser analizada desde una perspectiva social. Esta indica las cualidades y conductas que se consideran apropiadas para una determinada edad cronológica[12]; en el caso chileno -por ejemplo- podrían ser: el abandonar el trabajo, jubilarse, tener menos poder adquisitivo, no estudiar, tener una vida sedentaria para descansar y, lentamente, preparar el camino hacia su muerte. Dentro de esta perspectiva, es posible encontrar diversas teorías sociológicas que buscan explicarla, como la del desenganche, de la actividad y del etiquetado[13], entre otras.

Más compleja se torna la reflexión si nos desmarcamos del término "tercera edad" y hablamos de "edad madura" o "edad avanzada", entendiendo ésta como una etapa transicional entre el ser joven y ser adulto mayor o "viejo". Si sumamos al inicio de dichos calificativos las palabras "trabajador o trabajadora", ahí terminamos de perdernos, pues: ¿desde qué edad un trabajador pasa a ser de

10 Organización Mundial de la Salud (OMS)*: Informe Mundial sobre el envejecimiento y la salud*, 2015, p. 28.

11 Real Academia Española, 23ª versión, España, 2014.

12 Perspectivas de la vejez rescatadas de Huenchuan, S. y Rodriguez, L.: *Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección*, CEPAL, Santiago, 2010, pp. 13 y ss.

13 La teoría del etiquetado se basa en la reacción social ante una conducta, "etiquetándola" como desviada, estableciéndose diversas fases para ese perfil desviado al punto que la persona (en este caso el adulto mayor) lo interiorice y termine adoptando ese perfil social. La teoría de la actividad se basa en que para conseguir un envejecimiento sin traumas es necesario mantener en esta etapa patrones típicos de la edad madura. La felicidad en la vejez se consigue negando de alguna manera la llegada de la vejez. Por último, la teoría del desenganche es el método por el que la sociedad prepara a sus miembros para que la llegada de lo inevitable no perturbe el funcionamiento ordenado de la sociedad. En este sentido, el individuo que llega a la vejez se va "desenganchando" de su rol en la sociedad. En Kehl, S. y Fernández, J.: "Construcción social de la vejez", *Cuadernos de Trabajo Social*, UNAM, México, 2001, pp. 145 y ss.

edad avanzada? Pareciera difuminarse la frontera y caer en la imprecisión. ¿Cuál sería el criterio para entender que nos encontramos en el periodo de la vida entre ser joven y ser adulto mayor o "viejo"? Considerando que hombres y mujeres terminan su vida laboral a edades diferentes, ¿será la edad de jubilación? ¿variará en función del género? ¿será antes? ¿será después? Esa natural indecisión que se genera al tratar de reducir a un número determinado un concepto que puede llegar a ser tan amplio, demuestra lo acostumbrados que estamos a interpretar la edad desde una perspectiva cronológica. Dicha manera de entenderlo, puede ser útil para la ejecución de políticas públicas mas no para el desarrollo de una perspectiva laboral.

Lo que se quiere decir con lo anterior y respondiendo la pregunta planteada en el párrafo cuarto de este apartado, es que los conceptos "trabajo" y "vejez", distanciados en perspectivas semánticas o cronológicas, están más ligados de lo que parece. El trabajo es un factor civilizatorio, ya lo menciona el art. 2 del Código del Trabajo Chileno (en adelante, "CTCh"). Tal precepto legal indica: "reconócese la función social que cumple el trabajo". Asimismo, la Declaración de Filadelfia de la OIT plantea que "el trabajo no es una mercancía". De igual manera, la Declaración sobre Justicia Social del mismo organismo, sitúa al "trabajo decente como elemento central". Con respecto a aquello, por más que se tienda a pensar lo contrario, la existencia de un mercado laboral no implica que lo transado en él sean productos. En este "mercado" el centro es el trabajo humano y su dignidad.

El envejecimiento, ha sido, es y seguirá siendo una construcción social. En sociedades como la oriental, mayoritariamente, es bien visto; en la occidental sigue siendo entendida como símbolo de decadencia, lo que llama la atención toda vez que en las primeras civilizaciones se configuró como la cúspide de la vida social, perdiendo importancia y empezando a ser un motivo de exclusión a partir de la Revolución Industrial.

Así las cosas, cuando hablamos de posicionar una perspectiva laboral de trabajadores de edad, estamos postulando un concepto social con elementos multidimensionales, en que la perspectiva cronológica aporta sólo una parte. Si desde el Derecho del Trabajo queremos verdaderamente comprender y brindar soluciones a los problemas de este grupo de personas, no podemos permanecer ajenos a dicha premisa.

III. TRABAJADORES DE EDAD: CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO.

Luego de un análisis principalmente normativo y dogmático, advertimos al lector que no hay una terminología común de "trabajador de edad", ni definición precisa en la materia. En las siguientes líneas explicaremos las principales maneras en que se ha abordado la definición y las criticaremos. Sistematizaremos las

principales características de los trabajadores de edad (relevantes para el Derecho del Trabajo) y terminaremos otorgando un concepto laboral de este grupo, que pueda servir de referencia para el *ius*laboralismo chileno.

1. Perspectivas y criterios que modelan la noción del sujeto.

Hemos constatado la existencia de dos criterios de definición: cualitativo y cuantitativo (a este último también lo podemos llamar "cronológico"). El primero, es seguido por la OIT, pero como veremos es exiguo, dejándose mucho espacio a la interpretación. El segundo criterio es postulado por la gran mayoría de los autores. Sin embargo, como argumentaremos, carece de inclusión. Con todo, al finalizar este capítulo presentaremos nuestra propia definición al respecto.

A diferencia de lo que acontece en la Sociología del Trabajo, en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, los adultos mayores han tenido escaso desarrollo[14], tanto doctrinario como normativo. Respecto a esto último, tampoco se constata una sistematicidad y sólo podemos encontrar tres acepciones legales. La primera de ellas en el art. 3° del Decreto Ley núm°3.500, en el que se sostiene que los beneficiarios de la pensión de vejez serán aquellas mujeres mayores de 60 años y hombres mayores de 65 años. Por su parte, la Ley núm19.828 -que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor- en su artículo primero inciso final, define al adulto mayor como toda persona que ha cumplido los 60 años. Finalmente, la Ley núm 21.144, publicada el 1 de marzo 2019, agrega un nuevo concepto a la Ley núm 19.828, indicando: "Denomínese adulto mayor de la cuarta edad a quien ha cumplido ochenta años".

Como podemos precipitadamente concluir, las definiciones de adulto mayor, comienzan y terminan en la delimitación cronológica de la edad.

Con el fin de indagar por qué las definiciones citadas precedentemente adoptaron una perspectiva cronológica y se fundaron en un criterio cuantitativo, revisamos la Historia de la Ley de las tres normas, y pudimos cerciorarnos que la Ley núm 21.144 es la única que esboza una justificación al límite etario basada en una perspectiva social y fisiológica, con el fin de promover mejores políticas públicas[15]. Con respecto a las otras dos normas -el art. 3° del Decreto Ley núm 3.500 y el artículo primero inciso final de Ley núm 19.828- no hubo discusión a fondo. Jamás se analizó por qué se definía adulto mayor tomando en consideración únicamente el elemento de la edad y por qué esa edad. Durante el proceso de creación de ambas normas, sólo hubo dos preguntas en la discusión y dos propuestas

14 Para interiorizarse en el trato normativo "disperso" del adulto mayor -fuera del Derecho del Trabajo en Chile, recomendamos: Lathrop, F.: "Protección jurídica de los adultos mayores en Chile", *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Santiago, 2009, pp. 81 y ss.

15 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: *Historia de la Ley 21.144*, Chile, 2019, pp. 12 y 13.

relativas al tema, ambas se encuentran indicadas en la Historia de la Ley núm 19.828. En efecto, se propuso por los Honorables definir adulto mayor de manera diferenciada y no igualitaria, es decir, establecer que para las mujeres se entendiera desde los 60 años y para los hombres a los 65 años (tal como lo establece Decreto Ley núm 3.500). Dichas propuestas fueron rechazadas sin mayor argumento[16]. Por lo tanto, es dable concluir que no hay una razón concreta en estas normas, ni un argumento plausible de los "por qué" antes aludidos. A nuestro juicio, el legislador de aquel entonces no le dio mayor importancia a la configuración del concepto, tampoco a la perspectiva adoptada y pareciera que dio por establecidas ciertas ideas socio-culturales de adultos mayores, ligadas al concepto de jubilación (por el tenor de las intervenciones) -de aquello, nada quedó plasmado-.

Empleando el mismo criterio y perspectiva, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante "CIPDHPM" o "la Convención") en su artículo segundo, define "Persona Mayor" como aquella de sesenta años o más, otorgando la posibilidad a cada Estado de determinar una edad menor o mayor, que no podrá ser superior a 65 años.

Dicho lo anterior, vale preguntarse: cuando hablamos de "trabajadores de edad" ¿nos estamos refiriendo al mismo grupo de personas que las leyes anteriormente citadas, con perspectiva cronológica, han denominado "adultos

16 En la Historia del Decreto Ley núm 3.500 no hubo discusión respecto de la edad. En Historia de la Ley núm 19.828, las únicas alusiones fueron: Honorable Pablo Lorenzini expresó: "Aquí surge una interrogante: ¿Qué es un adulto mayor? El diputado señor Gutenberg Martínez hacía un par de bromas con algunos parlamentarios presentes; pero se ha cortado artificialmente en 60 años de edad, tema que habrá que discutir. No sé si hoy, con los datos que estoy dando, el adulto mayor es el de 60 años. No quiero entrar al tema de si la mujer debe jubilar a los 65 años de edad, porque es un asunto distinto. Habría que buscar, científicamente, elementos de juicio para definir claramente cuál es el corte. Quizás, podría ser un poco más alto" P. 105. En el Informe de la Comisión de Gobierno se "Informó que fue la Administración del Presidente Frei Ruiz-Tagle la primera en abocarse al estudio de una política pública sobre el adulto mayor, determinándose en 60 años el límite inicial de este grupo etáreo". No hubo más justificación. p. 190. El Honorable Muñoz Barra, dijo en la discusión en sala: "Me llaman la atención dos cosas. Una de ellas se refiere a un error que debe ser corregido: en la página 8 del informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización se señala que fue la Administración encabezada por nuestro actual colega y ex Presidente de la República Eduardo Frei Ruiz-Tagle la primera en abocarse al estudio de una política pública sobre el adulto mayor, determinándose en 60 años de edad el límite inicial de este grupo etario. Ello no puede ser, dado el hecho de que, en Chile, desde el punto de vista laboral, se jubila a los 65 años. De manera que yo no sé si es un error en la redacción o es una idea matriz que habría que entrar a analizar, porque se contradiría con la realidad que señalo: la tercera edad comienza a los 60 años, pero en Chile se jubila a los 65 años de edad", en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: *Historia de la Ley* núm °*19.828*, Chile, 2002, p. 169.
El mismo honorable, reiteró: "Señor Presidente, la referencia a los 60 años ¿es un error del informe, o es así? El señor ZALDÍVAR, don Andrés (Presidente). -Es así señor Senador. La tercera edad comienza antes de la edad para jubilar", p. 171. Las dos propuestas de cambio de definición provinieron de los Senadores: "señor Martínez, para reemplazar su inciso segundo por el siguiente: Para todos los efectos legales, se entiende por adulto mayor, la mujer mayor de 60 años y el hombre mayor de 65". Y del H. Senador señor Stange, para sustituir su inciso segundo por el siguiente: "Serán adultos mayores y afectos a esta ley, las personas siguientes: a) Las mujeres, que hayan cumplido 60 años y b) Los hombres, que hayan cumplido 65 años", p. 201. No hubo más discusión sobre la definición de adulto mayor.

mayores" o de "tercera edad"? La respuesta para nosotros es no. Sin perjuicio que para otros autores, como vamos a ver, es sí[17].

En las próximas líneas desarrollaremos el concepto de trabajador de edad, también conceptualizado como "trabajador maduro" o "trabajador de edad avanzada"[18], noción que, si se mira desde el criterio cuantitativo, es un tanto variada y confusa en estos tiempos. Las definiciones son variadas, pues existen dos criterios para caracterizar al grupo de estudio y dentro de cada uno diversas corrientes. La mayoría de las investigaciones, leyes y/o políticas públicas, adhieren al criterio cuantitativo de trabajadores de edad[19] pudiéndose fácilmente encontrar cinco rangos etarios: desde los cuarenta[20], cuarenta y cinco[21], cincuenta[22], cincuenta y cinco[23] y hasta los sesenta[24] años, sin constatarse un acuerdo, ni un rango más aceptado entre quienes los postulan.

Consideramos, además, que son confusas las concepciones basadas en criterios cuantitativos, no sólo por el amplio espectro de alternativas, sino porque se trata de un concepto más complejo aún. Hablar de trabajadores de edad significa

17 Ya que muchos siguen la tendencia normativa de conceptualizar al trabajador mayor o maduro -principalmente- en función de la edad (perspectiva cronológica) y, en este sentido, hay quienes determinan a este grupo desde los sesenta años y más, misma edad que la Ley núm 19.828 utilizó para determinar a los adultos mayores. En ese supuesto, habría concordancia en la manera de determinar a ambos grupos.

18 A modo de ejemplo, varios autores: Morales, J.: *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de Recursos Humanos*, Laborum, Murcia, 2017; Ballester, Mª.: "Personas de edad Avanzada", en Alemán Páez, F. (dir.): *Materiales prácticos y recursos didácticos para la enseñanza del derecho del trabajo y las políticas sociolaborales,* Tecnos, 2013; Sánchez-Urán, Y.: "Trabajadores de «edad avanzada»: empleo y protección social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001.

19 Las excepciones: Khel y Rodríguez, cit.,2001, pp. 145 y ss.

20 En Estados Unidos encontramos la Ley contra la Discriminación por Edad en el Empleo: *Age Discrimination in Employment Act*, ADEA, la cual en su *SEC.* 631. [*Section* 12] sobre límites de edad otorga protección a todas las personas mayores de 40 años.

21 Bélgica: *Plan de acción para el empleo de las personas mayores, convenios colectivos* (Plan pour l'emploi des travailleurs âgés), Conseil National du Travail, núm 104, 2012. Consejo Económico y Social: *Los retos de las políticas de empleo para los trabajadores de más edad*, 2016. Government Of Canada: *Promoting the labour forcé participation older Canadians. Chapter 2,* 2018, Palomo, R.: "El reconocimiento normativo del derecho a la no discriminación laboral de personas mayores", *Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valparaíso, 2018; p. 1; Calvo, J.: "Los mayores en el nuevo derecho del empleo", en Rodríguez Piñero-Royo, M. C. (dir.): *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, Bomarzo, 2015, p. 337; Carrasquer Oto, P. y Recio Cáceres, C.: "Los colectivos más débiles del mercado laboral: ¿la excepción como norma?", *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, vol. 1, 2013, p.191; Garrido, E.: "La edad como factor de segmentación en el mercado de trabajo", en Cruz, J. (coord.): *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 392.

22 Organización Internacional del Trabajo: "Discriminación por edad: Mayor de 50, ¿y qué?", *Revista trabajo*, 2011, nº 72, p. 24.

23 En Japón, la Ley de Estabilización en el Empleo de Trabajadores de Edad fija desde los 55 en adelante la edad del grupo protegido. En The Japan Institute For Labour Policy And Training: *Labor Situation in Japan and Its Analysis General Overview 2013/2014*, Tokyo, 2014, p. 55. También hemos constatado este límite de edad en: Varios autores Olmos, P., Sanahuja, J. y Pérez, F.: "La formación como medida de retención y reincorporación en el mercado de trabajo de los trabajadores de edad y su contribución a las políticas de envejecimiento", *Revista Jurídica*, vol. IV, núm. 112, 2017, pp. 2 y 5. Radovic, M.: "An Aging workforce: Employment Opportunities and Obstacles", *Cadmus*, vol. 1, issue 6, 2013, p.148.

24 Yáñez et. al.: "Participación Laboral de la población de 60 años o más en Colombia*", Revista de economía del caribe*, 2016, n17, p. 41.

reflexionar sobre un grupo de personas en situación de vulnerabilidad, por aquel factor de relevancia social que todos tenemos y nadie puede evitar: el transcurso del tiempo. Por lo mismo, se vuelve difícil lo numérico y dicha ambigüedad, en principio, sólo podrá solucionarse relativamente. Dicho de otro modo, se vuelve equívoco precisar lo impreciso, y determinar a partir de qué edad, pueden o no verse afectadas las personas por ese factor en el mercado de trabajo.

El criterio cuantitativo carece de exactitud y lo demostraremos haciendo el ejercicio de dilucidar qué rango etario (de los postulados en párrafos precedentes) sería el adecuado para definir a los trabajadores de edad. Comencemos considerando las estadísticas oficiales de Chile[25], de las cuales desprendemos que la fuerza de trabajo tiene dos grandes polos de desocupados[26], las personas menores de 24 años y los mayores de 65 años. Ambos constituyen el 60'6% de chilenos desocupados[27]. Con estos datos, ya tenemos una complicación pues como apuntamos en parágrafos precedentes, entre los 40 y los 60 años son los rangos etarios propuestos por el criterio cuantitativo, razón por la cual para que se ajuste alguna definición con el análisis estadístico al polo de los "65 años y más" deberíamos sumarle otras categorías etarias.

Si para encontrar la definición cuantitativa idónea nos regimos por el punto de inflexión en la curva de desocupados, deberíamos contar desde los 35 años en adelante, pero tendríamos el problema que ningún autor ha incluido este rango en su conceptualización. Con respecto a la fijación de edad de entrada a este grupo, una opción sería sacar un promedio. Sin embargo, estimamos que, desde la perspectiva laboral, no sería preciso; menos aún, correcto.

Otra alternativa (la más simple) sería adoptar la definición cuantitativa de trabajadores de edad que más años abarca (40 años y más), pero cabe preguntarse si es un concepto totalmente inclusivo. A modo ejemplar, un promotor de productos, un deportista profesional, una postulante a carabineros, un modelo o una conductora de televisión de una sección juvenil, podrían verse amenazados en su mercado de trabajo a los 37 años, empero no serían susceptibles de protección. En el mismo orden de ideas, utilizando la misma definición cuantitativa

25 Según Encuesta Nacional de Empleo, Mayo - Julio 2019 realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas de Chile, la cantidad de población desocupada por quinquenios en Chile es la siguiente: a) 1.207.144 personas tienen entre 15 y 19 años, b) 809.392 entre 20 y 24 años, c) 424.022 entre 25 y 29 años, d) 269.024 entre 30 y 34 años, e) 243.745 entre 35 y 39 años, f) 272.619 entre 40 y 44 años, g) 307.375 entre 45 y 49 años, h) 348.598 entre 55 y 59 años, i) 456.221 entre 60 y 64 años, j) 537.671 entre 65 y 69 años, k) 1.634.614 tienen 70 y más años.

26 El hecho que los grupos más vulnerables constituyan la mayor cantidad de desocupados no deja de ser un tema importante a tomar en cuenta y reflexionar ¿Estamos utilizando las herramientas adecuadas para erradicar esos problemas o los estamos agrandando? Para interiorizarse más sobre el tema: Carrasquer Oto, P. y Recio Cáceres, C.: "Los colectivos más débiles del mercado laboral: ¿la excepción como norma?", cit., p. 191.

27 Según Encuesta Nacional de Empleo, Mayo - Julio 2019 realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas de Chile.

un trabajador del giro de la pesca o agricultura se volvería "maduro" a la misma edad que un abogado.

No hay que ser erudito en el tema para razonar que las aplicaciones del concepto cuantitativo en los casos precedentes no son justas. Por lo mismo, promovemos la elaboración de un concepto jurídico, laboral y cualitativo de trabajadores de edad, y consideramos impreciso el empleo de la edad cronológica, puesto que cuando se puntualiza, resulta arbitrario[28].

2. Trabajadores de edad desde un criterio cualitativo y con perspectiva laboral.

Antes de esbozar nuestra caracterización y definición sustantiva del sujeto de estudio, resulta útil citar la única noción contemplada en una norma, de carácter cualitativa, sobre trabajadores de edad. Nos referimos a la contenida en la Recomendación núm 162 la OIT, la cual reza: "Todos los trabajadores que, por el avance de su edad, están expuestos a encontrar dificultades en materia de empleo y ocupación".

Consideramos que, sin perjuicio que la definición citada no deja de ser correcta, tiene ciertos puntos débiles, debido -en parte- a la necesidad de aunar, en un conjunto de palabras, la multiplicidad de visiones que dieron a luz la Recomendación núm 162 de la OIT[29].

Es menester aludir a lo ocurrido en la 65° Conferencia Internacional del Trabajo de 1979, la cual contó con la presencia de cincuenta y dos gobiernos (no estaba Chile), y se discutió por los representantes de los gobiernos la definición de trabajadores de edad. La mayoría estuvo a favor de regular y de centrar el debate en la edad avanzada, así como en las medidas para erradicar los estereotipos, efectos internos y externos[30]. No obstante, hubo varias intervenciones que pusieron particular énfasis en ciertas temáticas. Algunos Estados que propusieron comprender el problema social de la vejez y trabajo de manera amplia para no excluir, pero con el deber de responder a las necesidades de manera específica, creándose sub clasificaciones[31]; otros estuvieron a favor de la idea de crear una

28 Aparicio, J. y Olmo, A.: La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 12.

29 Estos instrumentos internacionales son el resultado de una lata discusión de diversos representantes de sociedad: autoridades gubernamentales, empleadores y trabajadores, fijándose el instrumento definitivo en una Conferencia Internacional del Trabajo.

30 Nos estamos refiriendo a las características quinta de todo trabajador de edad que desarrollaremos en líneas posteriores de esta sección. *Grosso modo* el efecto interno es la "aceptación" que hace el individuo de su etiqueta social y el efecto externo son los obstáculos que derivan de los prejuicios sociales de la etiqueta.

31 Níger, Checoslovaquia, Japón, México y Francia. Destacamos la intervención de Níger: "Como unas condiciones de trabajo penosas pueden envejecer prematuramente al trabajador, cabe también que el trabajador de edad sea aquel que se encuentra envejecido antes de la edad de jubilación y tropieza con dificultades". Y la de Francia "La idea de querer definir una categoría suscita ciertas reservas, pues la noción

definición que fuera lo más específica posible, sin tanto rango de apertura[32] -para evitar confusiones-. También hubo algunos miembros que, por diversas razones, postularon la tesis de categorizar al grupo en estudio por edades determinadas[33]. Todos estos puntos de vista forjaron la definición de trabajador de edad que reza en la R. 162 de la OIT.

A nuestro juicio, los puntos críticos de la definición, son: no tiene un enfoque de género; no queda claro el ámbito de protección, tanto desde el punto de vista del sujeto, como de la o las fases involucradas del *iter*contractual (si incluye o no el acceso al trabajo); y, de la simple lectura se infiere, que no protege a quienes formalmente no son trabajadores, sólo aquellos que gocen de empleo u ocupación[34]. Además, podría interpretarse que se refiere a los trabajadores jubilados o cercanos a la jubilación, ya que no determina en función de qué se medirá, ni quién es "un trabajador avanzado en su edad". Esto es relevante, pues en la mayoría de los casos a un trabajador de edad, no le corresponde aquella imagen de *obsoleto* o *incapacitado*. Insistimos en que no es la edad, por sí misma el problema, sino el significado social que ésta tiene lo que genera conflicto, el cual como se explicitará en los párrafos siguientes es variable según el trabajo, su organización y la época histórica en que se aplique, y por lo mismo es necesario explicitarlo.

Así las cosas, proponemos la construcción de una definición de trabajadores de edad, desde un criterio cualitativo y en perspectiva laboral. Postulando cinco características que nos permitirían definir al grupo en análisis: sujeto, contexto socio-laboral, factor etario, estereotipos y efectos internos como externos.

---

de trabajadores de edad varía según los países y las condiciones de ejercicio del empleo. La referencia a las dificultades con que se tropieza constituye una restricción. Además, la definición propuesta sólo abarcaría a los trabajadores hasta la edad de retiro, descartando así a los jubilados en activo. En vez de una definición formal y general se podría prever una serie de definiciones particulares, que hagan referencia a una edad precisa en función de los problemas tratados y de las medidas previstas", en: Organización Internacional del Trabajo: *Informe VI (2) Trabajadores de edad madura: trabajo y jubilación*. Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, pp. 12 y 13.

32 Reino Unido, Suiza, Suriname e India. Suiza. Destacamos la intervención de Suiza: "Al ser excesivamente amplia la definición propuesta, habría que precisar por el hecho de su edad avanzada. Además, la noción y situación del asalariado de edad varía en función de la coyuntura económica y de otros elementos. En Suiza se considera trabajadores de edad a aquellos que continúan ejerciendo una actividad lucrativa después de la edad de retiro". y la de Suriname: "Sería preferible una definición más concreta". En: Organización Internacional del Trabajo (1979) Cit., p. 13.

33 Kuwait, Mauricio, Bélgica y Finlandia. Destacamos lo expresado por Kuwait: "Sería preferible basar la definición en un criterio objetivo. Se sugiere esta fórmula: los trabajadores que, a partir de 50 años, tropiezan…" y la de Finlandia: "La edad depende del criterio adoptado: desde el punto de vista de la actividad profesional, la edad mínima habría de ser 40 años; desde el punto de vista de la protección, 50 años; si se adopta una edad única, 45 años". En: Organización Internacional del Trabajo (1979), Cit, p. 12.

34 Sin perjuicio que, al hacer una lectura sistemática de la normativa OIT podemos inferir que protege a quien busca acceder al empleo, sobre todo en relación con el Convenio 111 OIT, art. 1.3.

A) El sujeto.

Se debe interpretar el término "trabajadores" en sentido amplio. Lo anterior quiere decir que involucra a quienes ya tienen un empleo[35], pero que, por la edad y su significado, se exponen a situaciones de desventaja o les surgen necesidades especiales. También a aquellos que están pronto a terminar o a quienes ya se les extinguió su empleo[36], pero también a los desocupados que aspiran acceder al mercado de trabajo[37]. De este modo, se cubre todo el *iter*contractual. Incluso, esta interpretación del sujeto no sólo sirve para la mirada *ius*laboralista. Desde un punto de vista sociológico y de políticas públicas, también deberían ser objeto de preocupación los que no aspiran a un trabajo, pero podrían ser parte de la fuerza de trabajo, ya que, como veremos, existen prejuicios y etiquetas que empujan a estas personas a autoexcluirse.

En este mismo punto, se vuelve necesario señalar que, generalmente, quienes pertenecen a este grupo se encuentran en una condición de multivulnerabilidad. Estudios han demostrado que, en el círculo del desempleo y de vulneraciones de los trabajadores de edad, encontramos, al menos, tres subgrupos en condiciones de vulnerabilidad que predominan: en primer lugar, las personas que tienen capacidades diferentes a la mayoría; en segundo lugar, las mujeres; y, en tercer lugar, aquellas personas que poseen menos cualificación[38].

Siguiendo con lo antepuesto, consideramos importante detenernos en el segundo subgrupo -las mujeres- y expresar que, de la información extraída de la base estadística oficial de Chile (Instituto Nacional de Estadísticas, INE), hemos encontrando evidentes diferencias entre trabajadores y trabajadoras de edad. Si bien la curva de desocupación comienza a elevarse a partir de los treinta y cinco años -en ambos géneros-, no es menos cierto que en los hombres se mantiene

35 Algunos de los instrumentos donde se rescata: Art. 18 de la CIPDHPM, Recomendación 162 OIT: parte III, párrafos 12,13,14,15,16 y 18. Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento: R. 36 párrafo 73, R. 37 a, b, d, R. 38, R. 39 y R.41. Declaración de Brasilia, párrafo 11. Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el envejecimiento, Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento: Párrafo 21i), 23,26,27 y 28 l). Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe, compromiso 8.

36 Algunos de los instrumentos donde se rescata: Art. 18 de la CIPDHPM, Recomendación 162 OIT: Preámbulo, Parte III, párrafo18 y Parte IV párrafos 21, 24 y 30. Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento: R. 40, R.41 y R.42, Declaración de Brasilia, párrafo 11. Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el envejecimiento, Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento: Párrafo 28 h), 28 j) y 28 n). Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe, compromiso 8.

37 Algunos de los instrumentos en los que se rescata: Art. 18 de la CIPDHPM, Recomendación 162 OIT: Preámbulo, Parte I en relación con el Convenio 111, art. 1.3, parte II párrafo 5, parte III párrafos 15, 17 y 19. Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, R. 37 C y R. 41. Declaración de Brasilia, párrafo 11. Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el envejecimiento, Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento: Párrafo 23, 28, 48 c) y 52 e) Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe, compromiso 8. Declaración de Asunción, punto 9.

38 En el mismo sentido Martínez, Mª.: "Aspecto concreto de la cultura de las organizaciones", en *La Construcción de las organizaciones: la cultura de la empresa*, UNED, 2001, p. 230.

relativamente pareja hasta los cincuenta y cinco años y desde aquella edad es posible percibir un incremento más contundente[39]. Mientras que, en el grupo etario femenino, desde los 35 años se constata un incremento, relevante y sin descanso, de la desocupación laboral. Reforzando lo dicho, a nivel general, del grupo total de desocupados, la tasa mujeres es del 61'2%, mientras que la de los hombres es un 38'7%[40]. Todo lo anterior, no es más que la demostración de que dentro de los trabajadores de edad, existen subsectores que son más vulnerables o, dicho de otro modo, sufren condiciones de plurivulnerabilidad, siendo las mujeres el grupo más popular de ellos.

B) El contexto socio laboral[41].

No estamos refiriendo a la influencia del marco social en la configuración del sujeto. Según lo preceptuado en el art. 2 de la CIPDHPM, "la vejez es la construcción social de la última etapa del curso de la vida", y por lo mismo es relevante entender que el trabajador de edad está situado en una época sociocultural determinada y que ello llevó a la identificación del sujeto con el concepto. En otras palabras, fueron los resabios y mutaciones de significantes de épocas pasadas relativas al trabajo y a la vejez, sumado a los avances demográficos y el sistema económico actual, los que dotaron de sustancia al sujeto de estudio.

Debido a que la concepción del trabajo y de la vejez han tenido un lato tratamiento histórico y sociológico[42], por el interés que reviste para nuestra investigación, quisiéramos repasar someramente las influencias más directas del mundo colonial occidental[43].

Si el periodo romano fue "la época de oro" de los mayores, con el pasar de los siglos, la imagen venerada y de autoridad de éstos fue deteriorándose hasta llegar a la sociedad preindustrial, uno de los antecedentes más directos de la concepción actual de trabajador de edad avanzada. En ella, el modelo de persona

39 Entre el periodo que va desde los treinta y cinco hasta los cuarenta y nueve años, la desocupación presenta incluso leves disminuciones. Si bien la disminución es leve, demuestra una clara diferencia con las mujeres y su edad. Toda la información expresada en este párrafo, fue extraída de Encuesta Nacional de Empleo, Mayo-Julio 2019. Instituto Nacional de Estadísticas.

40 Extraída de Encuesta Nacional de Empleo, Mayo-Julio 2019. Instituto Nacional de Estadísticas.

41 Seguiremos en este argumento gran parte de la investigación sobre la vejez de Kehl, S. y Fernández, J.: "Construcción social de la vejez", cit.

42 A modo de ejemplo, unas de las grandes obras que han tratado el tema de la vejez, es *De senectute*, escrita en el año 44 A.C. por Marco Tulio Cicerón, jurista, político y filósofo Romano.

43 Nos estamos refiriendo a la influencia social occidental europea y anglosajona, no a la proveniente de nuestros pueblos originarios, ya que de haber sido así, distinto sería nuestro trato hacia los mayores. En la cosmovisión mapuche, el adulto mayor que se ve imposibilitado de trabajar en la mantención de la familia, pasa asumir un rol protagónico y respetado en la comunidad, vinculado a la promoción, protección y traspaso del patrimonio cultural a las nuevas generaciones, a esta categoría se les llama *Kimche*, que significa "sabio o sabia". Para más información, revisar: Molinet: *¿Existen políticas de promoción para el ejercicio de derecho de las personas mayores de pueblos originarios, a 10 años del plan mundial sobre el envejecimiento?"* Reunión regional de sociedad civil sobre envejecimiento Madrid + 10: Del Plan de Acción – Escuela Social Juan XXIII, Costa Rica.

mayor estaba ligado a la prescindencia: la incapacidad para trabajar significaba un envejecimiento y, en ese caso, la persona se volvía inútil.

Ya en la sociedad industrial, se marcó un antes y un después, caracterizado por la instauración de un nuevo modelo productivo. Nace el comercio a gran escala, lo que "hace que el hombre valga por lo que produce y lo que tiene y no por lo que es en sí[44]". Durante este periodo, en Europa, se instauraron los primeros seguros sociales para la vejez[45], lo que derivó en que, durante la primera mitad del siglo XX, se implantara el concepto jurídico y social de jubilación, como un *status* previo a la muerte, una etapa "apropiada" en la vida de los trabajadores envejecidos. Así fue desarrollándose la idea de que a medida que envejecemos, nos convertimos en seres inútiles y, por consiguiente, nos vamos gradualmente "desenganchando[46]" de la vida activa, configurándose la jubilación como un paso determinante y sin retorno.

Todo lo anterior nos lleva a la sociedad postindustrial, en la que las imágenes de juventud se relacionan con la belleza, la vigencia, la energía, la fortaleza y la gracia; mientras que la vejez tiene connotaciones negativas. La evolución científica tecnológica, en este tiempo, aportó a la implementación de nuevas formas de trabajo, desarrollándose nuevos ajustes estructurales, y una concepción que volvió obsoletos los conocimientos y habilidades de los mayores. Así, y como resultado de una sumatoria de concepciones pasadas, se configura la sociedad en que se gesta el trabajador de edad que hoy observamos[47].

C) El factor etario.

El trabajador de edad comprende desde aquella persona que bordea la edad media en su trabajo o sector, hasta aquel asalariado o aspirante a tal que, libre de todo prejuicio o etiqueta social, decide dejar de trabajar. Es decir, hasta más allá de la edad que da inicio a la jubilación. Racionalizamos de esa manera el factor etario, pues el efecto del significado de edad es la característica principal de este grupo y no la edad en sí misma, la cual al transcurrir les conlleva un perjuicio. Por lo mismo, no podemos determinarla en una cantidad de años, ya que estamos hablando de un significado psicosocial de la edad, atribuido por la sociedad, aplicado en un caso

44 Alssandrini y Sánchez. Cit., p. 4.

45 *"Hace 120 años, Alemania se convirtió en el primer país del mundo en adoptar un programa de seguro social para la vejez, diseñado por Otto von Bismarck. Las motivaciones del canciller alemán para introducir el seguro social en Alemania fueron promover el bienestar de los trabajadores –a fin de que la economía alemana siguiera funcionando con la máxima eficiencia– y eludir la demanda de opciones socialistas más radicales".* En: Organización Internacional del Trabajo (2009), Cit. p.2.

46 Término proveniente de la teoría sociológica de la vejez, llamada del desenganche. En palabras del autor: "El desenganche es un proceso inevitable en el que muchas de las relaciones entre una persona y otros miembros de la sociedad resultan difíciles y la calidad de aquellas que permanecen es alterada", en Cumming. E y Henry, W.: *Growing Old: The Process of Disangagement*, Basic Books, New York, 1961, p. 211.

47 Kehl, S. y Fernández, J.: "Construcción social de la vejez", cit., pp. 145 y ss.

determinado, cuya única afectada es la trabajadora o el trabajador. La extensión de la vida en las personas en un principio puede demostrar un avance social. Sin embargo, a lo largo del desarrollo de la humanidad, ha terminado lesionando derechos y discriminando a trabajadores.

Es menester dejar claro que el factor etario se aplica en un contexto laboral determinado, el cual pende del trabajo que se ejecute, su subcultura, el sector industrial y el momento histórico; y no está relacionado en lo absoluto con la productividad de la empresa, que es lo que esperaríamos importa a la hora de contratar, mantener o despedir a un asalariado. Sin embargo, no queremos decir que para otras perspectivas de trabajadores de edad no sea importante fijar una edad determinada, por ejemplo, para elaborar una política pública u otorgar un beneficio estatal podría ser útil.

D) Los estereotipos.

El estereotipo busca simplificar algo impreciso y complejo, en una imagen clara pero no necesariamente real. El problema es que provienen de visiones sesgadas e ideas pasadas, generalizándose, de esta forma, a un grupo heterogéneo de difícil encasillamiento, recibiendo el individuo -perteneciente a tal colectivo- un tratamiento injusto. Este elemento reviste de importancia toda vez que la caracterización del grupo es relativa y miscelánea. No responde a los típicos patrones de segregación cuya clasificación es binaria y/o preconstituida como ocurre con la nacionalidad, estado civil, sexo, sindicación, etc.

Cualquiera sea la condición de trabajo, se ha constatado la existencia de prejuicios negativos hacia los trabajadores maduros, ligados a la salud, a la falta de capacidad, de adaptación, mayor tasa de accidentes y licencias médicas, mayores costos, menor productividad, menor creatividad, menor actividad, menor integración tecnológica y un largo etcétera[48]. Se ha constatado que no sólo los postulantes a empleo son estereotipados, sino que también los trabajadores de edad que "están empleados también son discriminados, ya que se les ofrece oportunidades de capacitación a un ritmo mucho más bajo que los trabajadores más jóvenes[49]". Lo anterior se debe a que una parte importante de los empleadores consideran que invertir en la preparación de un trabajador de edad es tiempo y dinero perdido, por su proximidad al retiro o su dificultad de aprender.

48 Algunos estudios sociolaborales que demuestran la existencia de estos estereotipos: Varios autores Ranzijn: *Discrimination against the older worker: psychology and economics*, Seminar paper, Of working age. Mar. Human Rights and Equal Opportunity Commission. Sydney Disponible en: https://www.humanrights.gov.au/news/speeches/discrimination-against-older-worker-psychology-and-economics-2005 [visitado el 18/11/18].; Olmos, P., Sanahuja, J. y Pérez, F.: "La formación como medida de retención y reincorporación en el mercado de trabajo de los trabajadores de edad y su contribución a las políticas de envejecimiento", cit., pp. 2 y ss.; YÁÑEZ et. al. Cit., p. 44.

49 Ranzijn, Cit. (2005).

Sin embargo, estudios han comprobado que las mencionadas visiones son falsas, a modo de ejemplo: la tasa de accidentabilidad en los trabajadores jóvenes es más alta[50] que la de los mayores, los trabajadores de edad tienen más compromiso con el trabajo, más confiablidad, menos ausencias[51] que los más jóvenes. Asimismo, tienen mayor voluntad de compartir experiencias y menos conflictos por competitividad con sus colegas, menos responsabilidades externas y distracciones, más sabiduría y juicio que pueden contribuir en los procesos de toma de decisiones[52], además de una mayor continuidad laboral; asimismo, mejoran las ganancias y generan menos gastos que los demás trabajadores[53], entre otras.

Dentro de los estereotipos, el que más resalta y afecta a la mayoría de los trabajadores de edad, es el del retraso. Concepto que se debe analizar desde dos perspectivas: retraso en el quehacer laboral y retraso formativo. El primero apunta a lo fisiológico, a la imagen de aquel trabajador de avanzada edad ejerciendo sus labores con lentitud y que demora -con el pasar de sus años- cada vez más en realizar sus funciones. El segundo, se refiere a la cualificación e idoneidad para el puesto de trabajo.

Nos encontramos viviendo en una sociedad que avanza de la mano de la tecnología; por lo mismo, la especialidad y la preparación de los trabajadores es fundamental. Producto de este estereotipo, el trabajo es un terreno casi exclusivo de la juventud (entendida como todos los que no son trabajadores de edad). Lo que antes hacía una persona, ahora lo hace una máquina o un *software* y los "llamados" a manejarlos son los más jóvenes, que parecieran estar más preparados para este modelo y el siguiente avance. Por su parte, los trabajadores que hacían el trabajo que ahora hace el sistema informático, quedan obsoletos, *ergo*, marginados del mercado laboral, sin oportunidad alguna para reinventarse o actualizarse.

Así, la edad de los sujetos que integran el grupo vulnerable, los hace posicionarse como poco proclives a la modernización profesional, careciendo de atracción para quienes demandan trabajo. Se conforma un círculo vicioso, pues en este nuevo modelo productivo la formación debe ser constante para

50 Salminen S.: "Have young workers more injuries than older ones? An international literature review", *Journal of Safety Research*, vol. 35, issue 5, 2004, pp. 513-521.

51 Varios autores: Olmos, P., Sanahuja, J. y Pérez, F.: "La formación como medida de retención y reincorporación en el mercado de trabajo de los trabajadores de edad y su contribución a las políticas de envejecimiento", cit.; Marcie Pitt, C. y Michael, A.: *How old are today`s older workers?*, Boston College, 2006. Catsouphes y Smyer, Cit. (2006), p. 4; Hessel, R.: "Envejecimiento activo en una sociedad de personas mayores: formación para todas las edades", *Revista Europea de Formación Profesional*, vol. 3, núm. 45, 2008, p. 158 y ss.; Patrickson, M.: "Human resource management and the ageing workforce", en Wiesner, R. y Millet, B.: *Human resource management: Challenges and future directions*, Brisbane, 2003, p. 34.

52 State Services Commission. New Zealand Government: *Strategic Development Branch, State Services Commission. Facing an Ageing Workforce: Information for Public Service HR Managers*. Disponible en: https://www.ssc.govt.nz/resources/2757/all-pages#P39_5462 [visitado el 10/10/18].

53 United Kingdom, Parliament: *House of Commons Women and Equalities Committee. Older people and employment*, London, 2018, pp. 11-13.

todos los trabajadores (cualquiera edad que tuviere), empero, como se apuntó en los párrafos precedentes, ante renovaciones profesionales de conocimientos, los empleadores prefieren capacitar a los más jóvenes y desechar a los mayores. Esto contribuye a que la distancia intergeneracional se agrande; "ocurre que el colectivo de referencia no es tanto vulnerable por la edad de sus componentes, sino por los efectos colaterales de la misma como, por ejemplo, las carencias formativas del trabajador de edad[54]".

E) Efectos internos y externos.

Cuando hablamos de efectos externos, nos referimos a lo que pueden sufrir estos trabajadores, como fruto de todas las características antes aludidas, pero, especialmente, en lo referido a la relación jurídica laboral, el *iter*contractual. El trabajador se expone a una "desventaja", una mengua o perjuicio en comparación a otras personas o situaciones. Las "otras personas" serían las más jóvenes que conforme a la visión social y estereotipada gozarían de más aptitud para trabajar, y las "otras situaciones" son variadas e infinitas, entendiendo por tales, aquel conjunto de factores o circunstancias que afectan al trabajador de edad en contraposición a otros de edades menores. Por ejemplo, en relación a las remuneraciones, muchas empresas cuentan con sistemas basados en la rapidez con que se ejecutan ciertos actos que involucran capacidad física, criterio que puede generar una desventaja a un trabajador de edad madura. Lo mismo sucede con la infraestructura -que muchas veces no es adecuada para este tipo de trabajadores-, y con los avances tecnológicos[55].

Pero la desventaja es sólo un piso. Estos trabajadores también pueden verse expuestos a afectaciones en sus derechos, que pueden materializarse, por ejemplo, en una oferta de trabajo dirigida a trabajadores menores de 40 años, en un despido por haber cumplido la edad para jubilarse y en una ley o en una determinada política de empresa que, por el mismo trabajo, otorgue un salario menor a los mayores, entre otras.

Los principales derechos vulnerados a estos trabajadores son la no discriminación, la igualdad, la integridad psíquica y el derecho al trabajo. Cabe decir, que una desventaja puede constituir una vulneración o una amenaza al ejercicio

54 Varios autores: Olmos, P., Sanahuja, J. y Pérez, F.: "La formación como medida de retención y reincorporación en el mercado de trabajo de los trabajadores de edad y su contribución a las políticas de envejecimiento", cit., p.15; Comisión Europea: "Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones", Libro Verde, Bélgica, 2005. En el mismo sentido. Martínez, Mª.: "Aspecto concreto de la cultura de las organizaciones", cit., p. 230.

55 Si las empresas o el Estado no se preocupan de formar y actualizar a los mayores en las nuevas tecnologías y son despedidos, o no contratados, por carecer de aquella cualificación, nos encontramos frente a una evidente desventaja.

de algún derecho, y suele suceder que una desventaja encubre una discriminación indirecta[56].

Por su parte, al aludir a los efectos internos nos referimos a lo que pueden sufrir estos trabajadores, como resultado en la aplicación de las características antes aludidas, dentro de su *psiquis*; la aceptación de la etiqueta. Esta situación es experimentada por gran parte de los trabajadores de edad y, probablemente, es la más impactante. Quienes pertenecen a este grupo, terminan adoptando los estereotipos impuestos socialmente, teniendo ellos mismos una autopercepción negativa de sus capacidades físicas e intelectuales[57]. Por ello, se vuelve doblemente necesario proteger a este grupo. El trabajador de edad se siente "desviado", "no hábil", para asumir o mantener los retos del trabajo actual, lo cual conlleva, incluso, a que acepten tratos discriminatorios, sin siquiera entenderlos como tal; todo esto como resultado de una sociedad que elogia atributos que erradamente asimila a la juventud[58].

3. Definición.

Dicho lo anterior, y teniendo ya una visión completa y caracterizada de trabajador de edad, podemos decir que trabajador o trabajadora de edad, desde una perspectiva jurídico-laboral, debe ser definido como: "Toda persona que, por el significado del avance su edad, determinable en virtud de un trabajo específico y en cualquier fase del itercontractual laboral, está expuesta a sufrir, al menos, una desventaja o una afectación en sus derechos."

IV. ENVEJECIMIENTO ACTIVO LABORAL.

Si históricamente se ha tratado a nuestros mayores como objeto de políticas asistenciales, hoy -al menos a nivel normativo- está posicionado su reconocimiento como sujetos de derecho. Esto se debe al avance del paradigma del envejecimiento activo, que analizaremos *grosso modo* en esta sección, enfocándonos en su significado y en su relación con los trabajadores de edad.

Desde la década de los ochenta, se han elaborado diversos instrumentos internacionales para modificar el prototipo tradicional de adulto mayor. El

56 *Grosso modo,* existen dos tipos de discriminación, directa e indirecta. La primera puede ser abierta o encubierta. La indirecta consiste en la realización de actos aparentemente inocuos, pero que en su aplicación terminan generando una discriminación por tratar y exigir lo mismo a personas desiguales, produciéndose un desequilibrio. Para más información al respecto leer a Palomo (2018) y Caamaño (2005), pp. 83 y ss.

57 Varios autores: Maltby, T.: "'Older workers', workplace training and better quality working lives. Can a Work Ability approach help?", *International Journal of Education and Ageing*, vol. 1, núm. 2, 2010, pp. 141 y ss.; Mcgregor y GRAY: "Stereotypes and older workers: the New Zealand experience", *Social Policy Journal*, no 18, 2002, pp. 163 y ss.

58 Laslett, P.: *A fresh map of life: the emergence of the Third Age*, cit.

estigma de "incapaz" ha intentado ser reemplazado por un nuevo paradigma de envejecimiento activo "plenamente capaz". Las primeras expresiones fueron acuñadas en la Recomendación núm 162 (1980) y en la I Asamblea Mundial sobre Envejecimiento, llevada a cabo en 1982, en Viena. Sin embargo, no fue sino hasta el año 2002, en el marco de la II Asamblea Mundial del Envejecimiento, celebrada en Madrid, que se fijó un concepto global. En esa oportunidad, la Organización Mundial de la Salud propuso una definición de envejecimiento activo, que fue aceptada por los países participantes, y reza: "es el proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad, con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen".

Si bien el concepto recién expresado constituye un avance, aún hace falta mayor precisión si se quiere posicionar una perspectiva laboral. Lo más cercano a *ésta* que se ha creado es el concepto de "envejecimiento productivo", definido como "cualquier actividad desarrollada por una persona mayor que produce bienes o servicios, sea remunerada o no, o desarrolla capacidades para producirlos"[59]. Con todo, *aún es demasiado amplio* para nuestro estudio, ya que incluye el trabajo asalariado, el familiar o doméstico, el voluntariado y las actividades de formación. Es por esto, que, ante la carencia de definiciones de envejecimiento activo laboral, proponemos conceptualizarlo como "el derecho que tiene el trabajador de edad a participar, de acuerdo a sus capacidades y preferencias en el mercado laboral o a preparase para su ingreso."

Entre los instrumentos de *soft law* que promueven el envejecimiento activo laboral[60], encontramos: los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad (Resolución 46/91) de 1991; la Observación General núm 6 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1995; los instrumentos regionales Latinoamericanos como la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, en Santiago el 2003; la Declaración de Brasilia de 2007; el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable de 2009; la Declaración de Compromiso de Puerto España de 2009; la Recomendación General núm 27 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 2010; la Carta

59 Bass, S.; Caro, F. y Chen, Y.-P.: *Achieving a Productive Aging Society*, Westport: auburn house, 1993.

60 No podemos dejar de destacar los avances en el Derecho Europeo, el Acuerdo Marco Autónomo sobre Envejecimiento Activo y Enfoque Intergeneracional. Un instrumento multilateral suscrito el 2017 por importantes representantes de los empleadores y trabajadores europeos. Su objetivo fue propiciar el Envejecimiento Activo Laboral y promover un enfoque intergeneracional. El acuerdo es buen indicador del estado actual de la discusión en Europa, así como una fuente de ideas concretas de promoción de mercados laborales más inclusivos. Recomendamos la traducción al castellano de Palomo, R. y Salazar, F.: "Acuerdo marco autónomo sobre envejecimiento activo y enfoque intergeneracional en la Unión Europea", *Revista Laboral Chilena*, Santiago, 2017, pp. 103 y ss.

de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe 2012; y la Declaración de Asunción de 2017.

En el *hard law,* de los instrumentos globales[61] e interamericanos[62] relativos a derechos humanos existen sólo dos instrumentos que consagran el envejecimiento activo laboral. En primer lugar, el Protocolo San Salvador[63], que en su art. 17 establece el derecho a una protección especial durante la ancianidad y la obligación de los Estados de "ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos". Cabe decir que Chile firmó este Protocolo el año 2001, pero no lo ratificó, ni depositó.

Un segundo tratado internacional que reconoce y promueve el envejecimiento activo laboral es la CIPDHPM, firmada, ratificada y depositada por Chile el 2017. Esta Convención se posiciona como uno de los instrumentos más importantes a nivel mundial en lo que refiere a personas mayores. En su preámbulo reconoce las bases del envejecimiento activo (y el laboral), consagrando el derecho de toda persona mayor a "una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política". Corrobora lo anterior su art. 1, titulado "Ámbito de aplicación y objeto", en el establece en su primer inciso que su fin es contribuir a la plena inclusión, integración y participación en la sociedad de la persona mayor.

En el art. 2 de la Convención se elabora una definición propia de envejecimiento activo y saludable, muy apegada al tenor de lo propuesto por la OMS y el *soft law,* señalando que es el "proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a individuos como a grupos de población".

Luego en el Capítulo II, art. 3 de la CIPDHPM, se enlistan los principios de tal instrumento internacional, dentro de los cuales están aquellos que sirven para desarrollar el concepto de envejecimiento activo laboral, a saber: la valorización de la persona mayor y su papel en la sociedad (art. 3.b), su independencia, protagonismo y autonomía (art. 3.c), su plena y efectiva participación, integración

61 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966.

62 La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969.

63 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, de 1988.

e inclusión (art. 3.e), su autorrealización (art. 3.h), y su enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor (art. 3.l).

Por último, destacan sus arts. 7, 8 y 18 de la Convención que consagran el derecho a la independencia y autonomía, a la participación e integración comunitaria, y el derecho al trabajo de las personas mayores.

Toda esta batería de normas no hace más que dotar de sustento el concepto de envejecimiento activo laboral. Al referirnos a los trabajadores de edad, es relevante tomar en consideración este paradigma, pues ha sido y seguirá siendo en el mediano plazo -al menos-, la alternativa a la visión negativa y excluyente de los mayores. Ahora bien, el término envejecimiento activo laboral no se refiere únicamente el ser "apto" o estar "activo" para trabajar, es multidimensional. Se relaciona directamente con el nivel de participación, integración e inclusión de los mayores en el trabajo, así como también con el otorgamiento de las herramientas necesarias para seguir formándose y reinventarse sin obstáculos.

Lo que busca instaurar el envejecimiento activo es que los años agregados a la esperanza de vida, no se pierdan y se vivan de buena manera, de manera saludable, rompiendo con la otrora tradicional exclusión[64].

El envejecimiento activo laboral nos lleva a desafiar la visión tradicional que se tiene respecto de los trabajadores de edad. Al estar hablando de sujetos de derecho, debe entenderse que es el trabajo el que debe adaptarse a los trabajadores de edad y no al revés, como ha ocurrido hasta ahora en el sector de análisis.

El nuevo paradigma efectúa un llamado a los Estados a adaptar sus legislaciones, y a los empleadores hacer lo posible para integrar, sin discriminaciones, ni desventajas a este grupo que, por no cumplir estereotipos juveniles, es apartado del mercado laboral. La integración debe configurarse desde el ingreso hasta el término de la relación laboral, otorgando las condiciones óptimas para que puedan desarrollarse y las oportunidades necesarias para seguir mejorando sus competencias.

Finalmente, menester es explicitar que el envejecimiento activo no quiere decir más años de trabajo para mejorar las paupérrimas condiciones socioeconómicas de los más viejos. Se trata de otorgar herramientas para seguir educándose y -si la voluntad de los sujetos, libre de necesidades económicas, así lo quiere- trabajando, pero siempre teniendo como centro el bienestar personal. Así lo ha plasmado, entre otros instrumentos, la Declaración Política de Madrid en su art. 12, al indicar: "Las expectativas de las personas de edad y las necesidades económicas de la

64 Organización Mundial de la Salud (OMS): "Envejecimiento activo: un marco político", *Revista Española de Geriatría y gerontología*, vol. 37 (2), 2019, p.99.

sociedad exigen que las personas de edad puedan participar en la vida económica, política, social y cultural de sus sociedades. Las personas de edad deben tener la oportunidad de trabajar hasta que quieran y sean capaces de hacerlo, en el desempeño de trabajos satisfactorios y productivos, y de seguir teniendo acceso a la educación y a los programas de capacitación. La habilitación de las personas de edad y la promoción de su plena participación son elementos imprescindibles para un envejecimiento activo. Es necesario ofrecer sistemas adecuados y sostenibles de apoyo social a las personas de edad[65]".

V. REFLEXIONES FINALES.

Existe una multiplicidad de nociones de trabajadores de edad, cuyo denominador común radica en que reconocen que son un grupo en condición de vulnerabilidad y de necesaria atención para el Derecho del Trabajo. Pese a lo anterior, es posible encontrar divergencias, que se sustentan en los dos criterios que permiten definir al colectivo: cuantitativo y cualitativo. La mayoría de las definiciones siguen al primer criterio; sólo se dedican a establecer un límite cronológico (del que no hay uniformidad), sin dotar de calidad el concepto, lo que no permite dar una solución laboral a la identificación del sujeto. Desde un punto de vista normativo, el Decreto Ley 3.500, Ley 19.828 y la CIPDHPM siguieron el mismo patrón cuantitativo, encasillando al sujeto entre los 60 y los 65 años.

El segundo criterio -cualitativo- es más reducido; a ese adherimos. Sólo la R. 162 de la OIT postula una definición afín. Empero presenta ciertas debilidades, dadas por una carencia de enfoque de género y ambigüedad en el ámbito de protección, el sujeto a proteger y los elementos que lo componen. Por lo mismo, postulamos una concepción propia, que intenta enmendar las críticas antedichas, y constituir una herramienta académica que permita detectar a este grupo vulnerable. Así las cosas, hemos identificado cinco características fundamentales para definir a los trabajadores de edad: sujeto, contexto socio-laboral, factor etario, estereotipos y efectos externos e internos.

Para nosotros, debe considerarse como trabajador de edad "a toda persona que, por el significado del avance su edad, determinable en virtud de un trabajo específico y en cualquier fase del itercontractual, está expuesta a sufrir, al menos, una desventaja o una afectación en sus derechos."

Defendemos la concepción cualitativa de trabajadores de edad y con perspectiva laboral, pues, creemos que la visión cuantitativa cae en lo arbitrario y/o en la imprecisión. Con lo anterior, no queremos decir que, para otras perspectivas,

65 Esta declaración fue emitida en el marco de la Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento, en Madrid, España, 2002.

como la de políticas públicas, no se torne necesario la utilización de un criterio nominativo. Al respecto, somos de la opinión de que ninguna medida -incluso la de política pública- resultaría verdaderamente eficaz, si no se delimitara conforme a sectores de trabajo determinados[66].

La existencia de algunos textos de Derecho del Trabajo basados en la corriente cualitativa, y otros en la cuantitativa, así como los diversos límites etarios propios del último criterio empleados para definir al trabajador de edad, responden al incipiente desarrollo dogmático *ius*laboralista en la identificación de este grupo vulnerable y a la fuerte influencia en las ciencias sociales y jurídicas del paradigma positivista proveniente de las ciencias exactas. Sumado a esto, el sujeto de estudio, si bien es masivo y va en crecimiento, aún no se ha hecho apreciar lo suficiente. Debido al tipo de investigación realizada, no podemos aseverar con exactitud por qué ocurre lo descrito, pero suponemos que se debe a su rol en la sociedad, el cual sigue siendo secundario. Quienes toman las decisiones, cronológicamente pueden ser parte de este grupo; sin embargo, desde un punto de vista cualitativo, no pertenecen a él, ya que no se han visto expuestos a las desigualdades caracterizadoras del colectivo. Por otro lado, quienes pertenecen al grupo social en estudio -por estereotipos y/o adopción de efectos (internos y externos)- no se manifiestan. Así, de una u otra forma, el resultado es el mismo: la invisibilización.

Uno de los resultados de nuestra investigación es la elaboración de un concepto complementario al de trabajadores de edad, que busca corregir la traba de la invisibilización. Surgió, así, la visión laboral del ya posicionado "envejecimiento activo". Nos referimos, particularmente, al "envejecimiento activo laboral", enfoque que precisamos como: "el derecho que tiene el trabajador de edad a participar, de acuerdo a sus capacidades y preferencias en el mercado laboral o a preparase para su ingreso". Esta nueva concepción, como un nuevo paradigma, debiera estar vigente en el sistema jurídico laboral chileno, a la hora de elaborar y aplicar normas. Es la clave para solucionar la exclusión y dotar de derechos al grupo en examen. Sin embargo -a pesar de constar con un sustento normativo internacional-, parece no estar interiorizado en la doctrina, pues ningún *ius*laboralista lo ha desarrollado y menos aún las autoridades encargadas de confeccionar e implementar políticas públicas. Por lo mismo, y si buscamos que nuestros trabajadores de edad progresen social y laboralmente, se vuelve urgente hacer uso de las herramientas que el *hard y soft law* ofrecen, para que no se vuelvan letra muerta.

Los escasos proyectos de ley están dirigidos, por una parte, a postergar la edad jubilación para evitar la salida de los mayores del trabajo y, por otra, a precarizar las relaciones laborales, eliminando indemnizaciones o permitiendo jornadas

66 No es lo mismo que un trabajador de edad se desempeñe en el rubro de la pesca, de la panadería, del derecho, de las ventas, del deporte, o de la publicidad.

de trabajo fragmentadas en el día. Es decir, las pocas modificaciones que están discutiéndose se dirigen al empleador, con el objeto de que éste considere más atractivo contratar a un trabajador de edad, por ser "menos costoso" que los jóvenes; y, en caso alguno, se ha adaptado la normativa al nuevo paradigma de envejecimiento activo laboral.

De la Encuesta Nacional de Empleo de Chile hay dos datos estadísticos que resultan interesantes del grupo de desocupados "mayores de 60 años": 1.552.990 personas[67] (la mayoría, un 44%) dicen no trabajar "porque están jubilados". Por su parte, 95.851personas[68] (el 2'7%) dice no querer trabajar "por no necesitarlo". Como primera conclusión, en Chile hay personas jubiladas que -pudiendo necesitarlo- no buscan empleo únicamente porque "están jubiladas", como si fuera un impedimento. Una segunda reflexión que podemos extraer es que hay dos grandes grupos de trabajadores de edad: los que tienen la edad legal para jubilar y los que no.

Suponemos, pero no podemos asegurar -ya que escapa a nuestra disciplina e instrumentos disponibles-, que las respuestas dadas por nuestros mayores son fruto de una carencia educativa social sobre el trabajo maduro y del proceso de interiorización de su etiqueta social, moldeada y pulida por toda la vida, que los obliga a automarginarse. Como si jubilarse, fuera el inicio de una nueva etapa, en la que el trabajo no tiene lugar, aunque fisiológicamente podrían ejercerlo. Al respecto, cualquier medida concreta que busque facilitar el acceso a los de edad, necesariamente debería ir en orden a erradicar ese modelo de segregación e incluir dignamente a los jubilados en el trabajo.

Otra conclusión que podemos alcanzar con este estudio, es que el colectivo de los trabajadores de edad surge como un nuevo actor en la sociedad actual -inexistente en otrora, el cual no es tanto vulnerable por su deterioro físico, biológico o fisiológico, sino que por la construcción social que significa la trayectoria etaria, el significado social de la edad; y, como pudimos constatar, sufre de una multivulnerabilidad (a través de diversas edades, diferencias en la formación, instituciones jurídicas, género, etc.). Esta nociva situación a la que están expuestos, puede terminar, por un lado, en el desánimo del trabajador, toda vez que su salida definitiva del mercado laboral se ve forzada; y, por otro, conlleva a la sumisión del trabajador a un trabajo precario o a situaciones de vulneraciones en sus derechos, fundadas en el miedo al desempleo y en la necesidad de dinero.

67 Según Encuesta Nacional de Empleo de Chile, Mayo-Julio 2019 realizada por el Instituto Nacional de estadísticas de Chile.

68 Según Encuesta Nacional de Empleo de Chile, Mayo-Julio 2019 realizada por el Instituto Nacional de estadísticas de Chile.

Así las cosas, cuando hablamos de posicionar una perspectiva laboral de trabajadores de edad y envejecimiento activo laboral, estamos postulando la democratización de las relaciones laborales, donde todos y todas deben ser incluidos. Postulamos nuevos conceptos *ius*laboralistas multidimensionales, necesarios para una sociedad en que el trabajo cumple un rol central y que tiende a envejecer. Elaboramos nociones socio-jurídicas en el que la perspectiva cronológica aporta sólo una parte y por lo mismo, si desde el Derecho del Trabajo queremos verdaderamente comprender y brindar soluciones a los problemas de este grupo de personas, no podemos permanecer ajenos a dicha premisa.

BIBLIOGRAFIA

APARICIO, J. y OLMO, A.: La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo, Bomarzo, Albacete, 2007.

ARBER, S. y GINN, J.: "Relación entre género y envejecimiento: enfoque sociológico", *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, 1996.

BALLESTER, Mª.: "Personas de edad Avanzada", en ALEMÁN PÁEZ, F. (dir.): *Materiales prácticos y recursos didácticos para la enseñanza del derecho del trabajo y las políticas sociolaborales,* Tecnos, 2013.

BASS, S.; CARO, F. y CHEN, Y.-P.: *Achieving a Productive Aging Society*, Westport: auburn house, 1993.

BÉLGICA: *Plan de acción para el empleo de las personas mayores, convenios colectivos* (Plan pour l'emploi des travailleurs âgés), Conseil National du Travail, núm 104, 2012.

CALVO, J.: "Los mayores en el nuevo derecho del empleo", en RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, M. C. (dir.): *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, Bomarzo, 2015.

CARRASQUER OTO, P. y RECIO CÁCERES, C.: "Los colectivos más débiles del mercado laboral: ¿la excepción como norma?", *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, vol. 1, 2013.

COMISIÓN EUROPEA: "Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones", Libro Verde, Bélgica, 2005.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Los retos de las políticas de empleo para los trabajadores de más edad*, 2016.

CUMMING. E y HENRY, W.: *Growing Old: The Process of Disangagement*, Basic Books, New York, 1961.

HEIKKINEN, E.; KUUSINEN, J. y RUOPPILA, I.: *Preparation for Aging*, Springer, USA, 1995.

ERIKSON, E. H.: *Identity and the life cycle: selected papers*, England: International Universities Press, Oxford, 1959.

GARRIDO, E.: "La edad como factor de segmentación en el mercado de trabajo", en CRUZ, J. (coord.): *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación*

laboral: causa determinante e instrumento de contención, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

Hessel, R.: "Envejecimiento activo en una sociedad de personas mayores: formación para todas las edades", *Revista Europea de Formación Profesional*, vol. 3, núm. 45, 2008.

Heywood, J. y Siebert, S.: *Understanding the labour market for older workers: A survey,* Bonn (Alemania), 2009.

Huenchuan, S. y Rodriguez, L.: *Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección*, CEPAL, Santiago, 2010.

Huet, J. A.: *The Third Age a Political Problem*, International Center of Social Gerentology, Michigan, 1970.

Kehl, S. y Fernández, J.: "Construcción social de la vejez", *Cuadernos de Trabajo Social*, UNAM, México, 2001.

Laslett, P.:

A fresh map of life: the emergence of the Third Age, London, Weidenfeld, 1989.

"The emergence of the Third Age", en *Ageing and Society,* United Kingdom, 1987.

Lathrop, F.: "Protección jurídica de los adultos mayores en Chile", *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Santiago, 2009.

Mc Gregor, J. y Gray, L.: "Stereotypes and older workers: the New Zealand experience", *Social Policy Journal*, núm. 18, 2002.

Maltby, T.: "'Older workers', workplace training and better quality working lives. Can a Work Ability approach help?", *International Journal of Education and Ageing*, vol. 1, núm. 2, 2010.

Martínez, Mª.: "Aspecto concreto de la cultura de las organizaciones", en *La Construcción de las organizaciones: la cultura de la empresa*, UNED, 2001.

Marcie Pitt, C. y Michael, A.: *How old are today`s older workers?*, Boston College, 2006.

Maslow, H.: *Motivation and personality*, Harper & Row, 1954.

Morales, J.: *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de Recursos Humanos*, Laborum, Murcia, 2017.

Movimiento Pro-Emancipación De Las Mujeres De Chile: *La Mujer nueva*, Santiago, Gutenberg, 1936.

Olmos, P., Sanahuja, J. y Pérez, F.: "La formación como medida de retención y reincorporación en el mercado de trabajo de los trabajadores de edad y su contribución a las políticas de envejecimiento", *Revista Jurídica*, vol. IV, núm. 112, 2017.

Organización Internacional Del Trabajo (1979): Informe VI (2) Trabajadores de edad madura: trabajo y jubilación. (Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra).

Organización Internacional Del Trabajo (2011) Discriminación por edad: Mayor de 50, ¿y qué? En: Revista trabajo (2011, nº 72).

Organización Mundial de la Salud (OMS):

"Envejecimiento activo: un marco político", *Revista Española de Geriatría y gerontología*, vol. 37 (2), 2019.

Informe Mundial sobre el envejecimiento y la salud, 2015.

Palomo, R.: "El reconocimiento normativo del derecho a la no discriminación laboral de personas mayores", *Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valparaíso, 2018.

Palomo, R. y Salazar, F.: "Acuerdo marco autónomo sobre envejecimiento activo y enfoque intergeneracional en la Unión Europea", *Revista Laboral Chilena*, Santiago, 2017.

Papa Pablo VI: *Humanae Vitae. Sobre la regulación de la natalidad*, Paulinas, Chile, 1983.

Patrickson, M.: "Human resource management and the ageing workforce", en Wiesner, R. y Millet, B.: *Human resource management: Challenges and future directions*, Brisbane, 2003.

Real Academia Española, 23ª versión, España, 2014.

RADOVIC, M.: "An Aging workforce: Employment Opportunities and Obstacles", *Cadmus*, vol. I, issue 6, 2013.

SÁNCHEZ-URÁN, Y.: "Trabajadores de «edad avanzada»: empleo y protección social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociale*s, 2001.

SALMINEN S.: "Have young workers more injuries than older ones? An international literature review", *Journal of Safety Research*, vol. 35, issue 5, 2004.

SERVICIO NACIONAL DEL ADULTO MAYOR: *Las personas mayores a nivel mundial, regional y local, una aproximación demográfica al envejecimiento*, Gobierno de Chile, Santiago, 2018.

THE JAPAN INSTITUTE FOR LABOUR POLICY AND TRAINING: *Labor Situation in Japan and Its Analysis General Overview 2013/2014*, Tokyo, 2014.

UNITED KINGDOM, PARLIAMENT: *House of Commons Women and Equalities Committee. Older people and employment*, London, 2018.

YAÑEZ M., MALDONADO, C. y DEL RISCO, K.: "Participación Laboral de la población de 60 años o más en Colombia", *Revista de economía del Caribe*, núm. 17, 2016.

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

EL DERECHO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR ESTABLECIDO POR ACUERDO ENTRE LOS CÓNYUGES COMO DERECHO REAL DE USO Y HABITACIÓN EN LOS CASOS DE CRISIS MATRIMONIAL

THE RIGHT ON FAMILY RESIDENCE ESTABLISHED BY AGREEMENT BETWEEN SPOUSES AS A REAL RIGHT OF USE AND ROOM IN CASES OF MARRIAGE CRISIS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 560-577

Ana AÑÓN LARREY

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: EEl objeto del presente trabajo es analizar si resulta jurídicamente posible que los cónyuges, ante una situación de crisis matrimonial, y dada la discutida naturaleza del derecho de uso sobre la atribución de la vivienda familiar y su carácter asistencial gratuito, a la vista de las tensiones que se generan para el cónyuge propietario que se ve privado del uso de su propia vivienda, puedan pactar en el convenio matrimonial otras fórmulas jurídicas, como el atribuir un verdadero derecho real de uso y habitación, que permita además su configuración en el título constitutivo bien con carácter gratuito bien con carácter oneroso en función de sus necesidades personales y familiares.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; vivienda familiar; derecho de uso; derecho de uso y habitación; derecho real.

ABSTRACT: *The purpose of this study is to analyze whether it is legally possible for spouses, in a situation of marital crisis, and given the disputed nature of the right of use on the allocation of family housing and its free care on the face of the tensions that are generated for the owner spouse who is deprived of the use of his own home, may agree in the marriage agreement other legal formulas, such as attributing a real right of use and habitation, which also allows its configuration in the constitutive title well free of charge or onerous depending on your personal and family needs.*

KEY WORDS: *Marriage; family house; right of use; right of use and room; real right.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONSIDERACIONES GENERALES.- 1. La atribución del uso de la vivienda familiar en la separación o divorcio.- 2. Naturaleza jurídica del derecho.- 3. Carácter asistencial y gratuidad del derecho de uso en la atribución de la vivienda familiar.- III. EL DERECHO DE USO Y HABITACIÓN.- 1. El derecho de uso y habitación como derecho real.- 2. La posibilidad de configurar su carácter gratuito u oneroso.- IV. EL PACTO ENTRE LOS CÓNYUGES PARA SU CONFIGURACIÓN COMO VERDADERO DERECHO REAL CON CARÁCTER RETRIBUTIVO.

I. INTRODUCCIÓN.

Es evidente que la atribución del uso de la vivienda familiar es una de las cuestiones más conflictivas en los procesos de crisis matrimonial.

El art. 96 CC establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

La naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar ha dado lugar a diversas teorías en torno a su naturaleza como derecho real, como derecho personal o incluso como derecho "familiar". Sobre todo, en aquellos supuestos donde la propiedad del inmueble pertenece a un tercero y se discute la falta de concreción del título que legitima para poseer[1]. Para concluir en muchos casos que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes existente.

Sin embargo, dicho precepto está regulando el uso de la vivienda familiar en defecto de acuerdo de los cónyuges y con carácter no remunerado, lo que provoca numerosos problemas en la práctica para el cónyuge propietario que se ve privado del uso de su propia vivienda. Sin embargo, sería posible que los cónyuges pacten un derecho de uso y habitación configurado como verdadero derecho real a favor del cónyuge no propietario con carácter gratuito, pero también oneroso,

1 SSTS 2 diciembre 1992 (RJ 1992, 10250) y 31 diciembre 1994 (RJ 1994, 10330), entre otras.

• Ana Añón Larrey
Abogada, Profesora de Derecho Civil, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, Profesora del Máster de Acceso a la Abogacía, Universidad de Valencia. Correo electrónico: anaanon@icav.es.

al amparo del art. 524 y ss. CC, sujeto a la homologación judicial en caso de existir menores o incapacitados.

En el presente trabajo se pretende analizar la atribución voluntaria entre los cónyuges de un derecho de uso y habitación, configurado como un verdadero derecho real que limita las facultades del uso del propietario del inmueble, que tienen oponibilidad *erga omnes* y que puede ser pactado con carácter retribuido.

II. CONSIDERACIONES GENERALES.

1. La atribución del uso de la vivienda familiar en la separación o divorcio.

El Tribunal Supremo define el "concepto de vivienda familiar" al que se refieren los arts. 87, 90.b), 91, 96 y 103.2 CC como el bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario[2].

La vivienda familiar es objeto de regulación especial en nuestro ordenamiento jurídico en los casos de crisis matrimonial con el objeto de proteger los intereses de los miembros de la familia y, en especial, de los hijos menores habidos en el matrimonio.

El art. 96 CC establece que "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección".

Así pues, en el momento de la disolución matrimonial los cónyuges pueden pactar a quien se atribuye el uso de la vivienda que venía constituyendo domicilio familiar por medio del convenio regulador, tal como establece el art. 90.1.c) CC. Si bien, existiendo menores de edad o incapaces, tal pacto necesitará de su homologación judicial.

A falta de acuerdo entre los cónyuges, el precepto establece que el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, consagrando el principio de *favor filii*[3].

2 STS 31 diciembre 1994 (RJ 1994, 10330).

3 De Verda y Beamonte, J. R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015, pp. 3389 a 3468.

a) Cuando los hijos menores de edad quedan en compañía de un solo cónyuge, la Sentencia del Tribunal Supremo 221/2011, de 1 de abril 2011[4], declara que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC.

Sin duda, el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sí no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento.

Esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre.

Existen dos factores, no obstante, que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: a) uno cuando la vivienda no tenga el carácter familiar, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación; y, b) otro, cuando el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios[5].

4 STS 1 abril 2011 (RJ 2011, 3139), y doctrina aplicada en sentencias posteriores, SSTS 14 abril 2011 (RJ 2011, 3590), 26 abril 2012 (RJ 2012, 6102), 22 febrero 2017 (RJ 2017, 1079) y 8 marzo 2017 (RJ 2017, 696).

5 SSTS 5 noviembre 2012 (RJ 2012, 10135), 3 mayo 2016 (RJ 2016, 2215), 27 de noviembre 2018 (RJ 2017, 6187) y 4 abril 2018 (RJ 2018, 1185).

b) Cuando se establece la custodia compartida, la jurisprudencia viene aplicando por analogía el supuesto previsto cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro.

En estos casos, el precepto establece que el juez resolverá lo procedente y la jurisprudencia entiende que ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres y el tener cubierta las necesidades de habitación, entre otras y, en segundo lugar, la situación de la vivienda que constituye domicilio familiar, si es privativa de uno, de ambos, si pertenece a un tercero, o si ha existido una situación consentida en el tiempo[6].

Ahora bien, también en estos casos puede el Juez atribuir el uso de la vivienda al cónyuge no titular cuando su interés fuera el más necesitado de protección por una aplicación analógica del art. 96 CC después de una ponderación de los intereses en juego. Que un cónyuge carezca de recursos económicos suficientes para acceder a una vivienda en la que habitar con los menores durante los períodos correspondientes, puede ser una de esas circunstancias a tener en cuenta por el Juez para atribuir a ese cónyuge el uso de la vivienda familiar cuya titularidad pertenece a ambos o incluso aunque sea privativa del otro[7]

c) Cuando existen hijos mayores de edad, el Tribunal Supremo pone en evidencia que la atribución del uso de la vivienda familiar, en el caso de los mayores de edad, descansa en los arts. 142 y ss. CC que regulan los alimentos entre parientes, dentro del cual queda comprendido el derecho de habitación[8]. Sobre esta base, el Tribunal supremo establece que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de la vivienda familiar, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los arts. 142 y ss. CC, en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cuál de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder[9].

6 SSTS 13 noviembre 2018 (RJ 2018, 4930), 25 marzo 2015 (RJ 2015, 1165), 18 de mayo 2015 (RJ 2015, 1919).

7 Costas Rodal, L.: "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 11/2016, parte Doctrina.

8 Rubio Torrano, E.: "El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 8/2011, parte Tribuna.

9 STS 5 septiembre de 2011 (RJ 2011, 5677) .

d) No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de la vivienda, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Todo ello provoca no pocos problemas cuando el cónyuge propietario del inmueble se ve privado del uso por atribuirse la custodia al otro progenitor, teniendo que buscar una residencia alternativa y seguir abonando en muchos casos el importe del préstamo hipotecario, en su totalidad si fuere privativo o, en su caso, por mitades si la propiedad fuere común, más aquellos gastos inherentes a la propiedad.

2. Naturaleza jurídica del derecho.

La naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales regulada en el art. 96 CC ha dado lugar a diversas teorías en torno a su naturaleza como derecho real, como derecho personal o incluso como derecho "familiar".

Al respecto existen dos posiciones doctrinales y jurisprudenciales: los que consideran que se trata de un derecho personal entre las partes interesadas dentro del proceso de familia; y, los que consideran que se configura como un derecho real.

Así, por ejemplo, mientras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994 negaba la naturaleza de derecho real al derecho de uso de la vivienda[10], en otras se reconoce su eficacia como "derecho real oponible a terceros"[11], incluso en otras sentencias el propio Tribunal Supremo la confunde con el derecho de uso y habitación de los arts. 523 y ss. del Código Civil[12], para posteriormente calificarla

10 STS 29 abril 1994 (RJ 1994, 2945): "El derecho de uso de la vivienda común concedido a uno de los cónyuges por razón del interés familiar más necesitado y porque queden a su disposición los hijos no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges; también es de señalar que nada tiene que ver con ello la anotación de la sentencia".

11 STS 11 diciembre 1992 (RJ 1992, 10136) y 4 abril 1997 (RJ 1997, 2636).

12 STS 20 mayo 1993 (RJ 1993, 3807): "Pero a ello no obsta que, ya superadas las medidas provisionales a que se refieren los arts. 91 y 103 y concordantes del citado Código, la atribución del uso de la vivienda pueda hacerse de manera no provisional, ni tampoco de modo indefinido, sino, como también resulta de una lógica interpretación del art. 1407 ya mencionado, con la duración que al derecho de uso y habitación y con las características de este derecho que regulan los arts. 523 y ss. del CC. Todo ello consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales en litigio y aparte de la atribución en propiedad, que puede ser compatible con aquel derecho de uso, de modo análogo a la coexistencia de la nuda propiedad y un usufructo sobre la misma cosa pertenecientes a personas distintas".

como un "derecho real familiar"[13] o simplemente como un "derecho familiar"[14] cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostente un interés más necesitado de protección.

La diferencia *a priori* resulta relevante por cuanto los derechos personales darían derecho a reclamar la prestación acordada con obligación de indemnizar por su incumplimiento, mientras que, en los derechos reales se concede un poder directo e inmediato sobre la cosa con derecho reclamarla y oponibilidad *erga omnes*.

Sin embargo, en este caso la oponibilidad *erga omnes* queda protegida, con independencia de su naturaleza, por la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad, por lo que resulta oponible frente a terceros.

Como tiene también declarado la doctrina, desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad[15].

Lo que resulta evidente es, en aquellos supuestos donde la propiedad del inmueble pertenece a un tercero y se discute la falta de concreción del título que legitima para poseer, la protección de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes existente.

Como tiene asentado el Tribunal Supremo, la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y la atribución de la vivienda familiar al uso de uno de los cónyuges mediante sentencia o convenio de separación no puede generar, como es natural, un derecho antes inexistente y sí, sólo proteger el que la familia ya tenía.

13 STS 18 octubre 1994 (RJ 1994, 7722): "No parece dudoso en extremo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos deba configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil".

14 STS 14 enero 2010 (RJ 2010, 23239): "De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN 14 mayo 2009)".

15 RDGRN 10 octubre 2008; STS 22 abril 2004 (RJ 2004/2713), entre otras.

De ahí que la resolución judicial que atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges no origina un derecho real de uso ejercitable erga omnes, ni pude oponerse frente al cedente que no intervino ni podía hacerlo en el proceso matrimonial, por lo que la incuestionable protección que merece la vivienda u hogar familiar en la Constitución y legislación civil, no puede trascender a terceras personas ajenas al matrimonio[16].

En estos muchos casos se ha discutido si se produce una situación de precario o comodato con la atribución de la vivienda familiar al otro cónyuge cuando el titular es un tercero que cedió gratuitamente el domicilio, generalmente alguno de los progenitores[17]. Sin embargo, el Tribunal Supremo en este sentido parece haber ido evolucionando a la consideración de precario[18], declarando que aunque hubiese comodato, el "uso determinado" al que se refiere el art. 1750 CC se encuentra vinculado a la permanencia del hijo del comodante y propietario, de ahí que la salida del mismo del hasta entonces hogar familiar suponga la extinción del comodato por finalización del uso. Esto resultaría aplicable en la medida en que la cesión gratuita de la vivienda fuese inicialmente comodato, pero si se cedió en precario, el poseedor posterior seguirá igualmente en precario y, por tanto, podrá llevarse a cabo el desahucio[19].

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010[20], al referirse a su naturaleza jurídica especial resume varios supuestos en que puede encontrarse la vivienda frente a terceros que acrediten algún derecho sobre la misma:

1ª El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división[21]. Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges. Es por ello que la Dirección General de los Registros ha

16 STS 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10330).

17 Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 124-135.

18 SSTS 26 diciembre 2005 (RJ 2005, 180), 2 octubre 2008 (RJ 2008, 5587), 29 octubre 2008 (RJ 2008, 6923), 30 octubre 2008 (RJ 2008, 6925), 13 noviembre 2009 (RJ 2009, 5), 14 de noviembre 2009 (RJ 2009, 393) y 18 enero 2010 (RJ 2010,1274), entre otras.

19 Rubio Torrano, E.: "Cesión gratuita de vivienda: ¿comodato o precario? Una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS 22 octubre de 2009". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 2/2010, parte Jurisprudencia.

20 STS 8 enero 2010 (RJ 2010, 1274).

21 STS 4 diciembre 2000 (RJ 2000, 9323), 28 marzo 2003 (RJ 2003, 3040) y 8 mayo 2006 (RJ 2006, 2342), entre otras

considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son solo beneficiarios.

2ª Puede ocurrir que el tercero sea el propietario y haya cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges mediante un contrato, que puede ser anterior al matrimonio o durante el mismo. En este caso, atribuida la vivienda al cónyuge no contratante, éste no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario, porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 CC). La relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante[22]. El ejemplo del contrato de arrendamiento es significativo, puesto que el art. 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo.

3ª Cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio[23].

En definitiva, sin perjuicio de la naturaleza jurídica especial de este derecho de uso, para solucionar las reclamaciones de los propietarios, acerca de la reivindicación de los inmuebles que habían cedido, habrá que ver en primer lugar si existía un contrato entre ellos. En este caso, se aplicarían los efectos del propio contrato; pero si no hay contrato, la posición de los cesionarios del uso del inmueble sería la de un precarista[24]. Si bien hay casos más claros como aquellos en los que los cónyuges o uno de ellos es propietario de la vivienda familiar, aquellos en los que es de un tercero o aquellos en los que existe un contrato, la casuística es amplia y pueden plantearse supuestos con muchos matices que tendrán que ser analizados detalladamente[25].

22 Como dice el TS "Se confirma de esta manera la doctrina sentada en nuestra sentencia de 3 de abril 2009 (RJ 2009, 2806). Por ello matizando nuestra anterior jurisprudencia, (STS 2 diciembre 1992 (RJ 1992, 10250) y 17 julio 1994 SIC y 14 de abril 2009 SIC entre otras), debe señalarse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea atributario del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial".

23 SSTS 26 diciembre 2005 (RJ 2006, 180), 30 octubre (RJ 2009, 403) y 13 (RJ 2009, 5) y 14 noviembre 2008 (RJ 2009, 393) y 30 junio 2009 (RJ 2009, 4244).

24 STS 26 diciembre 2005 (RJ 2006, 180).

25 Paniza Fullana, A.: "Atribución del uso de la vivienda familiar "versus" derecho de propiedad (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013)", *Revista Doctrinal Aranzadi. Civil-Mercantil,* núm. 9/2014, parte Jurisprudencia.

3. Carácter asistencial y gratuidad del derecho de uso en la atribución de la vivienda familiar.

Con todo ello, la constitución del derecho de uso de la vivienda familiar a favor del cónyuge que tenga atribuida la custodia de los hijos, en los casos en que la vivienda familiar es propiedad exclusiva o por mitad del otro cónyuge no custodio, puede provocar graves desequilibrios económicos, dado que dicha atribución es esencialmente gratuita teniendo por objeto el beneficio de los menores, *favor filii*.

Como tiene declarado la jurisprudencia, este uso de la vivienda para el cónyuge e hijos a su cargo no es retribuido porque tiene un marcado "carácter asistencial", lo que equivale a considerarlo una contribución a las cargas y acercarlo al concepto de cobertura de necesidad alimenticia del art. 93 CC[26].

La atribución del uso lo es en razón a la existencia de hijos menores que quedan bajo la guarda y custodia de uno de los cónyuges, con lo que se protege el interés más necesitado de protección, que no puede ser, bajo estas circunstancias, el de alguno de los progenitores, sino el de los hijos. Por lo tanto, la atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, pues lo que pretende, por tanto, el art. 96 CC al atribuir la vivienda al progenitor con quien los hijos conviven es evitar que a la separación de los padres que amenaza su bienestar se sume la perdida de la vivienda en la que han convivido hasta el momento de la ruptura de sus padres con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones[27].

Como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias[28], "si bien la doctrina científica no es pacífica en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de uso exclusivo de la vivienda y ajuar familiar, al que se refiere el art. 96 CC y no falta algún prestigioso autor, como O'Callaghan Muñoz, y alguna resolución judicial aislada, que lo califiquen como un derecho real de ocupación creado por la Ley, la opinión mayoritaria de la doctrina lo configura como una medida asistencial de protección a la familia de carácter temporal y circunstancial (Encarna Roca Trías y Díez Picazo). Se trata de un derecho personal de naturaleza alimenticia, acondicionado a la no alteración de las circunstancias contempladas en el momento de su establecimiento (art. 91 CC) y, desde luego, no susceptible de disposición (art. 96.4 CC), por lo que en modo alguno podría ser equiparado al derecho de usufructo que es esencialmente disponible (artículo 480 del Código Civil)".

26 SAP Asturias 31 enero 2006 (AC 2006, 14), SAP Cádiz 20 marzo 2017 (JUR 2017, 124359),

27 STS 1 abril 2011 (RJ 2011, 3139), con cita de las Sentencias 14 abril, 21 junio y 30 septiembre 2011 y 21 mayo y 13 julio 2012, y expresamente reiterada en las STS 3 abril y 16 junio 2014.

28 SAP Asturias 21 marzo 1996 (AC 1996, 465), 14 octubre 1992 (AC 1992, 1503).

Por tanto, debido a ese carácter asistencial, aun cuando se pueda tener en cuenta para ponderar la cuantía de la pensión de alimentos o compensatoria que deba satisfacer, la atribución del uso de la vivienda sigue teniendo "carácter gratuito" en el Código Civil por lo que, independientemente de su capacidad económica, el cónyuge custodio, podrá residir sin coste alguno por tal concepto en el inmueble[29].

Y, efectivamente como decíamos el cónyuge propietario que se ve privado del derecho de uso, tendrá que buscar otro lugar de residencia con los costes que conlleva y, además, en muchos casos, seguir abonando el importe del préstamo hipotecario, así como en ocasiones los gastos de comunidad y el impuesto sobre bienes inmuebles (IBI), por tratarse de cargas derivadas de la propiedad[30].

En este sentido, existe una consolidada jurisprudencia que viene sosteniendo que las cuotas de amortización del préstamo hipotecario con el que se sufraga la adquisición de la vivienda, a través de la cual se satisfacen las necesidades de habitación del matrimonio, no se reputan cargas del mismo[31]. El Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente excluyendo del concepto de cargas matrimoniales los pagos correspondientes a la amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, pues de la amortización del préstamo habrá de responder quien lo suscribió, pero por razón de dicha obligación así contraída y no por la existencia de matrimonio entre los prestatarios[32].

Esta situación en ocasiones genera graves desequilibrios económicos e incrementa de manera indudable las tensiones entre los cónyuges, lo que repercute de manera negativa en la regulación entre ambos de las relaciones paterno-filiales.

No obstante, como señala la doctrina, el valor patrimonial del derecho de uso no resultaría incompatible con el carácter asistencial del mismo, pues la protección a la familia no niega el valor económico que dicha protección conlleva[33]. La evidente función familiar de la atribución del derecho de uso sobre la vivienda no tiene por qué privarle de su valor económico[34].

29 Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil,* vol. I, núm. 2, abril-junio 2014, pp. 9-39.

30 SSTS 28 marzo 2011 (RJ 2011, 939) y 26 noviembre 2012 (RJ 2013, 186).

31 SSTS 20 marzo 2013 (RJ 2013, 4936), 31 mayo 2006, 5 noviembre 2008, 28 marzo 2011, 29 abril 2011 y 26 noviembre 2012, según las cuales, la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio.

32 SSTS 17 febrero 2014 (RJ 2014, 918), 21 julio 2016 (RJ 2016, 3214) y 24 abril 2018 (RJ 2018, 1599), entre otras.

33 Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", cit., pp. 9-39.

34 Velázquez Martín, M. A.: "Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído", *Actualidad Civil,* núm. 1, 2002, pp. 343-359.

III. EL DERECHO DE USO Y HABITACIÓN.

1. El derecho de uso y habitación como derecho real.

Al contrario de lo que sucede con la atribución del uso de la vivienda familiar cuya naturaleza jurídica es discutida, el derecho de uso y habitación regulado en los arts. 523 y ss. CC tiene una indubitada naturaleza como derecho real de uso y disfrute de carácter personal, en el sentido de personalísimo e intransferible.

El art. 524 CC establece que "el uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente. La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia".

En este caso, se considera por la doctrina como una especie de usufructo limitado a satisfacer las necesidades del usuario o habitador y su familia, restringido o modalizado por alguna especialidad, participando de la naturaleza del usufructo al ser un derecho real que otorga el goce o disfrute temporal de cosa ajena. En el caso de la habitación tiene la particularidad de tener por objeto una casa destinada a la habitación del titular del derecho.

Se caracterizan por su carácter personalísimo, lo que lo diferencia del derecho real de usufructo y, por tanto, tal como dispone el art. 525 CC no se pueden arrendar ni traspasar por ninguna clase de título[35]. Como tampoco podrá ser hipotecados como establece el art. 108.3 de la Ley Hipotecaria[36].

Por su parte la Resolución de la Dirección General de Registro y Notariado de 5 de octubre de 2010[37], con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo[38], enumera los caracteres del derecho de uso como: 1.º) un derecho real; 2.º) de uso y disfrute; 3.º) recayente sobre un inmueble; 4.º) limitado a las necesidades del mismo; 5.º) de carácter personal (en el sentido de personalísimo e intransmisible); con dos particularidades esenciales que le dan individualidad jurídica, cuales son: 6.º) la temporalidad del uso (y de la habitación) y 7.º) su especial régimen jurídico.

35 SAP Madrid 7 junio 2010 (JUR 2010, 297926) establece que "el derecho de habitación regulado en los artículos 524 y siguientes del Código Civil es un derecho de carácter personalísimo que atribuye a su titular el derecho a ocupar las habitaciones de un inmueble ajeno a fin de poder hacer frente a sus necesidades y a las de su familia, pudiendo solo constituirse en virtud de título, es decir, el negocio privado o acuerdo de voluntades por el que el titular del bien cede el uso de una o varias habitaciones para sus necesidades al habitacionista, y dado el carácter personalísimo del derecho de habitación, una de sus causas es que no puede ser susceptible de transmisión ni a título gratuito ni oneroso, siendo una causa de extinción la muerte del habitacionista".

36 DGRN Resolución núm. 16382/2019, 3 octubre 2019 (RJ 2019, 4411), ciertamente el usuario no podrá por sí solo enajenar o hipotecar su derecho de uso, dado su carácter intransmisible.

37 DGRN Resolución núm. 11614/2015, 5 mayo 2015 (RJ 2015, 6549).

38 STS 4 febrero 1983 (RJ 1983, 803): "La temporalidad del derecho de uso, esencial al mismo igual que al usufructo, viene declarado tanto por el Código Civ. (art. 529 en relación con el 522, y art. 515 para el caso de constituirlo a favor de varias personas sucesivamente o de forma conjunta".

Sobre su régimen jurídico, el derecho real de uso y habitación referido se rige en primer lugar por lo determinado en el título constitutivo que puede ser lo mismo un negocio *inter vivos* (oneroso o gratuito) que mortis causa, tal como dispone el art. 523 CC y, en su defecto, por los referidos preceptos del Código Civil. Y se extinguen por las mismas causas que el usufructo y además por abuso de la cosa o habitación (art. 529 CC).

En la práctica estos derechos reales tienen una aplicación muy restringida, sobre todo el derecho de uso separado del derecho de habitación. Como reconoce Díez Picazo[39] en la práctica, el derecho de uso constituye un anacronismo y el derecho de habitación surgen casos de aplicación cuando se desea asegurar a una persona el derecho a la vivienda con carácter vitalicio o duradero. No obstante, encontramos algunas referencias en nuestra legislación, tanto en algunos derechos forales como en el art. 1407 CC, dentro de la regulación de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, cuando establece que "el cónyuge podrá pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación".

La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar no entraría dentro de este precepto pues como hemos analizado tiene una especial regulación en el art. 96 CC y una discutida naturaleza jurídica. Pero, nada impide que las partes pacten en el convenio matrimonial una modalidad del derecho de uso y habitación sobre la vivienda familiar, configurado en el propio título constitutivo como un derecho real al amparo del art. 524 CC, incluso con carácter retribuido, siempre que ello no perjudique el interés de los menores en su caso pues quedaría sujeto a la correspondiente homologación judicial.

2. La posibilidad de configurar su carácter gratuito u oneroso.

La diferencia, en caso de constituirse un derecho de uso y habitación del art. 524 CC, es que tendría la consideración de un verdadero derecho real que limita las facultades del uso del propietario del inmueble, con oponibilidad *erga omnes*, que tiene además de la ventaja de establecer su carácter gratuito u oneroso negociado entre las partes.

En este sentido, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2006[40], declara la existencia de un derecho de uso y habitación como un contrato de derecho de uso, donde no se transmite la propiedad del bien, y que se configura como un contrato oneroso al cual no se aplican las normas relativas a la donación.

39 Diez Picazo, L. y Gullón A.: *Sistemas de Derecho Civil. Vol. III (Tomo 2), Derechos Reales en particular*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 70.

40 STS 31 mayo 2006 (RJ 2006, 3496).

En ese supuesto concreto se habla de contrato oneroso al haberse establecido como contraprestación la obligación de realizar las obras de restauración de las dependencias a cargo del hermano a cuyo favor se establece el derecho. Considerando que el derecho de uso de una casa comprende también el de habitación, para satisfacer las necesidades del usuario, y que, al tratarse de la constitución de un derecho real de uso, su régimen constitutivo se regirá por lo que disponen los arts. 523 y 468 CC, estableciendo éste para el usufructo, pero también de aplicación para los derechos de uso y habitación, que se podrán constituir en actos entre vivos, es decir, mediante un contrato, bien oneroso, bien gratuito.

Así pues, por ejemplo, podría configurarse un derecho de uso y habitación con carácter gratuito a favor del cónyuge no custodio, si fuera posible habitar de manera separada alguna de las estancias de la vivienda, como situación temporal por el plazo que se acuerde en tanto se resuelve su necesidad de vivienda.

Pero también cabría configurar un derecho de uso y habitación oneroso de manera negociada a favor del cónyuge que tiene atribuida la guarda y custodia de los hijos, en caso de que éste no fuera el titular del inmueble o que la titularidad fuera compartida entre ambos.

De esta forma, el acuerdo entre los cónyuges, bien sea para atribuir un derecho de uso y habitación temporal al cónyuge que deba abandonar el inmueble en tanto pueda encontrar un lugar de residencia; bien sea para atribuir un derecho de uso y habitación al cónyuge no titular del inmueble a cambio de una renta mínima acordada, en cualquiera de los casos, el acuerdo entre los cónyuges así como la posibilidad de establecer su carácter retribuido mejoraría notablemente el desarrollo de las relaciones familiares, evitando posibles situaciones de desequilibrio económico.

IV. EL PACTO ENTRE LOS CÓNYUGES PARA SU CONFIGURACIÓN COMO VERDADERO DERECHO REAL CON CARÁCTER RETRIBUTIVO.

Como hemos manifestado el art. 96 CC está regulando el uso de la vivienda familiar en defecto de acuerdo de los cónyuges, pero nada impide que los cónyuges pacten un derecho de uso y habitación configurado como un verdadero derecho real a favor del cónyuge no propietario y con carácter retribuido, aunque esta sea una retribución simbólica o menor al alquiler de mercado.

Para ello, desde antiguo de conformidad con la doctrina y jurisprudencia se requiere un acto expreso más o menos solemne, es decir, la necesidad de un título constitutivo expresa, donde quede clara la voluntad del propietario de constituirlos, y este título, además de dar lugar a su nacimiento determina el

peculiar régimen jurídico de estos derechos (art. 523 CC), dada la problemática que pudiera surgir de su aplicación en el ámbito familiar.

En cuanto a la forma el Tribunal Supremo[41] establece que la forma de constitución se regirá por los arts. 1278 a 1280 CC, por lo que, a pesar de que el art. 1280 CC exige escritura pública para los actos y contratos de constitución de derechos reales, la falta de tal forma no afecta a la validez del mismo, suponiendo, únicamente, de acuerdo con lo que dispone el art. 1279 CC, la obligación de elevar a público el contrato si alguna de las partes así lo solicitara de la parte contraria. Sin embargo, resulta conveniente dejar constancia expresa en el título constitutivo, donde quede clara la voluntad de constituirlo y los requisitos necesarios para su inscripción registral, pues la parte que lo alega debe acreditar la realidad de tal derecho.

La inscripción en el Registro de la Propiedad esta constreñida por los requisitos y exigencias del principio de especialidad, impidiendo la inscripción de aquellos derechos de habitación en los que no se haya determinado su titular, o su objeto. De modo que, el título constitutivo debería especificar todos los elementos de la relación jurídico-registral, tanto el sujeto (titular registral) como el objeto inscribible (finca y derecho). Así:

a) En el caso de querer configurar un derecho de uso y habitación temporal a favor del cónyuge, no titular, que ante la crisis matrimonial debe abandonar la vivienda familiar en tanto se concreta la búsqueda de su nueva residencia. El sujeto del derecho de habitación (el habitacionista) sería el cónyuge que habita en la casa de titularidad ajena, debiendo inscribirse a su favor este derecho conforme a los requisitos establecidos en los arts. 9.4 Ley Hipotecaria y 51.9 a) Reglamento Hipotecario. Y el objeto del derecho de habitación será la finca sobre la que recae el derecho debiendo determinar si el mismo se extiende a la totalidad de la vivienda o inmueble, o si por el contrario recae sobre un anejo, pieza o estancia más concreta.

Al efecto, el art. 524 CC establece que el derecho de habitación "da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia".

Como establece la Audiencia Provincial de Madrid[42], el derecho de habitación faculta a su titular a ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia; es un derecho de uso sin percepción de frutos y aplicado a la vivienda, que se caracteriza por ser un derecho real de uso y disfrute recayente

41 STS 31 mayo 2006 (RJ 2006, 3496).

42 SAP Madrid 24 julio 2000 (JUR 2000\277500)

sobre el inmueble, limitado a las necesidades del habitacionista y tener un carácter personal, en el sentido de ser personalísimo e intransmisible. Partiendo de estas notas que configuran el derecho de habitación, ningún obstáculo se alza a que, aún no determinado en el título constitutivo sobre que concretas dependencias de la vivienda se hace recaer tal derecho de habitación legado a favor del demandado, la regulación del Código, aplicable con carácter supletorio, lo hace recaer sobre las concretas piezas de una vivienda no sobre la totalidad, amparando una eventual acción para que se identifiquen y determinen las piezas que en virtud del derecho de habitación tiene derecho a ocupar el demandado quedando las restantes para uso de la propiedad, naturalmente con utilización conjunta de las piezas que por su naturaleza requieran la utilización común.

b) Pero, en caso de que se quiera configurar un derecho de uso y habitación a favor del cónyuge que tiene atribuida la guarda y custodia de los hijos, en caso de que éste no fuera el titular del inmueble, se podría configurar el mismo sobre la totalidad de la finca. En tal caso, el sujeto del derecho de habitación (el habitacionista) sería el cónyuge, sin necesidad de que se realice conjuntamente a favor de los hijos -aunque resulta posible la cotitularidad en el derecho de uso y habitación-, pues si el derecho de habitación se otorga a una sola persona aunque habiten con ella "su familia", o personas con relación de dependencia o convivencia, a efectos registrales y de inscripción, el derecho solo se inscribe a favor de persona concreta, que es el favorecido con el gravamen[43].

Si además se configura ese derecho de uso y habitación con carácter temporal y oneroso, a cambio de una renta mínima que puede ser incluso inferior al precio de mercado, pero retribuida, al fin y al cabo, se permite al cónyuge titular no custodio facilitar la búsqueda de su propia residencia, tanto desde el punto de vista económico como también desde el punto de vista psicológico, al evitar posibles situaciones de abuso de derecho que entorpezcan las futuras relaciones paterno-filiales.

Todo ello, teniendo en cuenta que al ser atribuido voluntariamente por uno de los cónyuges al otro precisaría la debida homologación judicial en caso de menores o incapaces a su cargo.

43 Rodriguez de Almedia, M. G.: "Determinación del derecho de habitación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, septiembre 2017, pp. 2646-2660.

BIBLIOGRAFÍA

Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Costas Rodal, L.: "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2016, parte Doctrina.

Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, abril-junio 2014.

De Verda y Beamonte, J. R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015.

Diez Picazo, L. y Gullón A: *Sistemas de Derecho Civil. Vol. III (Tomo 2). Derechos Reales en particular*, Tecnos, Madrid, 2019.

Paniza Fullana, A.: "Atribución del uso de la vivienda familiar "versus" derecho de propiedad (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2014, parte Jurisprudencia.

Rodriguez de Almeida, M. G.: "Determinación del derecho de habitación". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, septiembre 2017.

Rubio Torrano, E.:

- "Cesión gratuita de vivienda: ¿comodato o precario? Una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS 22 octubre de 2009", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 2/2010, parte Jurisprudencia.
- "El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2011, parte Tribuna.

Velázquez Martín, M. A.: "Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído", *Actualidad Civil,* núm. 1, 2002.

RÉGIMEN APLICABLE EN MATERIA DE GUARDIA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS EN LA COMUNIDAD VALENCIANA: LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL Y LOS DISTINTOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LEGAL FRAMEWORK APPLICABLE IN MATTERS OF CARE AND CUSTODY OF CHILDREN IN THE VALENCIAN COMMUNITY: LAW 5/2011, OF 1 APRIL AND THE VARIOUS PRONOUNCEMENTS OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 578-603

Manuel ORTIZ FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: La Comunidad Valenciana, en desarrollo de su Derecho foral, aprobó la Ley 5/2011, de 1 de abril. Sin embargo, tras varios pronunciamientos, esta norma fue declarada inconstitucional por la STC 16 noviembre 2016. Esta realidad provoca que el régimen jurídico y la ley aplicable en la Comunidad Valenciana no sea todo lo inteligible que sería deseable y que precise de una revisión crítica.

PALABRAS CLAVE: Competencias: Derecho foral; custodia; hijos; inconstitucionalidad.

ABSTRACT: *The Valencian Community, in the development of its regional law, adopted Law 5/2011, of 1 April. Nevertheless, after several pronouncements, this law was declared unconstitucional by STC 16 November 2016. This reality causes the legal regulations and the law applicable in the Valencian Community is not as intelligible as would be desirable and requires a critical review.*

KEY WORDS: Competencies; regional law; custody; children; unconstitutionality.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. DELIMITACIÓN DEL TEMA OBJETO DE ESTUDIO.- III. BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN DE LA GUARDIA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL.- 1. La guardia y custodia en el Código Civil.- 2. La guardia y custodia en la Ley 5/2011, de 1 de abril.- IV. LA STC 16 NOVIEMBRE 2016 Y LA VIGENCIA EFECTIVA DE LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL.- V. REVISIÓN CRÍTICA DE LA STC 16 NOVIEMBRE 2016 Y APLICACIÓN DE SUS CRITERIOS POR OTROS TRIBUNALES: PRINCIPALES CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El régimen de guarda y custodia de los progenitores sobre sus hijos resulta un tema de vital importancia para el adecuado desarrollo de los menores. En este sentido, desde el nacimiento de estos últimos, los padres adquieren una responsabilidad de cuidado y auxilio que, como indica el art. 92.1 CC, no finaliza en los casos de separación, nulidad o divorcio. Además, como muy acertadamente destaca López Sánchez[1], el principio de la inmunidad familiar ha sido superado "tanto con el abandono del argumento que proclamaba la necesidad de mantener la paz familiar, como con el convencimiento de que las sanciones penales o las específicas del Derecho de familia no resultan suficientes en todos los casos". No obstante, en esta obra no nos vamos a centrar tanto en el estudio exhaustivo de los tipos de guarda y custodia, como en la normativa aplicable a la Comunidad Valenciana en esta materia. En esta tarea, debemos tener en cuenta que, a pesar de que en esta región se aprobó la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, esta norma fue posteriormente declarada inconstitucional por la STC 16 noviembre 2016[2].

1 En este sentido, *vid.* López Sánchez, C.: "La responsabilidad de los padres por daños a sus hijos menores en casos de alimentación inadecuada", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 10 *bis*, 2019, p. 88.

2 STC 16 noviembre 2016 (EDJ 2016, 211063). A esta sentencia hay que sumar la STC 28 abril 2016 (EDJ 2016, 51935) y la STC 9 junio 2016 (RTC 2016, 110). En efecto, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales tres normas valencianas, de tal modo que resulta dudoso que esta comunidad continúe manteniendo su Derecho foral.
Para un análisis exhaustivo de estas sentencias y de la argumentación del Tribunal Constitucional, *vid.* De Verda y Beamonte, J. R.: "¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?", *Derecho Privado y Constitución,* núm. 31, 2017, pp. 117-128.

• Manuel Ortiz Fernández
Profesor ayudante del Área de Derecho Civil de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Premio Extraordinario de Grado y Doctorando en Derecho en dicha Universidad, Premio Extraordinario de Máster en Derecho de Daños de la Universidad de Alicante. Correo electrónico: m.ortizf@umh.es

Todo lo anterior nos obliga a llevar a cabo un análisis para determinar varias cuestiones. Por un lado, el régimen aplicable en este ámbito en la Comunidad Valenciana tanto con carácter previo como con posterioridad a la citada sentencia. Además, encontramos una dificultad añadida ya que, como más tarde se tendrá ocasión de comprobar, el Tribunal Constitucional dictó la providencia 19 julio 2011[3] y el auto 22 noviembre 2011[4] que vinieron a modificar la vigencia de la ley valenciana. Asimismo, debemos detenernos, siquiera brevemente, en la regulación contenida en el Código civil por varios motivos. En primer lugar, porque el mismo rige con carácter supletorio en todos los Derechos forales –e, incluso, en todo el ordenamiento jurídico–. En otro orden de cosas, porque es la norma aplicable tanto con anterioridad a la aprobación de la Ley 5/2011 como tras la declaración de inconstitucionalidad de la misma –con los matices que veremos–. Además, resulta de vital interés porque nos permitirá establecer similitudes y diferencias entre la ley estatal y la autonómica.

Igualmente, otro motivo destacable es que el art. 28.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, prevé que "Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas". Por lo tanto, se hace necesario el estudio del resto de ordenamiento para determinar si, en su caso, una disposición autonómica contraviene lo dispuesto en la Constitución. Por otro lado, veremos si la controvertida decisión del máximo intérprete constitucional en España fue acertada o si, por el contrario, pueden encontrarse ciertas dudas interpretativas. En esta labor, el voto particular del Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos nos facilitará las herramientas necesarias. Además, analizaremos si la declaración de inconstitucionalidad ha afectado a los pronunciamientos de los tribunales en esta región o si, subrepticiamente, siguen acudiendo a los criterios contenidos en la Ley 5/2011, esto es, a la custodia compartida –y, en su caso, los criterios que emplean para este cometido–.

II. DELIMITACIÓN DEL TEMA OBJETO DE ESTUDIO.

En primer lugar, con ánimo de clarificar el tema objeto de estudio conviene que realicemos una precisión conceptual. En ocasiones, en el lenguaje cotidiano se emplean los términos patria potestad y custodia de los menores como sinónimos. Sin embargo, no siempre aluden a realidades totalmente equivalentes. Por un lado,

3 STC 19 julio 2011 (EDL 2011, 143364).

4 ATC 22 noviembre 2011 (EDJ 2011, 302712).

la primera aparece como el derecho-deber de los progenitores de atender y asistir a sus hijos. En palabras del Código civil, supone la obligación de "Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral" y de "Representarlos y administrar sus bienes" (art. 154 CC). En la línea de lo que arriba destacamos, cuando se extingue el matrimonio y con independencia del régimen de custodia establecido, la patria potestad no cesa –salvo que alguno de los padres sea privado de ella– y, por tanto, continúan estando vigentes estos imperativos. Por su parte, la custodia se refiere a la convivencia habitual, esto es, la persona con la que ordinariamente habita el hijo. Obviamente, la guarda del menor conlleva que el progenitor deba tomar ciertas decisiones –como el vestido o la alimentación–, pero para aquellas cuestiones más relevantes tendrá que contar con la aprobación del no custodio. Además, esta última puede atribuirse a un tercero, lo que refuerza más, si cabe, la anterior distinción.

Como rápidamente podrá observarse, cuando los padres conviven juntos la guarda y custodia se integra, de alguna forma, en la patria potestad. De esta forma, a pesar de que "de la propia interpretación del art. 154 CC se puede colegir que «Patria potestad» y «guarda y custodia» no son la misma cosa, pues entre ellas existe la relación del todo a la parte", lo cierto es que "en situaciones normales de convivencia de los progenitores, cuando los progenitores viven juntos y se relacionan con normalidad, la guarda y custodia sobre los hijos menores de edad se encuentra subsumida en la patria potestad que se ejerce conjuntamente por ambos progenitores"[5]. Sin embargo, cuando los progenitores no cohabitan, patria potestad y custodia se distancian y pueden diferenciarse. Así, "en situaciones distintas a la de convivencia normal de los progenitores, la guarda y custodia se separa de la patria potestad. Es entonces cuando tiene sentido indagar sobre el contenido de la guarda y custodia, que ya aparece disociada de la patria potestad. En estas situaciones, la guarda y custodia pasa de estar incluida en la patria potestad a separarse de ella".

Asimismo, el autor arriba citado señala que estos conceptos se disocian cuando, a pesar de existir convivencia entre los padres, la misma es "anormal". En este sentido, el art. 156 CC contempla varios supuestos en los que, perteneciendo la patria potestad a ambos, su ejercicio conjunto puede verse excepcionado y, por tanto, la guarda se atribuye a uno de ellos. Entre estos casos, encontramos aquellos escenarios en los que los desacuerdos son reiterados o en los que concurra cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, en los que el juez podrá atribuir la patria potestad total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones (art. 156 párrafo tercero CC). Igualmente, se producirá tal extremo "En defecto o por ausencia, incapacidad

5 *Vid.* Pinto Andrade, C.: "La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución", *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales,* vol. 8, núm. 9, 2015, p. 145.

o imposibilidad de uno de los padres" (art. 156 párrafo quinto CC). A estos dos, cabe añadir un tercero tras la aprobación del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género que modificó el anterior art. del Código civil añadiendo un nuevo párrafo segundo[6]. Este último viene referido a los supuestos en los que se haya dictado una sentencia condenatoria o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor. En tales circunstancias, bastará el consentimiento del otro padre para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad –debiendo ser, eso sí, el primero informado previamente–.

Tras ello, vamos a describir, de forma muy básica, los tipos de custodia y sus características más relevantes. En primer lugar, encontramos la custodia monoparental que consiste en el ejercicio de la misma por uno de los progenitores en exclusiva. No obstante, como hemos reiterado en varias ocasiones, el progenitor no custodio mantiene la patria potestad, por lo que continúa teniendo tanto derechos como obligaciones sobre el menor –como los derechos a ser informado, a relacionarse y a visitar al menor[7] o los deberes de educación y alimento–. Por su parte, la custodia compartida conlleva que ambos padres convivan con este último. En este último caso, encontramos varias modalidades en función del domicilio donde residan los hijos –ya sea fijo, ya rotatorio– y de los periodos de permanencia con cada progenitor. Además, existen otros tipos menos frecuentes en la práctica. De un lado, el art. 98 párrafo segundo CC recoge la custodia distributiva y destaca que "Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente". De otro lado, la custodia podrá ser ejercida por una tercera persona. Así, indica el art. 103 CC que "Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez".

6 Destaca el art. 156 párrafo segundo CC que "Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos".

7 Encontramos un estudio exhaustivo sobre este derecho en Acuña San Martín, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio,* Dykinson, Madrid, 2015.

III. BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN DE LA GUARDIA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL.

1. La guardia y custodia en el Código Civil.

Para continuar con el análisis, conviene que nos detengamos en la regulación de la custodia prevista en el Código civil. No obstante, este estudio será muy somero, por lo que para tener una visión completa y exhaustiva de la cuestión se debe acudir a otras fuentes. En primer lugar, tenemos que hacer referencia a la Ley 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, ya que esta norma supuso el reconocimiento legal de la llamada "guarda y custodia compartida"[8].

La regulación actual en el Código civil la encontramos en los arts. 90 y ss. En particular, el art. 90 CC permite que sean los padres quienes establezcan, en el marco del convenio regulador, el régimen de convivencia que debe regir. No obstante, el apartado segundo del citado precepto somete estos acuerdos a su aprobación por parte del órgano judicial –que analizarán si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges–. Por su parte, el art. 92 CC establece, como sistema supletorio o preferente, la atribución de la custodia a uno de los progenitores[9]. En todo caso, la medida acordada –ya sea en convenio, ya judicialmente– deberá tener como finalidad última el beneficio de los hijos (art. 92.4 CC).

8 En este sentido, destaca Pinto Andrade, C.: "La custodia", cit., pp. 145-146, que "Hasta la Ley 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 (en adelante, Reforma 2005), el modelo seguido por la legislación civil en lo concerniente a las relaciones paterno filiales únicamente contemplaba el ejercicio conjunto de las funciones de guarda y custodia en los casos en que se conservaba la relación de convivencia entre ambos progenitores, dando lugar, en otro caso, a la atribución exclusiva en favor de uno o de otro, salvo muy escasas excepciones.
La Reforma del Código Civil en el año 2005 trató de dar cauce legal a los nuevos modelos de familia en los casos de crisis convivencial, la otra novedad importante fue el reconocimiento legal de la llamada "guarda y custodia compartida". En este punto, no obstante, el tiempo ha venido a demostrar que, más allá de este reconocimiento nominal, el legislador fue poco audaz -y hasta timorato- al abordar esta materia. En efecto, como se comprobará, tras la entrada en vigor de la Reforma 2005, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Doctrina vinieron haciendo eco de los evidentes defectos que la nueva norma presentaba en su literalidad, defectos que producían evidentes disfunciones en su aplicación práctica judicial. En realidad, como ha sido descrito muy gráficamente, la custodia compartida se fue abriendo paso a espaldas de la literalidad del propio Código Civil: Durante los últimos años, la Jurisprudencia y la práctica judicial han respaldado la normalización de la custodia compartida más allá de la ley vigente, y paralelamente, han ido deconstruyendo el esquema legal de la custodia exclusiva".

9 Sin embargo, lo cierto es que nuestro Código civil efectúa una regulación confusa, empleando un lenguaje poco preciso que podría afectar a la seguridad jurídica. En este punto, hay que poner de relieve la relevancia de que los legisladores adopten una adecuada técnica legislativa que contribuya a la interpretación óptima de las normas. Destaca García-Escudero Márquez, P.: *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de las leyes?,* Civitas, Navarra, 2010, p. 88 que podemos entender "que vulnerará la seguridad jurídica la redacción o lenguaje de las leyes que afecte a su claridad hasta el extremo de producir una incertidumbre jurídica, por no poder interpretarse de modo natural y no forzado, o por no contar con la indispensable claridad, un contenido preciso y unos efectos y destinatarios perfectamente determinados, no obstante la inevitable exégesis que de la norma pueda hacerse".

Por su parte, la guarda y custodia compartida se recoge como sistema excepcional[10] y se encuentra relegada a aquellos casos en los que se solicite expresamente por ambos padres (art. 92. 5 CC). Sin embargo, destaca el art. 92.8 CC que "Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De esta forma, es posible que se recurra a esta modalidad sin el consentimiento de ambos progenitores siempre que sea más favorable para proteger el interés del hijo.

Por último, conviene saber que, como indica el apartado séptimo del mismo artículo, "No procederá la guarda conjunta[11] cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica".

2. La guardia y custodia en la Ley 5/2011, de 1 de abril.

Tras la aprobación de nuestra Constitución el territorio español quedó dividido en comunidades autónomas a las que se atribuyó competencias legislativas y ejecutivas[12]. Sin embargo, tal reparto no se produjo de forma similar en todas las regiones ya que, atendiendo a una serie de cuestiones históricas, solamente algunas de ellas pudieron regular sobre materias civiles[13]. En suma, la finalidad era que aquellos lugares en los que hubiera existido una tradición jurídico-civil –o Derechos forales– recuperaran su normativa. En este sentido, el art. 149.1.8ª CE,

10 Así, señala Martínez Calvo, J.: *La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español*, Tesis Doctoral (Dir. Mª. V. Mayor del Hoyo y C. Martínez de Aguirre Aldaz), Universidad de Zaragoza, Consejo Económico y Social de Aragón, 2019, p. 43 que "la inclusión de la custodia compartida en nuestro Código a través de la citada ley ha sido muy tímida, dotándola en la literalidad del precepto de carácter excepcional en los supuestos de falta de acuerdo de los progenitores".

11 Este término ha sido criticado por parte de la doctrina. En este sentido, indica Pinto Andrade, C.: "La custodia", cit., p. 148 que "el actualmente vigente Art. 92 C.C incluye dos términos: *guarda conjunta* (apartado 7) y *guarda y custodia compartida* (apartado 5 y 8). Ambas denominaciones han sido objeto de críticas por la Doctrina, precisamente por no responder a la dinámica en que consiste: esta guarda ni es conjunta ni se comparte, sino que se alterna entre los progenitores en el lugar de estancia y/o en el tiempo. Por ello, parece que lo más adecuado sería hablar de *custodia alterna, alternada, alternativa o sucesiva*.
No obstante, hay que reconocer que la denominación «custodia compartida» es la que se suele utilizar en la práctica del foro y a nivel social aunque, insistimos, no es la más correcta pues no responde a la dinámica de la institución".

12 Para mayor ilustración, *vid*. Salvador Crespo, M.: *Autonomía provincial en el sistema constitucional español. Intermunicipalidad y Estado autonómico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Barcelona, 2007.

13 *Vid*. Plaza Penadés, J.: "El derecho civil, los derechos civiles forales o especiales y el derecho civil autonómico", *Revista de Derecho civil Valenciano*, núm. 12, 2012.
Igualmente, *vid*. Cobacho Gómez, J. A.: "Los derechos civiles forales o especiales tras la Constitución de 1978", *Anales de derecho*, núm. 7, pp. 7-34, 1985.

en su compleja redacción, introdujo una serie de reglas para que tal extremo fuera posible[14]. Pues bien, en principio, la Comunidad Valenciana se incluyó entre las comunidades que tenían tales facultades como lo demuestra tanto la aprobación de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos Históricos Valencianos como la posterior STC 28 septiembre 1992 –antes citada–.

Partiendo de estas premisas, se elaboró en la Comunidad Valenciana, entre otras, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Esta norma, que contenía un total de siete artículos, fue "más allá de la cuestión de la custodia compartida, y regula otros aspectos, muy importantes también, al margen de que no hayan generado polémica y hayan pasado desapercibidos en los medios de comunicación; nos referimos, en concreto, a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, y a los gastos de atención de los hijos e hijas. Circunstancia ésta que no deja de ser curiosa, pues la atribución de la custodia a los dos progenitores tiene también una directa consecuencia en el uso de la vivienda familiar y en los alimentos a los hijos"[15].

A los efectos de este trabajo, la cuestión más relevante es la que se contempló en el art. 5 de la anterior disposición. En este sentido, el apartado primero del mismo indicaba que la autoridad judicial, a falta de pacto entre las partes, "Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos". Como se observa, recoge una regulación distinta a la contemplada en el Código civil, pues otorga preferencia a la custodia compartida[16] y la establece como régimen supletorio. No obstante, incluye una excepción[17] a la aplicación de este

14 Sobre la interpretación de estos extremos por el Tribunal Constitucional, *vid*., entre otras, SSTC 26 marzo 1987 (RTC 1987, 37), 28 septiembre 1992 (RTC 1992, 121), 12 marzo 1993 (RTC 1993, 88) o 6 mayo 1993 (RTC 1993, 156).
En este sentido, destaca Verdera Server, R.: "Incidencia de la costumbre en el Derecho Civil Valenciano", *Derecho Civil Valenciano* (*on-line*), p. 9, que "Admitir, a través de la noción de desarrollo, una cierta vinculación de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia civil a la previa existencia de un derecho foral o especial lleva a la conclusión de que no todas las Comunidades pueden legislar con igual alcance. El factor histórico impone aquí unos límites que no pueden ser alterados por la Comunidad ni siquiera mediante su Estatuto. Esta es la consecuencia más importante de la llamada opción *foralista* de la Constitución, pues no sólo limita las Comunidades Autónomas que pueden tener competencia en materia civil sino también su alcance: el derecho civil, foral o especial, es a la vez presupuesto y contenido de la competencia autonómica".

15 Algarra Prats, E. y Barceló Doménech, J.: "El régimen de convivencia de los menores de edad con los progenitores: regla general y excepción en la legislación valenciana", *Revista boliviana de derecho*, núm. 18, 2014.

16 En este sentido, destaca Ramón Fernández, F.: *Prospectiva del derecho civil foral valenciano*, Editorial Universitat Politècnica de València, Valencia, 2012, p. 330 que "Este régimen de convivencia compartida por ambos progenitores con los hijos e hijas menores pretende facilitar un mejor encaje de la situación familiar en relación con el menor, y el mantenimiento de los lazos de afectividad por parte de ambos progenitores. Se pretende disminuir el nivel de litigiosidad entre los progenitores, que se puede producir en los casos de otorgar la convivencia a uno solo de ellos, y también se favorece la distribución igualitaria de roles sociales entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones familiares".

17 También se prevé otra excepción en el apartado sexto del art. 5 de la Ley 5/2011 referida a los supuestos en los que uno de los progenitores esté incurso "en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida,

tipo de custodia en su apartado cuarto, a saber, prevé la concesión de la misma a uno solo de los progenitores "cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan". Estamos, pues, ante una plasmación legal del principio de interés superior del menor al que posteriormente nos referiremos.

IV. LA STC 16 NOVIEMBRE 2016 Y LA VIGENCIA EFECTIVA DE LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL.

Como anteriormente señalamos, la Ley 5/2011 fue declarada inconstitucional por la también mencionada STC 16 noviembre 2016. Además, previamente a la misma, el Tribunal Constitucional dictó la providencia de 19 julio 2011 y el auto 22 noviembre 2011 que vinieron a modificar la aplicación de la ley valenciana. Por un lado, la citada providencia suspendió la vigencia de la Ley 5/2011 desde la fecha de interposición del recurso, esto es, el 4 de julio de 2011. Por su parte, el auto acordó levantar la citada suspensión de la norma autonómica.

En este punto, debemos traer a colación el art. 164.1 CE. Este precepto destaca que "Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos". Pues bien, desde nuestra perspectiva, a pesar de que el art. 164.1 CE no se refiera expresamente a los efectos de otras disposiciones emanadas del Tribunal Constitucional –como tampoco lo hace la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional–, entendemos que debe aplicarse lo previsto para las sentencias, extensivamente, a todas las resoluciones del Tribunal –como los autos o las providencias–. Por lo tanto, estas últimas tendrán efectos frente a todos desde el día de su publicación en el BOE.

En cuanto a las razones que llevaron al Tribunal Constitucional a declarar inconstitucional la ley regional, muy resumidamente, se centran en la ausencia de prueba acerca, no tanto de la existencia, como de la vigencia de las costumbres valencianas en este ámbito en el momento de aprobación de la Constitución. Igualmente, por la falta de "acreditación de la pervivencia de otra institución civil diferente a la regulada, pero «conexa» a ella que pudiera servir de base para estimar que estamos ante la competencia de «desarrollo» de su Derecho civil propio". En palabras del Tribunal, "no se ha aportado prueba que permita apreciar la concurrencia de los requisitos que el art. 149.1.8 CE exige para que

la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas" o en los que la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

la Comunidad Autónoma de Valencia pueda regular las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en uso de su competencia para conservar, desarrollar o modificar su propio derecho civil valenciano. Lo cual va a determinar el sentido de la presente resolución, ya que no se ha demostrado pervivencia de normas consuetudinarias que permitieran reconocer siquiera una referencia a costumbres vigentes hasta 1978, tras la derogación de los antiguos fueros del Reino de Valencia".

No obstante, prevé un alcance limitado del pronunciamiento de inconstitucionalidad, ya que indica que no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas. Este hecho se debe a que entiende que las decisiones de los tribunales que aplicaron la Ley 5/2011 –con independencia del contenido de la misma– fijaron un régimen de custodia fundándose "en la recta aplicación del principio que rige esta materia que no es otro que el del beneficio y protección del interés del menor". Asimismo, añade que "conforme al principio constitucional de seguridad jurídica, procede el mantenimiento de las referidas situaciones ya consolidadas con anterioridad al momento de la presente resolución".

Por todo lo cual, concluye el Tribunal destacando que "los regímenes de guardia y custodia establecidos judicialmente en los casos que hubieran sido pertinentes, adoptados bajo la supervisión del Ministerio Fiscal y en atención al superior beneficio de los menores, seguirán rigiéndose, tras la publicación de esta Sentencia, por el mismo régimen de guarda que hubiera sido en su momento ordenado judicialmente, sin que este pronunciamiento deba conllevar necesariamente la modificación de medidas a que se refiere el art. 775 LEC".

Con estas premisas, vamos a tratar de determinar la norma aplicable –esto es, el régimen general previsto en el Código civil o la Ley 5/2011– en el ámbito de la Comunidad Valenciana. Para ello, vamos a dividir la exposición en cinco momentos temporales.

a) Situaciones producidas antes de la aprobación y vigencia de la Ley 5/2011.

Parece evidente que con carácter previo a la aprobación de la norma autonómica se aplica el Código civil. Sin embargo, conviene reparar en la *vacatio legis* que se contempla en la Disposición final cuarta de la Ley 5/2011. En este sentido, destaca que entrará en vigor a los treinta días de su publicación en el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana. Como tal publicación se realizó el día 5 de abril del año 2011, la entrada en vigor se produjo el día 5 de mayo del mismo año. Por lo tanto, hasta el día 4 de mayo del año 2011 regirá el sistema general del Código civil y, a partir de esta fecha, lo dispuesto en la norma autonómica.

No obstante, encontramos problemas con el *dies a quo.* En este sentido, debemos aludir a lo dispuesto en las disposiciones transitorias primera y segunda de la citada norma. Por un lado, la primera indica que "A través del procedimiento establecido en la legislación procesal civil para la modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, se podrán revisar judicialmente las adoptadas conforme a la legislación anterior, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, respecto de casos concretos, soliciten la aplicación de esta norma". Por su parte, la Disposición transitoria segunda prevé que "Esta ley será aplicable a los procedimientos judiciales en materia de nulidad, separación, divorcio y medidas paterno o materno-filiales que estén pendientes de sentencia en el momento de su entrada en vigor".

De estos preceptos pueden obtenerse varias conclusiones. De una parte, que las situaciones consolidadas –es decir, en las que ya se haya pronunciado la autoridad judicial– bajo el régimen anterior –esto es, el Código civil– no deben ser revisadas. De otra parte, si bien no cabe la aplicación retroactiva de la norma autonómica a situaciones consolidadas, de ello no se deduce que si cabe una modificación de las medidas[18] por alterarse las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de establecerlas –como podría ser, por ejemplo, que el interés del menor aconseje otro régimen de custodia– no se deba acudir a esta ley[19]. No queda muy claro, sin embargo, porqué hace descansar esta aplicación al hecho de que alguna de las partes o el Ministerio Fiscal lo soliciten.

Así, DE VERDA Y BEAMONTE[20] pone de relieve que esta disposición se encuentra referida únicamente a los procedimientos pendientes de resolución en primera instancia y no los que estén en apelación[21]. Asimismo, señala el autor arriba citado que "hay que distinguir claramente lo que es la aplicación retroactiva de la Ley a situaciones ya juzgadas, que, obviamente, es improcedente, de lo que es una

18 Sobre la importante distinción entre medidas provisionales y definitivas, así como entre ambas y el convenio regulador, *vid.* GARCÍA ABURUZA, M. P.: *La Protección a la Familia desde los Procesos Matrimoniales,* Aranzadi, Madrid, 2009.

19 En este sentido, la STSJ Comunidad Valenciana 6 septiembre 2013 (EDJ 2013, 190000) prevé que "En suma cabe afirmar que la disposición transitoria primera de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, viene a establecer que la modificación sobrevenida de las reglas de derecho derivada de la regulación legislativa de la Ley valenciana permite la revisión judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación anterior, respecto de casos concretos y cuando alguna de las partes o el Ministerio fiscal lo soliciten, mediante el procedimiento de modificación de medidas definitivas acordadas con arreglo a la legislación anterior en procesos de separación nulidad o divorcio con base a la modificación legislativa de las reglas contenidas en la nueva legislación valenciana , pues en definitiva la alteración de las reglas de derecho aplicables constituye una alteración de las circunstancias que llevaron a la adopción de uno u otro régimen de custodia".

20 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "El régimen de convivencia con los hijos menores de edad en la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana (última jurisprudencia)", *Revista de derecho civil valenciano,* núm. 17, 2015, p. 14.

21 Asimismo, en este sentido se manifiestan algunas sentencias como la STSJ Comunidad Valenciana 24 enero 2012 (EDJ 2012, 118630).

revisión del régimen de custodia adoptada en su día, por la vía de la modificación de medidas por alteración sustancial de la circunstancias tenidas en cuenta al tiempo de su establecimiento (90.III CC), las cuales tienen que ser apreciadas, con arreglo a la normativa autonómica vigente, en el que, a diferencia de lo previsto en el CC, el régimen de convivencia conjunta es la regla general, y el de convivencia en favor de uno de los progenitores, la excepción".

b) Situaciones producidas tras la entrada en vigor de la Ley 5/2011 y hasta la providencia del Tribunal Constitucional.

Por su parte, por lo que respecta al *dies ad quem,* también se detecta cierta controversia. Como antes destacamos, la providencia suspendió la vigencia de la ley tomando como referencia la fecha de interposición del recurso de inconstitucionalidad, esto es, el 4 de julio del mismo año. No obstante, no queda claro qué ocurre con las guardas consolidadas bajo el amparo de la Ley 5/2011 –ya sean bajo contencioso o no– en el periodo transcurrido entre ambos momentos de referencia, es decir, entre los días 4 y 26 de julio de 2011 –fecha de publicación–. La prudencia y la propia seguridad jurídica parece que imponen una interpretación según la cual estas situaciones consolidadas no se vean afectadas, salvo que, obviamente, se detecte que el interés del menor –u otros dignos de protección– aconseja una modificación. Otra opción es considerar diferenciar entre los efectos entre las partes y frente a terceros. Desde esta perspectiva, para los primeros se produciría el cese el día 4 de julio de 2011 y para los segundos el 26 de julio del mismo año. Sin embargo, esta última interpretación no sería acorde a lo previsto en el art. 164.1 CE que impone, en el ámbito de las sentencias, la plena eficacia *erga omnes.* En este sentido, entendemos que todas las cuestiones que el anterior artículo incluye para las sentencias deben aplicarse de forma extensiva a todas las resoluciones de este órgano.

De este modo, desde el 5 de mayo de 2011 hasta el 3 –y/o el 25– de julio del mismo año –con los matices expuestos– se aplicará la ley valenciana.

c) Situaciones producidas entre el 3 –y/o el 25– de julio de 2011 y el auto del Tribunal Constitucional.

En otro orden de cosas, no se plantean excesivas dificultades en este ámbito. Hay que tener en cuenta que, en este caso, el auto no incluye, de forma expresa, ninguna cuestión al respecto. Por lo tanto, los efectos del citado auto comenzaron a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado que, en nuestro caso, se produjo el día 3 de diciembre de 2011. De esta forma, en el periodo transcurrido entre el 4 –y/o el 26– de julio y el 2 de diciembre de 2011 se aplicará el Código civil.

d) Situaciones producidas entre el 3 de diciembre de 2011 y la STC 16 noviembre 2016.

En primer lugar, hay que tener presenta que la STC 16 noviembre 2016 se publicó en el Boletín Oficial el 26 de diciembre de 2016. En este supuesto, el ejercicio parece muy sencillo: desde el 3 de diciembre de 2011 hasta el día antes de tal publicación –esto es, el 25 de diciembre de 2016– regirá lo dispuesto en la Ley 5/2011. Además, en un principio, es la solución por la que opta el Tribunal Constitucional, ya que, como vimos, señaló que el pronunciamiento de inconstitucionalidad no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas. Sin embargo, a tal interpretación conviene que hagamos una serie de puntualizaciones.

Por un lado, el Tribunal, implícitamente, opta por un grado de retroactividad medio. En otras palabras, todos los casos que se encuentren pendientes de resolución –y, obviamente, los que se inicien posteriormente– deberán regirse por el Código civil y no por la ley valenciana. Además, entendemos que cabe aplicar los mismos criterios que vimos anteriormente sobre la modificación de las medidas por alteración de las circunstancias –aplicándose, en este último caso, el régimen general–.

En otro orden de cosas, tampoco "las situaciones jurídicas consolidadas" se encuentran exentas de discusión[22]. Como anteriormente se señaló, de alguna forma, la sentencia hace descansar el mantenimiento de la vigencia de dichas situaciones en dos cuestiones: que se hubieran adoptado bajo la supervisión del Ministerio Fiscal y que se hubiesen realizado en atención al superior beneficio de los menores. Por lo tanto, surge la duda de qué ocurre con aquellos supuestos en los que no haya intervenido el Ministerio Fiscal –escenario este, sin duda, anormal y utópico– y, lo que es más importante, con los casos en los que el interés del menor no haya sido tenido en cuenta. No obstante, con independencia de estas disquisiciones, lo cierto es que, en esta última coyuntura, la modificación de las medidas adoptadas se debería producir con independencia del pronunciamiento del Tribunal. Desde nuestra perspectiva, este extremo no depende de la norma aplicable, ya que la solución sería idéntica si rigiera el Código civil.

22 Así, destaca De Verda y Beamonte, J. R.: "¿Qué es?", cit., pp. 144-147 que "el cambio de la legislación aplicable no es una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al establecer el régimen de convivencia que permita su revisión al amparo del art. 90.III CC". De esta forma, "la novedad resultante de la aplicación del art. 92 CC (tal y como actualmente es entendido por el TS) se resuelve en el terreno procesal: mientras que bajo la vigencia de la Ley 5/2011, como regla general, se acordaba la custodia compartida, salvo que se probara (señaladamente, a través de informes psicológicos) que el interés del menor aconsejara establecer una custodia monoparental, a partir de ahora, desparece esa regla general de carácter preferencial, de modo que, a falta de acuerdo, corresponderá al progenitor que solicite un concreto régimen de custodia (cualquiera que sea este) probar que el mismo es el más beneficioso para el menor".

Sin embargo, a nuestro parecer la sentencia se olvida de los asuntos en los que no existe un procedimiento contencioso entre las partes. La misma hace referencia únicamente a "las decisiones adoptadas por los órganos judiciales" y a los "los regímenes de guardia y custodia establecidos judicialmente en los casos que hubieran sido pertinentes". En este sentido, no parece que la adopción o el establecimiento de la medida por parte del juez se refiera a la mera aprobación por parte del mismo del convenio regulador. En un principio, este extremo puede parecer baladí, pero tal conclusión se ve afectada si pensamos en el régimen supletorio aplicable en defecto de acuerdo. Si nos movemos en el Código civil, estaremos ante la custodia de uno de los padres. Por su parte, con la ley valenciana, será el de custodia compartida.

Esta problemática puede salvarse si atendemos al art. 92.6 CC o al art. 5.3 de la Ley 5/2011, ya que, en definitiva, someten el sistema de guarda y custodia que vaya a regir al examen previo por parte de la autoridad judicial.

Por supuesto, tras la STC 16 noviembre 2016 se aplicará nuestro Código civil.

V. REVISIÓN CRÍTICA DE LA STC 16 NOVIEMBRE 2016 Y APLICACIÓN DE SUS CRITERIOS POR OTROS TRIBUNALES: PRINCIPALES CONCLUSIONES.

Para comenzar este análisis resulta interesante poner de relieve una cifra. Si atendemos a la última estadística de nulidades, separaciones y divorcios publicada por el Instituto Nacional de Estadística para el año 2017[23], del total de procedimientos de este tipo producidos en España (102.341), en la Comunidad Valenciana se produjeron 11.864. Esta región, que ocupa el cuarto lugar en cifras absolutas, se sitúa en tercera posición en tasa por habitante (2,4). Estamos, pues, ante una comunidad en la que es muy frecuente que se disuelvan los matrimonios y, por tanto, sea necesario determinar un régimen de guarda y custodia.

Por otro lado, con tal de llevar a cabo un estudio más adecuado, conviene que dividamos el mismo en torno a dos cuestiones: de una parte, aquellas que podemos denominar de Derecho material –esto es, de contenido normativo– y, de otra, las formales –que afectan al sistema de competencias establecido–. No obstante, para desarrollar estas últimas sería necesario realizar una investigación histórica que, al margen de algunas puntualizaciones que podamos hacer, excede de la finalidad de esta obra. Teniendo en cuenta esta salvedad, pasemos al primer bloque.

23 http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206 (fecha de última consulta 17.09.2019).

En primer lugar, debemos tener en cuenta el interés superior del menor[24] *–favor filii–*. Este principio viene a implicar, en definitiva, que a la hora de tomar una decisión se adopte aquella que conlleve un mayor respeto a la promoción y respeto de sus derechos. De esta forma, se trata de conseguir que el menor pueda desarrollarse adecuadamente, teniendo una vida digna y con el mayor bienestar posible[25].

Lo cierto es que encontramos distintos instrumentos que aluden a este principio[26]. En nuestro ordenamiento, se ha destacado por parte de la doctrina que, a pesar de no incluirse de forma directa, puede entenderse reconocido en el art. 39.4 CE[27]. Asimismo, el Código civil también hace referencia a este interés superior en diversos preceptos (como, por ejemplo, el art. 92.8 CC). Sin embargo, el reconocimiento expreso más relevante lo encontramos en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial

24 En puridad, aunque se hable de principio, dicha consideración debe entenderse como una mera licencia del lenguaje, ya que tiene una triple perspectiva. Por un lado, es un derecho de los menores, pues siempre deberá primarse el mismo al valorar los intereses en juego a la hora de tomar decisiones que les afecten. Por otro, supone un principio informador de todo el ordenamiento que obliga a interpretar las diferentes normas jurídicas optando, preferentemente, por la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del menor. Por último, representa una verdadera norma de procedimiento en tanto en cuanto obliga a que el proceso incluya una estimación de las posibles repercusiones de la toma de decisión en los intereses de las niñas y niños. Como destaca Oliva Blázquez, F.: "El menor maduro ante el Derecho", *Eidon: revista de la fundación de ciencias de la salud*, núm. 41, 2014, pp. 28-52: "Puede afirmarse, sin miedo alguno a incurrir en una exageración indebida, que el interés superior del menor es un principio general del derecho de carácter universal, como lo demuestra el hecho de que se recoja expresamente en un nutrido conjunto de Convenciones y textos internacionales (…) Efectivamente, el interés superior del menor es un criterio que, en su condición de principio general, informa indefectiblemente la totalidad del régimen jurídico de la minoría de edad o, como indica el artículo 211-6.1 CCCat., inspira cualquier decisión que afecte al menor".

25 Estas cuestiones pueden estudiarse, de un modo mucho más completo, en Pérez Ureña, A. A.: "El interés del menor y la custodia compartida", *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación,* núm. 26, 2005, pp. 275-278; y en De Torres Perea, M. A.: *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2009.

26 En este sentido, encontramos varios instrumentos normativos de carácter internacional que aluden a este interés superior del menor como la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 (que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países) o la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989. Por su parte, en el ámbito europeo también se ha recogido el interés del menor en algunos instrumentos como el Convenio Europeo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia de 20 de mayo de 1980, la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, o el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003. De hecho, el fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa recogía esta cuestión en su art. II-84.

27 En este sentido, Zaera Navarrete, J. I.: "La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (REC. 1229/2013)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 800, destaca que "La Convención de Derechos del Niño, declara en su art. 3.1 que 'en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño', y en la medida que nuestra Constitución reconoce a los menores la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos —de forma especial la referida Convención— el principio del interés superior del menor adquiere rango constitucional en su art. 39.4". Igualmente, *vid*. de Palma del Teso, A.: *Administraciones públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2006, pp. 77-134.

del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En efecto, el art. 2.1 de la citada norma destaca que "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". Como se observa, estamos ante un concepto jurídico indeterminado[28] que opera como una suerte de garantía general que ha de inspirar tanto la acción de los poderes públicos como la propia interpretación del ordenamiento jurídico. En este sentido, destacan Algarra Prats y Barceló Doménech[29] que "El interés del menor se ha introducido en nuestra legislación como una cláusula general, es decir, se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado. El interés superior del menor tiene como finalidad el bienestar del menor mediante la primacía de su interés sobre cualquier otro que pudiera concurrir. Por ello, una vez planteado un determinado conflicto que afecte al menor, en primer lugar, procederá concretar cuál será el bien del niño en dicho supuesto concreto. El interés superior del menor prevalece sobre cualquier otro concurrente y, en consecuencia, constituye el centro de gravedad de la mediación familiar que se esté llevando a cabo".

No obstante, para tratar de salvar la indeterminación y el carácter abstracto del concepto la citada Ley Orgánica 1/1996 incluyó una serie de "criterios generales" (art. 2.2) para interpretar y aplicar en cada caso el interés superior del menor y unos "elementos generales" (art. 2.3) para ponderar los anteriores criterios. Asimismo, tanto la doctrina constitucional[30] como la jurisprudencia[31] se han hecho eco de este extremo. En este sentido, el Tribunal Supremo ha tratado de establecer una serie de reglas para valorar el interés del menor, como se observa en la STS 8 octubre 2009[32]–pautas estas reiteradas en otras sentencias posteriores como la citada STS 10 enero 2012–.

28 En este sentido, Quinzá Alegre, A.: "Ley valenciana de custodia compartida. Hitos e impacto social", *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 60, fasc. 1, 2015, p. 153 pone de relieve que "No hay que olvidar que el interés superior del menor es un concepto jurídico de difícil delimitación, un tanto impreciso que no puede aplicarse de manera sistemática y que irá siempre en función de las circunstancias del caso concreto".

29 *Vid.* Algarra Prats, E. y Barceló Doménech, J.: "Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 2, 2015, p. 793.

30 En este sentido, *vid.,* entre otras, SSTC 25 noviembre 2002 (EDJ 2002, 53169), 19 abril 2004 (EDJ 2004, 23364), 22 diciembre 2008 (EDJ 2008, 253070) o 17 octubre 2012 (EDJ 2012, 224014). Asimismo, más recientemente también se han pronunciado en estos términos SSTC 5 julio 2018 (EDJ 2018, 526198) y 9 mayo 2019 (EDJ 2019, 574535).

31 En este sentido, *vid.,* entre otras, SSTS 27 marzo 2001 (EDJ 2001, 5525), 10 enero 2012 (EDJ 2012, 15742), 14 julio 2015 (EDJ 2015, 136051) o 15 diciembre 2017 (EDJ 2017, 262639).

32 STS 8 octubre 2009 (EDJ 2009, 234619).

Pues bien, desde nuestra perspectiva, la regulación contenida en la Ley 5/2011, lejos de contradecir los principios civiles del Código civil, mantiene y actualiza estos mandatos a las exigencias de la sociedad –valenciana– y del interés del menor. En este sentido, establece la custodia compartida –a diferencia del Derecho común– como sistema supletorio y prevalente por entender que, con carácter general, es el más beneficioso para los hijos[33]. Sin que puedan establecerse conclusiones absolutas, entendemos que, salvo excepciones, lo más adecuado es que el menor mantenga una convivencia con ambos progenitores –más allá de un mero régimen de visitas–. Sin ánimo de llevar a cabo un análisis que precisaría conocimientos psicológicos[34] y sociológicos, creemos que el desarrollo correcto de los menores se encuentra favorecido con la atención de los dos padres. De ello no se sigue que tal desarrollo precise siempre y en todo caso de esta convivencia compartida, pero es innegable que, al menos en principio, este extremo lo facilita. De hecho, si recuperamos el anterior estudio del Instituto Nacional de Estadística, podemos observar cómo la atribución de la custodia compartida (entre cónyuges de diferente sexo) sigue en alza[35]. De alguna forma, este dato pone de manifiesto que la sociedad ha evolucionado y que, cada vez con más frecuencia, se entiende que este tipo de custodia es más óptimo.

Asimismo, la jurisprudencia también se ha mostrado favorable a esta modalidad de convivencia compartida[36], destacando que es el sistema "normal e incluso deseable". Igualmente, las audiencias provinciales también se han hecho eco de estas cuestiones. A modo de ejemplo, la SAP Barcelona 26 mayo de 2016[37] destaca que el juez debe valorar la prueba practicada "desde el principio de la custodia compartida y, en su caso, bien porque resulte justificada la falta de habilidades parentales en uno de los progenitores, bien porque se acrediten unas concretas circunstancias que determinarán un mayor beneficio para el hijo y así se expresen y valoren en la argumentación de la decisión judicial, establecer la guarda monoparental". En iguales términos se manifiesta la SAP Alicante 6 febrero 2017[38].

---

33 En este ámbito, se ha aludido por parte de la doctrina al principio de corresponsabilidad parental que, en cierta forma, sirve como fundamento para dar preferencia a la custodia compartida. Sobre estas cuestiones, entre otros, *vid.* Lathrop Gómez, F.: "Custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas", *La Ley*, núm. 7206, 2009, pp. 2031-2038; Cruz Gallardo, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012; Villagrasa Alcaide, C.: "La custodia compartida en España y en Cataluña: Entre deseos y realidades", en AA.VV.: *La Custodia Compartida a Debate* (ed. por T. Picontó Novales), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 77-99; Quinzá Alegre, A.: "Ley valenciana", cit., pp. 144-163; Martínez Calvo, J.: *La guarda*, cit., pp. 45-49.

34 En este sentido, Clemente Díaz, M.: *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos,* Síntesis, Madrid, 2014, p. 75, pone de relieve los problemas derivados de la guarda y custodia atribuida a uno solo de los progenitores.

35 Como refleja este estudio, en el año 2016 la custodia compartida representó el 28'3% frente al 24'7% del año anterior. Asimismo, en el año 2017 tal cifra se elevó a un total de 30'2%, lo que refleja, sin duda, un aumento de este tipo de régimen en detrimento de otras modalidades.

36 En este sentido, *vid.,* entre otras, SSTS 25 noviembre 2013 (EDJ 2013, 239137), 16 febrero 2015 (EDJ 2015, 8536), 20 septiembre 2016 (EDJ 2016, 157695) y 21 diciembre 2016 (EDJ 2016, 232473).

37 SAP Barcelona 26 mayo 2016 (EDJ 2016, 303474).

38 SAP Alicante 6 febrero 2017 (EDJ 2017, 86270).

En otro orden de cosas, debemos reparar en la problemática competencial. Para ello, vamos a partir de las premisas que establece el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos en su voto particular –que también presentó en los procesos de inconstitucionalidad de las otras dos leyes valencianas impugnadas–. El primer grupo de objeciones vienen referidas al aumento competencial de la Comunidad Valenciana tras la reforma de su Estatuto de Autonomía en el año 2006 y que, a su juicio, no ha sido valorada adecuadamente. En este sentido, si atendemos a la disposición transitoria tercera del Estatuto de Autonomía y el art. 7.1 de la misma norma lo cierto es que se "hace prevalecer sin lugar a dudas la interpretación de que en ella se trata de la recuperación de la normativa histórica de la Comunidad Valenciana vinculada a los antiguos fueros (…) y así se deduce también del devenir histórico de su aprobación". No obstante, si se entendía que el Derecho histórico valenciano no cabe en la Constitución "habría sido necesario que el Tribunal se hubiera planteado la constitucionalidad de la disposición transitoria tercera del Estatuto de Autonomía, pues así lo ordena la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional".

Por otro lado, no puede obviarse que si la previsión de la actualización de derechos históricos se refiere a sistemas vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución carece de sentido, ya que, en puridad, no se hablaría de recuperación de Derechos históricos sino, simplemente, de conservación. Entender la expresión "allí donde existan" de tal forma supone una interpretación restrictiva que no es la mantenida por nuestra Carta Magna. Desde nuestro punto de vista, la propia elección de este momento temporal –la vigencia de la Constitución– supone una decisión arbitraria y que genera indefensión. Lógicamente, se debe requerir que estas identidades históricas plasmadas jurídicamente –ya sea por escrito, ya como costumbre– se hayan mantenido a lo largo de un periodo razonable de tiempo, pero no parecen existir razones –o al menos no se exponen en la sentencia– que justifiquen escoger esta fecha y no otra. La finalidad es, precisamente, que los territorios puedan recuperar aquellas regulaciones que –como en el caso de la Comunidad Valenciana con los *Furs*[39] tras el Decreto de Nueva Planta de 1707–, fueron derogadas de forma injusta.

Además, se observa un tratamiento discriminatorio en este ámbito[40], ya que en "los derechos históricos por antonomasia, es decir, de los pertenecientes en

39 En este ámbito, cabe destacar la existencia del "Arxiu Virtual Jaume I" que transcribe, traduce, estudia y publica los *Furs* y *Actes de Corts*. Sin duda, facilita la labor de análisis en este ámbito. Este archivo puede visualizarse en: http://www.jaumeprimer.uji.es/cgi-bin/fursv/?idioma=1 (fecha de última consulta 17.09.2019).

40 En este sentido, destaca Martínez Calvo, J.: *La guarda*, cit., p. 91 que "En lo que respecta a los Derechos catalán y vasco, considero que la existencia de una materia conexa a la guarda y custodia en sus Compilaciones anteriores a la Constitución resulta menos evidente. En el Derecho catalán, tal vez podría buscarse en el Libro I de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña de 1960, relativo a «*la familia*». No obstante, no recoge reglas relativas a las relaciones paterno-filiales ni a los efectos de la ruptura matrimonial. Semejante es la situación en el Derecho vasco, en el que la materia conexa a la guarda

el ámbito del Derecho público al País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, resulta una evidencia histórica que no todos los derechos reconocidos en este ámbito territorial estaban vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, pues el concierto económico para Guipúzcoa y Vizcaya se restauró prácticamente de forma contemporánea a la Constitución, tras un largo periodo de supresión, y otros derechos históricos, como la existencia de una policía propia en el País Vasco, se remontan a realidades históricas anteriores".

Igualmente, el propio criterio de conexión con figuras similares ha sido empleado con gran flexibilidad por parte de la jurisprudencia constitucional y "no cabe descartar que pudiera encontrarse alguna conexión de esta naturaleza con las instituciones consuetudinarias valencianas ya reconocidas como Derecho foral y que han pasado a ser Derecho legislado". Máxime porque la actualización de las figuras existentes y su adaptación a los principios y valores constitucionales pueden difuminar sus contornos y dificultar la tarea. Además, entendemos que para mantener una interpretación como la sostenida por el Tribunal Constitucional sería necesario un análisis más exhaustivo, indagando en la propia evolución histórica de la Comunidad[41]. No nos parece suficiente aludir a la ausencia de prueba como criterio último para negar la identidad social, cultural y jurídica de una región.

Sobre el carácter consuetudinario de este Derecho foral y su falta de prueba, cabe destacar que las propias dificultades que rodean a esta fuente del Derecho y a la demostración de la misma han de ser tenidas en cuenta y no debería exigirse una carga probatoria tan detallada de su existencia y vigencia actual. En este sentido, no pueden aplicarse las mismas pautas que a una norma escrita, ya que de otro modo se vaciaría de contenido a las normas consuetudinarias, perdiendo su propia razón de ser e imposibilitando su subsistencia. Tras ello, concluye destacando que los Derechos forales han de conceptualizarse como "subsistemas jurídicos completos, autosuficientes, modernos y susceptibles de desarrollo (y no como realidades fragmentarias premodernas reconocidas provisionalmente con carácter subordinado al Derecho común)".

---

y custodia quizá pueda buscarse en el Título II del Libro I De la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 1959, relativo a «*la troncalidad*», pero tampoco se recogen en él previsiones relativas a las relaciones paterno-filiales ni a los efectos de la ruptura matrimonial".
Además, esta disparidad de criterios del Tribunal Constitucional también puede observarse en la reciente STC 13 noviembre 2019 (EDJ 2019, 731336). De esta forma, parece que en función de la Comunidad sobre la que se presente el recurso y que, por tanto, esté siendo sometida a análisis cabe esgrimir unos argumentos u otros.

41 A modo de ejemplo, encontramos un estudio de este tipo en Masferrer, A. y Obarrio Moreno, J. A.: *La formación del Derecho Foral Valenciano,* Dykinson, Madrid, 2012; Correa Ballester, J.: "El Derecho Civil Valenciano Histórico", *Derecho Civil Valenciano* (*on-line*), pp. 1-47.
Además, hay que tener en cuenta que "Efectivamente, es difícil saber qué supuso la abolición de los Fueros — llevada a cabo por Decreto de Felipe V de 29 de junio de 1707— en punto a las instituciones que venían rigiéndose por ellos, pues carecemos de estudios sobre el particular". En este sentido, *vid.* Clemente Meoro, M.: "Los arrendamientos históricos valencianos", *Derecho Civil Valenciano,* (*on-line*), p. 1.

Por su parte, Plaza Penadés[42] también se manifiesta en contra de los criterios manejados por el Tribunal Constitucional. Hay que tener en cuenta que, a pesar de que estas observaciones se realicen a la sentencia sobre la ley valenciana de régimen económico matrimonial, sus conclusiones son igualmente extrapolables aquí, ya que los criterios manejados en ambos casos son similares. Así, destaca el autor arriba citado que evidencia "el carácter injusto y profundamente discriminatorio que tiene esta Sentencia, pues determina que el artículo 149 regla octava de la Constitución, que inicialmente establecía dos niveles competenciales (el de las comunidades autónomas con competencia en derecho civil propio y el de las comunidades autónomas que no tenían derecho civil propio) ahora tenga un tercer nivel: el derecho civil valenciano, que es el único que queda limitado a las instituciones que han sobrevivido en forma de costumbre, lo que en la práctica lo sitúa al nivel de las comunidades autónomas que no tienen competencia sobre derecho civil propio. Por ello, ha habido quien ya ha planteado la conveniencia de impugnar esta sentencia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya que es manifiestamente discriminatoria".

Todo lo anterior provoca que nos preguntamos acerca de la situación en la que, en la actualidad, se encuentra el Derecho foral valenciano. No puede perderse de vista que ningún precepto del Estatuto de la Comunidad Valenciana ha sido derogado y que, por tanto, sus mandatos continúan en vigor. Sin embargo, "la restricción impuesta por el TC a la competencia del legislador valenciano, limitándola al desarrollo, en su caso, de normas forales consuetudinarias vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución (normas, por otra parte, ya recogidas y sistematizadas en la Ley 3/2013 sobre contratos agrarios), no sólo vacía de contenido el art. 7.1 EACV (porque impide *de iur*e la posibilidad de recuperar y reintegrar, actualizadas, las disposiciones los Fueros), sino que, con ello, plantea al legislador valenciano una auténtica paradoja: por un lado el principio de *foralidad* (que no ha sido derogado, ni declarado inconstitucional) le obliga a rescatar el derecho foral; pero, por otro lado, la restricción impuesta por la STC 82/2006 le prohíbe *reintegrar* las disposiciones forales en cualquier acción legislativa con la que se pretenda regular una materia. Recordemos, además, que dicho principio no sólo se proyecta sobre el ámbito civil"[43].

Asimismo, destaca muy acertadamente De Verda y Beamonte[44] que la importancia de las sentencias del Tribunal Constitucional radica "no solo en la declaración de inconstitucionalidad de la legislación civil autonómica valenciana en

42 Plaza Penadés, J.: "Soluciones para la «plena» recuperación de la competencia en derecho civil valenciano", *Revista de derecho civil valenciano,* núm. 20, 2016, p. 1.

43 En este sentido, *vid.* Talavera Fernández, P. A.: "El sentido del artículo 7 del Estatut d'Autonomía de la Comunitat Valenciana después de la STC 82/2016, de 28 de abril", *Revista de derecho civil valenciano,* núm. 20, 2016, p. 9.

44 *Vid.* De Verda y Beamonte, J. R.: "¿Qué es?", cit., pp. 112-113.

materia de derecho de familia, sino también en que, con ellas, queda desautorizada la tesis, según la cual la modificación del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana (EACV), llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, autorizaba a esta para legislar sobre cualquier materia que hubiera formado parte del derecho histórico del Antiguo Reino de Valencia, que, como es sabido, fue derogado por Felipe V a través del Decreto de Nueva Planta de 29 de junio de 1707". A este respecto, la doctrina ha tratado de indagar sobre los procedimientos posibles para tratar de continuar desarrollando el Derecho valenciano. En este sentido, se habla de dos vías directas –la consuetudinaria y la foralista– y otra indirecta –que aparece representada por los títulos competenciales distintos al Derecho civil, pero con incidencia en este sector–. En palabras de Verdera Server[45], "Las vías directas son la vía consuetudinaria y la vía foralista. La vía indirecta se apoya en títulos competenciales distintos al Derecho civil, pero con indudable incidencia en este sector del ordenamiento. El cierre de la vía foralista, basada en la reforma estatutaria de 2006, a partir de la STC 82/2016, de 28 de abril, amplía la transcendencia de las otras dos vías. Teniendo la vía consuetudinaria un alcance relativamente limitado, se plantea la posibilidad de que pase a primer término la vía indirecta, esto es, la regulación jurídico-privada a través de títulos competenciales distintos a la legislación civil. Sin embargo, como se explica a continuación, esta posibilidad, que tuvo cierto impacto durante algunos años, está siendo progresivamente limitada por el Tribunal Constitucional hasta el punto de que hoy puede considerarse, si no cambian las circunstancias, como una vía muerta".

Por último, para finalizar nuestro estudio debemos preguntarnos acerca de la aplicación del régimen de custodia por los tribunales de la región valenciana para determinar si continúan optando por la custodia compartida –como preveía la Ley 5/2011–. En este sentido, si atendemos a los resultados ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística[46], observamos un descenso en este sistema tanto en las separaciones como en los divorcios. En ambos casos, en el año 2017 se vio interrumpido el aumento que se venía produciendo con anterioridad –en las separaciones, se pasó de 95 a 77 y en los divorcios de 2729 a 2494–. Además, el hecho de que el total de procedimientos de este tipo se redujera en este año no es revelador, pues también en otros periodos la cantidad era inferior y, sin embargo, crecieron las custodias compartidas. Igualmente, cabe destacar que, a pesar de la reducción, en los divorcios continúa siendo una cifra muy superior a los años 2013, 2014 y 2015. No obstante, tales datos únicamente se refieren al periodo comprendido entre los años 2013 y 2017, por lo que, de su análisis, no

45 *Vid.* Verdera Server, R. A.: "¿Otra vía muerta? El alcance de las llamadas competencias funcionales o conexas en la interpretación del Tribunal Constitucional", *Revista de derecho civil valenciano,* núm. 20, 2016, pp. 1-2.

46 http://ine.es/dyngs/INEbase/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=resultados&secc=1254736194764&idp=1254735573206 (fecha de última consulta 17.09.2019).

pueden obtenerse conclusiones definitivas –para ello, sería necesario contar con los de los años 2018 y 2019–.

Sin ánimo de llevar a cabo un análisis exhaustivo sobre las resoluciones judiciales en este campo, lo cierto es que encontramos sentencias posteriores a la declaración de inconstitucionalidad que recurren a esta modalidad de convivencia compartida. Ejemplo de ello es la ya citada SAP Alicante 6 febrero 2017. Igualmente, también la SAP Valencia 27 marzo 2018[47] escoge este régimen como es más adecuado para el interés del menor. Sin embargo, debemos llamar la atención sobre un aspecto. No puede perderse de vista que, como hemos visto, el Tribunal Supremo, modificando su doctrina, estableció una suerte de jurisprudencia según la cual esta clase de guarda y custodia es más beneficiosa para los hijos. Por lo tanto, el recurso a esta última no supone un ejercicio excesivamente complejo, pues únicamente basta con acudir a los criterios del Alto Tribunal. De este modo, no puede determinarse con claridad si las sentencias emitidas en la Comunidad Valenciana siguen, subrepticiamente, aplicando la Ley 5/2011 o si, por el contrario, se limitan a mantener el camino marcado por este último.

47 SAP Valencia 27 marzo 2018 (EDJ 2018, 93642).

BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio,* Dykinson, Madrid, 2015.

ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMÉNECH, J.:

"Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 2, 2015.

"El régimen de convivencia de los menores de edad con los progenitores: regla general y excepción en la legislación valenciana", *Revista boliviana de derecho,* núm. 18, 2014.

CLEMENTE DÍAZ, M.: *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos,* Síntesis, Madrid, 2014.

CLEMENTE MEORO, M.: "Los arrendamientos históricos valencianos", *Derecho Civil Valenciano,* pp. 1-34, http://www.derechocivilvalenciano.com/estudios/obligaciones-y-contratos-y-proteccion-de-consumidores/item/179-los-arrendamientos-historicos-valenciano-por-mario-clemente-meoro (fecha de última consulta 17.09.2019).

COBACHO GÓMEZ, J. A.: "Los derechos civiles forales o especiales tras la Constitución de 1978", *Anales de derecho*, núm. 7, 1985.

CORREA BALLESTER, J.: "El Derecho Civil Valenciano Histórico", *Derecho Civil Valenciano,* pp. 1-47, http://www.derechocivilvalenciano.com/estudios/introduccion-al-derecho-foral-y-al-derecho-civil-valenciano/item/168-el-derecho-civil-valenciano-historico-por-jorge-correa (fecha de última consulta 17.09.2019).

CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012.

DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados,* Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2006.

DE TORRES PEREA, M. A.: *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2009.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.:

"El régimen de convivencia con los hijos menores de edad en la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana (última jurisprudencia)", *Revista de derecho civil valenciano,* núm. 17, 2015.

"¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?", *Derecho Privado y Constitución,* núm. 31, 2017.

García Aburuza, M. P.: *La Protección a la Familia desde los Procesos Matrimoniales,* Aranzadi, Madrid, 2009.

García-Escudero Márquez, P.: *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de las leyes?,* Civitas, Navarra, 2010.

Lathrop Gómez, F.: "Custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas", *La Ley*, núm. 7206, 2009.

López Sánchez, C.: "La responsabilidad de los padres por daños a sus hijos menores en casos de alimentación inadecuada", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 10 *bis*, 2019.

Martínez Calvo, J.: *La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español*, Tesis Doctoral (Dir. M. V. Mayor del Hoyo/C. Martínez de Aguirre Aldaz), Universidad de Zaragoza, Consejo Económico y Social de Aragón, 2019.

Masferrer, A. y Obarrio Moreno, J. A.: *La formación del Derecho Foral Valenciano,* Dykinson, Madrid, 2012.

Pérez Ureña, A. A.: "El interés del menor y la custodia compartida", *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación,* núm. 26, 2005.

Pinto Andrade, C.: "La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución", *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales,* vol. 8, núm. 9, 2015.

Plaza Penadés, J.:

"El derecho civil, los derechos civiles forales o especiales y el derecho civil autonómico", *Revista de Derecho civil Valenciano*, núm. 12, 2012.

"Soluciones para la «plena» recuperación de la competencia en derecho civil valenciano", *Revista de derecho civil valenciano,* núm. 20, 2016.

Oliva Blázquez, F.: "El menor maduro ante el Derecho", *Eidon: revista de la fundación de ciencias de la salud*, núm. 41, 2014.

QUINZÁ ALEGRE, A.: "Ley valenciana de custodia compartida. Hitos e impacto social", *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 60, 2015.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Prospectiva del derecho civil foral valenciano*, Editorial Universitat Politècnica de València, Valencia, 2012.

SALVADOR CRESPO, M.: *Autonomía provincial en el sistema constitucional español. Intermunicipalidad y Estado autonómico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Barcelona, 2007.

TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A.: "El sentido del artículo 7 del Estatut d'Autonomía de la Comunitat Valenciana después de la STC 82/2016, de 28 de abril", *Revista de derecho civil valenciano,* núm. 20, 2016.

VERDERA SERVER, R.:

"Incidencia de la costumbre en el Derecho Civil Valenciano", *Derecho Civil Valenciano,* http://www.derechocivilvalenciano.com/estudios/costumbres-valencianas/item/172-incidencia-de-la-costumbre-en-el-derecho-civil-valenciano (fecha de última consulta 17.09.2019).

"¿Otra vía muerta? El alcance de las llamadas competencias funcionales o conexas en la interpretación del Tribunal Constitucional", *Revista de derecho civil valenciano,* núm. 20, 2016.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "La custodia compartida en España y en Cataluña: Entre deseos y realidades", en AA.VV.: *La Custodia Compartida a Debate* (ed. por T. PICONTÓ NOVALES), Dykinson, Madrid, 2012.

ZAERA NAVARRETE, J. I.: "La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (REC. 1229/2013)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015.

HIPOTECA EN GARANTÍA DE CUENTAS CORRIENTES DE CRÉDITO

MORTGAGE IN GUARANTEE OF CURRENT CREDIT ACCOUNTS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 604-621

Isabel J.
RABANETE
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de marzo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: Hoy día las entidades bancarias siguen estipulando hipotecas en garantía del saldo de cuenta corriente, que, aunque se trate de una figura poco definida, ha provocado que uno de los problemas que siempre se han debatido en la doctrina, haya sido la naturaleza de la obligación asegurada en este tipo de hipotecas, así como el fundamento de las mismas. En el presente estudio veremos si la obligación asegurada en garantía es una obligación futura, puesto que lo que se garantiza es la devolución del saldo final de la cuenta; o se trata de una hipoteca con obligación presente, pero sometida a la condición de que el acreedor disponga del crédito.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca; cuenta corriente; crédito; deuda.

ABSTRACT: *Today, banks continue to stipulate mortgages to guarantee the current account balance, which although it is a poorly defined figure, has caused one of the problems that has always been debated in the doctrine, has been the nature of the secured obligation in this type of mortgages, as well as the basis for them. In the present study we will see if the obligation secured in guarantee is a future obligation, since what is guaranteed is the return of the final balance of the account; or it is a mortgage with a present obligation, but subject to the condition that the creditor has the credit.*

KEY WORDS: *Mortgage; checking account; credit; debt.*

SUMARIO.- I. ORIGEN Y NATURALEZA.- II. CONCEPTO.- III. REQUISITOS LEGALES PARA SU CONSTITUCIÓN.- IV. FORMA DE ACREDITAR EL SALDO DE LA CUENTA CORRIENTE A SU VENCIMIENTO.- V. OPOSICIÓN DEL DEUDOR AL SALDO.

I. ORIGEN Y NATURALEZA.

La regulación de esta modalidad de la hipoteca de máximo denominada hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente, es producto de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 4/1909[1], de la que trae causa el art. 153. Antes solo podían constituirse tales hipotecas al amparo de los arts. 142 y 143 LH, es decir, como hipotecas en garantía de obligaciones futuras, preceptos que, como afirma Roca Sastre, eran a todas luces insuficientes a este objeto[2].

La finalidad con la que se introducía en nuestro sistema jurídico y crediticio esta concreta garantía real era, como reza la Exposición de Motivos, "darle mayor flexibilidad a la hipoteca, facilitando su aplicación en forma comercial, como medio especialmente de desarrollar el crédito con aplicación a la industria y a la agricultura". En definitiva, lo que se pretendía era que repercutiese favorablemente en el crédito territorial, que no se verificó en demasía, puesto que en la práctica no han sido muy frecuentes este tipo de hipotecas[3].

1 Ahora el Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

2 Roca Sastre, R. Mª. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario. Hipotecas*, T. VIII, Bosch, 8ª ed., Barcelona, 1995, p. 340.

3 Como indica Roca Sastre, R. Mª. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* cit., p. 341, la razón de que no se utilicen estas hipotecas es que los "Bancos solían abrir créditos en cuenta corriente bien a base de la solvencia que ofrecían los terratenientes debidamente clasificados, con o sin firma de garantía, bien con garantía mobiliaria mediante pignoraciones de valores".
Al respecto, Camy Sanchez-Cañete, B.: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. VI, Aranzadi, 3ª ed., 1983, pp. 635-636, señala como causa del poco uso de esta figura jurídica "el que los propietarios en general y los agrícolas en particular hubieran visto favorecido su crédito territorial, si las pólizas de crédito en cuenta corriente con los Bancos o banqueros, garantizadas con hipoteca sobre sus propiedades, se hubieran configurado por el legislador como una operación unitaria, tanto en el orden formal como en el

• 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 Investigador, 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, así como proyectos docentes) con la docencia y el ejercicio. Correo electrónico: isabel.rabanete@uv.es.

De modo que la regulación de este tipo de hipotecas fue una novedad introducida en la LH de 1909, que al principio limitó el plazo máximo de duración de la cuenta corriente de crédito a tres años, suprimiéndose posteriormente dicho límite temporal. De hecho, la regulación de esta hipoteca ha sufrido muchas modificaciones desde 1909, suponiendo una importante evolución, puesto que con los años se han ido eliminando requisitos que hacían de estas hipotecas un sistema rígido de configuración[4].

Por otra parte, el hecho de que se trate de una figura poco definida, ha provocado que uno de los problemas que siempre se han debatido en la doctrina, haya sido la naturaleza de la obligación asegurada en este tipo de hipotecas, así como el fundamento de las mismas. Parte de la doctrina considera que la obligación asegurada en garantía es una obligación futura, puesto que lo que se garantiza es la devolución del saldo final de la cuenta, saldo que al constituirse la hipoteca se desconoce, e incluso se ignora si llegará o no a existir la cuantía de la obligación asegurada[5].

Otros autores, sin embargo, diferencian el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, del contrato de crédito de apertura de crédito simple[6]; de

orden fiscal… Y todo ello porque los problemas agrícolas son hoy unos de los más urgentes en el occidente europeo, y este de estimular el crédito territorial es fundamental para resolverlos".
Este hecho ya lo apuntaba Dapena Mosquera, J.: "La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (segunda parte)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 98, 1933, pp. 88-90, al referirse a las observaciones que le realizó a su trabajo Álvarez Valdés (Secretario del Banco Hispano Americano), al indicar que "conviene hacer notar que son muy contados los casos en que los establecimientos bancarios de carácter propiamente comercial conciertan con sus clientes hipotecas de seguridad para iniciar, con esa garantía, determinadas operaciones de crédito o descuento. Lo corriente es que ese afianzamiento se busque cuando las operaciones han adquirido una importancia que, en cualquier concepto, se considera desproporcionada con el crédito personal del cliente. Es norma de los Bancos comerciales basar sus operaciones en la solvencia de las firmas que en ellas intervienen o en la garantía pignoraticia de títulos cotizables, efectos al cobro o mercancías representadas por warrants. El préstamo o el descubierto en cuenta corriente, garantizado con hipoteca, es operación propia de las instituciones de crédito territorial, que, si están bien organizadas, deben tener como contrapartida de esas inmovilizaciones lo que represente la emisión de cédulas o bonos hipotecarios de fácil colocación en el mercado. Los Bancos comerciales, que deben mantener en todo momento la más perfecta ecuación entre las obligaciones exigibles y las disponibilidades inmediatas, y evitar, con ese fin, todo lo que suponga inmovilización del activo, tienen que rehuir en lo posible la iniciación de operaciones con garantía inmobiliaria, que, por lo menos, moralmente, obliga al señalamiento de dilatados plazos para la liquidación de los saldos, ya que la constitución de hipoteca exige cuantiosos desembolsos y quebranta en cierto modo el concepto crediticio de quien la presta. Por eso es lo corriente que solo en casos excepcionales se concierte una operación de crédito en un Banco estrictamente comercial a base de garantía inmobiliaria".

4 En primer lugar, el Reglamento de 1915 le dio una mayor flexibilidad al incorporar en su art. 205 el saldo mensual, trimestral, semestral o anual. Más tarde, la reforma de 1944 suprimió el límite temporal máximo, regulando la posibilidad de certificación del Banco como medio de acreditar el saldo exigible y los medios de oposición del deudor, siempre que estuviese pactado por las partes (admitiendo solo pactos en este sentido).

5 En este sentido, Peña Bernaldo De Quirós, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II, Madrid, 1999, pp. 290 y ss. Esta teoría la secundan también Chico y Ortiz, J. Mª.: *Estudios Sobre Derecho Hipotecario,* T. II, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 1587; Rodríguez Otero, L.: *Elementos de Derecho Hipotecario*, T. II, Dijusa, 3ª ed., Madrid, 2006, pp. 418-419.

6 Para un estudio pormenorizado de las diferencias entre el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente y el contrato de crédito de apertura de crédito simple, vid. Morando, A.: *El contrato de cuenta corriente, Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933.

modo que en este último se estaría ante un caso típico de hipoteca en garantía de obligaciones futuras, regulado en los arts. 142 y 143 LH, mientras que cuando se asegure una apertura de crédito en cuenta corriente, se estará en el caso especialmente regulado en el art. 153 LH [7]. Esta distinción ya fue expuesta por la RDGRN de 28 de febrero de 1933, que planteó las diferencias entre la hipoteca de garantía de crédito simple (que en el caso aseguraba el pago del precio en la compraventa de mercancías a realizar, combinando el crédito con dicho contrato), y la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (en la cual la apertura de crédito está combinada con la cuenta corriente), al establecer que en las de crédito simple, en las que se garantiza el tráfico mercantil por operaciones separadas, nace el débito cuando se realiza la operación; no produciéndose en las segundas hasta cada saldo de la cuenta, porque durante la vida de esta sus fluctuaciones se confunden en ella, sin que las remesas por medio de letras u otras formas de giro pudieran existir produzcan otros efectos que el característico de su unión, sin influencia en su modalidad, condicionada al saldo en cuanto a la garantía hipotecaria[8].

Al respecto resulta interesante la teoría defendida por Bellod Fernández, al indicar que, en definitiva, "la hipoteca que garantiza una cuenta corriente de crédito es una hipoteca en garantía de una obligación condicional". Aclara la autora que "la obligación de devolución del saldo que es garantizada por la hipoteca, es una obligación que existe desde el momento de otorgamiento del contrato por el carácter consensual del mismo. Es de cuantía indeterminada, no se sabe a cuento ascenderá, ni siquiera si existirá saldo, lo que sí se sabe es que éste no puede traspasar un límite. Por ello no cabe calificarla de futura, sino de presente, sometida a la condición de que el acreditado disponga de todo o parte del crédito sin reembolsarlo en su totalidad"[9].

En todo caso, sea o no considerada una obligación condicional, lo cierto es que no estamos ante una hipoteca en garantía de obligaciones futuras, puesto que cuando se constituye una hipoteca en garantía de cuenta corriente, se está constituyendo sobre un saldo que, si bien se ignora la cuantía exacta en el momento de su constitución, se sabe que será el saldo resultante de la liquidación, por lo tanto no podemos decir que se trata de una obligación futura, sino de una hipoteca con una cuantía indeterminada, cuya obligación de pago es presente, en tanto en cuanto se trata de una hipoteca sobre un contrato de cuenta corriente,

7 Roca Sastre, R. Mª. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* cit., pp. 338-340. Le sigue, Fernández Costales, J.: "La Hipoteca de cuentas corrientes de crédito", *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, T. II, Vol. 2, Civitas, Madrid, 1996, pp. 373 y ss.

8 RDGRN 28 febrero 1933 (RAJ 1933, 88). En sentido análogo podemos ver la RDGRN 16 junio 1936 (RAJ 1936, 154).

9 Vid. Bellod Fernandez De Palencia, E.: *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Centro de Estudios Registrales, Civitas, Madrid, 2001, pp. 82-83.

un contrato consensual que produce obligaciones para ambas partes desde el mismo momento de la apertura de dicha cuenta.

De hecho, la propia DGRN se ha encargado de distinguir la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de las hipotecas que se constituyen en garantías de obligaciones futuras, en sus resoluciones de 4 de julio de 1984, 23 de diciembre de 1987 y 26 de noviembre de 1990[10]. En concreto, la RDGRN de 23 de diciembre de 1987 hace una clara distinción, al indicar que en las hipotecas en garantía de cuentas corrientes, no estamos ante un crédito futuro, sino presente, y lo único que es futuro es la determinación de la cuantía que de él va a quedar asegurada con hipoteca[11].

II. CONCEPTO.

Aunque se han dado numerosos conceptos de la hipoteca en garantía de cuenta corriente, parece acertada la definición de Roca Sastre al indicar que se trata de "una forma o modalidad de hipoteca de máximo, constituida en seguridad del saldo definitivo resultante de la liquidación de un contrato consensual de apertura de crédito en cuenta corriente"[12].

El contrato de apertura de crédito en cuenta corriente es el que una de las partes (entidad de crédito en general" se obliga por tiempo fijo y cantidad máxima, a poner a disposición de la otra una suma de dinero, de la cual esta podrá disponer de una vez o en fracciones, ya directamente, ya mediante operaciones que permitan obtenerlo, con facultad de reembolsarlo a voluntad durante el tiempo prefijado, y de volver a disponer de él nuevamente, y reintegrarlo, y así sucesivamente, procediéndose, una vez transcurrido dicho plazo, a la liquidación de la cuenta, al objeto de determinar, el saldo definitivo a restituir, si lo hay[13].

Por lo tanto, el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente se trata de un contrato consensual y bilateral, lo que lo diferencia del contrato de préstamo,

10 RDGRN 4 julio 1984 (LA LEY 302/1984); 23 diciembre 1987 (LA LEY 4714/1987); 26 noviembre 1990 (LA LEY 3541/1990).

11 Vid. RDGRN 26 noviembre 1990 (LA LEY 3541/1990).

12 Roca Sastre, R. Mª. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* cit., p. 335.

13 Roca Sastre, R. Mª. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* cit., pp. 335-336.

tal y como ha reconocido la STS de 11 de junio de 1999[14], donde a cada parte le corresponden unos derechos y unas obligaciones[15].

Así, la hipoteca en garantía de cuenta corriente se define como una hipoteca de seguridad y de máximo. Es de máximo porque cuando se constituye no aparece precisado el importe máximo de la obligación asegurada, sino solo el máximo a que puede ascender la responsabilidad hipotecaria. Y es de seguridad porque por los elementos de la obligación en cuya garantía se constituye no están todos registralmente determinados en el momento de la constitución.

No obstante esta afirmación, cabe advertir que no siempre ha sido pacífica la existencia de las denominadas hipotecas de seguridad, puesto que se trata de una figura que no está contemplada en nuestro Derecho Hipotecario. Sin embargo, actualmente la mayoría de la doctrina acepta este tipo de hipotecas, admitidas desde la STS de 18 de abril de 1959, y que ha venido consolidándose en nuestra Jurisprudencia[16].

III. REQUISITOS LEGALES PARA SU CONSTITUCIÓN.

Los requisitos de constitución de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de créditos son los propios de toda hipoteca, escritura pública e inscripción registral, a los que debemos sumar unos requisitos especiales que el art. 153 LH exige que se indiquen en la escritura de constitución.

14 STS 11 junio 1999 (LA LEY 9308/1999). Deja clara la Sala primera que el contrato de apertura de cuenta corriente es un "contrato por el cual el banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente", concepto sustancialmente coincidente con el acogido en la sentencia de uno de marzo de 1969 al trascribir el art. 439 del antiguo CCom. para Marruecos; tal contrato de carácter consensual y bilateral, no puede ser confundido con el contrato de préstamo regulado en los arts. 1753 a 1757 CC y 311 y ss. CCom., de naturaleza real, que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral por cuanto de él solo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario. Tal calificación jurídica es la que corresponde al contrato litigioso…, no ya por la denominación que le dieron los contratantes, 'escritura de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria', sino por el tenor literal, claro y preciso de las estipulaciones que conforman su contenido -así en la cláusula primera se dispone 'que el «B. C., S.A.» concede a la otra parte contratante un crédito en cuenta corriente, en los términos que resultan de este documento, obligándose el acreditado y los garantes, solidariamente entre sí y con aquél, si los hubiese, a reembolsar las cantidades que por cuenta del mismo disponga el acreditado, así como los intereses, comisiones, impuestos y gastos incluso los de carácter judicial que graven estas operaciones hasta su total pago, con arreglo al presente clausulado', clausulado en el que se establece el régimen convencional pactado acorde a su objeto contractual".

15 Vid. RDGRN 18 junio 2001 (LA LEY 6253/2001), en la que se aclara que el concedente tendrá derecho a los reintegros, intereses y comisiones que procedan o al saldo de la liquidación en su día; y tiene la obligación de mantener la disponibilidad en los términos convenidos, disponibilidad de que seguirá gozando el acreditado como un derecho pese a que surjan a su costa las obligaciones correlativas a los derechos del concedente.

16 Vid., entre otras, la STS 27 mayo 2002 (LA LEY 5802/2002), cuando indica que " según autorizada doctrina científica, la hipoteca de máximo, que se sitúa dentro del grupo genérico de las hipotecas de seguridad, y que, salvo en la modalidad de hipoteca de garantía de apertura de crédito en cuenta corriente, carece de regulación global específica en nuestra legislación hipotecaria, es la que se constituye por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que solo se indican en sus líneas fundamentales, y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios".

En los dos primeros párrafos del precepto vienen a indicar los requisitos necesarios de constitución de esta hipoteca, al establecer que: "Podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, determinándose en la escritura la cantidad máxima de que responda la finca y el plazo de duración, haciendo constar si éste es o no prorrogable, y caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta. Si al vencimiento del término fijado por los otorgantes o de la prórroga, en su caso, el acreedor no se hubiere reintegrado del saldo de la cuenta, podrá utilizar la acción hipotecaria para su cobro en la parte que no exceda de la cantidad asegurada con la hipoteca por el procedimiento establecido en los artículos 129 y siguientes. A la escritura y demás documentos designados en la regla 3.ª del artículo 131 deberá acompañar el que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada…".

En consecuencia, podemos decir que los requisitos de constitución son los siguientes:

1) Necesidad de que se concrete la cantidad máxima de la que responde la finca hipotecada. Este requisito viene impuesto por el principio de especialidad, dada la imprevisión de la indeterminación de la existencia y cuantía de la obligación, lo que exige un máximo de responsabilidad para que pueda afectar a terceros[17].

Dentro de ese máximo de responsabilidad deben quedar integrados tanto el capital como los intereses, puesto que en caso contrario los intereses quedarían sin garantía hipotecaria[18], y, en ningún caso, la responsabilidad hipotecaria puede exceder de la cantidad máxima establecida[19]. Sin embargo, esto no regirá para los intereses moratorios, puesto que, como ya ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, solo con el saldo final surge deuda exigible, y solo para esta puede preverse que la garantía se extienda a los intereses sucesivos que, por ser de deuda vencida y no satisfecha, serán intereses moratorios. Asimismo, tampoco rige para los intereses cargados en la cuenta antes del saldo final, siguiendo la norma según la cual los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses,

17 Vid. Chico y Ortiz, J. Mª.: *Estudios Sobre Derecho Hipotecario,* cit., p. 1588.

18 Vid. Pares, S.: "Hipoteca en garantía de cuentas corrientes", *Revista de Derecho Privado*, T. V, Madrid, enero-diciembre 1918, p. 11. Señala Peña Bernaldo De Quirós, M.: *Derechos Reales*, cit., pp. 290 y ss., en relación al funcionamiento de la deuda de intereses dentro de la cuenta que no rigen los límites del art. 114 LH, pues, en rigor, tras cada vencimiento no hay intereses exigibles con independencia por el acreedor, sino que, conforme al contrato, son solo objeto de un cargo como una partida más de la cuenta corriente; correspondientemente, la hipoteca no garantiza independientemente de casa vencimiento de intereses, sino el saldo final de la cuenta. Hasta que no hay saldo final, no hay deudas (ni de capital ni de intereses) impagadas. En este sentido, advierte Roca Sastre, R. Mª. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario*, cit., p. 344, que "si la cantidad de que se ha dispuesto agota el máximo asegurado, los intereses quedan sin garantía hipotecaria".

19 Roca Sastre, R. Mª. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario*, cit., p. 343.

por lo que respecto de ellos no puede exigirse el pago y sólo procede un cargo en la cuenta[20].

No obstante, esta teoría, defendida por la mayoría de la mayoría de la doctrina, fue puesta en tela de juicio por la DGRN, al admitir en sus resoluciones de 16 de junio y de 13 de julio de 1999[21], la disgregación del saldo entre el capital y los intereses, al posibilitar que se garanticen con independencia, en base a que los intereses tan sólo pierden su autonomía y exigibilidad autónoma, en la medida en que se puede convenir su adeudo en la propia cuenta, y siempre y cuando quepa esa posibilidad sin exceder del límite concedido.

2) Fijación del plazo de duración del contrato de cuenta corriente, debiendo hacerse constar si dicho plazo es o no prorrogable.

Como ya se ha indicado, el plazo no siempre ha sido el que actualmente establece el art. 153 LH, puesto que, originariamente, el plazo se estableció en un

20 Vid. Peña Bernaldo De Quirós, M.: *Derechos Reales*, cit., pp. 290 y ss., Le siguen, entre otros, Chico y Ortiz, J. Mª.: *Estudios Sobre Derecho Hipotecario*, cit., p. 1588; Rodríguez Otero, L.: *Elementos de Derecho Hipotecario*, cit., p. 420; Fernández Costales, J.: "La Hipoteca de cuentas corrientes de crédito", cit., pp. 379 y ss.

21 Vid. RDGRN 16 junio 1999 (LA LEY 11761/1999) y de 13 julio 1999 (LA LEY 9960/1999). Se trataba de supuestos en los que, siendo la constitución de una hipoteca de cuenta corriente, las cláusulas habían sido redactadas considerando como principal asegurado el límite del crédito concedido, con independencia de los intereses, por lo que la DGRN, con el afán de aceptar estas cláusulas, viene a crear una artificiosa construcción de los intereses moratorios.
Indica la RDGRN 16 junio 1999 que, "la atipicidad del contrato de crédito en cuenta corriente permite un amplio juego a la autonomía de la voluntad, de suerte que respetando el efecto básico del sistema de instrumentación adoptado, la refundición en una sola obligación, la constituida por el saldo resultante de la liquidación de la cuenta al tiempo y en la forma convenidos, de los débitos y cargos que en ella se asienten que quedan reducidos a simples partidas contables, perdiendo así su autonomía y exigibilidad aislada, las particularidades pueden ser múltiples. Y del mismo modo que nada obsta a la fijación de plazos o instrumentos para la disponibilidad, al señalamiento de cuantías mínimas para cada disposición o amortización, el establecimiento de liquidaciones periódicas, de reducciones o ampliaciones del límite del crédito disponible, etc., nada impide que en materia de intereses se fije no solo la forma y tiempo de liquidarlos, sino también, y es lo que aquí interesa, que los mismos se configuren como créditos independientes aunque accesorios del principal, no asentables en la cuenta y exigibles con independencia del saldo de la misma o, por el contrario, se convenga en que se integren como una partida más a los efectos de contabilizarlos para fijar el saldo de liquidación perdiendo así su relativa autonomía".
La reciente RDGRN de 22 de febrero de 2019 (VLEX-772277033) en la que se había otorgado una escritura de crédito hipotecario de cuenta corriente, se plantea la naturaleza jurídica del negocio objeto de discusión, dado que según el Notario autorizante la hipoteca en garantía de un crédito de cuenta corriente es simplemente una cantidad dispuesta dentro de un límite máximo de dinero acordado entre las partes. Sin embargo, la registradora entiende que una hipoteca de un crédito en cuenta corriente le son aplicables las exigencias del art. 153 LH, entre las que se encuentra la llevanza de la libreta de ejemplares duplicados, y además entiende que se trata de un procedimiento de venta extrajudicial pactado, para cuya viabilidad faltaría; por un lado, el pacto expreso de que "solo se podrá utilizar para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada"; y, por otro, "el pacto también expreso sobre la forma de hacer constar en el Registro de la Propiedad la cuantía concreta existente y exigible, con carácter previo al comienzo de la ejecución, por medio de la correspondiente nota marginal, de acuerdo con la exigencia del art. 129.2c LH.

máximo de 3 años[22], límite que fue modificado en 1915[23] y suprimido por la reforma hipotecaria operada en 1944, que permitió que las partes pactasen libremente el plazo de duración de la cuenta y la constancia de si es o no prorrogable. Por lo tanto, las partes podrán establecer el plazo que estimen conveniente, pero si hubiese prórroga deberá también indicarse en la escritura de constitución la duración, a su vez, de la prórroga, y los plazos de liquidación de la cuenta. Desde luego, parece que no hay duda de que los pactos realizados entre las partes referidas al plazo de duración, a la prórroga si la hubiese o no, y en su caso al plazo de duración de la prórroga y de liquidación de la cuenta, son pactos que podrán modificarse posteriormente si las partes así lo acuerdan. Evidentemente, si dichos pactos iniciales se modificasen, también deberá hacerse mediante escritura pública, y también deberá inscribirse en el Registro[24].

3) Especificación de la clase de operaciones mediante las cuales se puede utilizar el crédito abierto en cuenta corriente, siendo ésta una de las mayores dificultades que se encuentran en la instrumentación de esta hipoteca.

Así es, deberán establecerse la clase de operaciones, pero no es necesario que se determinen con exactitud, dado que ello supondría perder su utilidad práctica[25]. Y, por otra parte, si no se determinasen en absoluto, podríamos encontrarnos con una hipoteca flotante.

La DGRN ha venido exigiendo, como regla general, que en las hipotecas de máximo se expresen circunstancialmente las obligaciones garantizadas, sin que quepa la simple expresión de que quedan garantizadas con la hipoteca "las diversas operaciones crediticias que en la actualidad tienen los Bancos acreedores con la sociedad deudora"[26]. La RDGRN de 23 de diciembre de 1987 ha desechado la hipoteca que trataba de garantizar un saldo sin precisión de los conceptos de abono y de cargo en la cuenta, cuyos "créditos entre sí no tienen conexión causal y a los que se identifica con datos más o menos completos y también el importe de otras obligaciones que quedan en total indeterminación, tanto en su futura

22 Indica Roca Sastre, R. Mª. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* cit., p. 344, que a pesar de que la Ley de 1909 exigía la fijación de este plazo y no podía ser mayor de tres años, "no obstante, permitía prorrogarlo por plazos que no excedieran del tiempo indicado, mediante convenio entre acreedor y deudor formalizado en escritura pública", aunque, advierte que "la formalidad de esta escritura, evidentemente, era una complicación".

23 El RH de 1915, como ya se ha comentado, modificó este requisito, permitiendo un plazo mayor de tres años. Sin embargo, era necesario cumplir tres requisitos: que la cuenta se liquidara al menos anualmente (por meses, trimestres, semestres o años); que en la escritura de constitución se pactara la prórroga posible, determinando los plazos de liquidación de la cuenta; y que en la misma escritura se estableciera la forma en que debía ser justificada la cantidad líquida exigible al vencimiento de cada plazo. De modo que, si se cumplían estos tres requisitos, la cuenta podía ser abierta por un periodo mayor de tres años, sin necesidad de que para llevar el saldo a cuenta nueva se otorgase una nueva escritura pública.

24 Así lo establece claramente la RDGRN 4 julio 1984 (LA LEY 302/1984).

25 Como acertadamente ha señalado Rodríguez Otero, L.: *Elementos de Derecho Hipotecario,* cit., p. 420.

26 Vid. RDGRN 4 julio 1984 (LA LEY 302/1984).

existencia, que queda al arbitrio del Banco, como en cuanto a su fuente y causa" [27]. En sentido análogo, la RDGRN de 26 de noviembre de 1990 expresa que no puede admitirse una hipoteca en que la determinación del objeto del contrato quede al arbitrio de una sola de las partes[28]. Y la RDGRN de 3 de octubre de 1991 indica que la hipoteca no puede configurarse como la afección de todo o parte del valor en cambio del bien gravado a favor de un determinado sujeto, de manera que no puede admitirse la hipoteca de máximo en forma general e indeterminada, comprensiva de toda clase de obligaciones, presentes o futuras, pues el carácter accesorio de la hipoteca requiere una adecuada justificación de la obligación garantizada, pudiendo tratarse de una obligación futura, por supuesto, pero en este caso debe quedar perfectamente identificada, al tiempo de la constitución, la relación jurídica de que derive la obligación que ha de asegurarse[29].

Como bien se ha afirmado por la STS de 27 de mayo de 2002, "estas Resoluciones no ofrecen duda sobre la inadmisión de la hipoteca de máximo en forma general e indeterminada, concebida para toda clase de obligaciones, así como la necesidad de la adecuada justificación de la obligación garantizada, sea presente o futura, pero, en esta última hipótesis, debe quedar perfectamente identificada, cuando se constituya la hipoteca, la relación jurídica de que derive la obligación que debe asegurarse[30].

Aunque la mayoría de la doctrina y jurisprudencia establece este requisito como imprescindible, dado que, a pesar de que no es un requisito exigido por el art. 153 LH, tal exigencia se deduce de la Ley y de la doctrina de la propia DGRN[31], Bellod Fernández se muestra en contra de su exigencia, entendiendo que "si la Ley no exige dicha especificación es quizá porque a efectos registrales no tiene

27 RDGRN 23 diciembre 1987 (LA LEY 4714/1987).

28 RDGRN 26 noviembre 1990 (LA LEY 3541/1990).

29 RDGRN 3 octubre 1991 (LA LEY 9163/1991). Vid. también la RDGRN 17 enero 1994 (LA LEY 4950-JF/0000), que manifiesta que, si bien esta Dirección General tiene afirmado que en materia de hipoteca el principio de determinación de los derechos inscribibles se ha de acoger, en cuanto a los datos relativos a la obligación garantizada, con cierta flexibilidad, a fin de facilitar el crédito, en el presente caso dista de cumplirse con los mínimos exigibles, pues ni cabe la constitución de hipoteca en garantía de una masa indeferenciada de obligaciones ya existentes, ni es posible garantizar con hipoteca las obligaciones totalmente futuras, respecto a las cuales, según expresa esta Resolución, "ya decidió este Centro Directivo por Resolución de 17 Ene. 1994, basándose en las razones que en ella quedaron expuestas, que se exige que el crédito, por el momento inexistente y que haya de quedar garantizado, ha de provenir necesariamente de una relación jurídica ya existente entre las partes, y ocurre en el caso planteado que las obligaciones futuras que se quieren garantizar no son las que puedan derivar como vicisitud eventual de una relación jurídica previa sino las que en un futuro queden constituidas *ex novo* por libre decisión individualizada de acreedor y deudor".

30 STS 27 mayo 2002 (LA LEY 5802/2002).

31 Como ha indicado Fernández Costales, J.: "La Hipoteca de cuentas corrientes de crédito", cit., p. 381, y como hemos podido observar de las Resoluciones de la DGRN citadas, así como de la propia jurisprudencia del TS, STS 27 mayo 2002 (LA LEY 5802/2002), establece claramente al referirse a las hipotecas en garantía de cuenta corriente que del concepto de la " se desprenden las siguientes notas básicas en esta clase de hipoteca: a) fijación de un límite superior de responsabilidad hipotecaria; b) indeterminación de la existencia o cuantía de los créditos garantizados por la misma; c) indicación del crédito en sus líneas fundamentales; y d) concreción por medios extrahipotecarios del crédito que en definitiva resulte garantizado".

ninguna trascendencia la inscripción de esta clase de operaciones, ya que ellas no son las aseguradas con la hipoteca, sino las determinantes del importe del saldo, única obligación garantizada"[32].

4) Determinación del sistema idóneo para justificar el saldo de la cuenta corriente que será exigible. El art. 153 LH concreta la posibilidad de utilizar dos sistemas: el sistema de doble libreta, o la acreditación del saldo mediante una certificación contable de la entidad. Así, establece el precepto que: "Para ello será necesaria la presentación del ejemplar que obre en poder del actor de la libreta que a continuación se dice. Para que pueda determinarse al tiempo de la reclamación la cantidad líquida a que asciende, los interesados llevarán una libreta de ejemplares duplicados: uno en poder del que adquiere la hipoteca y otro en el del que la otorga, en los cuales, al tiempo de todo cobro o entrega se hará constar, con aprobación y firma de ambos interesados, cada uno de los asientos de la cuenta corriente. No obstante, en las cuentas corrientes abiertas por los Bancos, Cajas de Ahorros y Sociedades de crédito debidamente autorizadas podrá convenirse que, a los efectos de proceder ejecutivamente, el saldo puede acreditarse mediante una certificación de la Entidad acreedora. En este caso, para proceder a la ejecución se notificará, judicial o notarialmente, al deudor un extracto de la cuenta, pudiendo este alegar en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes, error o falsedad".

Como se deduce del art. 153 LH, ambos sistemas son exigidos para que pueda utilizarse el procedimiento judicial sumario, pero para que pueda utilizarse el mismo procedimiento a través de la certificación de la entidad contable, es necesario que las partes así lo hayan convenido, mientras que para el de doble libreta no[33]. Con ambos sistemas el saldo exigible resulta justificado siempre, y lo es a través de documentación conformada por las partes, salvo que el deudor se oponga, como veremos a continuación.

IV. FORMA DE ACREDITAR EL SALDO DE LA CUENTA CORRIENTE A SU VENCIMIENTO.

Cuestión importante en esta materia es la determinación del saldo, que es el único crédito exigible al finalizar el contrato. El saldo es el elemento de la cuenta en el que se centra el mayor interés, pues en el caso de que se garantice el crédito

32 Bellod Fernandez De Palencia, E.: *Hipoteca en garantía de crédito,* cit., p. 91.

33 En este sentido, indica Roca Sastre, R. Mª. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* cit., p. 346, que "las partes pueden adoptar o pactar cualquier medio o procedimiento para justificar la existencia y cuantía del saldo exigible al finalizar la cuenta corriente. Pero para que pueda utilizarse el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, es preciso que lleven el sistema de doble libreta que establece la ley, aunque no lo hubiesen pactado expresamente al constituir la hipoteca, o que en la escritura hubieran convenido el sistema de certificación contable, siempre que el acreedor sea una Entidad bancaria o de crédito".

con hipoteca, esta se constituye precisamente para asegurar la satisfacción de la devolución del saldo.

Como hemos indicado, para que pueda ejercitarse la acción hipotecaria a través del procedimiento judicial sumario, el art. 153 LH exige que se deberá acompañar el documento que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada. El precepto establece dos posibles sistemas:

1) La doble libreta. En este caso, los interesados llevarán por duplicado una libreta, uno de cuyos ejemplares deberá estar en poder del que adquiere la hipoteca, y el otro en el del que la otorga. Al tiempo del cobro o entrega, se hará constar en ambos ejemplares cada uno de los asientos de la cuenta corriente, con comprobación y firma de ambos interesados[34]. Al iniciarse la ejecución, será necesaria la presentación del ejemplar que obre en poder del actor de la libreta, y así dar curso al procedimiento, salvo que se oponga error o falsedad, que comentaremos posteriormente.

Es importante tener en cuenta que la aprobación y firma solo se exige en cuanto a las operaciones de cobro y entrega, pero no en cuanto a la liquidación periódica de la cuenta, con lo que quedaría sin conformar el dato de los intereses, si los hubieren, por lo que queda la duda de que con este sistema se acredite el saldo exigible[35]. Por lo tanto, el problema podría surgir cuando la libreta que presente el deudor arroje un saldo distinto del que resulte de la presentada por el actor, en cuyo caso será de aplicación el art. 695 LEC, al que haremos referencia en el próximo apartado.

2) La certificación de la entidad acreedora. El art. 153 LH admite un medio especial para acreditar el saldo exigible de la cuenta corriente, consistente en la emisión de una certificación del acreedor relativa al saldo resultante de los libros de contabilidad de la entidad.

Para que pueda utilizarse este sistema de acreditación del saldo para proceder a la ejecución es necesario que concurran varios requisitos:

- Que se trate de una cuenta corriente abierta por un Banco, Caja de Ahorros o Sociedad de crédito debidamente autorizada.

- Que se haya convenido en la escritura de constitución de la hipoteca esta forma de acreditar el saldo.

34 Así lo establece el art. 246 RH al indicar que "Los ejemplares duplicados de las libretas que, para acreditar el estado de las cuentas corrientes abiertas con garantía de hipoteca, pueden llevar los interesados deberán estar sellados y rubricados por el Notario autorizante de la escritura en todas las hojas, con expresión certificada en la primera del número de las que contenga".

35 Vid. Roca Sastre, R. Mª. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* cit., p. 351.

- Y que se notifique judicial o notarialmente al deudor un extracto de la cuenta, y que transcurran ocho días sin que el deudor oponga error o falsedad

La licitud del pacto por el cual las partes concretan que el importe de la obligación asegurada se determine en su día por el saldo que resulte de los libros de contabilidad de la entidad bancaria acreedora, ha sido admitida por la jurisprudencia sin ningún tipo de duda, la cual ha declarado perfectamente válido este tipo de pacto como medio de acreditar el saldo exigible de la cuenta corriente[36].

El art. 153 LH establece en su segundo párrafo que "si al vencimiento del término fijado por los otorgantes o de la prórroga, en su caso, el acreedor no se hubiere reintegrado del saldo de la cuenta, podrá utilizar la acción hipotecaria para su cobro en la parte que no exceda de la cantidad asegurada con la hipoteca por el procedimiento establecido en los artículos 129 y siguientes. A la escritura y demás documentos designados en la regla 3.ª del artículo 131 deberá acompañar el que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada".

Y el art. 129 LH indica que "La acción hipotecaria podrá ejercitarse: a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V; b) O mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada".

Por lo tanto, y en aplicación del art. 129 LH, para poder utilizar la vía del proceso ejecutivo, habrá que atender a los arts. 572 y ss. LEC, en relación con el art. 517 LEC que establece una lista taxativa de los títulos ejecutivos.

Actualmente, parece complicado acudir al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, ya que el art. 235 RH (redactado por R. D. 290/1992, por el que se modifica el RH en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas) establece que el mismo solo puede aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, lo que se hace

36 Tanto la DGRN como el Tribunal Supremo han aceptado sin lugar a duda este medio de acreditar el saldo. La primera RDGRN que declaró su licitud fue la de 16 junio 1936 (RAJ 1936, 154), fundándose en que varias razones: en que dicho pacto no vulnera ningún precepto legal de carácter prohibitivo; que a los libros de los comerciantes, llevados de forma legal, concede el Código de comercio, eficacia probatoria; que la seriedad y solvencia de la entidades bancarias, unido a la intervención oficial que en cierto modo se ejerce sobre ellas a través de organismos superiores al efecto, aleja todo temor de falsedad de fraude; y porque en definitiva, tal pacto no ha de ser obstáculo para que el deudor pueda ejercitar en el juicio correspondiente las acciones que le asistan para impugnar el saldo fijado por el acreedor. También se mostró a favor del sistema de certificación bancaria al STS 12 junio 1942.

bastante difícil cuando se trata de hipotecas en garantía de cuentas corrientes, debido a la indeterminación final del crédito exigible[37].

Por ello, el acreedor, una vez vencida e incumplida la obligación garantizada con hipoteca podrá promover el juicio declarativo ejercitando la acción personal, o promover le juicio ejecutivo ordinario mediante la acumulación de la acción hipotecaria y acción personal, o bien, instar directamente la ejecución a través del procedimiento judicial hipotecario, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por el art. 153 LH en relación con los sistemas de acreditación del saldo de la cuenta corriente, y siempre que se cumplan también los requisitos establecidos en el art. 682 LEC[38], al que hace remisión expresa el propio art. 129 LH al referirse al Capítulo V.

En cuanto a la utilización de la vía del proceso ejecutivo, surgen algunas dudas cuando de hipotecas en garantía de cuentas corrientes se refiere, sobre todo porque tendremos que tener en cuenta, como hemos dicho, lo establecido en los arts. 572 y 573 LEC. El problema que se ha planteado en ocasiones a esta clase de hipotecas es que las escrituras que confieren el título ejecutivo no vienen a cumplir escrupulosamente el art. 572 LEC, en tanto en cuanto, se dice que el título ejecutivo en estos casos no cumple con el requisito de liquidez que exige la LEC, por cuanto rara vez coincidirá el límite del crédito con el saldo definitivo[39].

Sin embargo, hemos de decir que el art. 153 LH establece una norma especial basada en el principio de autonomía de la voluntad, en tanto que, si las partes han acordado en el título ejecutivo que el saldo se acreditará mediante una certificación de la Entidad acreedora, se acreditada la liquidez de la deuda, permitiendo optar por el procedimiento sumario hipotecario.

Asimismo, a mi juicio, también se cumple con los requisitos de liquidez si se adopta el sistema de doble libreta, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en la LEC y en el art. 246 RH, puesto que el art. 153 LH atribuye también el concepto de liquidez de la cantidad a reclamar cuando los interesados llevan dicho sistema.

37 A ello se une que es jurisprudencia reiterada de la Sala de lo Civil del TS que "el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial resulta contrario a las exigencias y garantías previstas en los artículos 117.3, 24.1 y 9.3 de la Constitución Española" (STS 25 mayo 2009 LA LEY, 92040/2009).

38 Bellod Fernandez De Palencia, E.: *Hipoteca en garantía de crédito,* cit., p. 91.

39 Vid. la crítica que hace al respecto Bellod Fernandez De Palencia, E.: *Hipoteca en garantía de crédito,* cit., pp. 91 y ss. La autora parece defender en principio que solo se podrá acreditar la liquidez de la deuda si el sistema por el que se ha optado ha sido el de la certificación de la entidad bancaria. Sin embargo, posteriormente parece aceptar también la posibilidad de acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria con el sistema de doble libreta.

V. OPOSICIÓN DEL DEUDOR AL SALDO.

El art. 153 LH establece determinadas normas sobre la oposición del deudor, para los casos en los que este se opusiere a la ejecución alegando error o falsedad[40]. Sin embargo, este precepto debe ponerse en relación con el art. 695 LEC, el cual modifica el contenido del art. 153 LH, aunque siga manteniendo su espíritu. Así, el art. 695 LEC no prevé la alegación de falsedad como causa de oposición del deudor a la ejecución, sino como causa de suspensión por prejudicialidad penal.

Podemos decir que, actualmente, dada la regulación de la LEC, el art. 153 LH, en cuanto a oposición del deudor se refiere, tiene efectos meramente sustantivos, puesto que habrá que atender al art. 695 LEC. En realidad la LEC no supone ningún tipo de variación de las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito a efectos ejecutivos hipotecarios, puesto que lo que hace simplemente es precisar los documentos que deben acompañar a la demanda a los efectos de acreditación de liquidez, pero sí que, en cierto modo, viene a suponer una modificación, aunque no sea sustancial, en la oposición del deudor a la ejecución, al no contemplar la alegación de falsedad como causa de oposición del deudor.

40 Así, indica el precepto que: "Si el deudor opusiere error, el Juez competente para entender del procedimiento de ejecución, a petición de una de las partes, citará a éstas, dentro del término de ocho días, a una comparecencia, y, después de oírlas, admitirá los documentos que se presenten, y acordará, dentro de los tres días, lo que estime procedente. El auto que se dicte será apelable en un solo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes. Cuando se alegare falsedad y se incoe causa criminal, quedará interrumpido el procedimiento hasta que en dicha causa recaiga sentencia firme o auto de sobreseimiento libre o provisional. Opuesta por el deudor alguna de estas excepciones, no podrá aducirlas nuevamente en los juicios ejecutivos que, para hacer efectivo dicho saldo, puedan entablarse, sin perjuicio de que en su día ejercite cuantas acciones le competan en los procedimientos civiles o criminales correspondientes".

BIBLIOGRAFÍA

Bellod Fernandez De Palencia, E.: *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Centro de Estudios Registrales, Civitas, Madrid, 2001.

Camy Sanchez-Cañete, B.: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Vol. VI, Aranzadi, 3ª ed., 1983.

Chico y Ortiz, J. Mª.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario,* T. II, Marcial Pons, Madrid, 2000.

Dapena Mosquera, J.: "La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 96, 1932.

Dapena Mosquera, J.: "La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (segunda parte)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 98, 1933.

Fernández Costales, J.: "La Hipoteca de cuentas corrientes de crédito", en *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, T. II, vol. 2, Civitas, Madrid, 1996.

Morando, A.: *El contrato de cuenta corriente,* Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.

pares, s.: "Hipoteca en garantía de cuentas corrientes", *Revista de Derecho Privado*, T. V, Madrid, enero-diciembre 1918.

Peña Bernaldo De Quirós, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II, Madrid, 1999.

Roca Sastre, R. Mª. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario. Hipotecas*, T. VIII, Bosch, 8ª ed., Barcelona, 1995.

Rodríguez Otero, L.: *Elementos de Derecho Hipotecario*, T. II, Dijusa, 3ª ed., Madrid, 2006.

REFLEXIONES SOBRE EL PROTOCOLO FAMILIAR JURÍDICO

REFLECTIONS ON THE JURIDIC FAMILY PROTOCOL

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 622-639

Mª. Carmen
BARRÓN LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: Este trabajo tiene como objeto analizar el protocolo familiar, como documento marco que regula la sociedad mercantil de carácter familiar. Los pactos asumidos en el protocolo familiar serán especialmente relevantes como medida de salvaguarda de la empresa, de ahí la importancia de su eficacia en términos jurídicos y obligacionales.

PALABRAS CLAVE: Protocolo familiar; sociedad familiar; eficacia jurídica; obligaciones.

ABSTRACT: *The purpose of this work is to analyse the family protocol, as a framework document regulating the family trading company. The pacts assumed in the family protocol will be particularly relevant as a measure of safeguarding the company, hence the importance of its effectiveness in legal and legal terms.*

KEY WORDS: *Family protocol; family society; legal effectiveness; Obligations.*

SUMARIO.- I. EL PROTOCOLO FAMILIAR.- 1. Cuestiones previas.- 2. Antecedentes y regulación legal.- 3. Concepto.- 4. Contenido.- II. EFICACIA DEL PROTOCOLO FAMILIAR Y RELACIÓN CON OTROS DOCUMENTOS SOCIETARIOS Y FAMILIARES.- 1. Estatutos sociales.- 2. Testamento y otras disposiciones sucesorias.- 3. Capitulaciones matrimoniales.

I. EL PROTOCOLO FAMILIAR.

El protocolo familiar se viene considerando desde su ámbito interno como un marco de regulación de la familia empresaria que tiene como finalidad establecer las pautas de organización societaria regidas por reglas morales. Sin olvidar las estrechas interrelaciones que surgen en la empresa familiar, los pactos adoptados en el protocolo familiar pueden acarrear consecuencias a terceros cuando están amparados por la publicidad registral, por lo que, su eficacia obligacional *inter partes* trasciende y debemos plantearnos su repercusión *erga omnes*.

La empresa familiar representa un referente socieconómico de gestión empresarial, en la que se combinan dos instituciones de muy difefente ámbito, el empresarial y el familiar, regidos por criterios y objetivos muy dferentes[1]. Será necesario combinar y coordinar ambas realidades, en aras de una finalidad común, la continuidad de la empresa familiar.

A consecuencia de la interrelación entre la institución familiar y empresarial, en la sociedad familiar surgirán conflictos de muy diverso ámbito que habilitarán la conveniencia, incluso la necesidad, de articular una regulación de sus relaciones que garanticen un adeduado funcionamiento y su traspaso generacional.

Para realizar una aproximación al protocolo familiar como hoja de ruta de la sociedad familiar será necesario dibujar el escenario en el que se configura la empresa familiar, analizando su singularidad, valores y objetivos.

1 Por un lado, la empresa que se rige por los principios de eficiencia y rendimiento; y, por otro, la familia, que se rige por las relaciones afectivas y la lealtad. En esta línea, Vicent Chuliá, F.: "Organización jurídica de la sociedad familiar", en AA.VV.: *Derecho de Sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, Volumen IV*, (ed. por A. Navarro Salinas), McGraw, Madrid, 2002, p. 4.536.

• Mª. Carmen Barrón López
Abogada. Correo electrónico: carbalo2@alumni.uv.es

1. Cuestiones previas.

La definición de empresa familiar es una cuestión compleja que, a falta de una regulación legal, queda sujeta a múltiples interpretaciones doctrinales que destacan los componentes que la configuran[2]. En este sentido, son mútiples los estudios realizados en torno a la figura de la empresa familiar; destacamos el Grupo Europeo de Empresas Familiares (GEEF) y el Board del Family Business Network (FBN)[3], que define la empresa familiar:

"Una compañía sin importar su tamaño es considerada familiar si cumple las siguientes condiciones:

La mayoría de los votos son propiedad de la persona o personas de la familia que fundó o fundaron la compañía; o, son propiedad de la persona que tiene o ha adquirido el capital social de la empresa; o son propiedad de sus esposas, padres, hijo(s) o herederos directos del hijo(s).

La mayoría de los votos puede ser directa o indirecta.

Al menos un representante de la familia o pariente participa en la gestión o gobierno de la compañía.

A las compañías cotizadas se les aplica la definición de Empresa Familiar si la persona que fundó o adquirió la compañía (su capital social), o sus familiares o descendientes poseen el 25% de los derechos de voto a los que da derecho el capital social".

En la Exposición de Motivos del RD 171/2007, del 9 de febrero[4], por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, en adelante RD 171/2007, se recoge un concepto amplio de empresas familiares: "aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenece, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí".

Las definiciones de empresa familiar, en términos generales, se centran en las premisas necesarias para considerar una empresa como familiar, un sistema superior en el que se relacionan tres núcleos: familia, propiedad y empresa,

2 Ante la falta de una definición integradora de la empresa familiar, se opta por la técnica que señala Quijano de "sumar elementos típicos y lograr una definición a través de la suma de varios de sus caracteres". Quijano González, J.: "Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm.18, 2002, pp. 367-381

3 Ief y La Red De Cátedras De Empresa Familiar: *La Empresa Familiar en España*, 2015, disponible en http://www.iefamiliar.com/upload/documentos/ubhiccx9o8nnzc7i.pdf/; último acceso 12-05-2018.

4 BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007.

siguiendo la teoría de los tres circulos[5]. Dicho modelo[6] es un referente para explicar graficamente la interrelación entre los grupos involucrados en el sistema superior de la empresa familiar[7].

El legislador no ha configurado un tipo societario específico de empresa familiar que recoja sus particularidades, a pesar de la importancia que representa en la economía de los diferentes países. Dicha realidad es expuesta por la Guía para la pequeña y mediana empresa familiar[8] que señala "en los países de economía libre las empresas de socios familiares constituyen el entramado básico de la actividad y son los principales agentes de creación de riqueza".

Como expone Barea[9], "Las empresas familiares sostienen el tejido productivo y la creación de empleo en la mayor parte de los países desarrollados con economía de mercado. En España existen en torno a tres millones de empresas familiares, que representan entre el sesenta y cinco y el setenta por ciento del producto interior bruto nacional, realizan el sesenta por ciento de las exportaciones y generan cerca de quince millones de puestos de trabajo".

La empresa familiar está presente en todos los países desarrollados, representando un importante sustento de su economía, lo que nos hace plantearnos que medidas se han de adoptar para preservarla y garantizar su continuidad en manos de la familia y que siga actuando como pilar de la economía.

Para Sánchez Crespo la empresa familiar es una institución que participa de la esencia de un contrato de sociedad que necesita normas, cuyo cumplimiento será necesario para superar y prevenir problemas[10].

En este sentido, expuesta la interacción existente en la empresa familiar entre los elementos que la naturalizan y la especial naturaleza de los conflictos que surgen en su seno, motivados por la interacción entre los elementos familiares y empresariales, resulta incuestionable que la empresa familiar se debe dotar de mecanismos que eviten la aparición del conflictos o que, una vez surgidos, la ayuden a atenuar sus consecuencias para la familia y la empresa. De ahí que, habrá que prestar especial atención a determinada situaciones de notable riesgo

5 Poza, E. J.: *Empresas familiares,* Cenage Learning Editores, 3ª ed., México D.F, 2011, p. 13.

6 Este modelo fue ideado por Davis, J., Tagiuri, R.: "Bivalent Attributes of the Family Firm", *Family Business Review*, núm. 9, 1996.

7 Sánchez Ruiz, M.: *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 15-73.

8 Dirección General De Política De La Pequeña Y Mediana Empresa: *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, 2008. Disponible en http://www.ipyme.org/publicaciones/empresafamiliar.pdf/.

9 Barea Martínez, M. T.: "El protocolo familiar", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2017, p. 299.

10 Sánchez-Crespo Casanova, A., Bellver Sánchez, A., y Sánchez y Sánchez, A. M.: *La Empresa Familiar: Manual para empresarios, claves para su correcta organización y su continuidad*, Ediciones Deusto, Barcelona 2005, pp. 19 y ss.

en la empresa familiar, como la sucesión o las crisis matrimoniales, que pueden convertirse en las principales causas de mortandad de la empresa familiar.

Por ello, los protocolos familiares son el documento crucial para prever dichas situaciones, concretamente, para asegurar el cambio generacional, junto con los estatutos sociales, los testamentos y las capitulaciones matrimoniales[11].

Sentada una aproximación a la definición de empresa familiar y su especial problemática, es imprescindible abordar *infra* el protocolo como vía idónea para garantizar la continuidad de la empresa familiar.

2. Antecedentes y regulación legal.

Los antecedentes del protocolo familiar son señalados por Gimeno[12] que destaca que los primeros protocolos empresariales surgen a finales del siglo XIX y estuvieron realizados por grandes familias empresariales japonesas, Sumitomo y Mitsui. En Estados Unidos, surgió a final del siglo XX, con los denominados *shareholders agreements,* que se extiendieron posteriormente a Europa, donde adoptan el calificativo de *Family Constitution*[13].

En el ámbito europeo, en la Comunicación de la Comisión de 28 de marzo de 1998 sobre transmisión de las pequeñas y medianas empresas[14] se realiza una referencia concreta al protocolo familiar, como medida para preservar la sucesión empresarial.

En España, la primera referencia al protocolo familiar la encontramos en en el Informe que concluyó la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar[15] constituida en octubre de 2004, en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado, que recogía una recomendación referente la formalización de los protocolos familiares en la empresa familiar.

Posteriormente, la Ley 7/2003, de 1 de abril, de Sociedad Limitada de Nueva Empresa[16] establecía en el apartado 3 de la Disposición Final Segunda que: "reglamentariamente, se establecerán las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como, en su caso, el acceso al Registro

11 Galeote Muñoz, M. P.: "Los protocolos familiares", en AA.VV.: *La sociedad de responsabilidad limitada* (coord. por A. B. Campuzano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1.000.

12 Gimeno, A., Baulenas, G., Coma-Cros, J.: *Modelos de Empresa Familiar. Soluciones prácticas para la familia empresaria*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2009, p. 29.

13 Martínez, J.: "Introducción al protocolo familiar y al consejo de familia", en AA.VV.: *El protocolo familiar. La experiencia de una década* (ed. por J. M. Amat Salas y J. F. Corona Ramon), Ediciones Deusto, Barcelona, 2007, p. 62.

14 DOCE núm. C 093 de 28 de marzo de 1998, p. 5.

15 BOCG-S núm. 312, Serie I, de 23 de noviembre de 2001.

16 BOE núm. 79, de 2 de abril de 2003.

Mercantil de las escrituras que contengan cláusulas susceptibles de inscripción". En su ejecución, se ha dictado el RD 171/2007.

3. Concepto.

La definición de protocolo familiar fue introducida por el legislador español en el art. 2 del citado RD 171/2007, como "aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad".

El protocolo familiar es un documentos complejo que regula aspectos de muy diverso ámbito con una finalidad determinada, que es la continuidad de la empresa familiar. En este sentido, destacamos la definición de Sánchez-Crespo que lo considera como "acuerdo marco, firmado entre familiares (actuales o previsiblemente futuros) de una misma empresa, que regula la organización y gestión de la misma, así como las relaciones economicas y profesionales entre la familia, al propiedad y la empresa, con la finalidad de darle continuidad de manera eficaz y con éxito a través de las siguientes generaciones familiares"[17].

De la citada definición de protocolo familiar podemos extraer varias cuestiones que nos aproximan a la esencia del concepto y a su finalidad. En este sentido, será destacable que el protocolo familiar es un acuerdo marco que regula las relaciones internas de la empresa y que pueden suscribir los socios entre sí o con terceros que guarden vínculos familiares, con la finalidad de dar continuidad a la empresa.

El contenido del protocolo familiar será muy diverso y adaptado a cada empresa familiar. Compartimos con Bosch Carrera[18] que el protocolo familiar es "un documento o un conjunto de documentos otorgados por un empresario o varios empresarios titulares de una empresa familiar y toda o parte de la familia de los mismos, donde se regula un negocio jurídico complejo que contempla los aspectos necesarios para asegurar un código de conducta que regule las relaciones entre familia y empresa, así como la continuidad, expansión, desarrollo y sucesión de la empresa tras el fallecimiento del titular".

En definitiva, el protocolo familiar se configura en la empresa familiar como un mecanismo preventivo de vital importancia que deberá incluir cuestiones de muy diferente ámbito, tanto para regular las relaciones de la familia con la

17 Sánchez-Crespo Casanova, A. J., Bellver Sánchez, A., y Sánchez y Sánchez, A. M.: *La Empresa Familiar*, cit., pp. 26 y 27.

18 Bosch Carrera, A.: "Publicidad y acceso a los registros del protocolo familiar", en AA.VV.: *El protocolo familiar. La experiencia de una década* (coord. por J. M. Amat y J. F. Corona), Ediciones Deusto, Barcelona, 2007, p. 235.

empresa, como planificar cuestiones de ámbito sucesorio, matrimonial, etc, que pueden poner en peligro la continuidad de la empresa familiar. Amen de alcanzar dicha finalidad, deberá complementarse con otros instrumentos que apoyen la exigibilidad de sus cláusulas y trasladen los pactos alcanzados a todos los ámbitos que le afectan.

4. Contenido.

Como hemos venido comentando, los ámbitos de regulación del protocolo familiar son extensos y deberán ajustarse a las pecularidades de cada familia empresaria. Por ello, el protocolo famliar debe ser un documento elaborado y meditado por la familia y no regirse por un guion preestablecido. En línea con lo anterior, compartimos con Garrido De Palma[19], que no existen dos familias empresarias idénticas, de forma que, los protocolos encargados no son fiables, en cuanto, requieren un estudio y repaso por parte de la familia.

Gallo propone una estructura del protocolo familiar fundamentada en los siguientes núcleos temáticos, para su desarrollo posterior: políticas gobierno, estableciendo los órganos familiares y empresariales que integrarán el gobierno de la empresa familiar; políticas de rentas, determinando la política de remuneraciones, dividendos, etc.; política de empresa, en este apartado se regularán cuestiones como la edad de jubilación, requisitos acceso a la empresa, valores y tradiciones familiares[20].

Independiente del modelo específico elegido, será relevante que en el protocolo familiar se recojan las diversas áreas de interés que tiene que ser desarrolladas. En esta línea la Guía para la pequeña y mediana empresa familiar[21] establece un modelo orientativo para la redacción del protocolo, con una serie de recomendaciones a seguir.

II. EFICACIA DEL PROTOCOLO FAMILIAR Y RELACIÓN CON OTROS DOCUMENTOS SOCIETARIOS Y FAMILIARES.

La eficacia de los pactos suscritos en el protocolo será muy heterógenea en función de de su naturaleza y contenido[22]. En función de los distintos grados de obligatoriedad del protocolo familiar, podemos distinguir tres tipos de protocolos

19 Garrido Palma, V. M. : *La Familia y su Empresa ante el Derecho. Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel*, Civitas, Madrid, 2007, p. 374.

20 Gallo, M. A. y Tomaselli, S.: "Estructura y contenido de los protocolos familiares", en AA.VV.: *El protocolo familiar,* cit., p. 83.

21 Dirección General De Política De La Pequeña Y Mediana Empresa: *Guía para la pequeña,* cit., pp.105-117.

22 Barea Martínez, M. T.: "El protocolo familiar", cit., p. 342.

familiares[23] : Pactos entre caballeros; cláusulas que solo tiene fuerza moral, que recogen una serie de principios y valores, que forman parte de la cultura familiar; Pactos de carácter contractual: cláusulas que tienen eficacia obligatoria entre las partes, y, en su caso, a sus herederos, originando derechos y obligaciones que, en ocasiones, tendrán que venir complementadas por otro negocio jurídico como el testamento o capitulaciones matrimoniales; Protocolo institucional, con eficacia erga omnes, alcanzada mediante la publicidad registral.

En consecuencia, la eficacia respecto a terceros de las cláusulas del protocolo familiar estará en estricta consonancia con su publicidad en el Registro Mercantil, debiendo decidirse por la familia que eficacia jurídica se le da a los pactos que se incluyan en el protocolo familiar. En este sentido, el RD 171/2007 establece el sistema de publicidad en el que destaca su voluntariedad, de manera que, la entidad familiar decidirá a través de su órgano de administración si da publicidad a dicho documento.

De ahí que consideramos relevante que para la plena efectividad del protocolo deba complementarse con otros documentos[24], como trataremos *infra*.

Los tres sistemas de publicidad a lo que puede someterse el protocolo familiar vienen regulados progresivamente en el citado RD 171/2007, partiendo en el art. 5 de la mera constancia registral de la existencia del protocolo familiar en el Registro Mercantil, mediante la anotación en su hoja registral, sin referenciar su contenido. El citado precepto establece que si el protocolo se hubiese formalizado notarialmente, deben constar los datos identificativos del documento notarial, sin que el Registrador entre a examinar su contenido y a calificarlo, limitándose a comprobar "si el protocolo es accesible en el sitio corporativo o web de la sociedad que conste en la hoja registral".

En segundo lugar, se encuentra la publicidad del protocolo familiar recogida en el art. 6 del RD 171/2007, mediante la inclusión de una copia o testimonio, total o parcial entre la documentación de las Cuentas Anuales. En este caso, será objeto de depósito en el Registro y de calificación formal por parte del Registrador.

Finalmente, en el art. 7 del RD 171/2007 se establece la inscripción registral de las cláusulas de escrituras públicas en ejecución de protocolo que, como se indica

23 Vid. Gortázar Lorente, C.: "Empresa Familiar: conservación y continuidad. El protocolo familiar", *Iuris: actualidad y práctica del derecho*, núm. 53, 2001, p. 51.

24 BOCG-S núm. 312, Serie I, de 23 de noviembre de 2001.En el Informe de la Ponencia, p. 25, se establece que "el protocolo familiar es, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, un acuerdo marco o base que necesita ser desarrollado en otra serie de documentos, como son las capitulaciones matrimoniales del empresario y sus hijos, el testamento del empresario y de sus hijos, y los estatutos sociales, si la empresa familiar adopta una fórmula societaria".

en la Exposición de Motivos del RD 171/2007, produce un "efecto de publicidad material y no mera publicidad noticia".

Por tanto, cada una de estas vías otorgarán una eficacia distinta al protocolo familiar, abarcando desde la mera publicidad noticia derivada del depósito, hasta la publicidad material derivada de la calificación, de forma que, el grado de publicidad tendrá que ser decidida por la familia empresaria, determinando el grado de publicidad que le conferirá al protocolo familiar[25].

Como venimos comentando, el protocolo familiar es un documento marco que para asegurar su cumplimiento y eficacia debe complementarse de otros instrumentos jurídicos que regularán aspectos concretos como "las capitulaciones matrimoniales del empresario y de sus hijos; el testamento del empresario y de sus hijos; los estatutos sociales, que han de recoger los pactos institucionales relativos al funcionamiento de la empresa, sin perjuicio de que puedan establecerse, además, pactos privados entre socios, recogidos fuera de los estatutos que, si bien no serán oponibles a la sociedad, serán válidos y exigibles entre las partes firmantes de los mismos"[26].

Por ello, nos referiremos *a posteriori* a los documentos que consideramos básicos para dotar de eficacia el protocolo familiar, como son los estatutos sociales, el testamento y otras disposiciones sucesorias y las capitulaciones matrimoniales. Será necesaria la coincidencia del protocolo con estos otros documentos, puesto que, el protocolo no puede configurarse como una solución universal[27], sino que, será preciso abordar cuestiones concretas en otros documentos que podrán ser elevados a públicos e inscritos en el Registro Mercantil.

1. Los estatutos sociales.

Los estatutos sociales son un documento integrados en la escritura fundacional de la sociedad que regula el funcionamiento y la organización de la sociedad[28]. Los estatutos deben contener unos condicionantes sociales mínimos establecidos en el art. 23 de la la LSC[29]. De forma que, se regulan legalmente los contenidos

25 Fernández-Sancho Tahoces, A. S.: "La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 2009, p. 303.

26 Entre ellos, Sánchez-Crespo Casanova, A. J., Bellver Sánchez, A., y Sánchez y Sánchez, A. M.: *La Empresa Familiar*, cit., p. 31.

27 Gomá Lanzón, I.: "El protocolo familiar", en AA.VV.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación* (coord. por M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill), vol. 4, Boch, Barcelona, 2005, p. 669.

28 Sánchez-Crespo Casanova, A. J., Bellver Sánchez, A., y Sánchez Sánchez, A. M.: *La Empresa Familiar,* cit., p. 51.

29 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010.
El art. 23 de la LSC establece que: "En los estatutos que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital se hará constar:

mínimos de organización societaria y se facultad a incluir voluntariamente normas imperativas que se extienden a las personas relacionadas con la sociedad[30].

En este sentido, se permite su inclusión en los estatutos de pactos y condiciones que los socios decidan establecer para su posterior publicidad registral[31], siempre que no se opongan a las leyes, ni contradigan los principios configuradores del tipo societario.

Entre los pactos que consideramos más relevante a los efectos de dotar de eficiacia al protocolo familiar son: el establecimiento de cláusulas penales en garantías de obligaciones pactadas en los protocolos familiares; existencia de cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas en el protocolo; el pacto de sometimiento a arbitraje y la creación de Comités Consultivos específicos.

Por consiguiente, la inscripción de estos pactos mediante su inclusión en los estatutos sociales tendrán eficacia *erga omnes,* al gozar de publicidad registral[32]. Siguiendo a CALAVIA[33], "es aconsejable que todos los elementos del protocolo familiar que estén directamente relacionados con los estatutos sociales sean incorporados a estos últimos e inscritos en el Registro Mercantil, a los efectos de que sean oponibles frente a la sociedad y frente a los terceros no firmantes del mismo, familiares o no".

a) La denominación de la sociedad.
b) El objeto social, determinando las actividades que lo integran.
c) El domicilio social
d) El capital social, las participaciones o las acciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada en régimen de formación sucesiva, en tanto la cifra de capital sea inferior al mínimo fijado en el artículo 4, los estatutos contendrán una expresa declaración de sujeción de la sociedad a dicho régimen. Los Registradores Mercantiles harán constar, de oficio, esta circunstancia en las notas de despacho de cualquier documento inscribible relativo a la sociedad, así como en las certificaciones que expidan.
Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada expresará el número de participaciones en que se divida el capital social, el valor nominal de las mismas, su numeración correlativa y, si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de éstos.
Si la sociedad fuera anónima expresará las clases de acciones y las series, en caso de que existieran; la parte del valor nominal pendiente de desembolso, así como la forma y el plazo máximo en que satisfacerlo; y si las acciones están representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En caso de que se representen por medio de títulos, deberá indicarse si son las acciones nominativas o al portador y si se prevé la emisión de títulos múltiples".
e) El modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren.
En las sociedades comanditarias por acciones se expresará, además, la identidad de los socios colectivos.
f) El modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad".

30 Vicent Chuliá, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 349.

31 El RD 171/2007 en su Disposición Final Segunda por la que se modificaba el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de Julio (el art. 114.2 del RRM para las sociedades anónimas y el art. 175.2 del RRM para las sociedades limitadas).

32 Fernández Del Pozo, L.: *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 172.

33 Calavia Molinero , J.: *Gobierno y administración de la empresa familiar,* Gráficas Rey, Barcelona, 2017, pp. 50 -51.

2. El testamento y otras disposiciones sucesorias.

El testamento es el negocio jurídico que tiene como finalidad esencial declarar la voluntad de causahabiente sobre el destino de sus bienes y derechos tras su muerte. En la empresa familiar, dicha determinación será esencial para garantizar la permanencia de la empresa en manos de la familia. En este sentido, lo articulado en el protocolo familiar será una simple recomendación que tendrá que ser trasladada a otros documentos más adecuados previstos por nuestro Derecho civil, como el testamento o la donación[34].

En consecuencia, en la empresa familiar el testamento se configura como un instrumento jurídico idóneo para planificar la continuidad gerencial[35], por ello, las recomendacions del protocolo familiar deberán ser concretadas en este. De ahí que resulta conveniente la íntima conexión entre el protocolo familiar y la sucesión en la empresa familiar, mediante la planificación para afrontar el cambio generacional, como se ha puesto de manifiesto en el Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar[36].

La previsión sucesoria por parte del fundador será trascendental para alcanzar una ordenada sucesión y, adicionalmente, para evitar la fragmentación del negocio familiar. Si bien, la prohibición de los pactos sucesorios establecidos en nuestro Derecho común y la limitación de la legítima, pueden suponer un obstáculo a dicha transmisión. En este sentido, se pueden articular por el fundador mecanismos que permitan la transmisión de la totalidad de la empresa familiar a algunos de los legitimarios mediante la fiducia sucesoria[37] o haciendo uso de la facultad atribuida en el art. 1056 CC.

A modo de conclusión, las limitaciones que nuestro Derecho común impone al testador para decidir sobre la transmisión de la empresa familiar, derivan prácticamente en la división de la empresa familiar; si bien, el indicado art. 1056 CC supone un importante avance en la libertad sucesoria de la empresa familiar, sin perjudicar la legítima al resto de los herederos forzosos.

3. Las capitulaciones matrimoniales.

La planificación del régimen económico matrimonial es otra recomendación que podrán incluirse en el protocolo familiar, si bien, no se tratará de una obligación, sino de una recomendación, al igual que en materia sucesoria. De forma que, el

34 Fernández-Tresguerres, A.: *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio de la Sociedad Limitada Familiar*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 145.

35 Casillas, J., Díaz C., Vázquez, A.: *La gestión de la empresa familiar. Conceptos, casos y soluciones*, Editorial Thomson, Madrid, 2005, p. 40.

36 Quijano González, J.: "Informe de la Ponencia", cit., pp. 379-380.

37 Establecida en el art. 831 CC reformado por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre.

protocolo no puede obligar a ningún miembro de la familia y socio a adoptar un determinado régimen económico matrimonial, al conculcar la libre voluntad de los cónyuges y ser contraria a Derecho, por gozar la familia y las sucesiones de extrema protección[38].

Las capitulaciones matrimoniales, como indica Moro Almaraz[39], son "aquel contrato por medio del cual los cónyuges establecen antes de contraer matrimonio o constante el mismo, el régimen económico al que van a someter sus relaciones económicas y/o patrimoniales tanto personales como con respecto a terceros, o modifican o sustituyen dicho régimen constante matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo".

Las capitulaciones matrimoniales se encuentran reguladas en los arts. 1.315 y 1.325-1.335 CC y en el ámbito de la empresa familiar representan un instrumento esencial en su planificación[40]. En este sentido, a los efectos de delimitar las relaciones económicas del matrimonio con la empresa familiar, las capitulaciones matrimoniales permiten a los cónyuges, que estén integrados en la empresa familiar, determinar el régimen económico matrimonial que consideren más conveniente.

En nuestro Derecho común existen tres regímenes económicos matrimoniales regulados en el Código Civil que son el de sociedad legal de gananciales recogido en los arts. 1.344 a 1.410; el régimen de participación regulado en los arts. 1.411 a 1.434 y el régimen de separación de bienes, establecido en los arts. 1.435 a 1.444 CC.

El régimen económico entre los cónyuges será el que estipule en capitulaciones matrimoniales[41]. En caso de que no se hayan otorgado o éstas fueran ineficaces, entra en juego el régimen económico matrimonial supletorio de sociedad legal de gananciales[42].

La elección régimen económico matrimonial tendrá especial trascendencia en la empresa familiar, debiendo ir destinadas las capitulaciones matrimoniales, en este sentido, a delimitar patrimonialmente la empresa familiar para evitar la confusión de patrimonios y a determinar, en su caso, la adjudicación preferente de la empresa familiar a uno de los cónyuges, en caso de ruptura de la relación

38 Llopis Giner, J. M.: "La libertad del testador, su facultad de repartir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil", en *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales* (coord. por M. J. Reyes López), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 51.

39 Moro Almaraz, M. J., Sánchez Cid, I.: *Lecciones de Derecho de Familia*, Colex, Madrid, 2005, p. 110.

40 Del Vas González, J. M.: "Regímenes económico matrimoniales y empresa familiar", en AA.VV.: *Régimen jurídico de la empresa familiar* (coord. por M. Sánchez Ruiz), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 125.

41 Art. 1.315 CC.

42 Art. 1.316 CC.

matrimonial. Compartimos con Reyes López[43] que lo idóneo sería que se produjese "la menor interdependencia entre el patrimonio familiar y el empresarial".

El régimen de separación de bienes por su propia idiosincrasia de no generar un patrimonio común y mantener la titularidad privativa de las acciones o participaciones de la empresa familiar del cónyuge, es el más adecuado para que los bienes matrimoniales no asuman riesgos empresariales que pueda afectar al ámbito doméstico[575].

Por todo ello, en el protocolo familiar será conveniente establecer la recomendación a los cónyuges integrados en la empresa familiar de otorgar capitulaciones matrimoniales, sometiéndose con preferencia al régimen económico matrimonial de separación de bienes, por las repercusiones que, en situaciones de crisis matrimonial, puede tener para el negocio familiar el régimen de gananciales. No obstante, el pacto asumido en el protocolo no tendrá plena eficacia hasta que no hayan sido trasladado voluntariamente por los cónyuges a las correspondientes capitulaciones matrimoniales, en los términos aconsejados en el protocolo.

En conclusión, el protocolo familiar se configura en la empresa familiar como un negocio jurídico complejo que diseña la estructura jurídica de la empresa, partiendo de una serie de pautas o recomendaciones, que deben estar coordinadas y trasladadas a los respectivos instrumentos jurídicos que las doten de eficacia obligacional. Por ello, el protocolo familiar debe ser considerado la suma de todos los elementos que se coordinan para configurar la empresa familiar, en aras de preservarla de situaciones que pueden afectar a su continuidad.

43 Reyes López, M. J.: "Relaciones familiares y su reflejo sobre la propiedad y administración en la empresa familiar", en AA.VV.: *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar, un análisis comparado desde la economía y el derecho* (dir. por C. Camisón Zornoza y A. Ríos Navarro), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 199 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

Barea Martínez, M. T.: "El protocolo familiar", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2017.

Bosch Carrera, A.: "Publicidad y acceso a los registros del protocolo familiar", en AA.VV.: *El protocolo familiar. La experiencia de una década* (coord. por J. M. Amat Salas y J. F. Corona Ramon), Ediciones Deusto, Barcelona, 2007.

Calavia Molinero , J.: *Gobierno y administración de la empresa familiar,* Gráficas Rey, Barcelona, 2017.

Casillas, J., Díaz C. y Vázquez, A.: *La gestión de la empresa familiar. Conceptos, casos y soluciones*, Editorial Thomson, Madrid, 2005.

Davis, J., Tagiuri, R.: "Bivalent Attributes of the Family Firm", *Family Business Review*, núm. 9, 1996.

Del Vas González, J. M.: "Regímenes económico matrimoniales y empresa familiar", en AA.VV.: *Régimen jurídico de la empresa familiar* (coord. por M. Sánchez Ruiz), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

Fernández Del Pozo, L.: *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

Fernández-Sancho Tahoces, A. S.: "La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 2009.

Fernández-Tresguerres, A.: *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio de la Sociedad Limitada Familiar*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

Galeote Muñoz, M. P.: "Los protocolos familiares", en AA.VV.: *La sociedad de responsabilidad limitada* (coord. por A. B. Campuzano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Gallo, M. A. y Tomaselli, S.: "Estructura y contenido de los protocolos familiares", en AA.VV.: *El protocolo familiar. La experiencia de una década* (coord. por J. M., Amat y J. F. Corona), Ediciones Deusto, Barcelona, 2007.

Garrido Palma, V. M.: *La Familia y su Empresa ante el Derecho. Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel*, Civitas, Madrid, 2007.

Gimeno, A., Baulenas, G. y Coma-Cros, J.: *Modelos de Empresa Familiar. Soluciones prácticas para la familia empresaria*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2009.

Gomá Lanzón, I.: "El protocolo familiar", en AA.VV.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación* (coord. por M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill), vol. 4, Bosch, Barcelona, 2005.

Gortázar Lorente, C.: "Empresa Familiar: conservación y continuidad, El protocolo familiar", *Iuris: actualidad y práctica del derecho*, núm. 53, 2001.

Llopis Giner, J. M.: "La libertad del testador, su facultad de repartir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil", en *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales* (coord. por M. J. Reyes López), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

Martínez, J.: "Introducción al protocolo familiar y al consejo de familia", en AA.VV.: *El protocolo familiar. La experiencia de una década* (coord. por J. M., Amat y J. F. Corona), Ediciones Deusto, Barcelona, 2007.

Moro Almaraz, M. J. y Sánchez Cid, I.: *Lecciones de Derecho de Familia*, Colex, Madrid, 2005.

Poza, E. J.: *Empresas familiares,* Cenage Learning Editores, México D. F., 3ª ed., 2011.

Quijano González, J.:"Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 18, 2002.

Reyes López, M. J.: "Relaciones familiares y su reflejo sobre la propiedad y administración en la empresa familiar", en AA.VV.: *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar, un análisis comparado desde la economía y el derecho* (dir. por C. Camisón Zornoza y A. Ríos Navarro), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

Sánchez Ruiz, M.: *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

Sánchez-Crespo Casanova, A., Bellver Sánchez, A., y Sánchez y Sánchez, A.: *Empresa Familiar: Manual para empresarios, claves para su correcta organización y su continuidad*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2005.

VICENT CHULIÁ, F.: "Organización jurídica de la sociedad familiar", en A.A.V.V.: *Derecho de Sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, volumen IV* (ed. por A. NAVARRO SALINAS), McGraw, Madrid, 2002.

VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

APROXIMACIÓN A LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA DE INVERSIONES EN LATINOAMÉRICA Y ESPAÑA: DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA

APPROXIMATION FOR INDIRECT EXPROPRIATION OF INVESTMENST IN LATIN AMERICA AND SPAIN: TWO SIDES OF THE SAME COIN

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 640-675

Tahimí SUÁREZ RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: Los Acuerdos de Inversiones latinoamericanos han establecido desde sus inicios la expropiación indirecta. Sobre la base de otros escenarios, España, país con marcada presencia de sus empresas en la región, también lo ha dispuesto. Sin embargo, ello no ha evitado que unos y otros hayan sido demandados desde la perspectiva de los inversores por expropiación indirecta en Tribunales internacionales, debido a la insuficiente protección que proveen sus Tratados de inversión. Este trabajo analiza algunos de los casos en que empresas españolas han demandado por expropiación indirecta a Estados latinoamericanos y viceversa.

PALABRAS CLAVE: Expropiación indirecta; APPRI´s; trasnacionales.

ABSTRACT: *The Latin-American Investments Agreements have established indirect expropriation since its inception. On the basis of other scenarios, Spain, which has distinct presence of its companies in the Latin-American region has also stipulated it. However, this has not prevented both of them from being sued from investor's perspective, due to indirect expropriation in International Courts, .due to the insufficient protection provided by their Investments Treaties.*

KEY WORDS: *Indirect expropriation; BITS; transnational companies.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES.- 1. Evolución de la expropiación indirecta en los acuerdos de inversión.- A) Acuerdos bilaterales de inversión.- B) Acuerdos multilaterales de inversión.- III. DEMANDAS POR EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN INVERSIONES.- 1. Anverso y reverso de una misma moneda.- A) Demandas de España contra Latinoamérica por expropiación indirecta.- B) Expropiación indirecta: una embestida contra el estado español.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El Derecho Internacional de Inversiones y los conocidos Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI´s) ocupan lugar preponderante en la agenda del panorama jurídico internacional en los últimos años, con particular énfasis en el tema de las inversiones en varias regiones del planeta, no sólo a nivel bilateral sino multilateral, debido a la impronta que la globalización impuso en relación con ellos. En el 2017 se suscribieron catorce (14) nuevos APPRI´s en el mundo, siendo en cuatro (4) de ellos signatarios países de América Latina. En el 2018 fueron suscritos nueve (9) Acuerdos de inversión[1] con presencia de Latinoamérica, seis (6) de ellos bilaterales y tres (3) multilaterales.

Los APPRI´S con una incidencia alta en la región latinoamericana desde su marcada aparición en los años 90 y hasta la actualidad[2], han servido como instrumentos jurídicos de promoción y protección a los inversionistas en los territorios donde han invertido, tal y como están concebidos desde su propia naturaleza, a la vez que han sido utilizados frecuentemente por los inversores, en particular, por las transnacionales para defenderse contra los Estados en los territorios donde establecen sus inversiones, citando alguna de las cláusulas del Tratado que consideren han sido vulneradas, incluida la de expropiación, que ha ganado posición sobresaliente a través de la expropiación indirecta. Ello constituye un hecho en las trasnacionales de origen español en América Latina, como se ha

1 Conferencia de Naciones Unidas para el comercio y el desarrollo (UNCTAD): Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión más recientes, 2019

2 Conferencia de Naciones Unidas para el comercio y el desarrollo (UNCTAD): Tabla Acuerdos de Inversiones América Latina y el Caribe. América Latina desde la irrupción de estos Acuerdos y hasta la fecha cuenta con alrededor de 767 Acuerdos de inversión, cuenta con 448 APPRI´s en vigor, siendo los países con mayor incidencia los siguientes: Argentina 51 en vigor, Cuba 40, Chile 38, México y Uruguay 30, Perú 28 y Venezuela 26.

• Tahimí Suárez Rodríguez
Licenciada en Derecho por la Universidad de la Habana. Doctoranda de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba.

constatado, país con el cual la región en la década de los 90 suscribió alrededor de 14 Acuerdos de este tipo[3].

Simultáneamente, durante esos años las empresas españolas comenzaron con su proceso de internacionalización y con ello su elevada presencia en América Latina[4], así REPSOL, Unión Fenosa Gas, Gas natural, Aguas de Barcelona, Abertis, Telefónica, Iberdrola, Abengoa, el BBVA, entre otras transnacionales han enarbolado un número de demandas contra Estados latinoamericanos, entre las que se pueden citar: Victor Pey Casado/President Allende Foundation vs República de Chile, Técnicas Mediambientales Tecmed vs Estados Unidos Mexicanos, Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. vs República Argentina, Iberdrola S.A. e Iberdrola Energía S.A.U. vs República de Bolivia, entre otras. La mayoría alegando expropiación indirecta.

Sin embargo, España también ha sido receptor de inversiones en la última década, con prioridad en el sector energético y con ello también ha entrado a ser amenazada como Estado por demandas de inversionistas, que han invocado vulneración de cláusulas de los APPRI´S, en particular, la tan mencionada expropiación indirecta, por lo que de demandante se ha convertido en demandada.

España tiene hasta el momento 72 APPRI´S en vigor, ocupa el 6to lugar entre los países en los que sus inversionistas han demandado a Estados: ha interpuesto 44 demandas[5], de ellas 37 contra países latinoamericanos, en las cuales se esgrime expropiación indirecta en 18. A su vez se posiciona en el 3er puesto como país más demandado con una cifra de 43 demandas en su haber y de ellas un alto número por expropiación indirecta regulatoria. La Península ibérica muestra en sí misma, el anverso y reverso de una misma moneda.

II. EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES.

1. Evolución de la expropiación indirecta en los acuerdos de inversión.

La inclusión de la expropiación indirecta en los Tratados se inició con su referencia en el *Harvard Draft Convention on the International responsability of States* en 1961, seguida por el *Draft Convention on Protection of Foreign Property* elaborado

3 Conferencia de Naciones Unidas para el comercio y el desarrollo (UNCTAD): Tabla de APPRI´s España. En 1991 (2), 1992(1), 1993(1), 1994(4), 1995(2), 1996(1), 1997(2) y 1999(1).

4 España sigue siendo el segundo inversor en América Latina y el Caribe después de Estados Unidos, según la CEPAL, lo cual demuestra y constata la importancia que las empresas del país ibérico le conceden a la región, a la cual le unen y favorecen factores como una lengua común y una cultura que le es cercana.

5 Plaza, B. y Ramiro, P.: *Justicia privatizada: el Estado español y los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado*, Ecologistas en acción, Observatorio de Multinacionales en América Latina (OMAL) – Paz con Dignidad Madrid, 2016, p. 17.

y adoptado en el Consejo de la OCDE el 12 de octubre de 1967. Posteriormente se incorporó el concepto en tratados internacionales a partir del Programa de Tratados de Inversión Bilateral de EEUU en 1980 y en el art. 1605 del Acuerdo de Libre Comercio entre EEUU y Canadá de 1988. Más tarde, en el año 1993 se estableció también en el conocido art. 1110 del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA en sus siglas en inglés), el cual marcó la evolución de dicha figura en este tipo de Tratados y su inserción dentro de las cláusulas de los Acuerdos de Inversión mundialmente. Cada uno de los textos convencionales mencionados introduce aportes al concepto de la expropiación indirecta hasta su configuración actual en la generalidad de los APPRI´s.

En la *Harvard Draft Convention on the International responsability of State*s en 1961 en el art. 10.3 (a) y (b) se definen los elementos y el alcance en la toma de la propiedad por el Estado como son: la interferencia estatal que no sólo se extiende al uso sino al disfrute y disposición del bien, privando a su propietario de estos atributos. Además destaca (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Internacional, 1969) que dicha interferencia del Estado ha de ser irracional y por un tiempo determinado[6].

Por su parte, el *Draft Convention on Protection of Foreign Property* del Consejo de la OCDE de 1967 en su art. 3b) incorpora la idea no sólo de la toma de propiedad, como un despojo directo del Estado de un bien perteneciente a un inversionista, sino también la adopción de cualquier medida estatal que prive a un propietario (inversionista) de su bien de modo indirecto, con lo cual se inició la distinción entre la manera en que el Estado puede dirigir sus medidas contra el inversionista: directa o indirectamente. En el Proyecto de Convención también se introduce que las medidas han de ser adoptadas por interés público, bajo un debido proceso legal, no ser discriminatorias e ir acompañadas de una compensación bajo la Fórmula Hull, lo que implica que la indemnización ha de ser pronta, adecuada y efectiva[7].-

A) Acuerdos bilaterales de inversión.

Aun cuando desde el Acuerdo entre Alemania y Paquistán se trató el tema de la expropiación desde la cláusula de protección y seguridad plenas no es hasta el Programa de Tratados de Inversión Bilateral de EEUU en 1980, que este país estableció en la cláusula de expropiación de sus Acuerdos, el reconocimiento del efecto equivalente a una expropiación directa que puede tener una medida

6 Ago, R.: "Document A/CN.4/217 AND ADD.1, First Report of Responsability of State", en AA.VV.: *Extracto del libro anual de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas Volumen II*, Naciones Unidas, New York, 1969, p. 144.

7 Organización para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE): *Draft Convention on Protection of Foreign Property, text with notes and comments*, OCDE, Paris, 1967, p. 17.

adoptada por el Estado, aunque no se produzca la transferencia del título de propiedad, pues de facto, ha ocurrido lo mismo[8].

En el caso del art. 1605 del Acuerdo de Libre Comercio entre EEUU y Canadá (FTACUS) de 1988[9] incorpora un elemento adicional al reconocer a la expropiación indirecta progresiva (*creeping expropriation*), que es aquella que se configura cuando una medida por sí sola no se considera expropiatoria, pero combinada con otras se conforma como una expropiación. Por su parte, el art. 1110 del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA) de 1994[10]mantiene similar formulación para la cláusula de expropiación que en el FTACUS, con la sola diferencia que elimina la referencia a la *creeping expropriation*. Así se ha mantenido la elaboración habitual de la cláusula de expropiación en la mayoría de los APPRI´s después de los años 90 y hasta la actualidad.

Entre los autores que se refieren al concepto de expropiación indirecta, Amado V. y R.C la definen como aquella "que se presenta cuando un acto del Estado no adquiere la forma de una expropiación material pero lesiona de tal manera los atributos de la propiedad que le resta todo o parte de su valor (….), asimismo adicionan que es una institución mediante la cual se regulan e indemnizan los actos del Estado que lesionan los intereses de los privados de manera análoga a una expropiación"[11].

Otros como Melgen en su Informe sobre Expropiación indirecta y el derecho a la regulación en la ley internacional de la inversión hace una sinonimia entre la expropiación indirecta y la expropiación regulatoria y manifiesta que esta se produce "(…) en los casos en que el Estado priva a una persona del aprovechamiento de su propiedad mediante la aplicación de regulaciones que no producen un cambio en la titularidad del dominio. Normalmente estas regulaciones restrictivas del dominio tienen su fundamento en la protección de la salud, medio ambiente e interés general, etc"[12].

Como se observa en el criterio de Melgen sobre la expropiación indirecta regulatoria se refuerza la idea de la intervención del Estado basada en la doctrina de los llamados poderes de policía que este detenta, y que se basan en la

8 Art. IV del Tratado entre Los Estados Unidos de América y la República de Panamá sobre el tratamiento y protección de inversiones suscrito el 27/10/1982 y que entró en vigor el 30/05/1991, p. 14.

9 Acuerdo de Libre Comercio entre EEUU y Canadá (FTACUS) suscrito el 04/10/1988 y que entró en vigor el 01/01/1989, p. 179.

10 Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA) suscrito el 17/12/1992.y que entró en vigor el 01/01/1994, p. 270.

11 Amado V, JD. y R.C, BA.: "La Expropiación Indirecta y la protección de las inversiones extranjeras", *Revista de Derecho THEMIS*, núm. 50, 2005, pp. 60-61.

12 Melgen, D. E.: "Informe sobre Expropiación indirecta y el derecho a la regulación en la ley internacional de la inversión", República Dominicana, 2003, p.3

responsabilidad que el mismo tiene de velar por el interés público y en función de ello adoptar determinadas medidas aun cuando afecten al inversionista. Bajo la custodia del interés público es que el Estado ha de vigilar por la protección de la salud, el medio ambiente o cualquier otro bien de interés público general, lo cual no permitirá se configure la expropiación indirecta siempre que dicha medida sea de alcance general, no si fuera dirigida singularizando a un inversionista, que entonces podría alegar un tratamiento discriminatorio, en tanto, la actuación específica de la medida del Estado sea hacia él y su inversión.

Por su parte, Velázquez señala que: "Una zonificación impide construir en determinado lugar. Otra medida prohíbe realizar actividades comerciales. Y otra impide modificar un inmueble en estado ruinoso. Con esas medidas el Estado procura, respectivamente, la protección de intereses públicos como el medio ambiente, la ordenación territorial y la protección de un bien histórico. Sin olvidar esos nobles propósitos, piénsese también en la situación que deberá soportar el titular del predio ubicado en el área de zonificación restringida, el titular de la licencia que le permitía realizar las actividades comerciales ahora vedadas o el titular del inmueble ruinoso que no lo puede modificar para hacerlo habitable. Ninguno de ellos ha perdido los derechos de propiedad derivados de sus títulos. Pero, como consecuencia de las medidas estatales, su titularidad ahora es superflua, su derecho de propiedad es inútil al no poder explotar, usar o beneficiarse de sus bienes. Esa privación indirecta o soterrada de los atributos esenciales de la propiedad o del valor del bien, es lo que se conoce como expropiación indirecta"[13].

Siguiendo criterio similar de Melgen, Raffo Velázquez ratifica la responsabilidad del Estado de velar por los intereses públicos generales y a partir de ello, justifica las medidas regulatorias que dicta, "no obstante, si bien la protección de esos intereses puede producirse de manera imprevista ante un hecho que no existía en el momento de aprobarse la inversión del inversionista en el país, en ocasiones, el daño a la salud como al medio ambiente era preexistente, por lo que el Estado en ningún caso debió aprobar dicha inversión, con lo cual mitigaría en alguna dimensión la posibilidad de que el inversionista aludiera a expropiación indirecta regulatoria. (….) Por lo que ciertamente, en algunos casos, el Estado pudiera tener la suficiente previsión antes de aprobar una inversión, lo cual se extiende al actuar diligente y con conocimiento que para ello requiere posean sus funcionarios"[14].

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo económico, en sus denominados papeles de trabajo sobre inversión internacional de su Junta Directiva de Relaciones Financieras y de empresa, definió como "expropiación

13 Velázquez Meléndez, R.: "Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y uso", *Revista ius et veritas,* núm. 46, 2013, p. 229.

14 Velázquez Meléndez, R.: "Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y uso", cit., p. 229.

indirecta aquella expropiación o privación de la propiedad que ocurre a través de la interferencia por el Estado en el uso de la propiedad o en el disfrute de los beneficios de esta por su titular, aun cuando la propiedad no sea tomada como tal y no se afecte la propia titularidad de la propiedad, pero las medidas adoptadas por el Estado tengan un efecto similar a la expropiación o la nacionalización"[15]. El CIADI como cita Marisol Páez, a través de sus diversos laudos, no ha sostenido una única posición para reconocer la presencia de una expropiación indirecta, por un lado ha manifestado que no se estaría ante esta figura cuando las interferencias del Estado sean meramente transitorias en el derecho de propiedad del inversionista extranjero, sin embargo, después en sus propios laudos ha defendido dos tendencias a la vez: una que existirá expropiación indirecta cuando "(…) la interferencia disimulada e incidental en el uso de la propiedad tenga como consecuencia la privación al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente esperaría de la propiedad y la otra solo cuando el efecto de las medidas tomadas por el Estado privan al propietario del título, posesión o acceso a los beneficios y uso económico de la propiedad"[16].

En consecuencia, la expropiación indirecta entonces se produce cuando se ha privado de la inversión a su dueño (inversionista), no de modo formal, pero sí de facto, a través de interferencias o medidas adoptadas por el Estado como pueden ser: limitar las capacidades de decidir del inversionista, cancelarle determinadas licencias que requiere su inversión, retenerle de forma permanente la transferencia de sus utilidades al exterior; medidas tales, que si bien no constituyen una toma flagrante de la propiedad, si afectan, anulan, los beneficios derivados de los activos (inversión) que son propiedad de la parte correspondiente expropiada, al privarla del uso, disfrute y abuso de su bien de manera efectiva, limitación sobre dicho bien que se produce de modo indirecto, debido a los efectos que la interferencia o medida del Estado produce, en tanto, operan de forma similar a la expropiación directa (toma de la propiedad de hecho y de derecho).

¿Qué sentido tendría para un inversionista una inversión sobre la explotación de determinados yacimientos, si se le cancela la concesión para explotarlos? ¿Cómo podría operar una inversión en una fábrica para producir determinados productos si requiere suministros importados no existentes en el país receptor, y se le prohibiese la importación de los referidos suministros al inversionista? Sin duda alguna, cualquiera de estas inversiones se convertiría en inservible para el

15 Organización para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE): *Working Papers on International Investment: "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law*, OECD, Paris, 2004, pp. 3-4.

16 Páez, M.: "La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados", *Revista de Estudios Internacionales*, Instituto de Estudios Internacionales, Chile, Universidad de Chile, vol. 39, núm. 153, abril-junio 2006, pp. 24 y 33.

inversor, pues no le será posible recibir por ella los beneficios previstos, no podrá de forma efectiva ejecutarla.

Este tipo de expropiación ha adoptado variantes en su concepción como son la denominada expropiación indirecta progresiva (*creeping expropriation*) y expropiación indirecta regulatoria. La primera referida, a una serie de medidas o interferencias del Estado que por sí solas y de modo independiente no constituirían expropiación, pero al aplicarse en su conjunto y de forma gradual conllevan a que se configure la referida expropiación indirecta. La regulatoria se define como aquella que se produce por interferencias del Estado sobre la base de su actividad regulatoria. Bajo esta figura en cualquiera de sus dos (2) modalidades los inversionistas han demandado a países en arbitrajes de inversión invocando la cláusula correspondiente de los acuerdos bilaterales de inversión, más conocidos como Acuerdos de Promoción y Protección recíproca de inversiones (APPRI´s).

Sobre la base de estas elaboraciones en el tratamiento de la expropiación indirecta se han establecido las cláusulas de expropiación en los APPRI's latinoamericanos y españoles, países sobre los que se enmarca el presente trabajo. Sin embargo, habría que destacar, que, si bien las demandas de España contra los países latinoamericanos se han centrado en invocar los APPRI's, para el caso de las reclamaciones contra el Estado español, el Acuerdo de inversión utilizado, ha sido la Carta de la Energía en el ámbito multilateral.

Al examinar la legislación de los países latinoamericanos demandados por empresas españolas se constata, la remisión obligada que han de hacer a los APPRI's, de forma particular para el tratamiento de la figura de la expropiación indirecta, debido a la ausencia en su normativa doméstica.

Argentina, regula la expropiación de modo general en el art. 17 de su Constitución sin hacer distinciones entre la directa y la indirecta. En cuanto a la legislación para la inversión extranjera, el Decreto 1853/93 no establece pronunciamiento al respecto, como tampoco el Código Civil Argentino y la Ley de Minería Argentina hacen referencia a la indirecta, sino que solo enuncian la directa.

Sin embargo, la Ley de expropiaciones, Ley 21.499 de fecha 17 de enero de 1977, dispone en el Título VIII la denominada "expropiación irregular", la cual sería homóloga a la expropiación indirecta, particularmente en el inciso c) art. 51 del referido Título, al establecer que procederá este tipo de expropiación: "cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad". De la mencionada redacción puede interpretarse la restricción o limitación que realice el Estado como una sinonimia de una medida o serie de medidas estatales que producen una cesión al derecho de propiedad en un grado tal que impliquen la

imposibilidad de uso, disfrute o disposición del bien, y con ello la privación del bien por parte de su propietario (inversionista) aunque mantuviese de modo formal el título del bien, manifestándose la expropiación indirecta.

Habría que destacar que la Ley sería de aplicación a inversionistas extranjeros en tanto, en el art. 3 expone que la expropiación se aplica a cualquier tipo de personas sean sujetos tanto privados como públicos. No obstante, ello constituye una interpretación extensiva de la expropiación, en este caso de la indirecta, lo que permite un margen de ambigüedad amplio, por lo que la mayor precisión sobre esta figura sólo se tendrá en los APPRI´s argentinos o en sus acuerdos multilaterales con provisiones de inversión.

La formulación de la cláusula de expropiación argentina en sus cincuenta y ocho (58) APPRI´S suscritos, desde los cinco (5) primeros firmados en los años 90 y hasta los dos últimos rubricados en el 2000 y que entraron en vigor en el 2002 como fueron los de Argelia[17] y Tailandia; han mantenido redacciones similares sin marcar un cambio en la concepción de la cláusula de expropiación habitual, y que se constata con la redacción dispuesta en el art. V del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones con el Reino de España, tomada de referente por ser las demandas de inversionistas de este país contra Estados latinoamericanos la que nos ocupan, y que establece:

"La nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte contra las inversiones de inversores de la otra Parte en su territorio, deberá aplicarse exclusivamente por causas de utilidad pública conforme a las disposiciones legales y en ningún caso deberá ser discriminatoria. La Parte que adoptara alguna de estas medidas pagará al inversor o a su derecho-habiente, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda convertible"[18].

México por su parte no regula la figura de la expropiación desde su Constitución, sino que hace mención a ella en el art. 27 solo para establecer que la misma ha de realizarse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. Sobre la misma sistemática que Argentina, México no regula la figura en la Ley de Inversión extranjera. De igual modo, el país cuenta con una Ley de Expropiaciones de 1936, reformada en el 2012, que sólo concibe el procedimiento a utilizar para la expropiación directa, aunque sin definirla. No obstante, con la adición en la norma del art. 20 bis y su referencia a que "El Jefe de Gobierno del Distrito Federal, en los

17 "Artículo 4: Expropiación y compensación: (1) Ninguna de las Partes Contratantes tomará directa o indirectamente medidas de expropiación o de nacionalización, ni ninguna otra medida que tenga efecto similar contra las inversiones que se encuentran en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra Parte Contratante (…)".

18 Acuerdo entre la República Argentina y el Reino de España sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito en fecha 03/10/1991 y que entró en vigor el 28/09/1992, p. 4.

términos de esta ley, podrá declarar la expropiación, ocupación temporal, total o parcial, o la simple limitación de los derechos de dominio (…)"[19], se abre la brecha para acoger la expropiación indirecta, a pesar de que no realice conceptualización de la figura.

En su ámbito, el Código Civil mexicano solo establece en el art. 580 que "la expropiación por causa de utilidad pública de bienes de incapacitados, no se sujetará a las reglas antes establecidas, sino a lo que dispongan las leyes de la materia". Por su parte, el Código Federal de Procedimientos civiles establece en los numerales del 521 al 529 el procedimiento sobre el avalúo ante la expropiación sin aludir a la directa o la indirecta. Así el mayor desarrollo sobre la figura, México lo asume como su par argentino desde los APPRI´s y acuerdos multilaterales de los que es signatario.

En relación con sus treinta dos (32) APPRI´S suscritos, desde el primero suscrito con Suiza en 1995 así como en los cuatro últimos firmados, incluyendo el suscrito con Kuwait en el 2013 y que entrara en vigor en el 2016 dispone en la cláusula de expropiación la referencia a la indirecta sin definirla, como los suscritos con el Reino de España, primero en 1995 y que terminara en 1996, como el posterior firmado en el 2006 y que se mantiene vigente. En ambos en sus arts. V se establece:

"La nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares (en adelante expropiación) que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte Contratante contra las inversiones en su territorio de inversores de la otra Parte Contratante, deberá aplicarse exclusivamente por razones de utilidad pública"[20].

"Ninguna Parte Contratante expropiará o nacionalizará una inversión, directa o indirectamente a través de medidas equivalentes a expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo que sea: a) por causa de utilidad pública; b) sobre bases no discriminatorias; c) conforme al principio de legalidad; y d) mediante el pago de una indemnización (…)"[21].

En el caso de Venezuela desde el art. 115 de su Constitución establece la posibilidad de expropiación de forma general sin hacer distinciones. De igual modo, el país cuenta con una Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o interés social de 2002 que se destina sólo a la expropiación forzosa. En su ámbito el Código

19 Ley de expropiación mexicana, publicada en el diario oficial de la Federación el 25 de noviembre de 1936, texto vigente última reforma publicada DOF 27-01-2012, p. 6.

20 Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España suscrito el 23/06/1995 y que entró en vigor el 18/12/1996, p. 7.

21 Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España suscrito el 10/10/2006 y que entró en vigor el 03/04/2008, p. 5.

Civil en su art. 547, 2do párrafo, sólo se limita a enunciar que las reglas relativas a la expropiación serán dispuestas por leyes especiales. Paralelamente, en su Ley de Promoción y Protección de inversiones de 1999 en su art. 11 primer párrafo, al establecer la expropiación reconoce la expropiación indirecta sin definirla. Así, trata desde el propio pronunciamiento en la ley especial, una elaboración similar a la que establece en sus APPRI´s, por lo que no aporta elemento adicional, sino que hace un reconocimiento enfático de este tipo de expropiación para las inversiones extranjeras y no sólo desde sus APPRI´s.

En relación con sus treinta (30) Acuerdos de inversión bilaterales suscritos, el país sólo marcó diferencia en la cláusula de expropiación en su primer APPRI, suscrito con Italia en fecha 04/06/1990 y que entrara en vigor el 14/09/1993, al establecer de modo preciso que ninguna de las medidas que se adopten por una de las partes en su territorio podrá implicar afectaciones al derecho de propiedad, posesión, control o goce de la inversión, con lo cual hace conceptualización precisa sobre la denominada expropiación indirecta. Sin embargo, en el resto de sus APPRI´s suscritos y vigentes, excluyendo el firmado con Vietnam que no concibe la expropiación indirecta, la redacción de la cláusula de expropiación es similar y bajo la misma sistemática conocida a nivel internacional, disponiendo en la cláusula de expropiación la referencia a la indirecta sin definirla, lo cual se demuestra en el suscrito con el Reino de España que en su art. V establece:

"1. Las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por inversores de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalizaciones, expropiaciones, o cualquier otra medida de características o efectos similares salvo que cualquiera de esas medidas se realice exclusivamente por razones de utilidad pública, conforme a las disposiciones legales, de manera no discriminatoria y con una compensación al inversor o a su causahabiente de una indemnización pronta, adecuada y efectiva"[22].

En coincidencia con los países de la región, Chile regula la expropiación de forma general sin hacer distinciones en el art. 19, numeral 24, de su Constitución. En su legislación para la inversión extranjera, Ley 20.848/2015 no establece pronunciamiento alguno al respecto y el Decreto Ley N° 2.186, que aprueba la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones en su primer considerando muestra que su contenido se dirige a la conocida expropiación directa o forzosa y no a la indirecta. De igual modo, el Código Civil Chileno tampoco hace disposición particular, sino que sólo enuncia la figura relacionándola en su art. 1960 cuando esta se produzca en un bien arrendado, pero sin hacer ninguna otra distinción, ello conlleva a asumir que la mayor precisión sobre esta figura sólo se tendrá en

22 Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y la República de Venezuela para la promoción y protección recíproca de inversiones. Inversiones, suscrito en fecha 02/11/1995 y que entró en vigor el 10/09/1997, p. 4.

los APPRI´s chilenos o en sus acuerdos multilaterales con provisiones de inversión, como se evidencia en los Acuerdos de complementación económica bajo la ALADI[23], en los que hace referencia particular a la expropiación con redacciones más cercanas o no a las que aplica en sus APPRI´s.

En relación con los cincuenta y cuatro (54) APPRI´S suscritos por Chile, desde el primero suscrito con Argentina[24] en 1991, así como en el resto de los firmados a lo largo de esto años, existe una diversidad en la regulación de la figura, reconociéndose en algunos de los Acuerdos, pero en otros ni se alude a la expropiación indirecta como suele ocurrir en el más reciente firmado con Brasil[25] y que no ha entrado en vigor, no siendo posible bajo este Acuerdo invocar la expropiación indirecta.

Por su parte, en el último que entrara en vigor en el 2002 con Grecia[26], no se destina un artículo a la expropiación de forma general sino que el estándar de protección y seguridad plenas establece el hecho de que "no se le perjudicará al inversionista con medidas injustificadas o discriminatorias, la administración, mantenimiento, usufructo, goce, extensión, venta o liquidación de dichas inversiones", redacción que alude a la expropiación indirecta, aun cuando no se realice de modo expreso. Sin embargo, otros como el APPRI suscrito con el Reino de España mantienen redacción análoga en la cláusula de expropiación que la formulada en los años 90 en la mayoría de los Acuerdos de este tipo, así dispone en su art. 5 lo siguiente:

"La nacionalización, expropiación o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte contra las inversiones de inversionistas de la otra Parte en su territorio, deberá realizarse exclusivamente por causa de utilidad pública o interés nacional, conforme a las disposiciones constitucionales y legales y en ningún caso será discriminatoria. La Parte que adoptare estas medidas pagará a la inversionista, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda de libre convertibilidad. La legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equiparable, y el monto de la indemnización, serán susceptibles de recurso en procedimiento judicial ordinario"[27].

23 En el Acuerdo de complementación económica No. 24 entre Chile y Colombia bajo la ALADI se hace una elaboración más precisa sobre la expropiación indirecta en su art. 9.10 con remisión para interpretación al ANEXO 9-C del propio texto.

24 Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y la República de Chile sobre promoción y protección recíproca de inversiones suscrito el 02/08/1991 y que entró en vigor el 01/01/1995, p. 3.

25 Acuerdo entre el Gobierno de Brasil y la República de Chile para la promoción y protección recíproca de inversiones suscrito el 22/03/1994 y que aún no ha entrado en vigor, p. 9.

26 Acuerdo entre el Gobierno de la República Helénica y la República de Chile para la promoción y protección recíproca de inversiones. Inversiones suscrito el 10/07/1996 y que entró en vigor el 27/10/2002, p. 2.

27 Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y la República de Chile para la promoción y protección recíproca de inversiones suscrito el 02/10/1991 y que entró en vigor el 28/03/1994, p. 3.

Por su parte, Guatemala regula la expropiación de forma general sin hacer distinciones en el art. 40 de su Constitución, estableciendo que la propiedad privada podrá ser expropiada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público. Sin embargo, en su Ley de Inversión Extranjera en el Capítulo III destinado a las garantías y derechos de los inversionistas en su numeral 6 reconoce la expropiación indirecta cuando dispone que: "El Estado no podrá expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista extranjero, ni adoptar medida alguna equivalente a la expropiación de esa inversión (…)". En cuanto a la regulación en el Código Civil, se dispone en el art. 467 el reconocimiento solo a la expropiación forzosa como también ocurre en la Ley de Expropiaciones, Decreto No. 529 que solo concibe la conocida expropiación directa, no así a la indirecta. Ello hace que la mayor precisión sobre esta figura se encuentre en los APPRI´s o en los acuerdos multilaterales con provisiones de inversión que este país ha suscrito.

En relación con sus veintiún (21) APPRI´S desde el primero suscrito con Chile[28] en 1996 así como en el último que entrara en vigor en el 2016 con Trinidad y Tobago[29], dispone en la cláusula de expropiación la referencia a la indirecta de un modo u otro, pero sin definirla como en el suscrito con el Reino de España en su art. 5 y que establece:

"1. Las inversiones de inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación ni a cualquier otra medida de efectos similares (en adelante «expropiación») excepto que cualquiera de esas medidas se adopte por razones de utilidad pública o interés social, con arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria y se acompañe del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva"[30].

En cuanto a El Salvador, su Constitución hace referencia a la figura de la expropiación a través de diferentes artículos de forma general sin definirla ni hacer distinciones entre sus tipos; así en el numeral 6, 3er párrafo, para establecer prohibición expresa de expropiación para las empresas que se dedican a la comunicación tanto escrita, de radio o de televisión, en el 106 dispone sólo que la expropiación tendrá lugar por causa de utilidad pública o de interés social legalmente comprobadas y en el 267 para establecer que incumplido el plazo establecido para transferir la tierra por el propietario según la Ley, esta podrá ser expropiada.

28 Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y la República de Guatemala para la promoción y protección recíproca de inversiones suscrito el 08/11/1996 y que entró en vigor el 10/12/2001, p. 3.

29 Acuerdo entre el Gobierno de Trinidad y Tobago y la República de Guatemala para la promoción y protección recíproca de inversiones suscrito el 13/08/2013 y que entró en vigor el 23/06/2016, p. 7.

30 Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y la República de Guatemala para la promoción y protección recíproca de inversiones suscrito el 09/12/2002 y que entró en vigor el 21/05/2004, p. 2.

Por su parte, la Ley de Inversión Extranjera salvadoreña en el Capítulo II destinado al tratamiento a las inversiones, en su numeral 8 nominado expropiación se limita solamente a reconocer que esta tendrá lugar por causa de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados sin realizar definición de la figura. En cuanto a la Ley de Expropiaciones, D.L. Nº 33, del 25 de julio de 1939, publicado el 17 de agosto de 1939 y reformada primero en 1947 y posteriormente mediante D.L. Nº 467, del 29 de octubre de 1998 dispone que la expropiación que regula dicha Ley es la forzosa establecida en la Constitución del país, por lo que expresamente se constata que la indirecta no se reconoce. En su ámbito, el Código Civil tampoco hace pronunciamiento particular, sólo enuncia la figura de la expropiación en varios artículos como en el 1748 para referirse a las reglas para la expropiación por utilidad pública u otras cuestiones, por lo que la mayor precisión sobre esta figura sólo existirá como ocurre con la mayoría de los países, en los APPRI´s salvadoreños o en sus acuerdos multilaterales con provisiones de inversión.

En relación con sus veintitrés (23) APPRI´S, desde el primero suscrito con Francia en 1978 así como en el último firmado con Finlandia en el 2002 y que entrara en vigor al año siguiente, se dispone en la cláusula de expropiación la referencia a la indirecta sin definirla, como sucede de igual modo en el suscrito con el Reino de España en su art. 5 y que establece:

"1. La nacionalización, expropiación o cualquier otra medida de características o efectos similares (en adelante expropiación) que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte Contratante contra las inversiones en su territorio de inversores de la otra Parte Contratante, deberá aplicarse exclusivamente por razones de utilidad pública o de interés social, conforme a las disposiciones legales, en ningún caso será discriminatoria y estará acompañada del pago al inversor o a su causahabiente de una indemnización pronta, adecuada efectiva"[31].

En todas las elaboraciones *ut supra* citadas de la cláusula de expropiación de los APPRI´s de los países latinoamericanos objeto de este análisis se observa la no conceptualización de la expropiación indirecta. En ellos sólo se hace reconocimiento de la figura al enunciarla como cualquier otra medida de características o efectos similares a la expropiación o nacionalización sin hacer distinción entre un tipo u otro de expropiación. Se ha de destacar que dicha formulación tiene como soporte la teoría del *sole effect,* que permite entender porque se alude a efectos equivalentes a la expropiación o nacionalización como si ambos actos fueran lo mismo, cuando no lo son, excepto cuando se consideran los efectos que generan,

31 Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y la República de el Salvador para la promoción y protección recíproca de inversiones suscrito el 14/02/1995 y que entró en vigor el 20/02/1996, p. 3.

en particular, el esencial de ambas figuras: privar de la propiedad al propietario y en este punto de convergencia es donde se constata la similitud.

Debido al alto nivel de ambigüedad que se manifiesta en dichas elaboraciones de las cláusulas de expropiación en los APPRI¨s latinoamericanos, la probabilidad de que los Estados de la región sean demandados por cualquier medida que adopten contra un inversionista es elevada, a partir de la percepción que realice un inversor sobre el hecho de que se ha producido un efecto equivalente a la conocida expropiación directa o la nacionalización en su inversión, es decir, la transferencia de la propiedad, aun cuando formalmente no se haya realizado. Esta redacción carece de una definición precisa sobre expropiación indirecta, a lo que se adiciona la ausencia de presupuestos para determinar cuándo se ha producido la referida expropiación, a saber: carácter de la interferencia por parte del Estado, permanencia o temporalidad de la intromisión estatal, privación sustancial o parcial al inversor de su inversión, entre otras cuestiones. No existe lugar a dudas, que la utilización de la cláusula bajo tan imprecisa redacción se hace controversial y abre una brecha extensa para las demandas contra los Estados.

En el caso de Chile, se ha de expresar que con la elaboración que adopta en la totalidad de sus APPRI´s, similar al resto de los países latinoamericanos, marca diferencia en su redacción con el art. 6 del Modelo de APPRI que el país adoptara en 1994, no en el sentido de su contenido que es similar, al no conceptualizar la expropiación indirecta, sino al manifestar que ninguna parte contratante podrá tomar medidas que priven directa o indirectamente al inversor de su inversión, sin embargo, no ha de obviarse que la mayoría de sus APPRI´s fueron elaborados antes de la adopción del Modelo.

En el caso de España su Constitución regula la expropiación de forma general sin hacer distinciones en el art. 33.3 y sin nominar esta, sólo aludiendo a que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, salvo por utilidad pública o interés social. De igual modo, mantiene la sistemática seguida en varios países de no referirse en su Ley de Inversión Extranjera a esta figura. Por su parte, el país cuenta con una Ley de Expropiaciones de 1954, que se concibe sólo para la expropiación forzosa, como también ocurre en el ámbito del Código Civil que sólo hace alusión a esta conocida expropiación, remitiendo a las Leyes especiales que la regulan, por lo que la mayor precisión sobre esta figura sólo se tendrá en los APPRI´s españoles o en sus acuerdos multilaterales con provisiones de inversión, como es el caso particular de la Carta de la energía (TCE)[32], la cual ha sido el invocada en la mayoría de las demandas por expropiación indirecta contra España.

32 Carta de la energía, constituye n Acuerdo multilateral firmado en diciembre de 1994, después de tres años de negociaciones por 49 Estados y tiene como propósito esencial consiste en establecer y mejorar el marco jurídico para la cooperación en los asuntos energéticos fijados por la Carta Europea de la Energía.

En relación con sus ochenta y ocho (88) APPRI´S suscritos y setenta y dos (72) en vigor, y desde el primero firmado con el Reino de Marruecos en 1989, que ya no está vigente, así como los últimos suscritos con Bahréin, Mauritania, Gambia, Congo y Etiopía, habiendo entrado en vigor sólo los dos (2) primeros en el 2014 y 2016 respectivamente, todos disponen en la cláusula de expropiación la referencia a la indirecta sin definirla, y solo reconociendo la existencia de esta ante cualquier medida que tenga efecto equivalente o similar a la nacionalización y expropiación.

B) Acuerdos multilaterales de inversión.

Por su parte, los Acuerdos multilaterales relacionados con materia de inversiones o de otro tipo con provisiones de inversión, también han establecido en sus articulados cláusulas de manera general y particular para la expropiación, y dentro de ella de modo especial para la expropiación indirecta, como el Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático[33], el Acuerdo Internacional Modelo del Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable[34], los diversos Tratados de Libre Comercio u otros más recientemente, como el Acuerdo Global Comercial y Económico (CETA) entre la Unión Europea y Canadá[35], firmado el 30 de octubre del 2016 y que entró en vigor provisionalmente el 21 de septiembre del 2017, con una aplicación provisional de la casi totalidad del mismo (excepto el capítulo referido a la protección de inversiones).

El CETA, a la par que define la expropiación indirecta en su Anexo 8-A bajo elementos similares que los modelos colombiano e indio, también destina una cláusula para hacer excepción inclusive a la llamada expropiación indirecta regulatoria, con lo cual intenta proteger a los Estados ante este tipo de expropiación, cuando dispone en la sección destinada a la protección de la inversión en su art. 8.9 lo relativo a ello. Adicionalmente, el último que ha entrado en vigor de los suscritos en el 2018 como el Tratado Integral y Progresista para la Asociación Transpacífica solo enuncia en la cláusula de expropiación, indirecta sin definirla, pero la conceptualiza en el anexo del citado Acuerdo en el que incluso incluye presupuestos determinados[36].

33 Acuerdo de Promoción y Protección de inversiones de la ASEAN, adoptado en fecha 14/12/1987, p. 3.

34 Mann, H., Moltke, K V., Peterson, L E. y Cosbey, A.: *Acuerdo Internacional Modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible*, Instituto Internacional para el desarrollo sostenible, Winnipeg, Manitoba, 2005, pp. 20-21.

35 Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and The European Union, suscrito el 30 de octubre del 2016 y que entró en vigor provisionalmente el 21 de septiembre del 2017, p. 331.

36 Tratado Integral y Progresista para la Asociación Transpacífica suscrito en fecha 08/03/2018 y que entró en vigor el 30/12/2018 del que son parte Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam, Capítulo 9, pp. 9-9, 9-36.

Como se destacaba anteriormente, el ámbito multilateral ha constituido el soporte y el centro de las demandas contra el Estado español por expropiación indirecta a diferencia de sus pares latinoamericanos, particularmente sobre la base de la cláusula de expropiación de la Carta de la Energía establecida en el art. 13 y que dispone lo siguiente:

"(I). Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "Expropriation") except where such Expropriation is:

(a) for a purpose which is in the public interest;

(b) not discriminatory;

(c) carried out under due process of law; and

(d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation (….)"[37].

III. DEMANDAS POR EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN INVERSIONES.

1. Anverso y reverso de una misma moneda.

A) Demandas de España contra Latinoamérica por expropiación indirecta.

España, país que se ha ubicado como segundo inversionista del 2007 al 2015 en América Latina[38], posición que mantiene en la actualidad[39], ha demandado a través de sus trasnacionales en 37 ocasiones a Estados latinoamericanos por arbitrajes de inversión: Venezuela 9 veces, Argentina 8; México 4; Ecuador, Chile, Perú y Bolivia 3; El Salvador, Guatemala, Colombia y Costa Rica 1[40]. Se ha alegado expropiación indirecta en 18 de estos casos, siendo resueltos y publicados íntegramente 9 de estos fallos.

Los países *ut supra* citados mantienen un hilo en común de convergencia en última instancia para normar la referida figura y defenderse contra las mencionadas demandas: los APPRI´s. Las cláusulas de expropiación utilizadas en estos

37 Tratado de la Carta de la energía suscrita en fecha 17/12/1994, p. 39.

38 Informe CEPAL 2017, pp. 87-88. Cuadro I.A1.3.

39 Confederación Española de organizaciones empresariales: "España, puente entre el mundo y América Latina", *Revista de la Confederación Española de organizaciones empresariales*, n/a, 2018, p. 1.

40 Plaza, B. y Ramiro, P.: *Justicia privatizada: el Estado español y los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado*, cit, pp. 19-20. Tabla 1. Número de demandas ante el CIADI presentadas por multinacionales españolas (1998-2015) Fuente: Informe Justicia Privatizada. El Estado español y los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado.

Acuerdos son reflejo de aquellas elaboradas en los años 90, por lo que carecen de presupuestos expresos para la configuración de la figura de la expropiación indirecta como aquellos enarbolados en los últimos tiempos en los modelos APPRI de Colombia, o la India, por citar sólo algunos ejemplos.

El colombiano define con precisión la figura haciendo la distinción de su determinación caso a caso así como cumplirse los supuestos para su configuración referidos a: al alcance de la medida o serie de medidas, el impacto económico de la medida o de la serie de medidas, el grado de interferencia sobre las expectativas distinguibles y razonables del inversionista o de la inversión y el carácter de la medida o la serie de medidas teniendo en cuenta los objetivos públicos legítimos perseguidos[41].

Por su parte el Modelo Indio define la expropiación directa a la vez que establece como el Colombiano el análisis caso a caso para la expropiación indirecta así como constatarse una permanente y completa privación del valor de la inversión, permanente y completa privación del derecho de administración y control de los derechos del inversor sobre la inversión, y apropiación de la inversión por el Estado Anfitrión que resulte una transferencia completa o casi completa del valor de la inversión[42].

Esta precisión no se aprecia en los APPRI´s de los países de Latinoamérica demandados por expropiación indirecta por los inversionistas españoles ni tampoco en sus legislaciones.

El art. V del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República Argentina y el Reino de España *ut supra* mencionado ha servido de soporte a las demandas de inversionistas españoles contra Argentina por expropiación indirecta, estando resueltas actualmente y publicados sus laudos solo de tres (3) y se refieren a los casos siguientes:

Caso Telefónica, S.A. vs República Argentina (Laudo CIADI No. ARB/03/20). La inversión se relaciona con el hecho de que Telefónica es dueña del 97, 91 % de las acciones de Telefónica Argentina, compañía en la cual invirtió entre otras cantidades US$ 5500 millones. Sin embargo, en 1989 se produce una Ley de Reforma estatal que implicó que el Estado se adueñara de la compañía de teléfonos distribuyendo los activos de esta a empresas que formaban un consorcio en enero de 1990 mediante dos (2) Decretos. Dentro del Consorcio se encontraba una subsidiaria de Telefónica S.A. (*Telefónica International Holding BV*), unida a la compañía Inversora Catalinas, S.A. que tenía el 60% de las acciones en Sociedad

41 Art. VIII.2 del Modelo Colombiano de APPRI 2011, p. 6.

42 Art. 5.3 del Indian Model BIT 2015, p. 8

Licenciataria Sur Sociedad Anónima, a la que le fuera cambiado el nombre en uno de los referidos Decretos por el de Telefónica de Argentina, S.A. (TASA).

El hecho de que el Estado se adueñara de la compañía de teléfonos y por ende que cambiara el modo de permitir a las compañías proveer de servicios, antes de la Reforma Legal del Estado, no implicó consecuencias hasta tanto no se hicieron efectivas la Emergencia Pública y el Acta de Reforma del sistema de cambio extranjero en enero de 2002.

Es a partir de ese momento en que se provocaron cambios en las tarifas de TASA, pero que Telefónica, S.A. no consideró estuvieran basados en interés público, sino que el Estado argentino había dado al traste con las garantías legales específicas, económicas y financieras de las que había proveído a Telefónica, S.A. cuando realizó su inversión en TASA y que entre otros artículos del APPRI con España se vulneraba el referido a la expropiación por medidas equivalentes. Ello se basa en que las acciones adoptadas por el Estado argentino en relación con las tarifas por servicios telefónicos y otros ajustes financieros con implicaciones en aquellas, habían tenido el mismo efecto de la expropiación directa aún sin despojar del título formalmente a Telefónica, pues la privaba del goce de su inversión, debido a que las afectaciones provocadas obligaron a proceder a la liquidación de la empresa anticipadamente, es decir, se había configurado una expropiación indirecta.

No obstante, el Estado argentino no estuvo de acuerdo al respecto, y esgrimió que la medida fue general y no dirigida a Telefónica, S.A. como inversor, así como tampoco a su inversión ni a compromisos contraídos por el Estado argentino específicamente con Telefónica. Por otra parte, la inversión de Telefónica, S.A. sólo consistía en su participación accionarial en TASA y por ende el reclamo es en el ámbito contractual y no de inversión, pero ello entra en contradicción con la definición de inversión que se brinda en el APPRI entre Argentina y España, al reconocer las acciones u otras formas de participación como inversión.

De similar forma, alega que Telefónica, S.A. muestra incremento del valor de sus acciones lo que constata que se mantuvo financieramente sólida y que estuvo activa como compañía, por lo que los daños a su inversión no ocasionaron un impacto económico tal que privase al inversor de su inversión o la hiciese inutilizable para considerar que se había producido una expropiación indirecta (las medidas equivalentes a expropiación adoptadas por el Estado argentino como fueron los cambios en las tarifas)[43].

43 Decisión de Tribunal de objeción de jurisdicción sobre Caso No. ARB/03/20, Telefónica, S.A. vs la República Argentina, 25 de mayo de 2006, pp. 5, 6, 7, 8, 10, 38, 59 y 60.

De modo que la expropiación indirecta que se empleó en este caso, alegando Telefónica, S.A destrucción del valor de la inversión debido a la liquidación de TASA, después de la reforma legal del sistema argentino, que incluyó el cambio en las tarifas de los servicios, como el llevar la convertibilidad a US a 1:1, implicó una interferencia del Estado Argentino con afectaciones evidentes en la inversión, a través del marco regulatorio, con lo cual se estaría en presencia de una expropiación indirecta regulatoria.

Caso Teinver, S.A., Transportes de Cercanía, S.A. y Autobuses urbanos del Sur, S.A. vs República Argentina. (Laudo CIADI No. ARB/09/1). La inversión consiste en que Teinver, S.A., Transportes de Cercanía, S.A. y Autobuses urbanos del Sur, S.A. que conforman el Grupo Marsans desde el 2008 adquirieron Air Comet, sociedad instrumental de las Aerolíneas. Es en este año en que el Estado argentino realiza un grupo de acciones ejecutivas y de legislación progresivas, que constituyeron una expropiación indirecta de Aerolíneas y que se dirigieron a mantener tarifas particularmente bajas que impidieron el cobro de precios suficientes por tarifas aéreas llevando a una situación financiera compleja a Teinver, S.A., Transportes de Cercanía, S.A. y Autobuses urbanos del Sur, S.A. como a Aerolíneas.

Según las demandantes todas estas medidas conllevaron a la reducción del valor de la inversión así como los privó de derechos legales que afectaron el uso y disfrute de la inversión por los inversores, aun cuando el Estado argentino no lo reconoce y alega que los inversores nunca perdieron el control sobre la inversión[44]. El Tribunal consideró que se había producido expropiación en sus dos tipos, lo que incluye a la indirecta basada esta última en el hecho de la restricción tarifaria que estableció el Estado argentino.

La expropiación indirecta se utilizó como en la anterior demanda alegando destrucción del valor de la inversión, a lo que se adiciona también pérdida de los derechos contractuales, y no disposición sobre las tarifas de los servicios, todo lo cual constituye una interferencia del Estado Argentino en dicha inversión.

Caso Urbaser, S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs República Argentina (Laudo CIADI No. ARB/07/26). La inversión se basaba en una concesión de servicio de agua y cloacas dada por el Estado argentino a Gran Buenos Aires, S.A. (AGBA), empresa creada por inversionistas y accionistas extranjeros, entre ellos Urbaser, S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa. La concesión fue otorgada en el año 2000.

44 Laudo CIADI Caso No. ARB/09/1, Teinver, S.A., Transportes de Cercanía, S.A. y Autobuses urbanos del Sur, S.A. vs la República Argentina, 21 de julio de 2017, pp. 35, 36, 37, 75-82, 362-395, 398-405, 408-436 y 445.

Las demandantes esgrimen haber encontrado diversos obstáculos por parte de las autoridades provinciales que impidieron operar la concesión de forma eficiente y confiable, a lo que se le adicionó las consecuencias por la crisis de Argentina en el año 2002. El marco regulatorio se modificó sustancialmente sin posibilidades reales de renegociar la concesión, atentándose de este modo contra el valor de AGBA, configurándose una expropiación indirecta, concluyendo el proceso totalmente en el año 2006 cuando el Estado Argentino rescindió la concesión y se eliminó el valor residual de la inversión[45].

El Estado argentino alude que no existió tal expropiación, sino que las medidas adoptadas fueron parte de sus facultades dentro del poder de policía, de carácter general y no discriminatorio, además de considerar que las referidas medidas no constituyeron una interferencia sustancial de la inversión o una privación total de ella, pues la operación del servicio por AGBA no se tornó inviable y el contrato no se hizo imposible, así como tampoco ninguna de las medidas adoptadas implicó interferencia en la administración de AGBA de modo que constituyera una privación del control de las inversiones por las demandantes.

Sin embargo, en este caso el Tribunal rechazó el argumento de la demanda sobre expropiación indirecta, no así sobre los otros supuestos. Al respecto, manifestó que no existió expropiación indirecta pues la pérdida de ingresos de AGBA, a pesar de ser una reducción en la inversión, no fue de un grado tal que constituyera una privación de los ingresos que condujera a una expropiación indirecta, por otra parte, el cambio del marco regulatorio fue general, como medida adoptada por el país ante la crisis, no fue ni con una intención específica hacia AGBA ni tampoco discriminatoria.

Los casos aceptados como los rechazados por expropiación indirecta sobre la base de los APPRI´s argentinos, se complejizan por la ambigüedad que muestran en la cláusula de expropiación para la configuración de esta figura, en particular el suscrito con España, teniendo en cuenta que la única referencia que se realiza se sustenta en identificarla, sin hacer cualquier otra caracterización que delimite el alcance de los actos a calificar como expropiación indirecta tales como pudieran ser: las cifras de pérdida que dentro de las inversiones se consideren como de impacto económico para las empresas, o la temporalidad o permanencia en el tiempo, que clasifica la interferencia del Estado como sustancial.

Ante el dilema de imprecisión descrito, los inversores tienen la libertad de identificar una medida equivalente a expropiación aduciendo sólo equivalencia a expropiación, basada en la percepción por el inversionista de que se le ha privado

45 Laudo CIADI Caso No. ARB/07/26, Urbaser, S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs la República Argentina, 8 de diciembre de 2016, pp. 276, 277, 278 y 279.

de la inversión *de facto*, ante una actuación del Estado y sus autoridades que le han ocasionado determinados daños a la citada inversión, y que atentan contra el disfrute y disposición de la misma.

México por su parte ha sido demandado por las empresas españolas bajo la cláusula de expropiación del APPRI del 2006 suscrito con el Reino de España, el cual constituye una copia de la establecida en el art. 6 del Modelo APPRI mexicano adoptado posteriormente en el 2008 y que aún se mantiene. Las demandas en las que ya existe y ha sido publicada decisión son las siguientes:

Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. vs Estados Unidos Mexicanos (Laudo CIADI No. ARB(AF)/00/2). La inversión se refiere a terrenos, construcciones y otros activos adquiridos en licitación pública convocada por las autoridades mexicanas en el Estado de Sonora, México para la venta de un inmueble, construcciones e instalaciones y otros bienes relativos al confinamiento controlado de desechos industriales peligrosos "Cytrar". El confinamiento requería de licencias sucesivas para funcionar, las que fueron emitidas hasta que en un momento fueron canceladas, dando origen a la demanda.

En la reclamación la demandante hace referencia a un acto expropiatorio por denegación de la prórroga de una licencia, lo cual hace desaparecer cualquiera de las expectativas del inversionista, además de ocasionar afectaciones aquel por los beneficios que deja de percibir por su inversión y que se refieren a: lo que no le será posible amortizar por las inversiones ya realizadas, incumplimiento de contratos, entre otros, y que le impiden el real uso de su inversión y la disposición sobre esta, la cual en resumen es inservible, en tanto, su centro de operaciones es en el propio lugar donde se deniega la licencia, por lo que no puede operar, poner en funcionamiento su inversión[46].

Ciertamente, si se analiza el alcance de la medida de denegar la prórroga de la licencia, se entiende que esta ha implicado una privación al inversor de modo total de su inversión, la que solo es posible realizar en dicho lugar, al estar dirigida la concesión a realizar edificaciones para confinamiento de desechos peligrosos. ¿Qué sentido tendría entonces para un inversionista una inversión en un lugar determinado por requerimientos ambientales y de seguridad que se han de cumplir, si se le cancela la concesión totalmente en dicho lugar? La expropiación indirecta se configuraría por ser solo ese lugar el permitido como única concesión para realizar la inversión en relación con esa actividad, por lo que si no puede hacerlo, el derecho de administración por parte del inversionista de su inversión

46 Laudo CIADI Caso No. ARB(AF)/00/2, Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. vs Estados Unidos Mexicanos, 29 de mayo de 2003, pp. 37-67 y 89.

y el control sobre ella es nulo, por ende, su inversión es inservible, en tanto, no le es posible operar en lugar distinto.

Abengoa, S.A. y Cofides, S.A. vs Estados Unidos Mexicanos (Laudo CIADI No. ARB(AF)/09/2). La inversión consistió en la construcción de un complejo compuesto por una planta de estabilización-inertización de residuos industriales peligrosos, un confinamiento controlado para los residuos estabilizados e inertizados y una planta para el tratamiento de los lixiviados que aquellos generan. Para el proyecto la empresa española Abengoa, S.A. creó la sociedad SDS e inició el proceso para la aprobación del referido proyecto en el 2003, comenzando las obras en el 2006 y la construcción de la Planta a finales del 2007, completándose la obra en un 75% en diciembre de ese propio año. Sin embargo, a la par comenzaron manifestaciones entre los partidarios de la Planta y los que se oponían a la construcción de esta, llegándose a confrontaciones violentas e incidentes en contra de la Planta, lo que generó se adoptara la decisión de no prorrogar la licencia de construcción de la Planta, que se ratificó en febrero del 2008 aludiendo que la no prórroga era por tiempo indefinido. posteriormente en el 2010 se produjo una segunda revocación, unida a otras medidas del Estado mexicano como multas impuestas, dilación de la aprobación de las diversas licencias hasta su clausura en el 2011.

Abengoa, S.A entonces notificó su intención de arbitraje en el 2008 alegando expropiación indirecta constructiva o progresiva, debido a las medidas que se llevaron a cabo de modo paulatino y acumulativo por el Estado mexicano y sus funcionarios. Basa los argumentos de la expropiación indirecta en que la privación de la inversión ha sido total y permanente, por su no realización, pues la cancelación de la licencia impedía concluir la construcción de la Planta y su puesta en marcha de modo concreto, así como usar y disponer de ella, aun cuando formalmente Abengoa ostente el título de propiedad. Paralelamente se adiciona que tales actuaciones del Estado mexicano dieron al traste con las expectativas legítimas del inversor al creer que las diversas licencias expedidas por las autoridades mexicanas como las de construcción, de funcionamiento, de impacto ambiental, entre otras eran válidas y no serían revocadas después de iniciar la construcción de la Planta, la cual operaba de modo regular y por ende su inversión era viable[47].

En cuanto a Venezuela los empresarios españoles han invocado en sus demandas el art. V del APPRI suscrito entre ambos países, referido a la cláusula de expropiación, tratándose a continuación aquellos casos conocidos y publicados:

Valores Mundiales S.L. y Consorcio Andino S.L. vs la República Bolivariana de Venezuela (Laudo CIADI No. ARB/13/11). La inversión consiste en la participación

47 Laudo CIADI Caso No. ARB(AF)/09/2, Abengoa, S.A. y Cofides, S.A. vs Estados Unidos Mexicanos, 18 de abril de 2013, pp. 31-56, 66-69, 84-89, 109-120, 135, 136, 140, 141, 149 y 153.

con el 100% de las acciones de Valores Mundiales, S.L. en Monaca, C.A. y a su vez Consorcio Andino S.L. con igual participación accionarial en Demaseca, C.A., ambas compañías venezolanas dedicadas a la producción y comercialización de harina de maíz y de trigo, entre otros productos alimenticios.

Los demandantes alegaron expropiación indirecta progresiva del Estado Venezolano a través de las medidas paulatinas adoptadas antes y después de la promulgación del Decreto No. 7.394 y debido al propio Decreto, referidas entre otras a: nombramiento de seis (6) y cuatro (4) administradores especiales en Monaca, C.A. y Demaseca. C.A. respectivamente en sustitución del ciudadano venezolano Sr. Fernández Barrueco implicado en proceso penal y con acciones y bienes en estas compañías, inmovilización de sus cuentas bancarias y la prohibición de registrar o notarizar actos societarios antes de que se dictara el Decreto No. 7.394; que otorgó a los administradores especiales extensas potestades sobre las mencionadas empresas. Como se observa, existe una privación total y permanente sobre la inversión (6 años) y del control sobre esta, en tanto, las Demandantes perdieron el control de las Compañías y se ha destruido el valor de sus inversiones.

De igual modo, las demandantes debido a las medidas del Estado Venezolano quedaron imposibilitadas de distribuir o recibir dividendos y transferir capitales; determinar sobre sus acciones; elegir o designar nuevos miembros de junta directiva; aprobar balances y estados financieros; ordenar la venta de activos; y reformar o modificar los estatutos de las Compañías. La intervención sistemática en la vida diaria de las Compañías implicó requerir de la autorización de funcionarios de Venezuela ante cualquier decisión financiera o comercial que se adoptara, las que fueron consideradas expropiación indirecta.

Sin embargo, el tribunal rechazó la configuración de la expropiación indirecta en esta demanda bajo los argumentos de no existencia de la privación del uso y disposición de la inversión de forma permanente, en tanto, el Decreto No. 7.394 no derivó *per se* en acciones que configuraran expropiación indirecta, pues no impidió que las compañías percibieran sus utilidades o dividendos.

Por otra parte, el nombramiento de administradores especiales no significó que éstos detentaran la administración total y sin límites de las compañías, sino que se encargaran de la custodia, conservación y administración de los bienes de las empresas en función del proceso penal al que se sometía a uno de sus accionistas, en función de preservar los bienes y no destruirlos.

Se observa que el Decreto no derivó como la acción que consumó la expropiación indirecta progresiva alegada por los demandantes, lo cual se constata con los reportes entregados por Gruma (mayor accionista de Valores Mundiales y de Consorcio Andino) en 2011, en los que se exponen que las medidas anteriores

al Decreto no habían implicado que las compañías no mantuvieran el control o no detentaran la titularidad de sus bienes, acciones, o el control de sus operaciones. A lo que se adiciona que dichas medidas no tuvieron un impacto negativo o de disminución en el valor de la inversión, pues a partir del 2010 se incrementaron los niveles de utilización de las compañías marcando un desempeño incluso superior. Gruma reconoció no existir señal alguna de indicio de deterioro del valor de su inversión neta en las Compañías, hecho que refuta posibilidad de alegar este argumento de la disminución del valor de la inversión[48].

En relación con Chile bajo la precitada redacción de la cláusula de expropiación en el art. 5 del APPRI entre la República de Chile y el Reino de España ha sido conocido y publicado el caso de empresarios españoles contra el Estado Chileno por expropiación indirecta Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs La República de Chile (Laudo CIADI No. ARB/04/7). La inversión consistió en la participación de Vieira en la empresa chilena CONCAR a partir del año 90, la cual solicitó desde entonces y hasta el 2001 autorizaciones para realizar actividades pesqueras en aguas exteriores y no sólo en aguas interiores, siendo en todos los casos denegada, bajo un extenso proceso que incluyó dictamen final de la Contraloría, momento en el cual CONCAR solicitó al Ministerio de Economía cumplir con este. Sin embargo, se desestima nuevamente la referida solicitud considerando que la Ley chilena vigente exigía para otorgar dichas autorizaciones que se tuvieran registro de actividades de captura en aguas exteriores durante los años de 1990 al 2000, lo cual era imposible para CONCAR, en tanto, todas sus solicitudes al respecto le fueron rechazadas justamente durante esos años.

En función de ello, la demandante Vieira, alega que debido a la vulneración del trato justo y equitativo y el de nación más favorecida, se ha generado una medida equivalente a expropiación teniendo en cuenta los daños que se le han ocasionado a la demandante, derivados de la no rectificación oportuna de un acto administrativo de las autoridades chilenas competentes, término que conlleva a referirse a la llamada expropiación indirecta. Sin embargo, el Tribunal no lo consideró de ese modo, denegando dichos argumentos, al alegar que el Estado Chileno adoptó su posición en función de normativas vigentes, aun cuando puedan ser vistas con fundamento adecuado para el caso o no[49].

De igual modo, bajo el APPRI con España el Estado guatemalteco resultó demandado en el caso hecho público Iberdrola Energía S.A vs La República de Guatemala (Laudo CIADI No. ARB/09/5). La inversión consistió en la compra por Iberdrola de las acciones de la Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. (EEGSA)

48 Laudo CIADI Caso No. ARB/13/11, Valores Mundiales S.L. y Consorcio Andino S.L. vs la República Bolivariana de Venezuela, 25 de julio de 2017, pp. 59-101 y 185-188.

49 Laudo CIADI Caso No. ARB/04/7, Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs La República de Chile, 21 de agosto de 2007, pp. 8-24 y 56.

en julio de 1998, momento a partir del cual la compañía española asumió brindar el servicio eléctrico al país, sin embargo, las disposiciones de la Ley General de Electricidad sobre la determinación de las tarifas, el valor adicionado de la distribución, el valor nuevo de reemplazo, el costo del capital y las funciones y poderes de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (CNEE) así como los poderes de la Comisión de expertos durante el proceso de revisión y fijación de precios en las tarifas de distribución de electricidad entre el período 2008-2013 dieron al traste con la referida inversión según la demandante.

Tal criterio se basa en que el Estado Guatemalteco revocó el marco legal que le sirvió para atraer inversiones en ese sector bajo el cual Iberdrola realizó su inversión en ese país. Sin embargo, al modificarse este, la inversión no se comportó del modo en que fuese previsto y fueron modificados todos los principios, criterios, política y hasta el sistema legal sobre los que fue hecha. El Gobierno guatemalteco impuso unas tarifas de distribución de la electricidad por cinco años (2008-2013) que destruyeron la riqueza neta de la Empresa Eléctrica de Guatemala, por lo que habría que alegar que se atentó contra las expectativas legítimas del inversor, lo cual prueba que hubo expropiación indirecta, no sobre lo dispuesto en el APPRI entre España y Guatemala que no refiere los supuestos para la configuración de la expropiación indirecta, pero si conforme a la doctrina que permite esgrimir el tema de las expectativas del inversor contra el Estado Guatemalteco y ello debido justamente a la imprecisión de la cláusula de expropiación del APPRI que ocupa este caso[50].-

Sobre la base de la redacción de la cláusula de expropiación del APPRI entre El Salvador y España ha sido conocido y publicado el caso Inceysa Vallisoletana, S.L. vs La República de El Salvador(Laudo CIADI No. ARB/03/26). La inversión consiste en la participación de la demandante en un contrato para servicios, instalación, administración y operación de plantas de revisión técnica vehicular, lo que incluye la revisión de emisiones contaminantes de gases, partículas y ruidos. Este contrato se materializó a partir de ganar la demandante la licitación objeto del mismo.

La demandante alega expropiación indirecta por el Estado Salvadoreño de los derechos que el contrato le confiere, debido a la resolución unilateral e injustificada del Contrato. Unido a ello se adicionan los incumplimientos contractuales de El Salvador que vacían de contenido económico los derechos de Inceysa derivados del Contrato. Sin embargo, este arbitraje no se reconoció como tal, en tanto, Inceysa cometió fraude en el proceso de licitación que implicó su elección y no la de otras compañías, en tanto, no mostró sus reales estados financieros así como no tenía la experiencia en el sector que se supuso tenía, razones más que

50 Laudo CIADI Caso No. ARB/09/5, Iberdrola Energía S.A vs La República de Guatemala, 17 de agosto de 2012, pp. 13-39, 53, 55, 56, 62-65, 67-73, 85-90 y 100.

suficientes para que el Gobierno Salvadoreño resolviera el contrato de modo unilateral, lo cual invalida las alegaciones de la demandante sobre expropiación indirecta por dicha resolución[51].

B) Expropiación indirecta: una embestida contra el Estado español.

España de país demandante a través de sus empresas radicadas en el exterior se ha convertido en el 3er país más demandado a nivel mundial, con una cifra de 43 demandas en su haber, como huella a la embestida que las trasnacionales han provocado al Estado español a través de sus poderes hegemónicos, siendo algunas de ellas por expropiación indirecta.

La expropiación indirecta asociada a inversiones en el país ibérico comienza con las demandas asociadas al corte de las subvenciones dadas por el Estado Español a los inversores en materia de energía desde el 2004. Se ha de destacar que excepto las demandas interpuestas por inversionistas argentinos y venezolanos en 1997 y 2012 respectivamente, el resto de las demandas Inversionista-Estado se han sustentado en un Tratado multilateral, en este caso: La Carta de la energía. Tratado, invocada en las demandas españolas, lo cual se muestra en los cuatro (4) casos resueltos actualmente y publicados sus laudos, a saber:

Caso Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. vs el Reino de España (Laudo No. 062/2012 del Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo)[52]. La inversión se relaciona con generar y comercializar energía eléctrica mediante centrales solares fotovoltaicas, a partir de la adquisición por la demandante de su participación en la sociedad T Solar. En el sector de las energías renovables el Estado español aplicaba un régimen especial de incentivos e invenciones, entre las que se encontraba un sistema de primas y tarifas reguladas para retribuir la producción de electricidad de origen solar fotovoltaico, el cual modificó en el 2010, aludiendo las demandantes que ello afectó el valor económico de la inversión de un modo tal que se produjo una expropiación indirecta.

La decisión del tribunal desestimó dicha alegación en tanto demostró que para que se configurara la misma, las medidas adoptadas por el Estado español modificando la legislación que favorecía la inversión debían provocar una privación total al inversionista de la inversión, efecto que sería el considerado equivalente a una expropiación, hecho que no se produjo, pues T-Solar mantuvo sus derechos como accionista, sin que estos fueran limitados, siguió operando y obteniendo

51 Laudo CIADI Caso No. ARB/03/26, Inceysa Vallisoletana, S.L. vs La República de El Salvador, 2 de agosto de 2006, pp. 9-13, 26 y 103.

52 Laudo del Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo No. 062/2012 Charanne B.V. Construction Investments vs el Reino de España, 21 de enero de 2016, pp.23-53, 75-81, 87, 88, 90-100, 106-113, 126-130, 133-149 y 155.

ganancias, aun cuando las referidas medidas disminuyeran su rentabilidad. No fue despojada de su bienes y activos ni tampoco del disfrute y disposición de ellos Por otra parte, la disminución del valor de la inversión no significó una pérdida equivalente a la privación de la propiedad, en tanto el valor de la inversión no fue destruido, siendo el mejor ejemplo que la rentabilidad de las plantas de T-Solar se mantuvieron con números positivos.

En este caso se vuelve a la polémica sobre si el impacto de la medida fue de una interferencia tal que afecta el valor de la inversión de modo sustancial, o implique su destrucción, de manera que sea equivalente a haber privado al inversionista por completo o en una parte significativa, del uso o del beneficio económico razonablemente esperado de la inversión. El simple hecho de que la medida o la serie de medidas generen un impacto económico adverso sobre el valor de una inversión, en sí mismo, no constituye una expropiación indirecta.

Caso Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.I. vs el Reino de España (Laudo No. ARB/13/36 CIADI). La inversión consistió en la participación accionaria de EISER en octubre de 2007 en el proyecto ASTE, proyecto gigante de energía solar del que adquirieron el 85%, el cual se beneficia del Real Decreto 661/2007, promulgado en mayo de ese año por el Estado español, y por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, el que EISER reconoció y acogió.

En los meses de marzo y mayo de 2012 después de elevadas inversiones es que las plantas de EISER comenzaron a operar y fueron inscritas finalmente en los meses de noviembre y diciembre de ese propio año. No obstante, en el 2008, los prestamistas del proyecto ASTE habían solicitado una Garantía de la Ventana de Tarifa contra el riesgo de finalización tardía de los proyectos ASTE, que los excluiría del Régimen Especial del RD 661/2007, lo que se logró a través de un Memorando de Entendimiento en el 2009 entre Eiser y Elecnor. En el propio año el Gobierno español promulga el Real Decreto Ley 6/2009 ("RDL 6/2009"), que introdujo un proceso de pre-inscripción ("RAIPRE") para limitar el número de proyectos potencialmente elegibles para el régimen del RD 661/2007. Los proyectos ingresados en el registro contaban con tres años para completarse e inscribirse de forma definitiva.

El 8 de diciembre de 2010, se promulgó el RDL 1614/2010, que implementó el acuerdo entre las operadoras y el gobierno. El art. 4 confirmaba que las revisiones tarifarias contempladas en el RD 661/2007 no aplicarían a las plantas CSP inscritas. El 30 de noviembre de 2010, se escribieron cartas en representación de las tres plantas, renunciando a su derecho de vertido de energía eléctrica a la red antes del día 1 de agosto de 2012. En tres Resoluciones separadas de fecha 2 de febrero de 2011 y 1 de marzo de 2011, se aceptó la renuncia de las plantas

a sus derechos de suministro de energía con anterioridad al día 1 de agosto de 2012. En noviembre de 2011 con la llegada al poder de un nuevo gobierno se adoptaron diversas medidas y se promulgó en enero de 2012 el RDL 1/2012, que suspendía las nuevas inscripciones para el Régimen Especial. Sin embargo, en el año 2012, cuando las plantas estaban a punto de terminarse y entrar en servicio, las autoridades españolas nuevamente afirmaron su participación en el Régimen Especial bajo el RD 661/2007.

Adicionalmente, otras normas fueron promulgadas hasta el 2014 que modificaron el art. 34 de la Ley del Sector Eléctrico de 1997, eliminaron todo el régimen de tarifas fijas y primas, sustituyeron a la Ley del Sector Eléctrico de 1997 y eliminaron por completo la distinción entre Regímenes Ordinario y Especial y finalmente marcaron el fin definitivo del régimen del RD 661/2007.

A partir de las mencionadas normas, las plantas de las Demandantes no se ajustaban al estándar aplicado de manera retroactiva de plantas hipotéticamente "eficientes". Las compañías operadoras entraron entonces en negociaciones de restructuración de deuda con sus entidades crediticias externas, por lo que, durante los próximos años, todos los ingresos que superaran los costos operativos de ASTE irían a las entidades crediticias externas, estando imposibilitados de pagar los préstamos de los inversores (que estaban capitalizándose) o como retorno de capital; por lo que se produce una destrucción total del valor. Se pierde todo el valor en este proyecto en concreto.

España alega que la reclamación de que expropió ilícitamente las inversiones de las Demandantes en parte mediante la adopción del impuesto del 7% sobre la producción de energía en virtud de una de las leyes promulgadas hasta el 2014, como fue la Ley 15/2012 es inadmisible porque las Demandantes no cumplieron con el art. 21(5)(b) del TCE, al obviar uno de los requisitos que se establecen para invocar expropiación por medidas impositivas, referido particularmente a que las Demandantes no sometieron su reclamación a la Autoridad Fiscal Competente en relación a que dicho impuesto era expropiatorio. Similar consideración fue la hecha por el Tribunal[53], el cual no reconoció la demanda por expropiación indirecta sino por violación del trato justo y equitativo.

Caso Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. vs el Reino de España (Laudo No. Arbitraje SCC V2013/153). La inversión de Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. (IIN) se efectuó bajo la promesa de una "máxima rentabilidad" garantizada por el pago de un *Feed in Tariff* (FIT) a largo plazo. El valor económico de la inversión de IIN consistía en la seguridad de vender la energía eléctrica producida

53 Laudo CIADI Caso No. ARB/13/36, Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.I. vs el Reino de España, 4 de mayo de 2017, pp. 21-53, 60-72, 117-120 y 173-174.

bajo el Régimen Especial, a una tarifa regulada: el FIT, por lo que la abolición de ese Régimen Especial destruye ese valor económico, al sustituirlo por un nuevo régimen con valor retroactivo que conlleva una rentabilidad muy inferior. A partir de ello la Demandante invocó expropiación indirecta de la inversión de IIN en el sentido del art. 13(1) del Tratado multilateral de la "Carta de la energía", basado como en el caso anterior en el cambio del marco regulatorio en relación con el sector energético que el Estado español efectuó a partir del 2012. Sin embargo, para el Reino de España las medidas adoptadas se basaron en el ejercicio de su poder soberano (*police powers*), y por ende no se consideran expropiatorias.

Adicionalmente, la Demandante en su defensa, junto a los argumentos contra la doctrina de *police powers*, alega que una expropiación indirecta pueda resultar tanto de una pérdida de valor de la inversión, como es el caso en el presente arbitraje, como de una pérdida de control sobre la inversión. De igual modo, argumenta que la jurisprudencia arbitral sobre la que el Reino de España sustenta sus argumentos sobre la no existencia de expropiación sin pérdida de control en la inversión como es Electrabel c. Hungría, también reconoce que la expropiación consiste en una privación significativa, existiendo un consenso sobre el contenido del estándar de privación sustancial, el cual se constata cuando las medidas hayan tenido el efecto de desposeer al inversor de la inversión o de su control, y también cuando la pérdida sufrida por el inversor es severa o radical.

Por su parte, la Demandada manifiesta que el TCE no contiene una definición de expropiación indirecta, lo que obliga a considerar dos premisas: "la privación sustancial, radical, severa, devastadora o fundamental de sus derechos", o "la aniquilación virtual, neutralización efectiva o destrucción de hecho de su inversión, su valor o disfrute". A la vez mantiene el fundamento de la ausencia de expropiación refiriéndose al efecto de las medidas sobre la supuesta inversión de la Demandante, cuando precisa el hecho de que la rentabilidad de las medidas cuestionadas garantizara al inversor un 7'1% TIR después de impuestos, una tasa superior a la rentabilidad máxima esperada confesada por la propia ISOLUX (de 6,19% tras la Ley 2/2011). Además, destaca que ni la Demandante ni el grupo ISOLUX al que pertenece, han reflejado en sus libros de contabilidad deterioro alguno vigente de sus activos.

En este caso el Tribunal consideró que no existió expropiación indirecta, sin embargo, uno de los miembros del Tribunal no coincidió con la decisión final y expuso sus criterios, los cuales se refieren a que si bien el régimen de incentivos implementado por los RD 661/2007 y 1578/2008 no estaba dirigido a una "generalidad" indeterminada sino a un número reducido de interesados, las expectativas legitimas pueden generarse a partir del ordenamiento jurídico vigente al momento de realizarse la inversión, es decir, que si el Demandante

puede prever la posibilidad posteriormente a la realización de la inversión no sería posible a la Demandante, invocar expectativas legítimas como fundamento de su reclamo.

La discusión no se basa en la potestad del Estado receptor de modificar su legislación en cualquier momento cual es una facultad *per se* de éste, sino que, si al hacerlo de modo legítimo afecta los derechos adquiridos o expectativas legítimas del inversor, le corresponde indemnizar a este de los perjuicios ocasionados. En síntesis, cuando un inversor cumple con los requisitos establecidos por la normativa vigente para ser acreedor de un beneficio específico y determinado, su desconocimiento posterior por parte del Estado receptor de la inversión, viola una expectativa legítima[54].

Caso Novenergia II vs Reino de España (Laudo No. 2015/063 Cámara de Comercio de Estocolmo). La inversión consistió en la construcción y organización de ocho plantas fotovoltaicas, para las cuales el Estado español ofrecía y garantizaba ciertas condiciones a los inversores, lo que conformaba un régimen regulatorio especial. Sin embargo, posteriormente el Gobierno español no lo cumplió, ocasionando un daño significativo a Novenergia ascendente a una pérdida de 61,3 millones de euros.

Sobre esa base Novenergia invocó expropiación indirecta por considerar que las medidas adoptadas por España fueron desproporcionadas e implicaron una pérdida sustancial del valor de la inversión, a la par que limitaron la duración del régimen especial, modificaron la revisión del mecanismo de tarifa fija, impusieron una tasa a la producción de energía eléctrica así como suprimieron el anterior régimen relacionado con el Real Decreto 661/2007, a la vez que lo reemplazaron por un sistema de remuneración menos favorable. Esta privación sustancial y permanente implicó que la demandante viese afectado sus derechos, y en tal caso, no pudiera utilizar sus plantas de acuerdo con las garantías presentadas en régimen especial, cual constituyeron expectativas razonables de la demandante sobre los beneficios económicos de su inversión.

Por su parte el Estado español defendió su posición de que no existió expropiación indirecta, alegando que dichas medidas las adoptó bajo el velo de la doctrina de los poderes de policía, como parte del nuevo marco regulatorio que estableció para el sector energético. Finalmente, el Tribunal desestimó la demanda al considerar que los actos regulatorios adoptados por España no fueron dirigidos a regular particularmente las Plantas del demandante y por ende no es previsible que tuvieran un carácter expropiatorio, pues no afectaron los derechos de propiedad

54 Laudo SCC No. V2013/153, Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. vs el Reino de España, 12 de julio de 2016, pp. 116-126, 158-163, 170, 171, 201-204, 215-225 y 227-228.

del demandante, el cual según su apreciación se mantuvieron intactos, pues la disminución del valor de los activos está asociado al no respeto del estándar de trato justo y equitativo y no al hecho de expropiar en este caso indirectamente[55].

En todos estos casos, el instrumento jurídico invocado ha sido el Tratado de la Carta de la Energía (TCE) como se refiere en el Informe de Justicia Privatizada cuando expone que "(….) este tratado, firmado a mediados de los años noventa con los objetivos de garantizar el suministro de hidrocarburos a la Unión Europea y de potenciar el sector energético de los países de Europa central, ha sido utilizado como referencia por un conglomerado de grandes empresas e inversores -entre los que destacan diferentes multinacionales de la energía, entidades financieras y fondos privados de inversión- para ir demandando al Estado español ante el CIADI por "una expropiación indirecta de los beneficios que según sus cálculos (estimatorios) podrían haber obtenido con la legislación de partida sobre la cual se basaron para invertir". Es decir: hicieron inversiones puramente especulativas en el sector de las renovables esperando obtener altas rentabilidades gracias a las primas que otorgaba el Estado y, cuando se recortaron dichas subvenciones, pasaron a utilizar los instrumentos que les brinda la *lex mercatoria* para reclamar el lucro cesante"[56].

La misma idea abrigada por las multinacionales españolas contra los estados latinoamericanos: le ha sido aplicada ahora al Estado español por compañías europeas, su propia política se convirtió en bumerán hacia ella, tanto que de no estar implicado en arbitrajes Inversionista-Estado en la década de los 90, ha comenzado a ocupar los primeros lugares entre los países más demandados, llegando al día de hoy a ostentar el tercer lugar[57].

Como se observa tanto en las demandas contra países latinoamericanos como contra el Estado español, la expropiación indirecta que mayormente se configura es la regulatoria, aunque también la progresiva ha tomado lugar en algunas de ellas.

Por otra parte, para la configuración de la expropiación indirecta en los casos aludidos se ha esbozado los elementos *de privación sustancial de la inversión basado en varias cuestiones:* si la medida ha implicado una privación al inversor de modo

55 Laudo Cámara de Comercio de Estocolmo Caso No. 2015/063, Novenergia II vs Reino de España, 15 de febrero de 2018, pp. 166-173.

56 Plaza, B. y Ramiro, P.: *Justicia privatizada: el Estado español y los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado*, cit., p. 8.

57 Como refiere el grupo Ecologistas en acción en el libro "El 97 no importa "Ahora, en la Unión Europea, estamos sufriendo los mismos planes de ajuste estructural, austeridad y disciplina fiscal que se impusieron en América Latina en las últimas décadas del siglo pasado; de igual manera, hoy con tratados como el TTIP y el CETA se pretende restringir nuestra soberanía económica en la misma medida en que la soberanía latinoamericana se vio afectada por la llegada de "nuestras empresas" hace dos décadas. Así, esta nueva ronda de tratados comerciales y acuerdos de inversión supone otro paso más en el avance de la arquitectura de la impunidad construida a favor de las compañías multinacionales y del capital (...)".

total o parcial de su inversión y el tiempo en que se aplicó la medida, es decir, si se produjo de forma temporal o permanente.

En cuanto al impacto económico, se ha de analizar que no basta que el impacto sea adverso a la inversión sino que este haya tenido una magnitud tal sobre la inversión que no sea posible para el inversionista recuperarlo, lo que hace inutilizable por ende la inversión y con ello que se genere una expropiación indirecta, sin embargo, qué valor se entenderá como afectación a la inversión que implique se considere una expropiación indirecta. Este es otro aspecto ambiguo y que puede tener incidencia al momento de configurarse o no una expropiación indirecta.

En relación con el grado de interferencia sobre las expectativas distinguibles y razonables del inversionista o de la inversión, se conceptualiza este vinculándolo con el hecho de que en el momento de la aprobación de la inversión bajo las leyes vigentes en ese momento, el inversionista modeló la proyección de su inversión con lo cual se hizo unas expectativas que con una intromisión simple del Estado puede hacerlas desaparecer, ¿cómo determinar entonces hasta dónde afectó la intromisión estatal dichas expectativas para que el inversionista pueda alegar expropiación indirecta?, ¿cuál será la interferencia que reconozca el inversionista para calificarla como que se ha interpuesto a sus expectativas, qué se define como expectativa distinguible y razonable?, ¿sobre qué bases se construyen las expectativas que se reconocen en cada uno de los textos de los Acuerdos de inversión sobre los que se han soportado estas demandas?

También relacionado con estos tres presupuestos que pueden proveer una expropiación indirecta aparece el hecho de que el carácter de la medida o la serie de medidas fuera general o particular hacia un inversionista y en función de ello se determina si existe expropiación indirecta o no.

Sin embargo, aun sobre la base de los citados presupuestos existen cuestiones imprecisas y que desatan la polémica de cualquier decisión arbitral, pues en la mayoría de los casos existen indefiniciones como las siguientes:

No se establece en los Acuerdos de inversión que sirven de soporte a las demandas el límite de tiempo para considerar que la privación fue temporal o permanente ¿se considerará temporal un (1) año o sólo hasta seis (6) meses?

Sobre cuáles valores de la inversión se entenderá que la privación ha sido parcial o total, ¿parcial significará el despojo de un 50, 70% del total de la inversión o no? ¿Valores menores?, ¿a partir de cuál valor? Vuelve en este punto a constatarse una imprecisión en las redacciones de los Acuerdos que no suplen el vacío que se ha de enfrentar.

IV. CONCLUSIONES:

Los Acuerdos de Inversiones latinoamericanos como españoles no han provisto de una referencia precisa a la expropiación indirecta en la cláusula de expropiación que en ellos se establece, abriendo una brecha para que se invoque este tipo de expropiación y se interpongan demandas contra los Estados de Latinoamérica y España en Tribunales internacionales desde la perspectiva de los inversores.

El caso español es paradigmático en tanto en los últimos años se convirtió de país de origen de las demandas en país demandado, destacándose en su haber una cifra significativa asociada a Tratados en el ámbito multilateral y no meramente bilateral.

De cualquier modo, el saldo de las demandas para los países, se muestra como un indicador negativo, sean de un mayor o menor grado de desarrollo, lo que determina la necesidad de una formulación sobre la cláusula de expropiación más precisa desde la realidad de cada uno y considerando la manera en que discurren las administraciones, así como el comportamiento de los funcionarios e instituciones dentro del amplio entramado empresarial existente.

BIBLIOGRAFÍA

AGO, R.: "Document A/CN.4/217 AND ADD.1, First Report of Responsability of State", en AA.VV.: *Extracto del libro anual de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas Volumen II*:, Naciones Unidas, New York, 1969, disponible en: http://legal.un.org/84B397CA-49BD-4469-9E50-32B3113BC3B5/FinalDownload/DownloadId-CCBD13B6F9B913114173A924DDF3BE75/84B397CA-49BD-4469-9E50-32B3113BC3B5/ilc/documentation/english/a_cn4_217.pdf

AMADO V, JD. y R.C, BA.: "La Expropiación Indirecta y la protección de las inversiones extranjeras", *Revista de Derecho THEMIS 50,* Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.

MANN, H., MOLTKE, K. V., PETERSON, L. E. y COSBEY, A.: "Acuerdo Internacional Modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible", *Instituto Internacional para el desarrollo sostenible*, Winnipeg, Manitoba, Canadá, 2005.

MELGEN, D. E.: "Informe sobre Expropiación indirecta y el derecho a la regulación en la ley internacional de la inversión", *República Dominicana*, 2003, Disponible en: *http://www.eliasmelgen.com/publicaciones/ExpropiacionIndirecta.pdf*

PÁEZ, M.: "La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados", *Revista de Estudios Internacionales,* Instituto de Estudios Internacionales, Chile, Universidad de Chile, vol. 39, núm. 153, abril-junio 2006.

PLAZA, B. y RAMIRO, P.: *Justicia privatizada: el Estado español y los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado*, Observatorio de Multinacionales en América Latina (OMAL) – Paz con Dignidad, Madrid, 2016, Disponible en: http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/

VELÁZQUEZ MELÉNDEZ, R.: "Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos", *Revista ius et veritas,* núm. 46, 2013.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO DE VISITAS DE LOS PADRES CON DISCAPACIDAD MENTAL. COMENTARIO A LA STEDH DE 18 DE FEBRERO DE 2020. CASO CÎNȚA C. RUMANIA

THE RESTRICTION OF VISITATION RIGHTS OF PARENTS WITH MENTAL DISABILITIES. COMMENT ON THE ECHR JUDGMENT OF 18 FEBRUARY 2020. CASE CÎNȚA V. ROMANIA

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 678-691

Jorge Antonio
CLIMENT
GALLART

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El TEDH analiza, a través de esta sentencia, la problemática de las restricciones de los derechos parentales de las personas con discapacidad. En este supuesto, se centra en la restricción del derecho de visitas de una persona afectada de una enfermedad mental, y acaba concluyendo que dicha limitación no resulta justificada.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad mental; interés superior del menor; derecho de visitas; discriminación.

ABSTRACT: *The ECHR analyzes, through this judgment, the problem of restrictions on the parental rights of people with disabilities. In this case, it focuses on the restriction of the visitation rights of a person affected by a mental illness, and concludes that such limitation is not justified.*

KEY WORDS: *Mental disability; best interests of the child; visitation rights; discrimination.*

SUMARIO.- I. EL TEST DE ESTRASBURGO.- II. LOS DERECHOS PARENTALES DE LOS PROGENITORES CON DISCAPACIDAD MENTAL Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.- 1. El interés superior del menor como límite a los derechos parentales.- 2. El reconocimiento internacional de los derechos parentales de los progenitores con discapacidad mental.- 3. La posición del TEDH.- A) La discapacidad mental per se.- B) El interés superior del menor en el derecho de visitas.- C) Prohibición de la discriminación.- III. CONCLUSIONES.

SUPUESTO DE HECHO

El pasado día 18 de febrero de 2020, la Sección Cuarta del TEDH dictó sentencia por la que resolvía el caso CÎNȚA c. RUMANIA. Los hechos de los que trae causa la sentencia que aquí vamos a analizar se pueden resumir brevemente del siguiente modo: Una pareja de pacientes de un hospital psiquiátrico decidió casarse y tuvo una hija. Unos años más tarde, la madre se marchó del domicilio familiar, llevándose consigo a la niña y solicitando el divorcio. En el momento de la separación de facto, el padre no estaba trabajando y recibía una pensión de invalidez, mientras que la mujer trabajaba como maestra de escuela, ostentando además el cargo de subdirectora, y ya no constaba como paciente psiquiátrica.

Cabe destacar que, así mismo, desde que se marchó de casa, la madre se opuso a cualquier contacto entre el padre y la hija, ya fuera personal o telefónico. De hecho, solo le dejó ver a la menor en una ocasión durante media hora. En el proceso judicial, el padre solicitó que la niña fuese devuelta al hogar familiar, para vivir con él, como así había ocurrido desde su nacimiento hasta que se la llevó su madre. Alternativamente, se conformaba con poder estar con su hija todos los martes y jueves y los fines de semana alternos. La mujer estuvo conforme con el régimen de visitas, pero exclusivamente limitado a dos horas las tardes de los jueves y viernes, siempre que fuera en lugares públicos y ella estuviera presente. Alegó, para justificar su marcha del hogar familiar, que había sido víctima de la violencia psicológica del marido, incluso en presencia de la menor. Así mismo, adujo que era un esquizofrénico paranoide, amparándose en ello para justificar que nunca había dejado a solas a la niña con él.

• Jorge Antonio Climent Gallart
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia. Doctor con mención cum laude. Actualmente abogado no ejerciente. Su labor investigadora 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 (IDIBE).

El Tribunal, previamente a dictar sentencia, decidió hacer acopio de material probatorio para poder decidir con fundamento. Así, no solo requirió los historiales médicos de ambos litigantes, sino que, además, también solicitó informe sobre las condiciones de cada padre para criar a la menor a la Dirección General de Bienestar Social y Protección Infantil. Dicho informe fue remitido al juez y en él se destacaba que la niña se encontraba perfectamente cuidada por la madre y la abuela materna, y que, además, había desarrollado vínculos con todos los adultos de su vida (padres y abuelas). Así mismo, informaba que las tensiones entre los padres hacían imposible cualquier comunicación civilizada entre ellos. También se practicó la testifical de distintos familiares (abuelas incluidas) y, finalmente, se llevó a cabo la exploración judicial de la menor. La niña manifestó que ella y su madre se habían mudado a casa de la abuela porque su padre solía gritarles. Así mismo, afirmó que le gustaba vivir en casa de la abuela materna porque nadie le chillaba y todos se portaban bien. Tras analizar todas las pruebas practicadas, el tribunal acabó estimando las pretensiones de la esposa, concediéndole la guarda y custodia, y otorgando un derecho de visitas al padre de un par de horas los martes y jueves por la tarde, en lugares públicos y siempre en presencia de la madre de la niña. Así pues, el magistrado justificó dicha decisión en los testimonios de los familiares maternos, en la declaración de la menor, y, sobre todo, en la propia enfermedad mental que padecía el demandado.

El padre de la menor apeló esta sentencia, alegando que toda la decisión del tribunal se había basado, de modo parcial, en su enfermedad mental, y que la realidad es que él jamás había supuesto un peligro para la niña. Además, el hospital informó al tribunal que debía resolver la apelación que, en los dos últimos años, este hombre se había tomado su medicamento y no había sufrido ningún episodio de descompensación psiquiátrica por causa de su enfermedad. No obstante, su recurso fue desestimado, entre otros motivos, porque para los magistrados, la sentencia ahora recurrida no se había basado únicamente en su enfermedad, sino en un conjunto probatorio. El hecho de que no hubiese sufrido ningún episodio de descompensación no lo consideraron suficiente como para revertir el fallo. En todo caso le recuerdan que el derecho de visitas no se había suprimido, simplemente se había condicionado.

Ante esta tesitura, el padre de la menor decidió acudir al TEDH alegando que el restringido horario de visitas que se había establecido no le permitía mantener y desarrollar una relación personal y familiar con su hija, ni participar de manera efectiva en su educación, lo cual constituía una violación del derecho al respecto de su vida familiar (art. 8 CEDH). Además, adujo que había sido objeto de discriminación, puesto que las decisiones judiciales se tomaron en base a su enfermedad mental (art. 14 CEDH en relación con el art. 8 CEDH).

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Para el TEDH, el disfrute mutuo de la compañía entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar. Las medidas nacionales que obstaculizan dicho disfrute equivalen a una interferencia en el derecho protegido por el art. 8 CEDH. Para que una restricción de este tipo pueda ser declarada conforme con el CEDH, deberá superar el denominado test de Estrasburgo, es decir, habrá de cumplir una triple condición: En primer lugar, dicha limitación tendrá que venir recogida por la legislación interna; segundo, habrá de perseguir un objetivo legítimo en virtud del segundo párrafo del art. 8; y, por último, deberá poder considerarse como 'necesaria en una sociedad democrática'. El TEDH interpreta el término "necesaria" del tercer requisito, como "necesidad social imperiosa", es decir, que la medida restrictiva debe responder a una necesidad social imperiosa en una sociedad democrática. Considerará que la injerencia no responde a una necesidad social imperiosa propia de una sociedad democrática, cuando entienda que los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarla no son pertinentes o suficientes, o cuando se entienda que la medida es desproporcionada respecto del legítimo objetivo que se pretende conseguir.

En relación a la vida familiar de los niños, el TEDH nos recuerda la importancia que tiene el concepto del interés superior del menor a la hora de tomar cualquier decisión que les pueda afectar. En este sentido, destaca que los intereses de los menores deben anteponerse a cualesquiera otras consideraciones en aquellos asuntos en que estén en juego la patria potestad, la guarda y custodia o el derecho de visitas de los familiares.

Por último, en relación a las restricciones de los derechos fundamentales de aquellos que pertenecen a un grupo social particularmente vulnerable que ha sufrido una discriminación en el pasado, como son las personas con discapacidad mental, el margen de apreciación nacional del Estado deviene en mucho más estrecho. Ello se debe a que, históricamente, estos grupos estuvieron sujetos a prejuicios, lo que tuvo como consecuencia su exclusión social. En virtud de lo anterior, el TEDH adopta la doctrina de la inversión de la carga de la prueba. De conformidad con la misma, ante supuestos de diferencia de trato, será el Estado demandado el que deberá demostrar, de manera convincente, que dicha distinción no fue discriminatoria.

COMENTARIO

I. EL TEST DE ESTRASBURGO.

En aplicación del test de Estrasburgo al presente caso, el TEDH ha entendido que la medida restrictiva sí que venía recogida por la legislación interna (tanto en el Código Civil, como en la Ley de Enjuiciamiento Civil rumanos). Además, también respondía a uno de los fines del párrafo segundo del art. 8 CEDH (la protección de los derechos de terceros, en este caso, del interés superior del menor). No obstante, consideró que esta medida restrictiva no respondía a una necesidad social imperiosa, como veremos en los párrafos siguientes. Consecuentemente, el TEDH acabó reconociendo que se había vulnerado el derecho a la protección de la vida familiar (art. 8) del demandante. Y, además, también estimó que se le había conculcado su derecho a no ser discriminado (art. 14), interpretado a la luz del anterior.

II. LOS DERECHOS PARENTALES DE LOS PROGENITORES CON DISCAPACIDAD MENTAL Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

1. El interés superior del menor como límite a los derechos parentales.

Que la protección del interés superior del menor es el faro que debe guiar toda decisión que afecte a los menores resulta incuestionable. Así se recoge en el art. 3 de la Convención de Derechos del Niño, y así ha venido siendo reconocido por el TEDH constantemente.

En relación con los derechos parentales, es doctrina jurisprudencial consolidada la consideración de que el disfrute mutuo de la compañía entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar, protegida por el art. 8 CEDH. Además, los vástagos también son acreedores de este derecho. En este sentido se manifiestan los arts. 9 y 18 de la Convención de Derechos del Niño, al reconocer respectivamente el derecho del niño que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular y el derecho de los padres a participar en la crianza y desarrollo de sus hijos.

No obstante, también es doctrina jurisprudencial consolidada entender que los derechos de los padres jamás van a poder ejercerse de modo que puedan perjudicar el desarrollo, la salud o el bienestar de los hijos, pues ello contravendría el insoslayable deber de proteger el interés superior del menor. En virtud de este principio, se establece la obligación positiva para las autoridades públicas de velar por el bienestar de los niños en todo momento. Para conseguir este objetivo

podrán adoptar las medidas que sean necesarias, incluida la privación de la patria potestad, si esta resulta necesaria y proporcional al caso concreto.

2. El reconocimiento internacional de los derechos parentales de los progenitores con discapacidad mental.

El TEDH, a la hora de juzgar este caso, ha tenido en cuenta especialmente el reconocimiento internacional específico de derechos a favor de aquellas personas que padecen discapacidades de diversa índole, incluidas las de carácter mental. La idea que subyace en la regulación internacional es la de garantizar una igualdad real y efectiva de quienes pertenecen a este colectivo con el resto de la sociedad, promoviendo, de este modo, el respeto por su dignidad. La necesidad de legislar a favor de estas personas tiene su razón de ser en que tradicionalmente se han visto discriminadas por causa de su discapacidad.

Así, en el ámbito universal, merece ser destacada la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD). La CDPD comienza, en el art. 1, definiéndonos a las personas con discapacidad como aquellas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

De toda la CDPD, debemos centrarnos en el concepto de discriminación. Así pues, el art. 2 CDPD, define por "discriminación por motivos de discapacidad", cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. Y a su vez, por ajustes razonables, entiende el conjunto de modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

En relación a los derechos de estas personas con su familia, el art. 23 CDPD obliga expresamente a los Estados a tomar todas las medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación que puedan sufrir. De modo expreso, el punto cuarto de dicho artículo establece que en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

El Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, órgano encargado de controlar el cumplimiento del convenio por parte de los Estados y, a su vez, máximo intérprete del mismo, emitió en 2018 la Observación General número 6, sobre igualdad y no discriminación. En sus párrafos 61 y 62, al tratar sobre el art. 23, señaló que las personas con discapacidad son a menudo discriminadas en el ejercicio de sus derechos familiares, debido a leyes, políticas y medidas administrativas discriminatorias. Con frecuencia se considera que los progenitores con discapacidad no son aptos o capaces para cuidar de sus hijos. En este sentido, afirma que la separación de un menor de sus padres en razón a su discapacidad constituye discriminación y contraviene el art. 23 CDPD. Y, por último, nos recuerda el deber de los Estados de velar por que los progenitores con discapacidad y los progenitores de niños con discapacidad tengan el apoyo necesario en la comunidad para atender a sus hijos.

Otro de los tratados internacionales que debemos traer a colación es el Convenio de Derechos del Niño, que, de manera genérica, recoge en su art. 9 el derecho del menor que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. Y ya de modo más concreto, en relación con los padres con discapacidad, el Comité de Derechos del Niño señala, en su Observación General número 14, párrafo 63, que los niños no deberán ser separados de sus padres en razón de una discapacidad del menor o de sus progenitores. La separación ha de barajarse solo en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del niño o un riesgo para su seguridad.

Siguiendo en el ámbito mundial, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, máximo intérprete del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobó la Observación General número 5, que trata de manera expresa sobre las personas con discapacidad. Así pues, comienza garantizando que los sujetos pertenecientes a este colectivo gozan de todos los derechos recogidos en el pacto, prohibiendo de manera expresa cualquier tipo de discriminación de la que pudieran ser objeto. El párrafo 30 trata sobre el derecho a la protección de la familia recogido en el art. 10 PIDESC. Así, señala que, en el caso de las personas con discapacidad, el deber recogido en dicha norma de que se preste "protección y asistencia" a la familia significa que hay que hacer todo lo que se pueda a fin de conseguir que dichas personas vivan con sus familias, si así lo desean. Y termina señalando que deben tener acceso a los servicios de asesoramiento necesarios, a fin de poder realizar sus derechos y cumplir sus obligaciones dentro de la familia.

También en el ámbito universal, merecen ser traídas a colación las Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, aprobadas a través de la Resolución A/RES/48/96 de la Asamblea General de la ONU. El art. 9 de este texto establece la obligación de los Estados de promover la participación de las personas con discapacidad en la vida en familia.

Podríamos segur citando normativa internacional al respecto, pero entendemos que ello escapa del objeto del presente artículo. En cualquier caso, debe quedar patente que la comunidad internacional, en los últimos años, se ha mostrado especialmente sensibilizada ante la situación de discriminación que tradicionalmente han venido sufriendo las personas con discapacidad.

3. La posición del TEDH.

A) La discapacidad mental per se.

El TEDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse, en diversas ocasiones, sobre los derechos parentales de aquellos padres afectados por una discapacidad mental.

Para la Corte Europea, la premisa de la que cabe partir es la siguiente: La discapacidad ment*al, per se,* ni puede ni debe ser el elemento sobre el que se apoye una decisión estatal restrictiva de los derechos parentales en relación con los hijos. De hecho, si la limitación de derechos viene basada, sin más, en dicha discapacidad, la misma se considerará que vulnera no solo el art. 8 CEDH, sino también el art. 14 CEDH.

Esta es la tesis que se sostiene en la sentencia objeto de comentario. El TEDH comienza señalando que ante los tribunales nacionales no se presentó prueba alguna objetiva y convincente que pudiera respaldar la idea de que el demandante no estaba capacitado para cuidar a su hija. Llama poderosamente la atención a los magistrados de Estrasburgo que los tribunales rumanos decidieran restringir los derechos parentales del demandante basándose fundamentalmente en el hecho de que este hombre padecía una enfermedad mental, sin que quedara probado que la misma supusiera una amenaza para su hija. Es más, al revisar las pruebas que se presentaron ante las autoridades internas, le sorprende la nula trascendencia que tuvo el informe del hospital psiquiátrico, en el que se reconoce que el demandante había estado tomando su medicación de manera ininterrumpida y que, en el pasado reciente, no había sufrido ningún episodio de descompensación psiquiátrica. Del mismo modo, trae a colación el informe de la autoridad pública de protección infantil en el que se señala que la niña ha desarrollado vínculos con todos los adultos de su vida, incluido el demandante, y no se menciona maltrato alguno. Y con respecto a la prueba del reconocimiento de la menor, el TEDH

se muestra muy crítico con el modo en que se desarrolló, ya que el magistrado rumano decidió practicarla sin contar con la presencia de un psicólogo experto de la autoridad de protección infantil. En consecuencia, acaba considerando que no existe ningún elemento objetivo que pruebe que el trastorno mental del demandante pudiera representar una amenaza para la niña.

Esta posición no es nueva, y ya la ha mantenido en otras ocasiones anteriores, como, por ejemplo, en la relativamente reciente STEDH (Sección Tercera), de fecha 29 de marzo de 2016, que resuelve el caso KOCHEROV Y SERGEYEVA c. RUSIA. También en esta litis, el TEDH consideró que las instancias internas habían basado sus decisiones restrictivas de los derechos parentales en la mera discapacidad mental que padecían los padres, sin que hubiese quedado demostrado que la misma supusiera peligro alguno para la menor.

Sin embargo, el TEDH ha mantenido otra posición cuando dicha discapacidad ha venido acompañada de actos que puedan considerarse perjudiciales para los menores. En estos casos, la Corte Europea sí que ha avalado las restricciones de los derechos parentales. Pero dicho aval no se ha basado en la discapacidad en sí, sino en el riesgo que supone el ejercicio de los derechos paternos para el bienestar de los niños.

En este sentido, merece destacarse la STEDH (Sección Cuarta), de fecha 30 de octubre de 2018, por la que se resuelve el caso S.S. c. ESLOVENIA. En esta litis, el TEDH parte de un principio elemental básico, que siempre va a guiar las relaciones paternofiliales, y es que los padres no tienen derecho a exigir medidas que puedan perjudicar la salud, el bienestar o el desarrollo de sus hijos. Como vemos, es una plasmación del más genérico principio de la protección del interés superior del menor. En este asunto, la madre a la que se le restringen sus derechos parentales padece de esquizofrenia paranoide, al igual que en el caso de la sentencia que estamos analizando. Pero la diferencia estriba en que aquí, la decisión de las autoridades internas no se basó en su enfermedad como tal, sino en la incapacidad manifiesta para cuidar a su hija, avalada por los distintos informes psiquiátricos y psicológicos incorporados a los procedimientos judiciales. Eso fue lo determinante.

B) El interés superior del menor en el derecho de visitas.

En la sentencia comentada, el TEDH no alcanza a comprender cómo ese derecho de visitas restringido, que debe ser ejercido acompañado siempre de la exesposa, puede responder al interés superior de la niña. Y ello porque, como recoge la propia autoridad de protección del menor, cuando ambos padres están juntos, siempre acaban discutiendo. Así pues, no resulta entendible que ese ambiente hostil pueda resultar beneficioso para la niña.

En consecuencia, para el TEDH, las autoridades nacionales también fallaron al perseguir ese interés superior de la menor, pues precisamente, con la medida que adoptaron, las visitas restringidas con la presencia constante de la madre, lo que consiguieron fue el efecto contrario.

En relación con esta cuestión, el TEDH nos recuerda que la función principal del Estado es facilitar el contacto entre los padres e hijos, adoptando para ello soluciones efectivas, con miras a promover el interés superior del menor. En consecuencia, los tribunales podrían haber involucrado a la autoridad de protección infantil, a fin de que la misma, por ejemplo, hubiese podido supervisar las visitas del padre, sin necesidad de que estuviese presente la madre.

En resumen, las autoridades internas rumanas podrían haber tomado otras decisiones que sí que habrían respetado el interés superior del menor. Sin embargo, la que tomaron resultó totalmente contraria al bienestar de la niña. Este sería un claro ejemplo de cómo el interés superior del menor se puede acabar convirtiendo en una cláusula en blanco interpretada por las autoridades nacionales a su conveniencia. Esta cuestión ya fue denunciada en su momento por el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General número 14, párrafo 34, en el que alertaba de cómo el concepto "interés superior del menor" puede ser objeto de manipulación por parte de los Estados.

A la vista de todo lo anterior, el TEDH considera que el Estado rumano no ha sido capaz de presentar razones relevantes que pudieran justificar la restricción del derecho de visitas del padre y, por tanto, entiende se le ha vulnerado su derecho a la protección de la vida familiar.

C) Prohibición de la discriminación.

El art. 14 CEDH establece, de manera taxativa, la prohibición de la discriminación en el disfrute de los derechos y libertades recogidos en el CEDH.

Como ya hemos adelantado, el demandante denunció ante el TEDH que había sido objeto de discriminación debido a su enfermedad mental, ya que las autoridades nacionales consideraban que la misma representaba, *per se,* un peligro inherente para el bienestar de su hija.

El TEDH parte de la premisa de que, dado que las decisiones internas se basaron fundamentalmente en la discapacidad mental del demandante, resulta incuestionable que hubo diferencia de trato con respecto de aquellos que no padecían tal condición.

Ahora bien, lo que cabrá analizar es si dicha diferencia de trato podría venir justificada. Haciéndose eco de todo lo que ya hemos expuesto anteriormente, el TEDH considera que el hecho de que el demandante sufriera una enfermedad mental no puede justificar, *per se,* tratarlo de manera diferente a los otros padres que ejercen el derecho de visitas con sus hijos, sin que el mismo sea tan restringido y sin necesidad de que la exesposa esté presente.

Resulta muy interesante, en relación con este art. 14 CEDH, la doctrina de la inversión de la carga de la prueba. De conformidad con la misma, ante casos como este, es el Estado demandado el que debe demostrar de manera convincente que la diferencia de trato no fue discriminatoria. Para ello, debería haber probado que la enfermedad mental del demandante afectaba a su capacidad para cuidar de su hija o que suponía un riesgo para su salud, bienestar o desarrollo. Sin embargo, como ya hemos visto previamente, el Estado se limitó a justificar su decisión en dicha discapacidad, sin probar cómo la misma podía afectar al ejercicio de sus derechos parentales. Es por ello que el TEDH consideró que las autoridades internas rumanas habían vulnerado el art. 14 CEDH.

III. CONCLUSIONES.

1. Para el TEDH, el disfrute mutuo de la compañía entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar, cuyo amparo viene recogido en el art. 8 CEDH.

2. El derecho a disfrutar mutuamente de la compañía entre padres e hijos es un derecho de ambos, tanto de los progenitores como de los vástagos.

3. El límite a este derecho se encuentra en la necesaria protección del interés superior del menor. En consecuencia, los derechos parentales deberán ceder cuando su ejercicio pueda suponer un riesgo para la salud, el bienestar o el desarrollo del niño.

4. Toda medida restrictiva de los derechos parentales basada única y exclusivamente en la discapacidad mental de los padres deviene en discriminatoria y atentatoria de su derecho a la protección de la vida familiar.

5. Si la medida restrictiva de los derechos de los padres que padecen una discapacidad mental se fundamenta, no solo en la existencia de la misma, sino, además, en que ésta comporta una incapacidad manifiesta para poder ejercer adecuadamente los derechos y deberes parentales, o pone en riesgo el desarrollo, la salud o el bienestar del menor, entonces sí que se considerará que dicha limitación resulta justificada.

6. En el caso de los padres con discapacidad mental, el Estado deberá articular las medidas que sean efectivas, pertinentes y razonables, a fin de conseguir que el ejercicio del derecho a disfrutar de la compañía mutua sea real y efectivo y, a su vez, que el mismo no pueda suponer un riesgo para el menor. En este sentido, los servicios de bienestar social juegan un papel fundamental.

RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS: SOBRE LA JUSTA CAUSA DEL ART. 160.II CC. COMENTARIO A LAS SSTS DE ESPAÑA NÚM. 581/2019, DE 5 DE NOVIEMBRE, Y NÚM. 638/2019, DE 25 DE NOVIEMBRE*

PERSONAL RELATIONSHIPS BETWEEN GRANDPARENTS AND GRANDCHILDREN: ABOUT THE JUST CAUSE FROM ART. 160.II CC. COMMENTARY OF THE SPANISH SSTS N. 581/2019, 5TH NOVEMBER, AND N. 638/2019, 25TH NOVEMBER

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 692-701

* El presente comentario se enmarca en los trabajos del Grupo de Investigación Permanente de la Universidad de Valencia "Persona y Familia" (GIUV 2013-101), en el Proyecto de Investigación GoinEuPlus 796041, European Union's Justice Programme 2014-2020, y en el Proyecto de Investigación UMA18-FEDERJA-175, FEDER Andalucía 2014-2020, sobre "Derechos y garantías de las personas vulnerables en el Estado de Bienestar".

José Ramón
DE VERDA Y
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: Estudio del art. 160.II CC en clave jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: Abuelos; nietos; relaciones personales.

ABSTRACT: *This commentary is a case law study about the art. 160.II CC.*

KEY WORDS: *Grandparents; grandchildren; personal relationships.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. SOBRE LA JUSTA CAUSA QUE IMPIDE LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE LOS ABUELOS Y LOS NIETOS.- 1. La existencia de conflictos y desencuentros entre los padres y los abuelos.- 2. Los síntomas de ansiedad y depresión de los progenitores.- 3. La existencia de desequilibrios psíquicos de los abuelos.- 4. La existencia o inexistencia de previas relaciones personales entre abuelos y nietos.- 5. La existencia de procesos penales en los que estén implicados los abuelos.- III. EL RIESGO DE QUE LA RELACIÓN PERSONAL CON LOS ABUELOS PERJUDIQUE AL MENOR.- IV. ¿JUSTA CAUSA PARA IMPEDIR LAS RELACIONES PERSONALES O PARA ESTABLECERLAS?

SUPUESTO DE HECHO

(1º) Un abuelo solicitó judicialmente que se fijara un régimen de comunicación y estancias con sus nietos menores de edad, de 5 y 2 años respectivamente, ya que desde hacía más de cuatro años no tenía contacto con ellos, pues, según él, la relación con sus padres estaba muy deteriorada y no le dejaban ver a sus nietos.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y fijó un régimen de visitas muy limitado, de un solo día al mes y de una hora de duración, con controles en su desarrollo.

La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación de los padres, al considerar que, dados los requisitos establecidos en el sistema de visitas, no existía el más mínimo riesgo ni perjuicio para los menores, por cuanto las mismas se desarrollarían tuteladas en régimen de supervisión en el Punto de Encuentro Familiar, de modo que cualquier incidencia daría lugar a la medida oportuna de inmediato.

Interpuesto recurso de casación por los padres, el mismo fue estimado por el TS.

(2º) Una abuela solicitó el establecimiento de un régimen de comunicación con su nieto.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, no solo por la inexistencia absoluta de relaciones entre nieto y abuela, sino también por la

• José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia. Director de la Revista Boliviana de Derecho y de Actualidad Jurídica Iberoamericana. Presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Correo electrónico: J.Ramon.de-Verda@uv.es

"ruptura de las relaciones entre el padre del menor, hijo la actora y esta desde hace ya más de diez años y no sólo con él sino con toda la familia propia y extensiva".

La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación de la abuela, razonando en los siguientes términos: "Los dos principios que se deben ponderar para decidir sobre la procedencia de la relación de la abuela con su nieta, es el beneficio en el caso concreto que esa relación tendrá para la menor, sin perjuicio ni peligro para ella, y segundo, la valoración en principio positiva de la relación de los abuelos con sus nietos; en este caso se pueden conjugar esos principios, por un lado, adoptar un régimen que garantice la estabilidad y seguridad del menor, al realizarse las visitas bajo supervisión del punto encuentro y otro que permita a la abuela el inicio de una relación con su nieto".

Interpuesto recurso de casación por los padres, este fue estimado por el TS.

DOCTRINA JURÍDICA

Para acceder al establecimiento de relaciones personales de los abuelos con los nietos, no es suficiente argumentar que no está acreditado que dichas relaciones hayan de ser necesariamente perjudiciales para el menor, sino que basta con el mero riesgo de que ello sea así -por razón de que se les introduce en el conflicto entre los mayores- para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor.

COMENTARIO

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El art. 94.II CC se preocupa de favorecer el mantenimiento de los vínculos afectivos entre abuelos y nietos, "teniendo siempre presente el interés del menor", aunque el establecimiento de un régimen de visitas y comunicación con los abuelos exige el consentimiento de estos últimos (no se les puede, pues, imponer contra su voluntad).

Esta orientación es acorde con lo dispuesto en el 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, según el cual "Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad", incluyendo "Las relaciones familiares de conformidad con la Ley".

Como recuerda la STS 20 septiembre 2016 (*Tol 5829996*), "los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil", siendo el cometido de los poderes públicos, "garantizar el mantenimiento de un espacio

de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato contemplado en el artículo 39 de la Constitución, que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia".

Por ello, el art. 160.II CC establece que "No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos", habiendo precisado la STS 15 enero 2018 (*Tol 6484675*), que el menor ha de ser oído antes de tomar una decisión, por lo que "será precisa la exploración del mismo preservando su intimidad y sin crearle conflictos de lealtades".

Las SSTS 5 noviembre 2019 (*Tol 7586554*) y 25 noviembre 2019 (*Tol 7615683*) nos permiten realizar algunas reflexiones sobre la "justa causa" de la que habla el precepto.

II. SOBRE LA JUSTA CAUSA QUE IMPIDE LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE LOS ABUELOS Y LOS NIETOS.

En la práctica se ha discutido cuándo concurre esa "justa causa" a la que se refiere el precepto, expresión esta que, desde luego, debe interpretarse a la luz del principio del interés superior del menor.

1. La existencia de conflictos y desencuentros entre los padres y los abuelos.

Es doctrina jurisprudencial consolidada que la mera existencia de conflictos y desencuentros entre los padres y los abuelos no debe impedir las relaciones personales de estos últimos con sus nietos; y ello, siempre que no se advierta que los abuelos ejercen una influencia negativa sobre el menor, suscitando en él sentimientos de animadversión hacia sus progenitores [SSTS 20 septiembre 2002 (*Tol 225538*), 28 junio 2004 (*Tol 483310*), 27 julio 2009 (*Tol 1594293*) y 20 octubre 2011 (*Tol 2261508*)].

Un caso extremo es el resuelto por la STS 27 septiembre 2018 (*Tol 6830516*), que denegó el régimen de comunicación entre los abuelos paternos con sus dos nietas, debido a las relaciones conflictivas entre aquellos y los dos padres, las cuales habían dado lugar a diversas actuaciones policiales y judiciales, como consecuencia de insultos (realizados por diversos medios, como correo electrónico, mensaje de voz, teléfono o redes sociales, donde la abuela había llamado "cerdo" a su hijo a través de Facebook) y lesiones, por los que recayeron sentencias de condena y orden de alejamiento. Entiende que concurre justa causa "fundada en beneficio e interés de las menores, a las que se coloca en una situación de riesgo de mantenerse las comunicaciones con los abuelos paternos; riesgo que considera suficiente para no señalar régimen de visitas alguno".

2. Los síntomas de ansiedad y depresión de los progenitores.

Se ha descartado que los síntomas de ansiedad y depresión que uno de los progenitores decía experimentar tras los encuentros del menor con sus abuelos sean "justa causa" para impedir las relaciones personales entre ellos.

La STS 20 octubre 2011 (*Tol 2261508*) afirma que "Los abuelos y los nietos tienen derecho a relacionarse, ello es beneficioso para ambos y es un derecho-deber reconocido en el Código civil del que sólo se puede ser privado cuando exista causa y que la causa no puede centrarse en el hecho de que las relaciones de los abuelos con los menores sean mejores o peores para la salud de sus padres, sino para los menores cuyo interés es el protegido por el art. 160 CC".

3. La existencia de desequilibrios psíquicos de los abuelos.

En cambio, sí se consideran "justa causa" las enfermedades o desequilibrios psíquicos de los abuelos, que pueden alterar emocionalmente el desarrollo de la personalidad del menor, en particular, si dichos desequilibrios son fuente de tensiones con los padres.

Así, una de las sentencias comentadas, la STS 25 noviembre 2019 (*Tol 7615683*), casando la sentencia recurrida, denegó el régimen de comunicación, llegando a la solución dada en la sentencia de primera instancia, basada, no ya en la falta de relaciones de la menor de dos años con su abuela paterna, sino en la circunstancia de que esta había roto relaciones con el padre y la hermana de este (sus dos hijos), durante más de 10 años (sin tener ninguna intención de recuperarla), padeciendo "un trastorno depresivo recurrente, que tiene un trastorno de personalidad ansiosa, lábil, sensible con tendencia a la rumiación ansiosa y ansiedad ansiosa a la precipitación", que le llevó a intentar suicidarse varias veces, padecimiento que se considera permanente e irreversible.

4. La existencia o inexistencia de previas relaciones personales entre abuelos y nietos.

Como observa una de las sentencias comentadas, la STS 5 noviembre 2019 (*Tol 7586554*), y ya había remarcado la STS 27 septiembre 2018 (*Tol 6830516*), un factor de decisión importante es, desde luego, el de la existencia o no de una previa relación personal entre abuelos y nietos: si no la ha habido, en especial, por falta de interés de aquellos, no se suele conceder el régimen de comunicación a su favor.

La STS 18 marzo 2015 (*Tol 4786604*) recuerda la doctrina favorable a fomentar las relaciones entre abuelos y nietos. Habla, así, de "la necesidad de que

se produzca este tipo de contactos partiendo de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores".

Pero matiza que "Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor". Concretamente, estima fundada la solución a la que llegó la sentencia recurrida, en las consideraciones hechas en el informe psicológico en el "que se resalta la escasa relación de la actora con su nieta en los primeros años de vida de ésta, inexistente por decisión voluntaria de la recurrente, y escasa disposición para mantener la relación con su nieta de manera independiente al conflicto con sus padres".

5. La existencia de procesos penales en los que estén implicados los abuelos.

La existencia de procesos penales ha sido valorada por la jurisprudencia de manera diversa.

La STS 20 febrero 2015 (*Tol 4748255*) denegó el régimen de comunicación solicitado por los abuelos paternos, considerando justa causa para ello, la existencia de un proceso penal abierto contra el padre de los menores por abusos sexuales en el que los abuelos habían tomado partido por el hijo acusado.

Por el contrario, la STS 20 septiembre 2016 (*Tol 5829996*) estimó procedente (contra la opinión de los progenitores) el establecimiento de un régimen de comunicación de la abuela materna con sus tres nietos, a pesar de que la misma había interpuesto una denuncia por abusos sexuales contra el padre (respecto de sus hijas), la cual dio lugar a un procedimiento penal, que finalmente sería sobreseído y archivado. Confirmó, así, la sentencia recurrida, que había establecido el derecho de la abuela a visitar a los menores los primeros sábados de cada mes, durante dos horas, en el Punto de Encuentro Familiar, solicitándose informe transcurridos seis meses sobre la conveniencia de continuar con dicho régimen". Para ello fue decisivo informe del Gabinete Psicosocial de la Generalitat Valenciana, suscrito por una psicóloga y una trabajadora social, que en el que se exponía lo siguiente: "es beneficioso establecer un régimen de visitas de los menores con su abuela materna por la existencia de un vínculo emocional entre ellos, la inexistencia en la abuela de sintomatología psicopatológica que pueda repercutir negativamente en la relación con los menores, y que la actuación de la misma al denunciar fue la indicada, aunque se archivara la causa penal abierta (…) frente a esas conclusiones no pueden prevalecer las del informe encargado por los demandados, que desaconseja las visitas".

III. EL RIESGO DE QUE LA RELACIÓN PERSONAL CON LOS ABUELOS PERJUDIQUE AL MENOR.

Las sentencias comentadas insisten una idea ya expuesta por la STS 27 septiembre 2018 (*Tol 6830516*), según la cual en la apreciación de la existencia de una "justa causa" para impedir la relación no es necesario que dicha causa origine un perjuicio cierto al menor, siendo suficiente con que haya un riesgo de que ello ocurra, en particular, cuando se trata del peligro de que los nietos se vean envueltos en un conflicto familiar grave entre los abuelos y sus propios padres.

Así, la STS 5 noviembre 2019 (*Tol 7586554*), que, como ya he dicho, consideró improcedente establecer un régimen de comunicación entre la abuela materna y su nieta de 2 años (a la que nunca había visto, dándose la circunstancia de haber roto las relaciones con su hijo desde hacía 10 años, sin tener ninguna intención de recuperarlas, y de padecer una grave enfermedad psíquica que le había llevado a varios intentos de suicidio), afirma que la menor "se encuentra en un periodo de inicio y desarrollo de afectividades, y no consta que pueda o no perjudicarle la situación psíquica de la abuela; por lo que, tratándose de una menor, toda cautela es poca".

La STS 25 noviembre 2019 (*Tol 7615683*) negó la procedencia de establecer un régimen de comunicación entre el abuelo y nietos, con los que hacía 4 años que no mantenía relaciones personales, por estar muy deteriorada las relaciones con sus padres. La sentencia recurrida había confirmado la sentencia apelada, la cual había establecido un régimen de comunicación muy reducido, por entender que no existía el más mínimo riesgo para los menores, al desarrollarse las relaciones en régimen de supervisión en el Punto de Encuentro Familiar. Sin embargo, el TS estima el recurso de casación, afirmando que "no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así -por razón de que se les introduce en el conflicto entre los mayores- para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor".

IV. ¿JUSTA CAUSA PARA IMPEDIR LAS RELACIONES PERSONALES O PARA ESTABLECERLAS?

Un tema controvertido es el de determinar si es necesario entender probada la existencia de "justa causa" para establecer relaciones entre los abuelos y los menores o, si, por el contrario, tal y como parece deducirse de la dicción del art. 160.II CC, la "justa causa" solo ha de concurrir para excluirlas, presupuesto que, en principio, las mismas son beneficiosas para el menor y han de ser potenciadas.

La primera posición, ya expuesta por la STS 22 noviembre 2018 (*Tol 6932486*), es la que siguen las sentencias comentadas.

La STS 22 noviembre 2018 (*Tol 6830516*) afirma, así, que es necesario concretar el interés superior del menor como criterio para establecer un determinado régimen de visitas entre abuelos y nietos, pues de lo contrario la sentencia adolecerá de falta de motivación e incongruencia. Dice que "La motivación contenida en la sentencia [recurrida y casada] no expresa ni razona cuáles son las circunstancias que, frente a la valoración que hace la sentencia del juzgado, llevan a dejarla sin efecto para establecer un régimen de comunicaciones de los abuelos con las nietas, más allá de lo que se interesó y resulta de su condición de allegados, sin precisar si tales relaciones pueden restringir las relaciones de las niñas con su madre, como se infiere de lo dispuesto en el artículo 160 CC, y sin valorar si existe o no obstáculo ni oposición por parte del padre de las menores para que sus padres puedan compartir con el mismo el régimen de visitas establecido a su favor y, en definitiva, si esta relación es suficiente para desestimar la demanda". Concluye: "La realidad es que esta sala no conoce el fundamento de su decisión más allá de una genérica remisión a criterios comunes a esta suerte de medidas, en particular del interés del menor, sin concretar si este interés quedaba satisfecho en la forma que determinó la sentencia del juzgado".

IMPROCEDENCIA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA CUANDO EXISTE UNA DISTANCIA GEOGRÁFICA CONSIDERABLE ENTRE LOS DOMICILIOS DE LOS PROGENITORES. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA, NÚM. 58/2020, DE 28 DE ENERO (RJ 2020, 111)*

THE INADMISSIBILITY OF JOINT CUSTODY WHEN THERE IS A CONSIDERABLE GEOGRAPHICAL DISTANCE BETWEEN THE PARENTS' HOMES. COMMENT ON SPANISH STS NO. 58/2020, OF JANUARY 28 (RJ 2020, 111)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 702-717

* 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/Mª Victoria Mayor del Hoyo.

Javier
MARTÍNEZ
CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El Tribunal Supremo declara la imposibilidad de establecer un régimen de custodia compartida con menores en edad escolar cuando existe una distancia geográfica considerable entre los domicilios de los progenitores, pues ello acarrearía una situación de desarraigo del menor y le sometería a cambios intermitentes de colegios y de sistema sanitario e incluso, como ocurre en el caso analizado, con diferencias lingüísticas en su proceso de aprendizaje. Además, establece que el cambio de residencia del menor decidido unilateralmente por uno de los progenitores es reprobable, pero no es motivo suficiente para excluirle del ejercicio de la guarda y custodia en perjuicio del interés superior del menor.

PALABRAS CLAVE: Guarda y custodia; menores; distancia geográfica; traslado de domicilio; interés superior del menor.

ABSTRACT: *The Spanish Supreme Court declares that it is impossible to establish a system of joint custody with school-age children when there is a considerable geographical distance between the parents' homes, as this would lead to the uprooting of the child and subject him to intermittent changes in schools and the health system and even, as in the case in question, to linguistic differences in his or her learning process. Furthermore, it establishes that the change of residence of the child unilaterally decided by one of the parents is reprehensible, but it is not sufficient reason to exclude the parent from the exercise of custody to the detriment of the best interests of the child.*

KEY WORDS: *Custody; children; geographical distance; transfer of residence; best interests of the child.*

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN AUSENCIA DE PETICIÓN DE PARTE.- III. LA DISTANCIA EXISTENTE ENTRE LOS DOMICILIOS DE LOS PROGENITORES COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.- IV. EL TRASLADO UNILATERAL DEL MENOR Y SU INCIDENCIA EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA.

SUPUESTO DE HECHO

Dña. Natividad interpuso demanda de divorcio contra su esposa Dña. Paulina, en la que solicitaba que se le atribuyera en exclusiva la guarda y custodia de la hija menor de ambas, Victoria. Entre otras razones, alegaba que Dña. Paulina se había llevado de forma unilateral a la menor de la localidad donde residía, Madrid, y se había trasladado con ella a Alicante, obstaculizando e impidiendo la relación entre la menor y su progenitora Dña. Natividad. Subsidiariamente, para el caso de que dicha petición no fuera estimada, y siempre que Dña. Paulina trasladara su domicilio de nuevo a Madrid, solicitaba que se estableciera un régimen de custodia compartida distribuido en periodos alternos de quince días.

Dña. Paulina, por su parte, también presentó demanda de divorcio, que se acumuló a la anterior, en la que se opuso al régimen de custodia pretendido de contrario y solicitó que se estableciera un régimen de guarda y custodia exclusiva en su favor.

Ambas partes interesaron el establecimiento de medidas provisionales y el Juzgado de Primera Instancia dictó auto el 9 de noviembre de 2015 por el que fijó con carácter provisional un régimen de custodia compartida distribuido en periodos alternos de quince días. Posteriormente, en su Sentencia de 7 de junio de 2016, optó por mantener el régimen de guarda y custodia compartida como medida definitiva, pero modificó su configuración, pasando a distribuirse por periodos anuales (o mejor, dicho, por cursos escolares), de modo que cada progenitora tendría la custodia de la menor Victoria en años alternos desde el 1 de

• Javier Martínez Calvo
Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza. 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.

septiembre hasta el 30 de junio, sin considerar que fuera óbice para ello el hecho de que las progenitoras habitaran a 400 kilómetros (una de ellas vivía en Alicante y la otra en Madrid).

Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación las representaciones procesales de ambas partes, siendo desestimados sendos recursos por la Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 18 de abril de 2018, que ratificó el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia y mantuvo el régimen de guarda y custodia compartida acordado por este.

Las representaciones procesales de Dña. Natividad y Dña. Paulina interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, oponiéndose al régimen de guarda y custodia compartida establecido por el Juzgado de Primera Instancia y confirmado por la Audiencia Provincial de Madrid y solicitando ambas partes que les fuera atribuido el ejercicio exclusivo de la guarda y custodia. Los dos recursos se basaron en un mismo motivo: la infracción del art. 92 del Código Civil y del art. 2 de la de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y la incorrecta aplicación del principio de protección del interés del menor al establecer una custodia compartida a pesar de la gran distancia geográfica existente entre los domicilios de las progenitoras. El ministerio fiscal, por su parte, se opuso también al régimen de custodia compartida por idéntico motivo al planteado por las partes y solicitó que la guarda y custodia de la menor Victoria fuera atribuida a Dña. Paulina, por ser este el criterio del equipo psicosocial.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 29 de enero de 2020[1], estimó ambos recursos (parcialmente el de Dña. Natividad e íntegramente el de Dña. Paulina) y puso fin al régimen de custodia compartida, estableciendo un régimen de guarda y custodia exclusiva en favor de Dña. Paulina.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El objeto principal del litigio consiste en determinar si el hecho de que los domicilios de los progenitores se encuentren distantes entre sí es causa suficiente para excluir el establecimiento del régimen de custodia compartida. Al respecto, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 29 de enero de 2020[2], objeto de este comentario, establece la imposibilidad de afrontar un sistema de custodia compartida con menores en edad escolar cuando exista una distancia geográfica considerable entre los domicilios de los progenitores custodios, pues ello acarrearía una situación de desarraigo del menor y le sometería a cambios intermitentes de

1 *Vid.* STS 28 enero 2020 (RJ 2020, 111).

2 *Vid.* STS 28 enero 2020 (RJ 2020, 111).

colegios y de sistema sanitario e incluso, como ocurre en el caso analizado, con diferencias lingüísticas en su proceso de aprendizaje.

Además, se discute si el traslado del lugar de residencia del menor decidido de forma unilateral por uno de los progenitores sin contar con el consentimiento del otro o autorización judicial es motivo suficiente para excluirle del ejercicio de la guarda y custodia. El Tribunal Supremo se pronuncia en sentido negativo y establece que el cambio de residencia del menor unilateralmente acordado por uno de los progenitores es reprobable, pero ello no puede acarrear una sanción que perjudique el interés del menor.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN.

Como he anticipado, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre dos cuestiones relativas a la determinación del régimen de guarda y custodia: si el hecho de que los domicilios de los progenitores se encuentren distantes entre sí constituye un impedimento para el establecimiento de la custodia compartida y si el traslado del lugar de residencia del menor decidido de forma unilateral por uno de los progenitores sin contar con el consentimiento del otro o autorización judicial es causa suficiente para excluirle del ejercicio de la guarda y custodia. En las siguientes páginas abordaré por separado ambas cuestiones. Pero antes de centrarme de lleno en ellas, quiero hacer una breve referencia a otra cuestión que suscita el caso y en la que el Tribunal Supremo no entra, al no haber sido alegada por ninguna de las partes: la imposibilidad de establecer un régimen de custodia compartida en ausencia de petición de parte. Con ella comenzaré este análisis.

II. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN AUSENCIA DE PETICIÓN DE PARTE.

El art. 92.8 del Código Civil exige para poder establecer el régimen de guarda y custodia compartida en defecto de acuerdo de los progenitores que dicho régimen haya sido solicitado por al menos una de las partes, lo que excluye la posibilidad de adoptar la custodia compartida de oficio[3]. Al respecto, cabe entender que bastará con que se solicite de manera alternativa o incluso subsidiaria (para el caso de que

3 *Vid.* STS 19 abril 2012 (RJ 2012, 5909), STS 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269) y STS 15 junio 2016 (RJ 2016, 2780). *Vid.* también: Tena Piazuelo, I.: "La ruptura de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida", en *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo, 2008, p. 63; 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.), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016, pp. 200-201; López Jara, M.: "Aspectos procesales de la guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016, p. 1; y Méndez Tojo, R.: "La guarda y custodia compartida: una solución deseable", *Actualidad Civil*, núm. 1, 2017, p. 15.

no se admita la pretensión principal)[4], pero considero que no resultará suficiente con que ambos progenitores hayan solicitado para sí la custodia exclusiva[5].

En el caso que ha dado lugar al pronunciamiento objeto de este comentario, tal y como hemos visto en el apartado destinado a la exposición del supuesto de hecho, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid establecen el régimen de guarda y custodia compartida pese a que ambas progenitoras habían pedido para sí la guarda y custodia exclusiva. Aunque Dña Natividad solicitaba que subsidiariamente se estableciera un régimen de custodia compartida (lo que resultaría suficiente para dar por cumplido el requisito del art. 92.8 del Código Civil), condicionaba su petición a que Dña Paulina trasladara su domicilio de nuevo a Madrid. Pues bien, dado que la condición no se cumple, entiendo que la solicitud del régimen de guarda y custodia no resulta eficaz, y, por tanto, no puede considerarse que existiera petición de parte para el establecimiento de dicho régimen. En todo caso, si el tribunal quería establecer la custodia compartida, debería haberlo hecho de forma condicionada a que Dña. Natividad estableciera su domicilio en la misma localidad en la que habita su hija menor, tal y como ha hecho en otras ocasiones nuestra jurisprudencia[6]. Así las cosas, creo que ambas partes podrían haber utilizado este argumento para oponerse al establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida.

III. LA DISTANCIA EXISTENTE ENTRE LOS DOMICILIOS DE LOS PROGENITORES COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

El art. 2.3 d) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, impone la obligación de tratar de minimizar todos los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en la personalidad y desarrollo futuro del menor. Al respecto, no cabe duda de que la ruptura de una pareja con hijos puede afectar a la estabilidad de estos últimos, que, por lo pronto, tendrán que enfrentarse a una serie de cambio inevitables en su estilo de vida[7]. Por ello, en la determinación de las medidas relativas a

4 *Vid.* Tamayo Haya, S.: "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, 2007, p. 704.

5 *Vid.* en este sentido: STS 19 abril 2012 (RJ 2012, 5909). *Vid.* también: Tena Piazuelo, I.: "La ruptura de pareja con hijos", cit., p. 63. *Vid.* en sentido contrario: González del Pozo, J. P.: "La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal de custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016, p. 11.

6 *Vid.* a modo de ejemplo la SAP Alicante 24 abril 2009 (AC 2009, 1040), en la que se otorga la custodia compartida, pero se condiciona a que el padre fije su domicilio en la misma ciudad donde reside el menor.

7 *Vid.* Moreno Torres, J.: "Presente y futuro de la consideración del interés del menor en las decisiones judiciales y administrativas", *Revista de Derecho de familia*, núm. 64, 2014, p. 102; y De Dios Pérez, J. F.: "El impacto en los hijos de la separación de la pareja y su relación con la Modalidad individual o compartida de custodia", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016, p. 2.

los hijos menores, y, entre ellas, el régimen de guarda y custodia, cobra especial importancia tratar de garantizar la necesaria estabilidad del menor.

La estabilidad del menor está condicionada en buena parte por el mantenimiento de un arraigo social, escolar y familiar sólido. El arraigo social supone que el menor continúe relacionándose con su círculo de amigos y conocidos[8], el arraigo escolar aconseja que el menor continúe en el mismo colegio[9] y el arraigo familiar estará marcado por el mantenimiento de las relaciones con su familia extensa[10].

La mayoría de leyes autonómicas sobre guarda y custodia incluyen el arraigo del menor entre los criterios a los que debe acudir el juez para la determinación del régimen de guarda y custodia (art. 80.2 b) del Código del Derecho Foral de Aragón, Ley 71.2.4 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra y art. 9.3 g) Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores)[11]. Además, en el caso del Código Civil de Cataluña, aunque no recoge expresamente el arraigo del menor entre los criterios de determinación del régimen de guarda y custodia, sí que se refiere de forma indirecta al arraigo familiar en su art. 233-11.1 a), que alude a "las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares". Así mismo, de haber prosperado el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia presentado por el Gobierno el 19 de julio de 2013, este criterio se hubiera incluido también en nuestro Código Civil (art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo art. 92 bis.4 que pretendía introducir en nuestro Código Civil).

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 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, que introdujo la custodia compartida en nuestro derecho positivo, la jurisprudencia solía considerar que la custodia compartida era contraria a la estabilidad del menor[12], hasta el punto de constituir el argumento más frecuente para oponerse a dicho régimen. Sin embargo, progresivamente se

8 *Vid.* Delgado del Río, G.: *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 99

9 *Vid.* Tamayo Haya, S.: "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia en la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial", en AA.VV.: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* (coord. por Lasarte Álvarez, C.), El Derecho, Madrid, 2005, p. 751.

10 *Vid.* Delgado del Río, G.: *La custodia de los hijos*, cit., p. 99

11 *Vid.* también: art. 5.3 e) de la anulada Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

12 *Vid.* SAP Navarra 11 noviembre 1992 (AC 1992, 1565), SAP Cuenca 30 septiembre 1996 (AC 1996, 2457), SAP Almería 11 febrero 1998 (AC 1998, 3359), SAP Barcelona 30 abril 1999 (AC 1999, 6596), SAP Cádiz 18 enero 2001 (JUR 2001, 114647), SAP Madrid 25 octubre 2002 (JUR 2003, 29800), SAP Albacete 1 diciembre 2003 (JUR 2004, 51020), SAP Baleares 13 abril 2004 (JUR 2004, 171529) y SAP Valladolid 13 julio 2004 (JUR 2004, 243901).

ha superado esta postura y, hoy en día, se ha impuesto la idea de que la custodia compartida no supone en sí misma una alteración de la estabilidad del menor[13].

Pero ello no quiere decir que no haya supuestos en los que el establecimiento del régimen de custodia compartida pueda comprometer la necesaria estabilidad del menor. Es lo que suele ocurrir, por ejemplo, cuando los domicilios de los progenitores se encuentran a una cierta distancia. No en vano, la ubicación de las viviendas de los progenitores es un aspecto que ha sido incluido por algunas leyes autonómicas entre los criterios a valorar para la determinación del régimen de guarda y custodia: en concreto, lo recogen el Código Civil de Cataluña [art. 233-11.1 g)] y la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores [art. 9.3 i)].

En el caso del Derecho común, durante la tramitación de la Ley 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, estuvo sobre la mesa la posibilidad de exigir como requisito para el establecimiento de la custodia compartida que la ubicación de los domicilios de los progenitores no pusiera en riesgo la necesaria estabilidad del menor. A tal efecto, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda en el Senado (enmienda núm. 37) por la que pretendía añadir al art. 92.8 del Código Civil que "en todo caso se asegure que la ubicación de los domicilios de los padres el menor gozará de la necesaria estabilidad para el mejor desarrollo de su personalidad y para el desenvolvimiento idóneo de sus hábitos y relaciones mejorables"[14]. Como se puede observar, la redacción era más que mejorable, pero ello no impide entender el sentido de la previsión que se pretendía introducir. Además, la Diputada Dña. María Olaia Fernández Davila, del Grupo Parlamentario Mixto, presentó una enmienda (núm. 32) en la que pedía que se introdujeran algunos criterios específicos para la determinación del régimen de guarda y custodia, y, entre ellos, estaba el relativo al lugar de residencia de los progenitores[15]. No obstante, ambas enmiendas fueron rechazadas por el Congreso de los Diputados en la sesión núm. 79 (votación 39), celebrada el 21 de abril de 2005[16], por lo que dicha previsión no se incluyó en el texto definitivo de la ley.

Años más tarde, el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la

13 *Vid.* SSTS 8 octubre 2009 (RJ 2009, 4606), 11 marzo 2010 (RJ 2010, 2340), 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269), 14 octubre 2015 (JUR 2015, 244697), 11 febrero 2016 (RJ 2016, 249), 1 marzo 2016 (RJ 2016, 736), 21 diciembre 2016 (RJ 2016, 5998), 19 octubre 2017 (RJ 2017, 4485), 10 enero 2018 (RJ 2018, 61), 6 abril 2018 (JUR 2018, 98197) y 18 abril 2018 (RJ 2018, 1676), entre otras.

14 *Vid.* BOCG. Senado Núm. II-14-c de 26/05/2005.

15 *Vid.* BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005.

16 *Vid.* DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005.

convivencia también trató de introducir en el Código Civil la ubicación de las viviendas de los progenitores como uno de los criterios a valorar para la determinación del régimen de guarda y custodia (art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo art. 92 bis.4 que pretendía introducir en nuestro Código Civil).

Pese a la ausencia de previsión legal en el Derecho común, tanto jurisprudencia[17] como doctrina[18] se vienen mostrando contrarias al establecimiento del régimen de custodia compartida cuando no existe cierta proximidad entre los domicilios de los progenitores. Con ello se pretende garantizar un entorno estable para el menor, evitando las perturbaciones que pudiera causarle el cambio del lugar de residencia, que suele ir acompañado de cambios de colegio, de amistades, de hábitos o rutinas, de actividades, etc. No obstante, también hay quien considera que, aunque la cercanía de los domicilios es recomendable para el establecimiento del régimen de custodia compartida, no es imprescindible[19].

En todo caso, cabe advertir que sólo resulta admisible exigir la proximidad de los domicilios de los progenitores para el establecimiento del régimen de custodia compartida cuando se establece una configuración del mismo en la que son los menores los que cambian de domicilio, ya que si estos permanecen en la misma vivienda y los que van rotando son los padres, creo que resulta irrelevante la distancia geográfica que separe sus domicilios a efectos de la estabilidad y arraigo del menor.

Por lo demás, el problema principal que plantea este criterio consiste en determinar la distancia máxima que puede considerarse aceptable para que proceda el establecimiento de un régimen de custodia compartida.

Al respecto, cabe entender que si ambos progenitores residen en la misma localidad no habrá inconveniente para que el régimen de guarda y custodia compartida pueda desarrollarse con normalidad[20]. En este sentido, creo que resultaría excesivo exigir que las viviendas de ambos progenitores estuvieran

17 *Vid*. SSTS 8 octubre 2009 (RJ 2009, 4606), 11 marzo 2010 (RJ 2010, 2340) y 10 enero 2018 (RJ 2018, 61), SAP Málaga 22 octubre 2013 (JUR 2014, 17117) y SAP Tarragona 22 enero 2018 (JUR 2018, 87195).

18 *Vid*. Meco Tébar, F.: "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 19 de julio (EDJ 2013, 149996)", *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, p. 591; y Martín Molina, A.: "Cuestiones actuales sobre la custodia compartida", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 15, 2017, p. 4. *Vid*. también: Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

19 *Vid*. Marín García de Leonardo, M. T.: "Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009, p. 102; y Hernando Ramos, S.: "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia. Especial referencia a la guarda y custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, 2010, p. 8.

20 *Vid*. Pinto Andrade, C.: "La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución", *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 9, 2015, p. 163.

ubicadas en el mismo barrio, tal y como sugiere algún autor[21]. De hecho, nuestra jurisprudencia ha valorado positivamente en favor de la custodia compartida el hecho de que los dos progenitores tengan su residencia en el mismo municipio, pese a que no se encuentren en el mismo barrio[22].

Los problemas se dan sobre todo en aquellos supuestos en los que los progenitores residen en localidades diferentes, como ocurre en el caso que nos ocupa. Cuando ello sucede, como adelantaba, la jurisprudencia suele mostrarse contraria al establecimiento del régimen de custodia compartida. Por ejemplo, se ha rechazado esta modalidad de custodia cuando uno de los progenitores vivía en Jerez de la Frontera y el otro en Rentería (1102 km)[23], cuando uno vivía en Zaragoza y el otro en Marbella (890 km)[24] o cuando uno vivía en Salamanca y otro en Alicante (638 km)[25]. El rechazo a la custodia compartida es todavía más acusado cuando los progenitores residen en distintos países, en cuyo caso la jurisprudencia se muestra contraria a la misma de forma prácticamente unánime[26]. Y resulta razonable, pues el cambio de cultura, costumbres, sistema educativo, idioma, clima, etc. puede suponer un importante foco de estrés para el menor.

Aunque en ocasiones se ha establecido la custodia compartida en supuestos en los que los progenitores residían en localidades diferentes, suele tratarse de casos en los que dichas localidades no están excesivamente distantes entre sí. Así, a modo de ejemplo, se ha adoptado la custodia compartida cuando uno de los progenitores vivía en Valencia y el otro en Torrent (11 km)[27], cuando uno vivía en Zaragoza y el otro en María de Huerva (15 km)[28] o cuando uno vivía en Denia y otro en Gandía (34 km)[29]. En estos casos en los que la lejanía no es excesiva, considero habrá que tener muy en cuenta el tiempo efectivo que el menor debe dedicar a los desplazamientos. No podemos obviar que en ocasiones puede llevar más tiempo ir de un punto a otro de una gran ciudad que recorrer el trayecto entre dos municipios. Y es que, si el tiempo que el menor ha de dedicar a los desplazamientos no impide que pueda asistir al mismo centro educativo y

21 *Vid.* De la Fuente Núñez de Castro, M. S.: "Guarda y custodia compartida: de su negación jurisprudencial a su admisión en el proyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio", en AA.VV.: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* (coord. por Lasarte Álvarez, C.), El Derecho, Madrid, 2005, p. 725.

22 *Vid.* SAP A Coruña 17 abril 2008 (JUR 2008, 225590) y SAP Madrid 22 diciembre 2008 (JUR 2009, 88147).

23 *Vid.* STS 10 enero 2018 (RJ 2018, 61).

24 *Vid.* SAP Zaragoza 20 julio 2012 (JUR 2012, 276585).

25 *Vid.* STS 19 octubre 2017 (RJ 2017, 4484).

26 *Vid.* SAP Baleares 23 enero 2018 (JUR 2018, 64737), en la que el tribunal rechaza la custodia compartida debido a que el padre vivía en España y la madre en Brasil y SAP Tarragona 2 febrero 2018 (JUR 2018, 85484), en la que se descarta la custodia compartida porque uno de los progenitores vivía en Marruecos y el otro en España.

27 *Vid.* SAP Valencia 11 diciembre 2013 (JUR 2014, 81374).

28 *Vid.* STSJ Aragón 9 octubre 2013 (RJ 2013, 8497).

29 *Vid.* STSJ Valencia 6 septiembre 2013 (RJ 2013, 6660).

mantener una relación fluida con su círculo familiar y afectivo, creo que no hay impedimento para adoptar un régimen de custodia compartida pese a que los progenitores vivan en distintas localidades. En otro caso, la ejecución del régimen de custodia compartida puede resultar más complicada, y, de adoptarse, cabe entender que será necesario que la alternancia se lleve a cabo en todo caso por años o por cursos escolares[30], pues lo contrario implicaría cambios de colegio durante el curso, lo que desde luego no parece compatible con el interés superior del menor.

De hecho, en el supuesto que estamos analizando, en el que Dña. Natividad habitaba en Madrid y Dña. Paulina en Alicante, localidades que distan entre sí 400 kilómetros, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial establecen un régimen de guarda y custodia compartida distribuido por cursos escolares. Sin embargo, ni uno ni otro abordan una cuestión que, a mi modo de ver, tenía cierta relevancia en el supuesto analizado. Y es que, cuando existen diferencias lingüísticas entre ambos territorios, como es el caso, creo que sería conveniente que la propia sentencia por la que se establezca el régimen de custodia compartida impusiera que los menores acudan a centros educativos que utilicen una misma lengua vehicular y un programa de estudios semejante.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo considera que la distancia de 400 kilómetros existente entre las localidades constituye un escollo insalvable para el establecimiento del régimen de custodia compartida y fija la doctrina que ya he anticipado, por la que declara la imposibilidad de afrontar un sistema de custodia compartida con menores en edad escolar cuando exista una distancia geográfica considerable entre los domicilios de los progenitores custodios, por acarrear una situación de desarraigo del menor y someterle a cambios intermitentes de colegios y de sistema sanitario e incluso, como ocurre en el caso analizado, con diferencias lingüísticas en su proceso de aprendizaje.

Una vez descartada la custodia compartida con base en la lejanía de las residencias de los progenitores, y, dado que el argumento es precisamente el de tratar de garantizar la estabilidad y arraigo del menor, parece que lo razonable sería que la guarda y custodia se atribuyera preferentemente al progenitor que viva en la misma localidad en la que residía la familia con anterioridad a la ruptura[31]. No obstante, habrá que tener en cuenta el resto de las circunstancias concurrentes en el caso para determinar qué solución es más beneficiosa para el interés superior del menor. De hecho, ya hemos visto que en el supuesto objeto de análisis el

30 *Vid.* Simón Gil, M.: "Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia", en AA.VV.: *Custodia compartida y protección de menores* (ed. por Tapia Parreño, J. J.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2 (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 198.

31 *Vid.* Serrano García, J.A.: "La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida", *Revista de Derecho civil aragonés*, núm. 18, 2012, p. 21.

Tribunal Supremo opta por atribuir la guarda y custodia a Dña. Paulina por ser lo más conveniente para el interés superior del menor, pese a que ello conlleve un cambio en su lugar de residencia.

Por último, considero que si Dña. Paulina trasladara su residencia de nuevo a Madrid o Dña. Natividad estableciera su domicilio en Alicante, podría resultar motivo suficiente para la interposición de una demanda de modificación de medidas basada en la alteración sustancial de las circunstancias que conlleva dicho cambio domiciliario (art. 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y arts. 90.3 y 91 del Código Civil), sobre todo si tenemos en cuenta que la lejanía existente entre los lugares de residencia de los progenitores es el principal argumento en el que se basa la exclusión del régimen de custodia compartida en el presente caso. En todo caso, una vez más, el cambio del régimen de guarda y custodia estaría condicionado a que ello resultara lo más conveniente al interés superior del menor, pues es el fin último al que debe atenderse.

IV. EL TRASLADO UNILATERAL DEL MENOR Y SU INCIDENCIA EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA.

El art. 19 CE recoge el derecho de todos los españoles a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional, por lo que, con carácter general, todas las personas son libres para trasladar su domicilio de una localidad a otra. El problema surge cuando quien desea cambiar su lugar de residencia tiene a su cargo a un menor de edad, pues el ejercicio compartido de la patria potestad impide que pueda adoptar dicha decisión de forma unilateral.

Y es que, lo habitual tanto en los supuestos de normalidad familiar como en los de ruptura es que el ejercicio de la patria potestad pertenezca de forma conjunta a ambos progenitores. Así se deduce del art. 92.4 del Código Civil, que prevé que los supuestos de nulidad, separación y divorcio no alteran el ejercicio conjunto de la patria potestad, salvo que excepcionalmente las partes hayan acordado o el juez haya decidido establecer el ejercicio individual en favor de uno de los progenitores. Es decir, ambos padres mantienen intactos los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, independientemente de quién se encuentre junto al menor en cada momento. Es indudable que hay algunas decisiones que por su escasa relevancia o por tener un carácter urgente, pueden y deben ser adoptadas por el progenitor que se encuentre junto al menor. Pero cuando se trata de decisiones de mayor importancia, resulta necesario en todo caso el consentimiento de ambos progenitores, o, en su defecto, autorización judicial. Téngase en cuenta que el art. 156.2 del Código Civil, que se refiere a los supuestos de desacuerdo entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, les faculta para que puedan acudir al juez a fin de que este otorgue a uno u otro

la capacidad de decidir; y, por ende, no ampara que la decisión pueda tomarse prescindiendo del consentimiento del otro progenitor y de la autorización del juez.

Pues bien, el traslado del lugar de residencia del menor se encuentra dentro de las decisiones que pueden calificarse como de mayor importancia, y, por tanto, no puede adoptarse de forma unilateral por uno de los progenitores. Obviamente, no tendrán el mismo tratamiento los supuestos en los que el cambio se produce dentro de la propia localidad y aquellos otros en los que se traslada el lugar de residencia a otra ciudad o incluso al extranjero. En el primer caso, lo habitual es que el cambio sea prácticamente irrelevante desde el punto de vista del interés superior del menor, mientras que en el resto de los casos existe una alta probabilidad de que dicho interés superior pueda verse afectado. Por ello, si atendemos a la jurisprudencia, observamos que la autorización de traslado de domicilio del menor suele condicionarse a que no quede afectado su desarrollo emocional, la progresión de su personalidad, su estabilidad o el contacto con sus progenitores y hermanos[32].

En el caso que estamos analizando, Dña. Paulina se llevó a la menor Victoria de la localidad donde residía, dándola de baja del centro educativo al que asistía y trasladándola junto a ella a Alicante, donde la inscribió en el padrón municipal y la matriculó en otro colegio. Al respecto, alega que concurría una causa justificada, pues había perdido su puesto de trabajo en Madrid. No obstante, si bien dicha coyuntura podría justificar la necesidad de trasladarse a Alicante junto a su hija, ya hemos visto que no cabe adoptar una decisión de tal trascendencia sin el consentimiento del otro progenitor o autorización judicial.

Cuando ello ocurre y uno de los progenitores se traslada junto al menor prescindiendo del consentimiento del otro progenitor o de la correspondiente autorización judicial, pueden derivarse diferentes consecuencias civiles o penales, en las que no me voy a detener por exceder del objeto de este estudio. Aquí nos interesa determinar si entre las consecuencias civiles derivadas de la conducta del progenitor que se traslada junto al menor de forma unilateral se comprende la exclusión de dicho progenitor del ejercicio de la guarda y custodia.

En el supuesto que estamos analizando, el Tribunal Supremo considera que, aunque la conducta de Dña. Paulina es reprobable, no es motivo suficiente para excluirle del ejercicio de la guarda y custodia, dado que no resulta lo más conveniente para el interés superior del menor en el caso concreto[33]. Para ello tiene en cuenta especialmente el resultado del informe elaborado por el equipo

32 *Vid.* SSTS 26 octubre 2012 (RJ 2012, 9730) y 11 diciembre 2014 (RJ 2014, 6539).

33 En términos semejantes se había pronunciado con anterioridad en su Sentencia de 18 de abril de 2018 (RJ 2018, 1676).

psiscosocial, pues como reconoce el tribunal, es el principal elemento de juicio con el que cuenta en el caso. Dicho informe se decanta por atribuir la guarda y custodia a Dña. Paulina, ya que había sido la cuidadora principal de la menor.

Por lo tanto, una vez más, la decisión que adopte el juez dependerá de lo que resulte más recomendable para el interés superior del menor, pues como vengo reiterando, es el principal criterio al que se debe atender en la adopción de cualquier decisión en la que pueda resultar afectado un menor de edad[34].

34 *Vid.* en este sentido: SSTS 19 noviembre 2015 (RJ 2015, 5495) y 12 enero 2017 (RJ 2017, 12).

BIBLIOGRAFÍA

De la Fuente Núñez de Castro, M.S.: "Guarda y custodia compartida: de su negación jurisprudencial a su admisión en el proyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio", en AA.VV.: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* (coord. por Lasarte Álvarez, C.), El Derecho, Madrid, 2005.

De Dios Pérez, J. F.: "El impacto en los hijos de la separación de la pareja y su relación con la Modalidad individual o compartida de custodia", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016.

Delgado del Río, G.: *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010.

González del Pozo, J. P.: "La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal de custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016.

Hernando Ramos, S.: "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia. Especial referencia a la guarda y custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, 2010.

López Jara, M.: "Aspectos procesales de la guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016.

Marín García de Leonardo, M. T.: "Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009.

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.), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016.

Martín Molina, Alejandro A.: "Cuestiones actuales sobre la custodia compartida", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 15, 2017.

Meco Tébar, F.: "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 19 de julio (EDJ 2013, 149996)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015.

Méndez Tojo, R.: "La guarda y custodia compartida: una solución deseable", *Actualidad Civil*, núm. 1, 2017.

Moreno Torres, J.: "Presente y futuro de la consideración del interés del menor en las decisiones judiciales y administrativas", *Revista de Derecho de familia*, núm. 64, 2014.

Pinto Andrade, C.: "La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución", *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 9, 2015.

Serrano García, J. A.: "La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida", *Revista de Derecho civil aragonés*, núm. 18, 2012.

Simón Gil, M.: "Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia", en AA.VV.: *Custodia compartida y protección de menores* (ed. por Tapia Parreño, J. J.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2 (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

Tamayo Haya, S.:

- "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia en la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial", en A.A.VV.: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* (coord. por Lasarte Álvarez, C.), El Derecho, Madrid, 2005.
- "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, 2007.

Tena Piazuelo, I.: "La ruptura de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida", en *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo, 2008.

CUSTODIA COMPARTIDA Y VIVIENDA COMÚN EN CASOS DE PROGENITORES SIN RECURSOS. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA NÚM. 215/2019, DE 5 DE ABRIL

JOINT CUSTODY AND FAMILY HOUSE IN CASES OF PARENTS WITHOUT RESOURCES. COMMENT ON SPANISH STS 215/2019, OF APRIL 5TH

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 718-731

Borja DEL CAMPO ÁLVAREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: En la sentencia 215/2019 de 5 de abril el Tribunal Supremo establece su criterio sobre el ejercicio de la guardia y custodia compartida de hijos menores de edad y la vivienda común en casos de incapacidad económica de los progenitores. A lo largo de estas líneas se realiza un análisis del pronunciamiento y se extraen diferentes conclusiones en torno a diferentes figuras del Derecho de Familia español.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Familia; custodia compartida; vivienda familiar.

ABSTRACT: *In sentence 215/2019 of April 5th, the Supreme Court establishes its criteria on the exercise of guardianship and joint custody of minor children and common housing in cases of economic incapacity of the parents. Along these lines, an analysis of the pronouncement is made and different conclusions are drawn about different figures in Spanish Family Law.*

KEY WORDS: *Family Law; joint custody; family house.*

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO: I. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL INTERÉS DEL MENOR. BREVE ESTUDIO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.- II. APUNTES SOBRE LOS CRITERIOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 215/2019 DE 5 ABRIL SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LA VIVIENDA COMÚN EN CASOS DE PROGENITORES SIN RECURSOS.

SUPUESTO DE HECHO

El juzgado de primera instancia decidió conceder, en un proceso de modificación de medidas instado por el progenitor no custodio, el régimen de guardia y custodia compartida con alternación semanal del hijo menor de edad. A tal efecto, se aprobó la medida de que se compartiera la vivienda familiar con el objeto de que el menor no tuviera que cambiar de residencia cada semana.

La decisión fue tomada siguiendo las recomendaciones del informe psicosocial elaborado por lo expertos. Según las conclusiones de los especialistas, el régimen de custodia compartida redundaba en el interés del menor puesto que existía una "buena vinculación afectiva" con ambos progenitores. Asimismo se afirmaba que tanto el padre como la madre estaban perfectamente capacitados para el ejercicio común de la custodia de su hijo menor[1].

Un año después, la Audiencia Provincial de Granada, en apelación, decide estimar el recurso y revocar el fallo de la sentencia del juzgado de primera instancia

1 En el fundamento jurídico primero de la sentencia se determina que "explica que ambos reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de responsabilidades parentales y apoyos familiares y que el equipo psicosocial detecta que la madre atribuye al hijo expresiones y conductas que no son adecuadas ni objetivas para su edad. Igualmente considera acreditado que el padre tiene trabajo que le permite alternar turnos de tarde y mañana, lo que le permitiría dedicar la tarde al completo al cuidado del hijo, contando con el apoyo además de sus padres. Concluye que el informe del equipo psicosocial, se insistió en los beneficios que la custodia compartida ofrece al niño, destacando las aptitudes del padre, para el desarrollo eficaz del mismo; así como que de las testificales e interrogatorios se ha obtenido la convicción de que ambos progenitores están perfectamente capacitados para el ejercicio de la custodia responsable, que el menor presenta buena vinculación afectiva con ambos, por mucho que la madre se haya esforzado en manifestar lo contrario- indica expresamente la sentencia- y que ambos cuentan con apoyo familiar necesario, cuando lo precisen. Concluye que, al no concurrir ningún impedimento en los progenitores, se acuerda la custodia compartida por semanas, a través de sistema nido, de modo que el menor quedará siempre en el domicilio familiar, alternándose los progenitores".

• Borja del Campo Álvarez
Investigador predoctoral del área de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo. Correo electrónico: campoborja@uniovi.es.

sobre la modificación de medidas[2]. Ello se tradujo en la vuelta a un régimen de guardia y custodia monoparental y exclusiva del hijo menor de edad en favor de su madre.

La Audiencia Provincial considera, en el fundamento jurídico segundo, que "no existen hechos que aconsejen la modificación de medidas (...). Desde las malas relaciones de los padres[3], las buenas del menor con su madre y abuelos maternos, no nos parece conveniente en absoluto, al no beneficiar al menor en nada lo que se pretende. Y, por supuesto la guarda y custodia compartida y, descabellado el establecimiento de los padres para habitar en la misma vivienda". Ante esto, el padre del menor decidió interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo. En un pronunciamiento breve, pero con gran interés, se muestra muy crítico con los razonamientos expresados por la Audiencia Provincial de Granada.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La novedad de esta resolución judicial viene determinada por los razonamientos y conclusiones que alcanza el Tribunal Supremo respecto del objeto del recurso de casación: la custodia compartida y la vivienda común en casos de progenitores sin recursos. Se analizan las consecuencias jurídicas sobre la vivienda común en aquellos casos en los que concurre una incapacidad económica sobrevenida de los progenitores con un régimen de custodia compartida de los hijos menores[4].

Respecto de la modificación de medidas[5] entiende que "dado que el menor contaba con meses cuando los progenitores rompieron su convivencia, que en la actualidad tiene siete años y que en anterior procedimiento ya se anunciaba la posibilidad de un cambio en el sistema de custodia, debemos concluir que se aprecia un cambio cierto y sustancial de las circunstancias concurrentes, como para posibilitar un cambio de custodia en interés del menor, unido ello al informe

2 Para mayor abundamiento sobre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en torno a la figura de la custodia compartida cfr. Campuzano Tomé, H.: "La custodia compartida: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales", *Aranzadi Civil: revista quincenal*, núm. 3, 2004, pp. 2479-2512.

3 Cfr. Orozco González, M.: "La influencia negativa del progenitor y custodia: reflexiones acerca de la jurisprudencia reciente", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 18, 2018.

4 Cfr. Flores Martín, J.: "Ejercicio de la custodia compartida en la vivienda común y empobrecimiento patrimonial de los progenitores: Comentario a la STS 215/2019, de 5 de abril", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 49, 2019.

5 Cfr. Beltrá Cabello, C.: "Guarda y custodia compartida del menor: modificación de medidas en un divorcio", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 184, 2016, pp. 41-46; Callejo Carrión, S.: "El Tribunal Supremo y los procesos de modificación de medidas en el ámbito familiar: de la alteración sustancial de circunstancias al cambio cierto (Comentario a la STS de 5 de abril de 2019, rec. núm. 2732/2018)", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 223-224, 2019, pp. 61-66; Florit Fernández, C.: "Consecuencias de la adjudicación de la custodia individual en las medidas provisionales en cuanto a las posibilidades de una futura custodia compartida en el proceso principal", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019, pp. 516-537; Pérez Martín, A. J.: "Modificación de medidas: de la custodia individual a la custodia compartida", *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 77, 2017, pp. 31-57.

psicosocial favorable"[6]. En este sentido, no se deja de reiterar la consolidada jurisprudencia sobre modificación de medidas[7].

Sobre la conveniencia del régimen de guarda y custodia compartida para el hijo menor de este caso en concreto el Tribunal Supremo afirma que "la sentencia recurrida, se aparta de la doctrina mencionada, sustentando su postura en datos inconsistentes, imprecisos e incompletos, limitándose a mencionar las bondades del mantenimiento del sistema de custodia sin contrastarlo con las posibilidades del solicitado, que aconsejaba el informe psicosocial"[8].

El tribunal considera que "los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma (...) no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común". Añade, finalmente, que "el destino de la vivienda familiar será el que las partes le den, de acuerdo con la naturaleza del bien".

COMENTARIO

I. La custodia compartida y el interés del menor. Breve estudio normativo y jurisprudencial.

La custodia compartida constituye, desde hace bastantes años, una de las instituciones emergentes en el Derecho de Familia español. En la actualidad es muy frecuente encontrarse con muchos pronunciamientos que prevén la custodia

6 En la misma línea, cfr. las SSTS 12 abril (242/2016) y 13 abril 2016 (251/2016).

7 Cfr. Cañizares Aguado, R. E.: "Los requisitos para solicitar la modificación de las medidas paterno filiales en base a la última jurisprudencia", *Economist & Jurist*, vol. 26, núm. 223, 2018, pp. 26-37.

8 "La interpretación del artículo 92 (...) debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de 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". Cfr. STS 25 abril 2014 (200/2014).
"(...) Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (STS de 2 de julio de 2014).

compartida como solución preponderante en una gran mayoría de los supuestos de crisis familiares, no exentas de litigiosidad[9].

Conviene recordar que, dada la configuración de nuestro país como un estado plurilegislativo, existen normas de rango autonómico y foral que regulan, de forma específica, el régimen relativo a la guardia y custodia de los hijos menores en casos de nulidad, separación o divorcio[10].

Existe una tendencia jurisprudencial, legislativa y doctrinal generalizada que aboga por el régimen de custodia compartida respecto de los hijos menores en común[11], en claro detrimento de otros modelos, como la custodia exclusiva, otrora vigentes y cuyo impacto actual es, salvo contadas excepciones, mucho más limitado.

En este sentido, conviene recordar que, hasta la reforma del Código Civil por la ley de 9 de julio de 2005, se contemplaba la atribución legal de la guardia y custodia a uno de los progenitores en exclusividad. La evolución normativa ha sido paulatina, el legislador ha ido adaptando, gradualmente, el régimen legal de la custodia de los hijos menores.

Así, el primigenio art. 70 CC recogía que, en casos de nulidad matrimonial "los hijos mayores de siete años quedarán bajo el cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno sólo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos".

Por su parte, el art. 73 CC, previsto para los supuestos de separación, señalaba que "debían ser puestos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente". En ambas situaciones, tanto si se producía un caso de nulidad matrimonial o se materializaba la separación de los cónyuges, el cuidado de los hijos e hijas menores de siete años quedaba en manos de la madre.

Con las reformas de 13 de mayo y 24 de mayo de 1981 no se implementó el modelo de custodia compartida en nuestro país, a pesar de que se realizó algún tímido cambio en esta línea. Por aquel entonces se aprobó la eliminación del

9 Cfr. Berrocal Lanzarot, A. I.: "Cuestiones controvertidas e implicaciones prácticas en torno a la guardia y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 3, 2014, pp. 29-53.

10 Cfr. Martínez Calvo, J.: *La guardia y custodia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 97-126; Seisdedos Muiño, A.: "La custodia compartida en el Código Civil y en la legislación autonómica", en AA.VV.: *Justicia en tiempos de crisis* (coord. por Ixusko Ordeñana Gezuraga y Maite Uriarte Ricote) Universidad del País Vasco, Bilbao, 2016, pp. 483-508.

11 Cfr. De Verda y Beamonte, J. R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 91, núm. 752, 2015, pp. 3389-3468.

criterio de atribución de la prole al cónyuge inocente, dando paso a la ponderación del juez conforme al principio de interés del menor a efectos de determinar la custodia de los hijos mayores de siete años (art. 159 CC).

En la reforma del año 1990 se suprimió, en virtud del principio de igualdad y no discriminación, el criterio de preferencia materna para la guarda y cuidado de los hijos menores de siete años[12]. Sin embargo, no es hasta el año 2005 cuando el legislador apuesta, decididamente, por desplazar el modelo de custodia monoparental por el de custodia compartida que tan interiorizado se encuentra hoy en nuestro pensamiento colectivo y que, pese a ello, sigue generando un enriquecedor debate doctrinal[13].

La redacción actual del primer inciso del art. 92.5 CC, modificación introducida por la ley 15/2005 de 8 de julio, recoge que "se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento". Esta regla ha sido perfilada por la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo[14].

En la actualidad, la custodia compartida en los casos de nulidad, separación o divorcio constituye la regla general. Algo que viene reforzado, no solo por la doctrina jurisprudencial, sino también por lo contenido en el art. 92.8 CC, que dispone que "excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola

12 Tal y como señala Guilarte Martín-Calero a este respecto, "se constata aquí perfectamente la evolución experimentada en esta materia que, inicialmente, refleja una sociedad patriarcal donde aparecen perfectamente atribuidas las funciones de guarda y cuidado de la prole a la madre, lo que determinaba la consagración legal de la antigua pero todavía vigente doctrina de los años tiernos, en cuya virtud se presume que toda madre, por el hecho de serlo, está mejor capacitada que el padre para la crianza y cuidado de los hijos, de manera que, salvo que quede probada su concreta incapacidad, se le atribuirá la guarda de los hijos menores de 7 años; doctrina a todas luces inconstitucional y que colocaba a los padres en una situación de desventaja; hoy la ley es neutra y presume que ambos padres están igualmente capacitados para la crianza de los hijos, erigiéndose como único criterio legal el principio del interés superior del menor que deberá ser concretado por el juez atendiendo a las circunstancias del caso de que se trate". Cfr. Guilarte Martín-Calero, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2010.

13 Cfr. O'Callaghan Muñoz, X.: "Custodia compartida. Vigencia y práctica en el Código Civil. Aplicación jurisprudencial", *Actualidad Civil*, núm. 6, 2016, pp. 4-10; Zarraluqui Navarro, L.: "A vueltas con la guardia y custodia compartida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 954, 2019.

14 Sobre la idoneidad de la custodia compartida el Tribunal Supremo afirma que "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven". Cfr. SSTS 4 octubre 2009 (623/2009) y 29 abril 2013 (257/2013), entre otras.

en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor"[15].

Del análisis conjunto de los citados artículos es fácil deducir que el legislador se decanta, con meridiana claridad, por el modelo de custodia compartida. Bien es cierto que, en la forma que lo hace no es quizás la más adecuada. En todo caso, no debería sorprendernos, la mejorable técnica legislativa que, desgraciadamente, arrastra desde hace algún tiempo nuestro ordenamiento.

Es evidente que, a pesar de su redacción, el modelo preponderante es el de la custodia compartida entre los progenitores[16]. Así, con base en el interés superior del menor[17] y sin ser muy rígido con los requisitos del quinto apartado del art. 92 CC, el legislador da un amplio margen al juez para, a instancia de las partes, establecer un régimen de guardia y custodia compartida de los hijos menores de edad[18].

Conviene señalar que, conceptualmente, la guardia y custodia compartida debería ir más allá de una mera cuestión cuantitativa[19]. No se trata solo de una

15 Sobre este apartado cabe recordar que el Tribunal Constitución, a raíz de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria nº 912-2006, declaró inconstitucional el término "favorable", el cual aparecía inserto en la redacción inicial del art. 92 CC ["Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor"].

16 En palabras del Tribunal Supremo "habrá de 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". Cfr. SSTS 25 de abril (200/2014), 30 de octubre (619/2014) y 18 noviembre 2014 (616/2014). A su juicio, la pretensión de la custodia compartida debe ser la de "aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos". Cfr. STS 16 febrero 2015 (52/2015).

17 Cfr. Atienza López, J. I.: "El interés del menor y la custodia compartida", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 79-80, 2007, pp. 45-52; Goñi Huarte, E.: "La evolución del interés superior del menor en la atribución de la guarda y custodia compartida", en AA.VV.: *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española* (coord. por Susana Sanz Caballero), Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017, pp. 415-424.
A este respecto el Tribunal Supremo ha señalado que "siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses". Cfr. SSTS 10 diciembre 2012 (745/2012) y 31 enero 2013 (823/2012). "Es la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status si no similar, sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento, y esto se consigue no sólo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar". Cfr. SSTS 17 junio (426/2013) y 17 de octubre 2013 (622/2013).

18 Cfr. Durán Rivacoba, R.: "Custodia compartida y ejercicio jurisdiccional", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por Luis Díez-Picazo), vol. 1, 2014, pp. 1215-1239.

19 Cfr. Ramírez González, M.: "¿De qué hablamos cuando aludimos a la custodia compartida?: errores frecuentes en su conceptualización", *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 15, núm. 1, 2015, pp. 29-37;

determinación estrictamente residencial o temporal, en la que el juez debe terminar dónde y cuánto tiempo pasan los hijos menores con cada uno de sus progenitores. Es, o debería ser, un modelo de corresponsabilidad parental sobre su educación y cuidados.

En todo caso, aunque la tendencia generalizada es la de establecer un régimen de guardia y custodia compartida, deben tenerse siempre muy presente las circunstancias propias de cada caso. Bien es cierto que, como se ha señalado, la custodia compartida es la regla general y, salvo excepciones, presenta múltiples ventajas. Pese a ello, cabe poner especial cuidado en proteger el interés menor en concreto[20] y la relación existente entre los progenitores[21].

II. APUNTES SOBRE LOS CRITERIOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 215/2019 DE 5 ABRIL SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LA VIVIENDA COMÚN EN CASOS DE PROGENITORES SIN RECURSOS.

El tema relativo a la vivienda familiar es, al margen de alguna salvedad, fuente constante de conflictos en una gran mayoría de los procedimientos de crisis familiares, con especial incidencia en aquéllos en los que el régimen establecido es el de guarda y custodia compartida[22].

Es, por tanto, tal y como se indicaba en líneas anteriores, muy abundante la jurisprudencia sobre la figura de la custodia compartida en el ordenamiento jurídico español. Son muchos los pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se analiza su concepto y alcance. En tiempos recientes destaca el pronunciamiento analizado: la sentencia 215/2019 de 5 abril, de la fue ponente el magistrado Arroyo Fiestas.

Tena Piazuelo, I.: "Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida", *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, vol. I, 2018, pp. 99-131.

20 Así, debe prevalecer el interés "de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso". Cfr. STS 13 febrero 2015 (47/2015).

21 El criterio del Tribunal Supremo sobre la custodia compartida parte de la premisa de que existe una "necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad". Cfr. STS 30 octubre 2014 (619/2014).
Cfr. Martínez Sanchís, N.: "La incidencia de las malas relaciones entre los progenitores a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia compartida. Análisis de la reciente doctrina del Tribunal Supremo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018, pp. 402-417; Romero Coloma, A. M.: "Guarda y custodia compartida y mala relación entre progenitores", *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación,* núm. 80, 2018, pp. 367-374.

22 Cfr. Chaparro Matamoros, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida", *Actualidad Civil*, núm. 2, 2019; De la Iglesia Monje, M. I.: "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar: análisis jurisprudencia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012, pp. 2298-2326; Torrelles Torea, E.: "Atribución del uso de la vivienda familiar y titularidad de la misma en los supuestos de custodia compartida: límites temporales y/o derecho a compensación", *Revista de derecho privado*, núm. 101, 2017, pp. 57-92.

Son varias las consideraciones que se pueden sobre ella. Cabe destacar, en primer lugar, la conjunción de factores que propician la conclusión que alcanza el Tribunal Supremo. Se trata de una separación en el que el régimen sobre los menores es el de guardia y custodia compartida. Ello favorece, como suele suceder en la mayoría de los casos de esta naturaleza, la existencia y el mantenimiento de la vivienda familiar común[23]. De esta forma, los progenitores alternan, por periodos, su estancia en la casa a efectos cumplir sus obligaciones parentales[24].

Sin embargo, en este caso se introduce un elemento clave: la constatada incapacidad económica de ambos progenitores. Según consta en la sentencia analizada, la situación económica de los litigantes hace imposible el mantenimiento de lo que serían tres viviendas: la familiar y la propia de cada uno de ellos. Consecuentemente, se entiende que la alternancia en la vivienda familiar de los progenitores con su capacidad económica resulta incompatible, al verse esta última seriamente comprometida.

En este sentido, la solución es salomónica y pasa, ante un contexto económico adverso, porque los progenitores ejerzan la guarda y custodia de los hijos menores en sus respectivos domicilios. El Tribunal Supremo considera que, conforme a estas circunstancias, resulta insostenible el mantenimiento de la vivienda familiar con las viviendas de cada uno de los progenitores. Debe sumarse además, como segundo factor relevante, la probada conflictividad existente entre ellos.

Resulta curioso que no se haga referencia expresa al destino de la vivienda familiar. Así, se da libertad a las partes para que decidan su destino según sus características y naturaleza. Bien es cierto que, en este punto, podría haberse optado por precisar de alguna forma el destino de la vivienda familiar con el fin de evitar posibles conflictos al respecto.

En todo caso, es fácil imaginar que, si su capacidad económica es limitada, se procederá a la venta de la casa y al reparto por mitad de los beneficios salvo que existan impedimentos jurídicos de algún tipo que lo imposibilite[25].

Puede observarse en este razonamiento una sólida defensa de la guardia y custodia compartida y su configuración como el sistema, en términos generales, más aconsejable en casos de separación o divorcio con hijos menores. En esta

23 Cfr. Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 340-374.

24 Cfr. Martínez Calvo, J.: *La guardia*, op. cit., pp. 469-486.

25 Cfr. Atienza Navarro, M. L.: "Venta de vivienda habitual de la familia y protección del tercero de buena fe", en AA.VV.: *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz* (coord. por Ángel Carrasco Perera), vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013, pp. 817-828.

sentencia se reafirma toda la línea jurisprudencial sobre esta figura[26], hoy tan presente en el Derecho de Familia español[27].

Se trata, como puede observarse, de una sentencia muy novedosa en la que el Tribunal Supremo establece su criterio sobre el ejercicio de la custodia compartida en la vivienda común en casos de empobrecimiento patrimonial de los progenitores. Cabe, no obstante, mostrar cautela y mantenerse a la expectativa pues no es descartable dadas las enormes vicisitudes que surgen la guardia y custodia de los hijos menores de edad, el destino de la vivienda o más recientemente, sobre el cuidado de los animales domésticos[28] en las crisis familiares.

26 Cfr. Cabezuelo Arenas, A.L.: "Breves notas sobre la custodia compartida en la jurisprudencia", en AA.VV.: El experto universitario en justicia de menores (coord. por José Martín Ostos), Asigi, Sevilla, 2008, pp. 26-32; Acosta, L.: "Consolidación de la doctrina jurisprudencial sobre guarda y custodia compartida", *Actualidad Civil*, núm. 3, 2014.

27 Cfr. Martínez Calvo, J.: *La guardia*, op. cit., pp. 25-72.

28 Cfr. Del Campo Álvarez, B.: "El nuevo estatus jurídico de los animales", *Diario La Ley*, núm. 9207, 2018.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta, L.: "Consolidación de la doctrina jurisprudencial sobre guarda y custodia compartida", *Actualidad Civil*, núm. 3, 2014.

Atienza López, J. I.: "El interés del menor y la custodia compartida", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 79-80, 2007.

Atienza Navarro, M. L.: "Venta de vivienda habitual de la familia y protección del tercero de buena fe", en AA.VV.: *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz* (coord. por Ángel Carrasco Perera), vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013.

Beltrá Cabello, C.: "Guarda y custodia compartida del menor: modificación de medidas en un divorcio", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 184, 2016.

Berrocal Lanzarot, A. I.: "Cuestiones controvertidas e implicaciones prácticas en torno a la guardia y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 3, 2014.

Cabezuelo Arenas, A. L.: "Breves notas sobre la custodia compartida en la jurisprudencia", en AA.VV.: El experto universitario en justicia de menores (coord. por José Martín Ostos), Asigi, Sevilla, 2008.

Callejo Carrión, S.: "El Tribunal Supremo y los procesos de modificación de medidas en el ámbito familiar: de la alteración sustancial de circunstancias al cambio cierto (Comentario a la STS de 5 de abril de 2019, rec. núm. 2732/2018)", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 223-224, 2019.

Campuzano Tomé, H.: "La custodia compartida: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales", *Aranzadi Civil: revista quincenal*, núm. 3, 2004.

Cañizares Aguado, R. E.: "Los requisitos para solicitar la modificación de las medidas paterno filiales en base a la última jurisprudencia", *Economist & Jurist*, vol. 26, núm. 223, 2018.

Chaparro Matamoros, P.:

Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

"La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida", *Actualidad Civil*, núm. 2, 2019.

De la Iglesia Monje, M. I.: "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar: análisis jurisprudencia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012.

Del Campo Álvarez, B.: "El nuevo estatus jurídico de los animales y su incidencia en los casos de separación y divorcio", *Diario La Ley*, núm. 9207, 2018.

De Verda y Beamonte, J. R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 91, núm. 752, 2015, pp. 3389-3468.

Durán Rivacoba, R.: "Custodia compartida y ejercicio jurisdiccional", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por Luis Díez-Picazo), vol. 1, 2014.

Flores Martín, J.: "Ejercicio de la custodia compartida en la vivienda común y empobrecimiento patrimonial de los progenitores: Comentario a la STS 215/2019, de 5 de abril", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm. 49, 2019.

Florit Fernández, C.: "Consecuencias de la adjudicación de la custodia individual en las medidas provisionales en cuanto a las posibilidades de una futura custodia compartida en el proceso principal", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019.

Goñi Huarte, E.: "La evolución del interés superior del menor en la atribución de la guarda y custodia compartida", en AA.VV.: *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española* (coord. por Susana Sanz Caballero), Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017.

Guilarte Martín-Calero, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2010.

Martínez Calvo, J.: *La guardia y custodia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Martínez Sanchís, N.: "La incidencia de las malas relaciones entre los progenitores a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia compartida. Análisis de la reciente doctrina del Tribunal Supremo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018.

O'Callaghan Muñoz, X.: "Custodia compartida. Vigencia y práctica en el Código Civil. Aplicación jurisprudencial", *Actualidad Civil*, núm. 6, 2016.

Orozco González, M.: "La influencia negativa del progenitor y custodia: reflexiones acerca de la jurisprudencia reciente", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores,* núm. 18, 2018.

Pérez Martín, A. J.: "Modificación de medidas: de la custodia individual a la custodia compartida", *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 77, 2017.

Ramírez González, M.: "¿De qué hablamos cuando aludimos a la custodia compartida?: errores frecuentes en su conceptualización", *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 15, núm. 1, 2015.

Romero Coloma, A. M.: "Guarda y custodia compartida y mala relación entre progenitores", *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación,* núm. 80, 2018.

Seisdedos Muiño, A.: "La custodia compartida en el Código Civil y en la legislación autonómica", en AA.VV.: *Justicia en tiempos de crisis* (coord. por Ixusko Ordeñana Gezuraga y Maite Uriarte Ricote) Universidad del País Vasco, Bilbao, 2016.

Tena Piazuelo, I.: "Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida", *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, vol. 1, 2018.

Torrelles Torea, E.: "Atribución del uso de la vivienda familiar y titularidad de la misma en los supuestos de custodia compartida: límites temporales y/o derecho a compensación", *Revista de derecho privado*, núm. 101, 2017.

Zarraluqui Navarro, L.: "A vueltas con la guardia y custodia compartida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 954, 2019.

ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD VS. PRUEBA DE LA PRIVATIVIDAD DE LOS BIENES: ÁMBITO Y EFECTOS. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA NÚM. 295/2019, DE 27 DE MAYO (RJ 2019, 2143)*

VOLUNTARY ATTRIBUTION OF COMMON NATURE TO PROPERTY VS. PROOF OF THE PRIVATIVITY OF PROPERTY: SCOPE AND EFFECTS. COMMENT TO STS OF SPAIN NO. 295/2019, OF MAY 27 (RJ 2019, 2143)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 732-745

* 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.

Romina
SANTILLÁN
SANTA CRUZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El mecanismo de la atribución voluntaria de ganancialidad no procede de manera unilateral (es decir, por voluntad de un solo cónyuge), sino que opera únicamente por común acuerdo entre cónyuges. Cuando un cónyuge adquiere un bien en solitario y declara hacerlo en favor de la sociedad de gananciales, esta manifestación no es suficiente para atribuir la condición de ganancial al bien adquirido, de modo que, si este cónyuge prueba que adquirió el bien con dinero privativo, dicho bien también será privativo. Distinto es el escenario cuando ambos cónyuges adquieren un bien propio y acuerdan atribuirle carácter ganancial. En este caso, aun cuando uno de los cónyuges demuestre que el dinero invertido para adquirir el bien era privativo, no por ello el bien será privativo. No obstante, el cónyuge que aportó este dinero privativo sí podrá exigir que se le reintegre el dinero utilizado, aunque no hubiese hecho reserva sobre la procedencia del mismo ni sobre su derecho de reembolso en el momento de la adquisición.

PALABRAS CLAVE: Atribución voluntaria de ganancialidad a los bienes; presunción de ganancialidad; prueba de la privatividad de los bienes; bienes gananciales; bienes privativos; derecho de reembolso.

ABSTRACT: *The mechanism of voluntary attribution of common nature to property does not proceed unilaterally (i.e., by the only will of one of the spouses), but only operates by mutual agreement between spouses. When a spouse acquires a property alone and declares to do so in favour of the community of property, this manifestation is not sufficient to attribute the status of common property to the acquired property. So, if this spouse proves that acquired the property with personal money, the property acquired will also be personal. The situation is different when both spouses acquire a personal property and agree to attribute common nature to that property. In this case, even if one of the spouses proves that the money invested to acquire the property was personal, the property will not be personal. However, the spouse who contributed with privative money may require repayment of the money used, even if it has not made a reservation regarding the source of the money or regarding its right to reimbursement during the acquisition.*

KEY WORDS: *Voluntary attribution of common nature to property; presumption of the common nature of the estates; proof of the privativity of property; common property; personal property; right of reimbursement.*

SUMARIO.- COMENTARIO: I. EL SUPUESTO CONTROVERTIDO DE LA ATRIBUCIÓN "UNILATERAL" DE GANANCIALIDAD A UN BIEN PRIVATIVO.- II. FUENTES DE ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD: ÁMBITO Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS.- III. EFECTOS DE LA PRUEBA DE PRIVATIVIDAD EN LAS DISTINTAS FUENTES DE ATRIBUCIÓN DE CARÁCTER GANANCIAL A LOS BIENES.

SUPUESTO DE HECHO

D. Juan Pablo interpuso demanda de liquidación de sociedad de gananciales contra su excónyuge, D.ª Reyes, acompañando una propuesta de formación de inventario respecto de la que solicitaba su aprobación. D.ª Reyes, por su parte, se opuso a las pretensiones de D. Juan Pablo, alegando su disconformidad con los porcentajes de ganancialidad que se atribuía en dicha propuesta a tres de los inmuebles adquiridos durante la vigencia de la sociedad de gananciales: i) disiente de que el dinero empleado para adquirir la vivienda de Getafe haya sido privativo del actor; ii) sobre el inmueble de Málaga, señala que el bien propio que vendió el actor para su adquisición experimentó reformas financiadas con dinero de su padre; y, iii) que la parcela rústica de Toledo también había sido reformada con dinero procedente de su padre y que estas reformas revalorizaron el patrimonio ganancial.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Getafe dictó Sentencia con fecha 31 de marzo de 2015 por la que aprobó el inventario presentado por el demandante, al no haber acreditado la demandada sus alegaciones, y establece los siguientes porcentajes:

- La vivienda de Getafe: 51'20% privativa del actor y 48'80% de la sociedad de gananciales.

- El inmueble de Málaga: 100% privativo del actor.

- La parcela rústica de Toledo: 66% privativa del actor y 34% de la sociedad de gananciales.

• Romina Santillán Santa Cruz
Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Investigadora contratada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Su labor investigadora se desarrolla en el seno del Grupo Consolidado de Investigación Ius Familiae y del Proyecto de Investigación "Análisis mediante Big Data de la argumentación jurídica contenida en las resoluciones de la Jurisdicción civil en Aragón". Correo electrónico: rsantillan@unizar.es

Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación Dª. Reyes, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de fecha 1 de septiembre de 2016, revocando la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, para acordar que la vivienda de Getafe, el inmueble de Málaga y la parcela rústica de Toledo, pertenecen a la sociedad de gananciales, sin distribución de cuotas *pro indiviso*.

En relación con la naturaleza de los inmuebles antes descritos, la Audiencia Provincial considera que no existe condominio alguno entre la sociedad de gananciales y el cónyuge que aporta el dinero de carácter privativo, debido a que los bienes objeto del litigio fueron adquiridos constante sociedad de gananciales con carácter ganancial, sin que tenga virtualidad de ningún tipo el hecho de que se aportara dinero privativo por parte del cónyuge demandante, pues este, por voluntad expresa, ante fedatario público, decidió darles tal carácter, sin hacer declaración sobre la pertenencia privativa de la aportación dineraria ni reserva con tal efecto.

Por dicha razón, decide aplicar a este caso lo dispuesto en el art. 1.355 CC, pues, según su razonamiento, hubo una voluntad por parte de D. Juan Pablo de realizar un desplazamiento patrimonial a favor de la sociedad de gananciales, sin que pueda aprovechar ahora la ruptura del matrimonio y de su régimen económico para ir contra sus propios actos manifestados, en cuya virtud atribuyó carácter ganancial a los bienes adquiridos constante sociedad de gananciales.

Contra la expresada Sentencia interpuso recurso de casación D. Juan Pablo, 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 los arts. 1.346.3º y 1.354 CC, desconociendo así que son bienes privativos los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos, debiendo corresponder, por tanto, dichos bienes, en pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción a las aportaciones respectivas.

El segundo motivo se sustenta en la infracción del art. 1.361 CC, considerando que la Sentencia recurrida no aplicó en su decisión la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la enervación de la presunción de ganancialidad cuando se está en posesión de prueba que acredita la pertenencia privativa de los bienes.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de mayo de 2019 (Ponente Parra Lucán), estimó parcialmente el recurso interpuesto por D. Juan Pablo y revocó, en cuanto correspondía, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid. De ese modo, deja sin efecto su pronunciamiento relativo al carácter ganancial del

inmueble de Málaga y, reformándolo, declara que es privativo de D. Juan Pablo. Así mismo, declara que, si bien la vivienda de Getafe es ganancial, el recurrente tiene derecho al reintegro actualizado del dinero que pagó para su adquisición. Los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo para fundamentar su decisión son los que se recogen en el siguiente apartado.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Con motivo del recurso de casación interpuesto, el TS plantea como cuestión jurídica el ámbito y los efectos de la atribución de ganancialidad por voluntad de los cónyuges a los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la sociedad de gananciales. La controversia se presenta en relación con varios bienes inmuebles adquiridos constante matrimonio, bien por uno solo de los cónyuges (que declara adquirir con carácter ganancial), bien por ambos cónyuges (que declaran comprar con carácter ganancial).

Uno de los objetos del litigio consiste en determinar si la declaración de un solo cónyuge de que adquiere un bien para la sociedad de gananciales o de que lo hace con carácter ganancial es, por sí sola, suficiente para que el bien tenga ese carácter, y, de ser el caso, si este puede ser desvirtuado por el cónyuge adquirente al probar el carácter privativo del dinero empleado, correspondiendo que dicho bien sea también calificado como privativo.

El otro objeto trazado se dirige a dilucidar si cuando consta la voluntad de ambos cónyuges de atribuir carácter ganancial al bien adquirido, pero no se dejó constancia de que se han empleado fondos privativos a tal efecto, el cónyuge titular de este dinero tiene derecho o no a que se le reintegre el importe actualizado, aun cuando no hubiese hecho reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso.

En la Sentencia de 27 de mayo de 2019, objeto de este comentario, el Tribunal Supremo comienza recordando su doctrina referente a la adquisición de bienes para la sociedad conyugal por un solo cónyuge, cuya manifestación en tal sentido no impide que pueda demostrar que el dinero invertido era privativo, con la consecuencia de que el bien adquirido también lo sería. Pero, al mismo tiempo, advierte el Alto Tribunal que estos pronunciamientos en la materia son muy recientes y al no existir un criterio uniforme entre las diferentes Audiencias Provinciales, es menester revisar la anterior doctrina.

En el supuesto enjuiciado, considera que son gananciales los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges cuando consta la voluntad de ambos de atribuir carácter ganancial al bien adquirido, pero si se prueba que para la adquisición se han empleado fondos privativos, el cónyuge titular del dinero que proviene de

estos fondos tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, aunque no hubiese hecho reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso; mas todo ello no altera la naturaleza ganancial del bien. Por su parte, la declaración de un solo cónyuge de que adquiere para la sociedad o de que adquiere con carácter ganancial, por sí sola no es suficiente para que el bien tenga ese carácter, de modo que si el cónyuge adquirente prueba el carácter privativo del dinero empleado el bien será privativo.

COMENTARIO

I. EL SUPUESTO CONTROVERTIDO DE LA ATRIBUCIÓN "UNILATERAL" DE GANANCIALIDAD A UN BIEN PRIVATIVO.

Cuando se aborda el tema de la atribución de ganancialidad de los bienes, junto con los criterios de determinación legal, con arreglo a los cuales existen bienes que, adquiridos constante matrimonio, pasarán a tener inmediatamente la calidad de gananciales por disposición de la ley (art. 1.347 CC), está vigente en el Derecho español el mecanismo de la atribución voluntaria (art. 1.355 CC). Por esta atribución pueden los cónyuges, de común acuerdo, asignar la condición de ganancial a bienes que, en principio, habían de ser privativos -en cuanto adquiridos con fondos privativos de un cónyuge (art. 1.346.3° CC)-. Esto último se fundamenta en la amplitud con que el art. 1.323 CC admite la libertad de pactos y contratos entre los cónyuges.

En este escenario la presunción de ganancialidad juega también un papel importante. Los bienes existentes en el matrimonio se presumen gananciales mientras no se pruebe su pertenencia privativa a uno de los cónyuges (art. 1.361 CC). La interpretación de esta presunción, en consonancia con la afirmación de que son gananciales los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común (art. 1.347.3 CC), hacen concluir que todos los bienes adquiridos a título oneroso constante matrimonio son gananciales si no se demuestra que la adquisición se realizó con fondos propios.

Bajo esa tesitura, la STS núm. 295/2019, de 27 de mayo (RJ 2019, 2143), señala que, como para la atribución voluntaria de ganancialidad, el art. 1.355.I CC exige el "mutuo acuerdo", es decir, el consentimiento de ambos cónyuges -facilitando incluso que la voluntad favorable de los cónyuges al carácter ganancial de los bienes se presuma en los casos de adquisición en forma conjunta y sin atribución de cuotas (art. 1.355.II CC)-, no procede la atribución de ganancialidad de manera unilateral, es decir, por voluntad de un solo cónyuge. Con ello, la declaración del cónyuge que, al adquirir un bien en solitario, manifiesta hacerlo para su sociedad de gananciales, configura en todo caso un supuesto coherente con la presunción

de ganancialidad (art. 1.361 CC), pero no atribuye por sí sola la condición de ganancial al bien adquirido.

Hasta aquí parece quedar clara la cuestión relativa a las fuentes de atribución de ganancialidad a los bienes constante matrimonio (atribución legal, atribución voluntaria y presunción de ganancialidad por "atribución" del cónyuge adquirente), aunque en el fondo no es tan sencilla. La dificultad le viene dada por la prueba de la privatividad de los bienes. De probarse que el bien fue adquirido con caudal proveniente de una masa privativa, esa prueba de privatividad hará que los efectos a desencadenarse varíen en función de la fuente que hubiese actuado como causa de atribución de ganancialidad. Y complejo también se vuelve el asunto relacionado con la carga de la prueba. Conjunto de temas que son ampliamente debatidos y valorados en la STS 27 mayo 2019 (RJ 2019, 2143).

Uno de los supuestos que más controversia plantea es el de la atribución "unilateral" de ganancialidad a un bien privativo. Antes de la mencionada sentencia, cuando un cónyuge adquiría un bien en solitario y declaraba hacerlo en favor de la sociedad de gananciales, esta manifestación parecía ser suficiente para atribuir la condición de ganancial al bien adquirido y, de hecho, podía ser registralmente inscrito con este carácter. Pero ha destacado ya el TS en la STS 27 mayo 2019 (RJ 2019, 2143), que la sola declaración de un cónyuge de que adquiere para la sociedad o de que adquiere con carácter ganancial, no basta para que el bien tenga ese carácter, de modo que si el cónyuge adquirente prueba el carácter privativo del dinero empleado, el bien también será privativo. Lo que nos pone, evidentemente, ante un estado de necesidad de restablecer la seguridad jurídica, de acuerdo con criterios que ahora veremos.

No sucede así en el ámbito de la atribución voluntaria de la condición ganancial a bienes privativos, que se da en estricto cuando consta la voluntad de ambos cónyuges de atribuir carácter ganancial al bien adquirido. En este caso, si se prueba que para tal adquisición se han empleado fondos privativos, el cónyuge titular del dinero utilizado tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, aunque no hubiese hecho reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso en el momento de la adquisición, mas ello no tendrá repercusión alguna en la naturaleza del bien. La prueba posterior del carácter privativo del dinero invertido será irrelevante a efectos de alterar la naturaleza ganancial del bien, que ha quedado ya fijada por la declaración de voluntad de ambos cónyuges.

La STS 27 mayo 2019, bajo comentario, nos invita a analizar el ámbito y los efectos de la atribución voluntaria de ganancialidad y su relación tanto con la presunción de ganancialidad como con los distintos criterios legales de determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes. También suscita interés la relevancia que puede tener la omisión de reserva sobre el carácter

privativo del dinero aportado para la adquisición del bien al que ambos cónyuges, de común acuerdo, atribuyen carácter ganancial. Temas que, a su vez, nos llevan a replantear las acciones que realizan los registradores públicos al momento de la inscripción de los bienes inmuebles adquiridos por uno solo de los cónyuges.

II. FUENTES DE ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD: ÁMBITO Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

De la sistemática del CC se pueden extraer tres fuentes de atribución de ganancialidad o, si prefiere decirse de otro modo, de carácter ganancial a los bienes del matrimonio. Estas fuentes son, como se había anticipado, la atribución legal, la atribución voluntaria y la presunción de ganancialidad, que incluso opera ante la "atribución unilateral" del cónyuge adquirente.

Hay en el CC un conjunto de reglas dirigidas a determinar la condición de los bienes existentes en el matrimonio. Así, de acuerdo con el art. 1.347 CC, se atribuye legalmente el carácter de bienes gananciales a: 1.º Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges. 2.º Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales. 3.º Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos. 4.º Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho. 5.º Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el art. 1.354 CC —según el cual, corresponden pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas.—. Existen además otras normas que, al igual que el art. 1.347 CC, cumplen con atribuir la calidad de gananciales a ciertos bienes del matrimonio (*vid.* arts. 1.350, 1.351, 1.353 y 1.356 CC).

Los criterios legales para determinar el carácter privativo de los bienes se encuentran en el art. 1.346 CC. Este establece que son privativos de cada uno de los cónyuges: 1.º Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad; 2.º Los que adquiera después por título gratuito; 3.º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos; 4.º Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges; 5.º Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles ínter vivos; 6.º El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos; 7.º Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor; 8.º Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación

de carácter común. Sin embargo, para el caso de los bienes que aparecen en los numerales 4.º y 8.º, se ha establecido expresamente que estos no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes. En estos supuestos, se prevé que la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho.

La razón de traer a colación las reglas de atribución de naturaleza privativa a los bienes reside en que podrán adquirir también la condición de ganancial aquellos bienes que no aparezcan en la numeración cerrada de bienes privativos -salvo que existan expresas previsiones en otros preceptos (*vid*., p. ej., art. 1.352 CC)-. Ello es así por aplicación de la presunción de ganancialidad que favorece la atribución de bienes en favor del patrimonio ganancial cuando no pudiera asignárseles una concreta condición, a no ser que se pruebe lo contrario. Bajo tal óptica, "[c]ombinando esta presunción con la afirmación de que son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común (art. 1.347.3º CC), resulta que todos los bienes adquiridos por título oneroso constante matrimonio son gananciales si no se demuestra que la adquisición se realizó con fondos propios" [STS 27 mayo 2019 (RJ 2019, 2143)].

El CC dispone que los bienes existentes en el matrimonio se presumen gananciales en tanto no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges. Entonces, los bienes serán gananciales no solo en la medida de lo enunciado en el art. 1.347 CC -y otras normas que antes hemos visto-, sino en cuanto resulte aplicable la presunción de ganancialidad prevista en el art. 1.361 CC, pues esta actúa como fuente de atribución de carácter ganancial a determinados bienes. Esto es apoyado por 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. 261, para quien la presunción de ganancialidad actúa también como criterio de atribución de ganancialidad, pues atribuye a los bienes la condición de comunes de ambos cónyuges cuando no se pudiera probar la naturaleza privativa de los mismos. De ahí que señale que, o se prueba cumplidamente su naturaleza privativa, o el bien es común. Y para desvirtuar esta presunción, como reiteradamente ha reconocido la jurisprudencia, se requiere de prueba expresa, cumplida y no indiciaria [SSTS 26 diciembre 2002 (RJ 2003, 67), 23 enero 2003 (RJ 2003, 607); y 27 noviembre 2007 (RJ 2008, 29)].

A lo anterior cabe adicionar el criterio que se ha fijado en la STS 27 mayo 2019 (RJ 2019, 2143) para hacer frente al conflicto descrito *ab initio* en el supuesto de hecho. De acuerdo con este pronunciamiento del Alto Tribunal, "[l]a declaración del cónyuge que, al adquirir un bien en solitario, manifiesta hacerlo para su sociedad de gananciales, es coherente con la presunción de ganancialidad (art.

1.361 CC), pero por sí sola no atribuye al bien adquirido la condición de ganancial". Esto es así porque, como bien aclara el TS en la citada sentencia, el art. 1.355 CC no contempla la atribución voluntaria de ganancialidad en su vertiente unilateral, de modo que no es posible atribuir carácter ganancial a un bien por voluntad de un solo cónyuge. Por esta razón, la condición ganancial que surge de la declaración del cónyuge adquirente es solo presuntiva, quedando expedita la vía para que aquel pueda probar en un proceso judicial el carácter privativo de los fondos a fin de que se declare que el bien adquirido es privativo.

La atribución voluntaria de carácter ganancial a los bienes es otra de las fuentes de atribución de ganancialidad que recoge el CC. Por este mecanismo, como prevé el art. 1.355.I CC, los cónyuges, de común acuerdo, podrán atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso constante matrimonio, sin resultar relevante, a este efecto, la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que el precio se satisfaga. Del mismo modo, la norma es clara al establecer que, si la adquisición de los bienes se hubiese realizado en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá la voluntad favorable de ambos cónyuges al carácter ganancial de tales bienes (art. 1.355.II CC). Esta es una presunción que favorece la atribución voluntaria de ganancialidad a concretos bienes cuando concurran las indicadas circunstancias legales, pero como es una presunción *iuris tantum*, puede ser desvirtuada mediante prueba en contra [*vid.* Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2003, p. 170; y Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La sociedad de gananciales", cit., p. 260]. Para enervar esta presunción de la voluntad común favorable a la ganancialidad, el interesado debe probar que el precio pagado era privativo y que en el momento de la adquisición no hubo una voluntad común de integrar el bien en el patrimonio ganancial [STS 27 mayo 2019 (RJ 2019, 2143)].

Esta posibilidad de los cónyuges de atribuir, de mutuo acuerdo, carácter ganancial a bienes que, conforme a los criterios de atribución legal, habían de ser privativos, descansa ampliamente en la libertad de contratación entre cónyuges (art. 1.323 CC) [*vid.* Peña Bernaldo De Quirós, M.: *Derecho de Familia*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989, pp. 238-239]. La existencia del acuerdo se constituye, por ende, como un presupuesto legal de atribución de ganancialidad [STS 27 mayo 2019 (RJ 2019, 2143)]. Debe haber mutuo acuerdo entre cónyuges de reconocer la ganancialidad del bien, porque, como se ha visto, la voluntad de atribución de solo uno de ellos no bastará para atribuir la condición de ganancial a bienes privativos.

En función de los fondos utilizados para la adquisición del bien y los criterios de determinación legal que debían operar para su calificación, la atribución voluntaria

de ganancialidad puede tener varios escenarios que merecen ser aclarados para conocer exactamente cómo actúa este mecanismo. En principio, el art. 1.355 CC faculta a los cónyuges para atribuir, de consuno, carácter ganancial a bienes que, de no existir este común acuerdo, serían privativos por haber sido adquiridos con fondos privativos de un cónyuge (art. 1.346.3º CC). Adicionalmente, la STS 27 mayo 2019 (RJ 2019, 2143) señala que los cónyuges también pueden atribuir carácter ganancial, en su totalidad, a bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo (art. 1.354 CC). Si los fondos utilizados fueran gananciales, el bien adquirido sería ganancial por disposición del art. 1.347.3º CC y en este supuesto no haría falta la voluntad de los cónyuges para atribuir carácter ganancial al bien adquirido -salvo que no tuvieran plena certeza de que el dinero empleado proviene, en su totalidad, del caudal común-.

El momento y la causa de la atribución voluntaria de ganancialidad determinarán las reglas aplicables al desplazamiento patrimonial y otras consecuencias jurídicas. Así, si el pacto se realiza al tiempo de la adquisición, el bien ingresará directamente en el patrimonio ganancial, quedando a salvo el derecho de reembolso (art. 1.358 CC). Incluso, el negocio quedará formalizado, en los términos descritos, cuando los cónyuges se limiten a expresar que la adquisición se hace "para la sociedad de gananciales" [*vid.* Meco Tébar, F.: "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)", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 29, 2020, p. 547]. Si el pacto sobreviene a la adquisición, el mismo deberá haberse fundado en causa suficiente para que opere efectivamente la transferencia del bien desde el patrimonio privativo en que se encuentra al patrimonio ganancial (*vid.* Peña Bernaldo De Quirós, M.: *Derecho de Familia*, cit., pp. 238-239).

Los acuerdos entre cónyuges operan, entonces, como un mecanismo para atribuir carácter ganancial a bienes privativos. En virtud de lo dispuesto por el art. 1.355 CC, sin necesidad de tener que recurrir a figuras contractuales típicas, como la compraventa o donación p. ej., el simple acuerdo atributivo de los cónyuges ocasionará el desplazamiento de un concreto bien privativo al patrimonio común, naciendo a causa de ello un derecho de reembolso a favor del patrimonio que corresponda, salvo que se manifieste ya satisfecho o que se haga una renuncia expresa al mismo, configurándose el negocio atributivo en este último caso como uno de carácter gratuito [*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.].

III. EFECTOS DE LA PRUEBA DE PRIVATIVIDAD EN LAS DISTINTAS FUENTES DE ATRIBUCIÓN DE CARÁCTER GANANCIAL A LOS BIENES.

La prueba de la privatividad de los bienes es una herramienta jurídica dirigida, en principio, a desvirtuar el carácter ganancial de determinados bienes o, de modo más directo, a demostrar la naturaleza privativa del bien objeto de litigio. Esta prueba puede resultar especialmente problemática y ello ha motivado que el Tribunal Supremo fije una serie de criterios judiciales que ayuden, no solo a uniformizar las características que debe tener la prueba, sino, sobre todo, a determinar los efectos que esta va a tener dependiendo de la fuente de atribución de la que hubiera procedido la condición ganancial de los bienes.

Cuando los bienes sean gananciales con arreglo a los criterios de determinación legal que aparecen contemplados en el art. 1.347 CC -y otros que se vieron con anterioridad-, debido a que esta calificación ganancial del bien opera en virtud de una numeración explícita y cerrada, no hay forma de desvirtuar su naturaleza mediante prueba alguna. Cosa distinta es que los cónyuges estén facultados para convertir su naturaleza ganancial en privativa mediante el mecanismo de la atribución voluntaria de privatividad -que surge a causa de la interpretación conjunta de los arts. 1.355 y 1.323 CC- [*vid.* R. DGRN 21 enero 1991 (RJ 1991, 592); 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; Garrido de Palma, V.: "La economía de la familia", cit., pp. 221-222; y Santillán Santa Cruz, R.: "Pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a los bienes bajo un régimen de gananciales. Apuntes de Derecho español y peruano", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 29, 2020, pp. 492-493]. No obstante, la prueba de la privatividad de los bienes sí podría emplearse, al efecto perseguido, para acreditar una titularidad pro indiviso, que es un supuesto al que puede dar lugar el art. 1.347.3º CC -en concordancia con el art. 1.354 CC-.

En caso de que la causa de atribución sea la presunción de ganancialidad, la única forma de desvirtuar la calidad ganancial del bien es a través de prueba expresa, cumplida y no indiciaria [SSTS 26 diciembre 2002 (RJ 2003, 67), 23 enero 2003 (RJ 2003, 607); y 27 noviembre 2007 (RJ 2008, 29)]. Pues, como bien recoge en sus fuentes la doctrina jurisprudencial, "la destrucción de la presunción de ganancialidad requiere la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva por parte de uno de los cónyuges" [STS 27 noviembre 2007 (RJ 2008, 29)].

Así, y teniendo en cuenta las cuestiones anotadas en el apartado anterior, la calidad ganancial de un bien basada en la sola declaración del cónyuge adquirente -que dijo adquirir para la sociedad de gananciales o con carácter ganancial- será meramente presuntiva y se podrá probar en un proceso judicial el carácter

privativo de los fondos. El efecto de la prueba efectiva y cumplida de privatividad será que se declare que el bien adquirido es privativo. Esto se debe a que dicha "declaración de ganancialidad", por sí sola, no resulta ser suficiente para que el bien tenga carácter ganancial, operando una mera presunción de ganancialidad [STS 27 mayo 2019 (RJ 2019, 2143)]. Con esta perspectiva de las cosas, al quedar probado el carácter privativo del dinero empleado, el bien también será privativo. Esto es justamente lo novedoso en la sentencia comentada: la idea de que la habitual declaración del cónyuge adquirente de que un bien se adquiere para la sociedad de gananciales, en realidad carece de eficacia sustantiva real -más allá de provocar un eventual reforzamiento de la presunción legal de ganancialidad, pero sin convertirla en *iuris et de iure*-.

En casos como el que precede, a fin de restablecer la seguridad jurídica que brindan los Registros Públicos, es pertinente que cuando el cónyuge adquirente de un bien manifieste en la escritura pública que adquiere para la sociedad conyugal, dicho bien deba calificarse e inscribirse, en consonancia con la más reciente doctrina del TS, como uno presuntivamente ganancial (1.361 CC), mas no, sin más, como si se tratara de uno con carácter estrictamente ganancial, que fue como se hizo en el caso *sub examine* que motiva este comentario. La razón de esto estriba en que, como se ha visto, la prueba de la privatividad tendrá incidencia directa en la naturaleza del bien, de modo que un bien que inicialmente, por error, fue considerado ganancial, luego resulta ser privativo, con lo cual se pueden afectar los derechos de terceros.

Distinto es el escenario cuando ambos cónyuges adquieren un bien propio y acuerdan mutuamente atribuirle carácter ganancial. En este caso, aun cuando uno de los cónyuges demuestre posteriormente que el dinero invertido para adquirir el bien era privativo, no por ello el bien será privativo. Pero sí podrá exigir que se le reintegre el dinero utilizado, aunque no hubiese hecho reserva sobre la procedencia del mismo ni sobre su derecho de reembolso en el momento de la adquisición -algo que también se encarga de poner de relieve la sentencia comentada-. Mas ello, como se acaba de ver y vale enfatizar, no alterará la naturaleza ganancial del bien, fijada ya por la voluntad conjunta de ambos cónyuges. La función que cumple la prueba de la privatividad en este caso no se dirige a desvirtuar la calidad ganancial del bien, sino a producir una consecuencia distinta, que está relacionada con el derecho de reembolso a favor del aportante (art. 1.358 CC), que no hizo reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso cuando debió hacerlo. Es una forma de reivindicar el derecho del cónyuge aportante a obtener el reembolso del dinero que invirtió en la adquisición del bien.

BIBLIOGRAFÍA

Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, Tecnos, 8ª ed., 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. 1, Civitas, Madrid, 2001.

Gavidia Sánchez, J.: *La atribución voluntaria de ganancialidad. Análisis crítico del precepto contenido en artículo 1.355 del Código civil*, Montecorvo, Madrid, 1986.

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.

Meco Tébar, F.: "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)", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 29, 2020.

Peña Bernaldo De Quirós, M.: *Derecho de Familia*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989.

Santillán Santa Cruz, R.: "Pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a los bienes bajo un régimen de gananciales. Apuntes de Derecho español y peruano", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 29, 2020.

EN TORNO A LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO DEL ART. 1438 CC. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA, NÚM. 658/2019, DE 11 DICIEMBRE*

ABOUT THE DOMESTIC WORK COMPENSATION FROM ART. 1438 CC. COMMENTARY OF THE SPANISH STS Nº 658/2019, 11TH DECEMBER

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 746-757

* El presente comentario se enmarca en los trabajos del Grupo de Investigación Permanente de la Universidad de Valencia "Persona y Familia" (GIUV 2013-101), en el Proyecto de Investigación GoinEuPlus 796041, European Union's Justice Programme 2014-2020, y en el Proyecto de Investigación UMA18-FEDERJA-175, FEDER Andalucía 2014-2020, sobre "Derechos y garantías de las personas vulnerables en el Estado de Bienestar".

José Ramón
DE VERDA Y
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: Estudio del art. 1438 CC en clave jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: Compensación; trabajo doméstico; pensión compensatoria.

ABSTRACT: *This commentary is a case law study about the art. 1438 CC.*

KEY WORDS: *Compensation; domestic work; compensatory allowance.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. EL OBJETO DE LA COMPENSACIÓN.- III. CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL ART. 1438 CC.- 1. La dedicación al trabajo doméstico ha der ser "exclusiva", pero no, "excluyente".- 2. La "exclusividad" del trabajo doméstico es compatible con la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias.- IV. LA CUANTIFICACIÓN DE LA COMPENSACIÓN.- V. RELACIÓN ENTRE LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO Y PENSIÓN COMPENSATORIA POR DESEQUILIBRIO.

SUPUESTO DE HECHO

El litigio tiene su origen en una demanda de divorcio presentada por la mujer, en la cual esta pedía una compensación por trabajo doméstico al amparo del art. 1438 CC.

Tal pretensión fue desestimada por la sentencia de primera instancia con base, principalmente, en dos argumentos: el primero era el de que no "constaba que la esposa se hubiera dedicado, de modo directo, único y exclusivo, a los trabajos de la casa", dado que, para su ejecución, había contado con once empleados; el segundo, la falta de prueba de que el incremento patrimonial del marido, derivado de la gestión de la entidad Ferrovial, durante diez años, hubiera sido "debido a la colaboración o contribución de la demandante".

La sentencia de segunda instancia, en cambio, le concedió una exorbitante compensación de 6.000.000 de euros. Respecto de la existencia del derecho a la pensión, lo consideró procedente, observando que la mujer había contribuido "a las cargas del matrimonio de forma cotidiana y exclusiva, realizando funciones de ordenación, dirección, organización y control de la vida familiar"; respecto de la cuantía, la justificó en los "ingresos dejados de percibir, perspectivas profesionales después de una exitosa vida profesional, como así es reconocido de adverso, con interrupción definitiva de su actividad por matrimonio y la capitalización por los diez años de vigencia del matrimonio y por ende del régimen de separación de bienes".

El marido interpuso recurso de casación en el que reprochaba a la sentencia recurrida que la misma no hubiera valorado "el trabajo para la casa, sino la suma

• José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia. Director de la Revista Boliviana de Derecho y de Actualidad Jurídica Iberoamericana. Presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Correo electrónico: J.Ramon.de-Verda@uv.es

de ingresos dejados de percibir por la actora, siendo irrelevante la existencia de enriquecimiento patrimonial en el otro cónyuge, ya que lo que se trata de compensar es la dedicación exclusiva a la familia" y que la pérdida de oportunidades laborales y económicas no se repara por la vía del art. 1438 CC, sino a través de la pensión compensatoria del art. 97 del CC, que había sido fijada en 75.000 euros mensuales.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Lo que se compensa a través del art. 1438 CC es la prestación gratuita del trabajo doméstico, sin que sea preciso que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge, como consecuencia del mismo.

La compensación prevista en el precepto requiere que la dedicación al trabajo doméstico de quien la reclama sea "exclusiva", es decir, que no lo haya compatibilizado con un trabajo retribuido fuera de casa, aunque no sea a jornada completa, pero no se exige que sea "excluyente", es decir, que lo haya realizado materialmente, por sí solo, sin el auxilio de terceros o sin la colaboración ocasional del otro cónyuge.

COMENTARIO

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El art. 1438 CC, en sede de régimen económico matrimonial de separación de bienes, tras declarar que "Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio" y que, "A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos", establece que "El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación".

La STS 11 diciembre 2019 (*Tol 7653638*) (objeto del presente comentario) observa que "Es habitual que la obligación de participar en la satisfacción de las precitadas cargas se lleve a efecto por ambos cónyuges con los ingresos procedentes de sus respectivos trabajos, pero ello no cercena la posibilidad de la prestación exclusiva en especie por parte de uno de ellos, mediante la realización de las tareas domésticas y de cuidado de los hijos comunes". "Esta contribución mediante el trabajo para casa –añade- se hace de forma gratuita, sin percepción de ningún salario a cargo del patrimonio del otro consorte, pero ello no significa que no sea susceptible de generar una compensación, al tiempo de la extinción del régimen económico matrimonial, que no supone una adjudicación de bienes, sin perjuicio de que, por acuerdo entre las partes, se pueda indemnizar de tal forma".

La jurisprudencia afirma, así, que "el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen" [SSTS 14 julio 2011 (*Tol 2185564*), 31 enero 2014 (*Tol 4111346*), (Pleno) 26 marzo 2015 (*Tol 4839258*), 14 abril 2015 (*Tol 4918101*) y 11 1diciembre 2019 (*Tol 7653638*)].

La pretensión basada en el art. 1438 CC "puede hacerse efectiva bien en el proceso conyugal [como sucede en el supuesto resulto por la sentencia comentada] o en un procedimiento independiente" [SSTS 17 noviembre 2015 (*Tol 5595880*) y 20 febrero 2018 (*Tol 7765714*)].

La STS 20 febrero de 2018 (*Tol 7765714*) casó la sentencia recurrida, que había afirmado que la compensación, "establecida para los supuestos de vigencia del régimen de separación de bienes, no puede dilucidarse en el procedimiento de divorcio, sino que debe plantearse en un procedimiento declarativo posterior". Por el contrario, el TS afirma que la acción relativa al art. 1438 CC "puede ejercitarse dentro del procedimiento matrimonial, o en uno posterior, si así lo desea el demandante, por lo que lo establecido en la sentencia recurrida, no procede, dado que los arts. 748 y 770 de la LEC, no excluyen la indemnización del art. 1438 del C. Civil, del ámbito de los procedimientos de separación y divorcio, en los que la acción del art. 1438 C. Civil, no es contenido necesario, pero sí posible". De ahí deduce que "la no inclusión de la compensación en el convenio regulador no puede ser subsanada con posterioridad cuando las partes, por su autonomía decisoria, adoptaron la forma más conveniente a sus intereses, llegando a unos acuerdos globales sobre la situación personal y económica existente hasta el momento de la ruptura, que se tradujo en medidas definitivas propias del juicio matrimonial de separación y que habrían quedado afectadas de haberse negociado entre las partes la indemnización que ahora se reclama puesto que tal circunstancia ya existía en el momento en que se aprueba y, pese a todo, no se incluyó; razones que determinan que el motivo no pueda ser acogido".

En el litigio resuelto por la sentencia que nos ocupa se plantean cuestiones de gran interés respecto al derecho a la compensación del art. 1438 CC, que vamos a ir examinando en este trabajo.

II. EL OBJETO DE LA COMPENSACIÓN.

En la sentencia de primera instancia subyace la idea de que lo que se compensa por la vía del art. 1438 CC es el enriquecimiento que obtiene el cónyuge que trabaja fuera de casa a costa de la dedicación al hogar del que se queda en ella, entendiéndose que no había quedado probado que el enriquecimiento del marido, que era gestor de una importantísima sociedad, fuera debido a la dedicación al trabajo doméstico de la mujer.

Esto era cierto, pero es reiterada doctrina jurisprudencial (de la que se hace eco la sentencia comentada) la de que lo que se compensa a través del art. 1438 CC es la prestación gratuita del trabajo doméstico, sin que sea preciso que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge, como consecuencia del mismo.

Dicha doctrina fue fijada por la STS 14 julio 2011 (*Tol 2185564*) que revocando la sentencia recurrida, la cual había negado la compensación solicitada por la mujer, por no considerar probado que la dedicación exclusiva de esta a la casa hubiese producido un enriquecimiento o incremento patrimonial del marido, afirma lo siguiente: "El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge" [en el mismo sentido, vid., por ejemplo, SSTS 31 enero 2014 (*Tol 4111346*), 5 mayo 2016 (*Tol 5716443*), 14 marzo 2017 (*Tol 6001668*) y 11 diciembre 2019 (*Tol 7653638*)].

La sentencia comentada observa que "Se ha empleado de forma gráfica, para conceptuar tal derecho [el de compensación previsto en el art. 1438 CC], la expresión de salario diferido, si bien en estricta técnica jurídica no es tal, pues no estamos ante la retribución de una relación de trabajo dependiente y subordinada".

III. CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL ART. 1438 CC.

La sentencia que consideramos recuerda los criterios interpretativos del art. 1438 CC con dos interesantes consideraciones.

1. LA DEDICACIÓN AL TRABAJO DOMÉSTICO HA DER SER "EXCLUSIVA", PERO NO, "EXCLUYENTE".

La compensación prevista en el precepto requiere que la dedicación al trabajo doméstico de quien la reclama sea "exclusiva", es decir, que no lo haya compatibilizado con un trabajo retribuido fuera de casa, aunque no sea a jornada completa, pero no se exige que sea "excluyente", es decir, que lo haya realizado materialmente, por sí solo, sin el auxilio de terceros (por ejemplo, servicio doméstico) o sin la colaboración ocasional del otro cónyuge.

La STS (Pleno) 26 marzo 2015 (*Tol 4839258*) seguida entre otras, por SSTS 14 abril 2015 (*Tol 4918101*), 15 noviembre 2015 (*Tol 7586694*) y 14 marzo 2017 (*Tol 6001668*), fijó la doctrina jurisprudencial de que la aplicación del art. 1438 CC "exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no

excluyente ('solo con el trabajo realizado para la casa'), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento".

Por cuanto concierne al requisito de que el trabajo para la casa sea exclusivo, la STS (Pleno) 26 marzo 2015 (*Tol 4839258*), revocando la sentencia recurrida, consideró improcedente establecer una compensación en favor de la mujer, porque, si bien fue ella "la que esencialmente se ocupó de la casa familiar y de la atención de los hijos cuando eran pequeños, ayudada por una empleada, lo cual no fue óbice para que desarrollase una actividad laboral (apertura de una tienda de ropa de niños denominada tacatá) y que trabajara antes para la empresa del esposo Rioja Selección hasta que cerró, sin que se haya aclarado si tal empleo fue o no retribuido durante todo el tiempo que lo desempeñó, o solo durante parte de ese tiempo". La STS 14 abril 2015 (*Tol 4918101*), llegó a la misma solución, por considerar un hecho probado que la mujer "desde que pactara con su esposo el régimen de separación de bienes a través de capitulaciones vino desarrollando un trabajo en alguna de las empresas de la que era administrador el esposo, y que por este trabajo fuera del hogar percibía una retribución que oscilaba sobre los 800 euros, lo que es incompatible con el derecho a obtener la compensación económica que establece el artículo 1438 del CC".

En el caso que nos ocupa, uno de los argumentos usados por la sentencia de primera instancia era que el trabajo doméstico no había sido "excluyente", dado la gran cantidad de empleados (11) de los que se había servido ("ocupados en actividades tales como jardinería, mantenimiento, limpieza, cocina, chóferes, enseñanza de idiomas, profesores particulares").

Dicho argumento, es rechazado por la sentencia comentada (como ya lo había hecho la sentencia recurrida).

El TS confirma, así, que el derecho de la mujer a percibir la compensación, constatando "que la posición social que le brindó el matrimonio le dispensaba de la ejecución material de tan dignos trabajos", pero "sí abordó las funciones de dirección, supervisión, control y coordinación necesarias para la buena marcha del hogar familiar, durante la vigencia del matrimonio, así como la atención personalizada a las hijas comunes, susceptible de generar una compensación

económica a la extinción del régimen de separación". Recuerda que "El trabajo para la casa no es excluyente, en el sentido de que impida beneficiarse de la compensación económica del art. 1438 del CC, por la circunstancia de que se cuente con ayuda externa", concluyendo que "no es precisa la ejecución material del trabajo doméstico. Cuestión distinta es la forma de llevar a efecto la valoración de tal compensación".

2. La "exclusividad" del trabajo doméstico es compatible con la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias.

El segundo de los criterios que recuerda la sentencia que nos ocupa (si bien en declaraciones meramente *obiter dicta*) es el de que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, compatibilizada con el trabajo para la casa, no excluye el derecho a obtener la compensación.

En este sentido se pronunció la STS (Pleno) 26 abril 2017 (*Tol 6061137*), que introdujo un criterio correctivo en la interpretación del art. 1438 CC, para "atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia". En el caso enjuiciado, la mujer había trabajado en la casa y, además, en el negocio familiar, con un salario moderado y con un contrato como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido. El TS fija como doctrina que "la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión 'trabajo para la casa' contenida en el art. 1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar".

IV. LA CUANTIFICACIÓN DE LA COMPENSACIÓN.

Un problema práctico recurrente es el de la cuantificación del importe de la compensación, en defecto de acuerdo de los cónyuges, ante la inexistencia de parámetros en el art. 1438 CC.

a) A este respecto, se propone como parámetro "el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que

se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar" [SSTS 25 noviembre 2015 (*Tol 5579658*) y 5 mayo 2016 (*Tol 5716443*)].

La STS 14 julio 2011 (*Tol 2185564*) consideró procedente el criterio seguido en la sentencia de primera instancia, que realizó la cuantificación "en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona": la compensación se fijó en 108.000 euros, cantidad que resultaba de multiplicar los 600 euros, que costarían una empleada del hogar al mes, por doce meses, multiplicado dicho resultado por los 15 años de duración del matrimonio.

b) Para el cálculo habrá que tener en cuenta –claro está- el tiempo de duración de la convivencia, como también si quien reclama la compensación tuvo ayuda en la realización de las tareas domésticas, pues una cosa es que el auxilio de terceros no impida obtener la compensación (que no lo impide) y otra cosa muy distinta es que no se tome en cuenta dicha circunstancia para cuantificar el importe de la misma [STS 25 noviembre 2015 (*Tol 5579658*), seguida por la sentencia comentada].

c) Otro factor que habrá ponderar para la cuantificación (o incluso para negar la aplicación del art. 1438 CC) es la existencia de anteriores compensaciones realizadas durante el matrimonio en favor de quien trabajó para el hogar.

La STS 31 enero 2014 (*Tol 4111346*), consideró, así, procedente que la sentencia recurrida tuviera en cuenta para excluir la aplicación del art. 1438 CC, la "anticipada compensación pecuniaria" a favor de la mujer, si bien la razón principal de la no concesión de la compensación fue la falta de prueba de que la demandante se hubiera dedicado de manera exclusiva a las tareas domésticas.

La sentencia que comentamos tuvo en cuenta para aminorar la cuantía de la compensación la circunstancia de que la mujer, durante el matrimonio, había recibido una donación de 3.000.000 de euros, con los que se había comprado una cosa remodelada con dinero del marido.

V. RELACIÓN ENTRE LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO Y PENSIÓN COMPENSATORIA POR DESEQUILIBRIO.

Una cuestión interesante es la de determinar la relación entre la pensión compensatoria por desequilibrio del art. 97 CC y la compensación por trabajo doméstico en la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes, que, según reiterada doctrina jurisprudencial, confirmada por la sentencia que nos ocupa, son compatibles, por ser distintos sus presupuestos y

sus respectivas finalidades [SSTS 5 mayo 2016 (*Tol 5716443*), 14 marzo 2017 (*Tol 6001668*) y 20 de febrero 2018 (*Tol 7117657l4*)].

A la diferencia entre ambas figuras se refirió, por ejemplo, la STS 26 abril 2017 (*Tol 6061137*), según la cual, "Mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la 'dedicación pasada y futura a la familia'." Por el contrario –añade, "la compensación del art. 1438 del C. Civil tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares".

Por lo tanto, mientras la pensión compensatoria pretende reparar el desequilibrio económico, consistente en el daño que un cónyuge sufre al perder oportunidades y expectativas laborales o profesionales, como consecuencia de su exclusiva o prioritaria dedicación pasada actual y futura a la familia (que pese a lo que diga el art. 97 CC no es ya un mero criterio de cuantificación de la pensión, sino que, en la práctica, se ha convertido en un presupuesto para la concesión de la misma), la compensación del art. 1438 CC (que, obviamente, solo se da cuando, existiendo un régimen de separación, se liquide este) tiene como finalidad reparar directamente el valor de la dedicación pasada a la familia, entendida esta como una modalidad de contribución exclusiva de un cónyuge al levantamiento de las cargas familiares.

El recurrente reprochaba a la sentencia recurrida, precisamente, que lo que la misma pretendía compensar no era el trabajo para la casa, sino la pérdida de oportunidades laborales y económicas, la cual debía repararse a través de la pensión compensatoria del art. 97 del CC.

En realidad, es obvio que, más allá de la distinción teórica entre la pensión compensatoria y la compensación por trabajo doméstico, entre ambas existe un evidente punto de conexión, que es el que resulta de la "dedicación pasada a la familia", que, aunque no es lo que directamente se indemniza a través de la primera, no obstante, sirve como criterio de cálculo de la misma, por lo que es inevitable que la cuantificación de la una incida en la de la otra.

La sentencia comentada estimó parcialmente el recurso de casación, observando que "una valoración equitativa de los trabajos de coordinación cualificados para la casa prestados por la demandante, durante los diez años del matrimonio, a razón de unos 7000 euros netos al mes, arroja la suma final de 840.000 euros, que consideramos procedente como indemnización liquidatoria del régimen de separación de bienes, que regía el matrimonio de los litigantes, ponderando además los otros elementos de juicio antes considerados, como

donaciones recibidas [durante el matrimonio] de unos tres millones de euros [con los que la mujer compró una casa, que reformó a costa del marido], nivel de vida que disfrutó, pensión compensatoria de 75000 euros al mes durante cinco años, para cuya fijación se valoraron también sus expectativas profesionales" (la Audiencia había fijado la compensación del art. 1438 CC en 6.000.000 de euros).

DOCTRINA LEGAL SOBRE EL CRÉDITO *REVOLVING* COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA, SALA 1ª, 149/2020, DE 4 DE MARZO (REC. NÚM. 4813/2019)

LEGAL DOCTRINE ON REVOLVING CREDIT COMMENTARY TO THE SPANISH STS, ROOM 1, 149/2020, OF MARCH 4. (REC. NO. 4813/2019)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 758-775

Carolina
del Carmen
CASTILLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: La STS (Civil, Pleno) nº 149/2020 de 4 de marzo de 2020, acuerda la nulidad, por usuraria, de una tarjeta de crédito revolving con un interés nominal del 24%, y TAE del 26,82%. Como fundamento esencial de su argumentación que evidencia el carácter leonino de alguno de los productos que circulan en nuestro sistema financiero, nuestro Alto Tribunal declara la vigencia actual de una de las leyes más antiguas de nuestro ordenamiento, la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, conocida como ley Azcárate –que debe este nombre a su impulsor Gumersindo Azcarate, diputado por León en el Congreso durante los años 1907 y 1908- que se refiere a los contratos de préstamo (art.1), ampliando su ámbito aplicativo a cualquier operación en la que se verifique un préstamo de dinero con independencia del tipo contractual convenido, tal y como sucede en el caso sometido al enjuiciamiento del Tribunal Supremo.

PALABRAS CLAVE: Préstamo dinerario; contrato de tarjeta de crédito; usura; interés nominal; tasa anual equivalente.

ABSTRACT: *The STS (Civil, Plenary) nº 149/2020 of March 4, 2020, agrees the nullity, by usury, of a revolving credit card with a nominal interest of 24%, and APR of 26.82%. As an essential basis of its argumentation that evidences the leonine nature of some of the products that circulate in our financial system, our High Court declares the current validity of one of the oldest laws of our order, the Law of July 23, 1908 on nullity of usurious loan contracts, known as the Azcárate law - which owes this name to its promoter Gumersindo Azcarate, deputy for León in Congress during the years 1907 and 1908 - which refers to loan contracts (art.1), expanding its scope to any operation in which a money loan is verified regardless of the agreed contractual type, such as in the case submitted to the Supreme Court.*

KEY WORDS: *Money loan; credit card contract; usury; nominal interest; equivalent annual rate.*

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO: I. CRÉDITO REVOLVING E INTERESES EN EL ÁMBITO DE LA LEY AZCÁRATE. LA NECESARIA MENCIÓN A LA STS, SALA 1ª, DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2015.- II. LA STS, SALA 1ª, 149/2020, DE 4 DE MARZO Y LA DOCTRINA LEGAL SOBRE LOS CRÉDITOS *REVOLVING*.

SUPUESTO DE HECHO

D.ª XXX interpuso una demanda contra Wizink Bank S.A. en la que alegó que el 29 de mayo de 2012 suscribió un contrato de tarjeta de crédito Visa Citi Oro con Citibank España S.A., posteriormente cedido a Wizink Bank S.A. (Wizink), en el que, entre otras estipulaciones, se fijó un tipo de interés inicial para pagos aplazados y disposiciones a crédito del 26,82 % TAE, que en el momento de interponer la demanda es del 27,24% TAE. Solicitó que se declarase la nulidad del contrato de tarjeta de crédito por existencia de usura en la condición general que establece el interés remuneratorio, al serle de aplicación los arts. 1, 3 y 9 de la Ley de 23 de julio de 1908, de Usura, así como el art. 6.3 del Código Civil, y se condenara a Wizink al pago de las cantidades que excedan del total del capital prestado y que hayan sido satisfechas por la demandante por cualquier concepto con ocasión del mismo, más los intereses legales, todo ello a determinar en ejecución de sentencia. Justificó su petición en que el interés remuneratorio estipulado era usurario, pues era notablemente superior al normal del dinero en la fecha en que fue concertado el contrato.

En su contestación a la demanda, Wizink sostuvo que los intereses remuneratorios pactados, en la modalidad de pago aplazado, con un tipo nominal anual inicial del 24%, TAE 26,82%, no podían ser considerados usurarios puesto que no eran notablemente superiores al tipo de interés habitual en el mercado de tarjetas de crédito revolving, según los tipos de interés publicados por el Banco de España para dicho tipo de créditos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Consideró que se trataba de "una operación de crédito en la que el demandante es consumidor", y, con cita

• Carolina del Carmen Castillo Martínez
Magistrado-juez titular del Juzgado de Instancia nº 4 de Castellón. Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Civil (excedente). Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universitat de València. Académica de número de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.

de la doctrina contenida en la sentencia de pleno de 25 de noviembre de 2015, declaró: "En el caso enjuiciado la diferencia existente entre el TAE pactado (26'82%), y el interés medio de los préstamos y créditos a hogares, en concreto referido a tarjetas de crédito en el año 2018, que era de algo más del 20%, conforme se desprende de los datos publicados por el Banco de España ("Préstamos y créditos a hogares e ISFLSH"), permite considerarlo como «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», al no haber justificado la entidad financiera que concedió el crédito la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo". En un apartado anterior, la sentencia había afirmado: "[…] en principio la normalidad no precisa de especial prueba, siendo la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada, y como en el supuesto analizado en dicha sentencia, en este caso, no concurren otras circunstancias que las relativas al carácter de crédito al consumo de la operación cuestionada, pues la entidad financiera demandada no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal de las operaciones de crédito al consumo, no dándose el supuesto de un interés anormalmente alto justificado por el riesgo de la operación, a que se refiere esta sentencia [...]".

Wizink recurrió en apelación y la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Consideró que el negocio jurídico en cuestión debía ser considerado como un crédito al consumo, por lo que la aplicación de un tipo de interés superior al normal en este tipo de créditos debía justificarse en la concurrencia de circunstancias especiales. La Audiencia declaró: "[…] Con base en dicha sentencia del Tribunal Supremo [la 628/2015, de 25 de noviembre] esta Audiencia viene considerando que el parámetro a considerar a los efectos que nos ocupan [determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero] no es sino el interés normal del dinero en las operaciones de crédito al consumo, salvo que se acrediten circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notable y desproporcionadamente superior al normal de tales operaciones de crédito, siempre que no sea la propia explicación que ya integra el razonamiento de la anterior sentencia del Tribunal Supremo, y ello pese a que se disponga de estadísticas del Banco de España indicativas de los tipos de «tarjetas de crédito», dentro del apartado de los créditos al consumo, tipos que resultan mucho más altos que el tipo medio ponderado de estos últimos. […] la modificación estadística del Banco de España que le ha llevado a ofrecer las tablas relativas a las tarjetas de crédito «no afecta a la propia consideración estadística de la tarjeta de crédito como un crédito al consumo», y lo relevante es ese tipo comparativo en la fecha de formalización de la operación y no el que las entidades financieras aplican a las operaciones crediticias mediante tarjetas de crédito. La aplicación de tipo tan alto, y la diferencia que conlleva respecto a la media de los contratos

de crédito al consumo, debe justificarse por la concurrencia en el caso particular de circunstancias especiales y no por el mero hecho estadístico de que todas las entidades mantengan unos tipos que superan con gran amplitud el estándar habitual en la financiación de actos de consumo. En el caso y las circunstancias personales que se reflejan en las condiciones particulares del contrato no permiten afirmar que justifiquen el tipo de interés pactado, como tampoco el hecho de que la entidad acceda a otorgar el crédito sin mayor comprobación sobre la solvencia o exigencia de garantías, conducta ya contemplada por el Tribunal Supremo en su doctrina y considerada no justificante de la imposición de tal tipo de interés antes indicado recogido en el contrato que nos ocupa […]".

Wizink interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, basada en un único motivo cuy enunciado resulta del tenor siguiente: "Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, se denuncia la infracción del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el requisito objetivo del interés usurario, justificándose su admisión en la oposición a doctrina jurisprudencial y por contradicción en las Audiencias Provinciales".

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha desestimado el recurso de casación interpuesto por Wizink Bank contra una sentencia que había declarado la nulidad de un contrato de crédito revolving mediante uso de tarjeta, por considerar usuario el interés remuneratorio, fijado inicialmente en el 26,82% TAE y que se había situado en el 27,24% a la fecha de presentación de la demanda. En el supuesto objeto de las actuaciones, el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio habría podido realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores; sin embargo, en este caso la parte actora únicamente interesó la nulidad de la operación de crédito por su carácter usurario, es decir, con fundamento en la Ley de Represión de la Usura de 1908.

Las declaraciones vertidas por el Pleno de la Sala podrían resumirse en lo siguiente: (i) considera que la referencia al "interés normal del dinero" que ha de aplicarse para determinar si el interés remuneratorio es usurario debe ser el interés medio aplicable a la categoría a la que corresponda la operación cuestionada, en el caso enjuiciado el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España; (ii) en la determinación de cuándo el interés de un crédito *revolving* es usurario, la Sala tiene en cuenta que el tipo medio del que se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado y, por tal razón, una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso, en el que el tipo de interés fijado en el contrato supera en gran medida

el índice tomado como referencia, ha de considerarse como notablemente superior a dicho índice; (iii) se señala que, además, debe tenerse en consideración las circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, tales como los usuales destinatarios, particulares que no pueden acceder a otros créditos menos gravosos, así como las propias peculiaridades del crédito *revolving*, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio y las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas, en comparación con la deuda pendiente, pero alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas, hasta el punto de que puede convertirle en un deudor "cautivo"; (iv) finalmente, la Sala razona que no puede justificarse la fijación de un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito concedidas de modo ágil, porque la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.

COMENTARIO

I. CRÉDITO REVOLVING E INTERESES EN EL ÁMBITO DE LA LEY AZCÁRATE. LA NECESARIA MENCIÓN A LA STS, SALA 1ª, DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2015.

El llamado crédito *revolving* puede definirse, en principio, como un crédito de carácter rotativo, pues resulta de su esencia el que se vaya a ver reducido o ampliado en función de las disposiciones del cliente, y se irá restableciendo cuando el usuario vaya efectuando pagos para devolverlo. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de febrero de 2017 define esta modalidad con referencia al crédito caracterizado por tener un límite de capital prefijado, por tiempo determinado, y renovable, amortizándose por cuotas fijas, de tal manera que, en función de las disposiciones y abonos que se verifiquen, pueda mantenerse de manera constante un saldo disponible.

Con carácter general, la jurisprudencia tiene declarado que un contrato de tarjeta en su modalidad *revolving*, viene a diferenciarse de las tarjetas de crédito tradicionales u ordinarias en su sistema de pago, que se funda en abonos aplazados mediante una cuota fija mensual, que elige libremente el usuario y, por otra parte, en que a medida que la deuda va resultando saldada, el efectivo vuelve a estar disponible para que el titular de la tarjeta pueda realizar uso de él, convirtiendo este medio de pago en una vía de financiación similar a una línea de crédito. Como ya señalé es lo que se conoce como crédito rotativo, es decir, con diferentes condiciones que justifican el cobro de un tipo de interés ordinario superior, ya que

se diferencia con nitidez de un préstamo o crédito al consumo, habida cuenta de que en este tipo de financiación no se exigen garantías y la contratación es casi inmediata, se fijan unas cuotas de amortización menores que las que se establecen en los préstamos y requiere un mayor nivel de provisiones, puesto que la entidad no sólo debe mantener la provisión del crédito dispuesto sino también hasta el límite del crédito.

Como precedente doctrinal de la STS 149/2020, objeto de este análisis, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015[1] analiza un crédito *revolving* que permitía realizar disposiciones de efectivo a través de llamadas telefónicas y de conformidad con la utilización de una tarjeta expedida por el banco hasta un límite concreto que podía modificarse por la entidad. En el supuesto enjuiciado, el tipo de interés remuneratorio se estableció en el 24´6 % TAE y el interés de demora era el resultante de incrementar el interés remuneratorio en el 4´5 %.

La primera de las cuestiones analizadas por la Sentencia se localizaba en considerar la aplicación la Ley de 23 de Julio de 1908 de represión de la usura al crédito *revolving*. En este ámbito, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 declara aplicable la Ley de Represión de la Usura al crédito *revolving*, aunque no se trate propiamente de un préstamo, en atención a lo dispuesto en el art. 9 de dicha ley que establece que lo dispuesto por la norma se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualquiera que sea la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido. El Alto Tribunal declara al respecto que "la flexibilidad de la regulación contenida en la Ley de Represión de la Usura ha permitido que la jurisprudencia haya ido adaptando su aplicación a las diversas circunstancias sociales y económicas. En el caso objeto del recurso, la citada normativa ha de ser aplicada a una operación crediticia que, por sus características, puede ser encuadrada en el ámbito del crédito al consumo". Y es que el art. 1 de la Ley de Represión de la Usura exige para su aplicación la concurrencia de requisitos objetivos y subjetivos. Por cuanto se refiere a los requisitos objetivos los mismos son que (i) se estipule en dicho contrato un interés notablemente superior al normal del dinero, y que (ii) se determine un interés manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte idóneo. Por su parte, los requisitos subjetivos se vinculan con los motivos de aceptación por el prestatario, respecto de los cuales el art. 1 de la Ley de Represión de la Usura señala (i) la situación angustiosa del prestatario, (iii) la inexperiencia del prestatario y (iii) lo limitado de las facultades mentales del prestatario.

1 STS, Civil, 628/2015, de 25 de noviembre (ROJ: STS 4810/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4810) Recurso: 2341/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 declara que para que un préstamo pueda considerarse usurario no es preciso la concurrencia de todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el art. 1 de la Ley de Represión de la Usura. Entiende la Sala que para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la ley, esto es, "que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso", sin que sea exigible que, acumuladamente, se exija "que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales". En todo caso, la jurisprudencia reiteradamente ha declarado que, según la Ley de Azcárate, para calificar de usurario un préstamo no es suficiente el requisito objetivo de la desproporción entre el interés estipulado y el normal del dinero en el momento de su contratación, sino que, además, la norma impone un elemento subjetivo y causal justificativo de su aceptación por el prestatario, y determine el vicio de la voluntad contractual, privándola de su necesaria autonomía y libertad. No obstante lo apuntado, lo cierto es que en nuestra sociedad de consumo la figura del financiador mantiene una relevancia preponderante resultando que el principio de la autonomía de la voluntad consagrada en el art. 1255 del Código Civil claramente se encuentra condicionado por las más apremiantes necesidades del consumidor por lo que ya no se contempla como exigencia necesaria la concurrencia de los dos requisitos apuntados.

La Ley de Usura de 23 de Julio de 1908, conocía como Ley Azcárate, en su art. 1 declara nulos los contratos de préstamo calificados de usuarios. En el préstamo *revolving* objeto de la causa, se convino un interés remuneratorio del 24'6 % TAE, imposible de ser sometido a control según la normativa consumerista atinente a las cláusulas abusivas, toda vez que la misma impide el control del carácter "abusivo" del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, aunque ello es así siempre que cumpla el requisito de transparencia, que es fundamental para asegurar, por una parte, que la prestación del consentimiento se ha realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la contratación de la operación de crédito le supone y, por otra parte, que el usuario ha podido comparar las diversas ofertas de las entidades de crédito para escoger conscientemente, de entre las mismas, la opción que le resulta más favorable a sus intereses. Y así, desde la anterior consideración, la Sentencia del Tribunal de 25 de noviembre de 2015 considera que el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la Tasa Anual Equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares

legalmente predeterminados. Conviene precisar que la señalada circunstancia resulta imprescindible, si bien no suficiente por sí sola, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente, toda vez que no sólo permite conocer de una manera más nítida la carga onerosa que para el prestatario o acreditado implica realmente la operación, sino que, por otra parte, posibilita un parangón asumible con los préstamos ofertados por la competencia. De manera que el indicado interés deberá ser sometido a un juicio comparativo a los efectos de determinar si es, o no, usurario para lo cual la Sala entiende que el tipo porcentual de interés con el que se ha de vetificar la operación de comparación es el "normal del dinero". A tal efecto, el Alto Tribunal diferencia entre el "interés normal" y el "interés legal del dinero", de tal manera que no se trata de verificar la comparación con el interés legal del dinero, sin más, sino con el interés "normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia". Y, a los efectos de concretar lo que debe considerarse como "interés normal" cabe acudir a la base estadística publicada por el Banco de España, tomando como punto de partida la propia información que las entidades de crédito tienen obligación de proporcionar acerca de los tipos de interés que se aplican a las diversas modalidades de operaciones activas y pasivas. Y, precisados los términos comparativos, la Sala declara que la aplicación del art. I de la Ley de Represión de la Usura no implica determinar si el interés pactado es excesivo sino si es"notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso", entendiendo que una diferencia del doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo consideradas en el momento en que se perfeccionó el contrato, entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como"notablemente superior al normal del dinero".

Además, para que el préstamo pueda ser considerado usurario es preciso que el interés estipulado sea "manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso". Al respecto, la Sala precisa lo que debe entenderse por "circunstancias de caso", que pudieran justificar el establecimiento de un interés superior de tal manera que, de ordinario, las circunstancias excepcionales que pueden justificar un tipo de interés anormalmente elevado se encuentran vinculadas con el riesgo de la operación. Y cuando el prestatario se dispone a hacer uso del efectivo obtenido mediante el préstamo en una operación especialmente lucrativa de alto riesgo, resulta justificado que el financiador igualmente participe de los elevados beneficios propuestos mediante la fijación de un interés notablemente superior al normal. La Sala aplica las señaladas consideraciones al crédito *revolving* objeto del litigio, disponiendo que a pesar de que las circunstancias concretas de un préstamo, entre las que se encuentra el mayor riesgo para el prestamista que pueda derivarse de ser menores las garantías concertadas, pudieran justificar, desde el punto de

vista de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, un interés superior al que puede considerarse normal o medio en el mercado, tal y como acontece en operaciones de crédito al consumo, no puede justificarse un incremento del tipo de interés tan desproporcionado en operaciones de financiación al consumo como la que ha tenido lugar en el supuesto enjuiciado, con fundamento en el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a determinadas operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, toda vez que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y provoca la consecuencia de que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que pechar con el resultado contable de un elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por parte del ordenamiento. Además, la Sala revisa la carga probatoria de manera que, habida cuenta de que la normalidad no demanda especial acerbo probatorio, en tanto que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada, en el caso considerado no concurren otras circunstancias más allá de las relativas al carácter de crédito al consumo de la operación cuestionada. Y se concluye que la entidad financiera concedente no ha justificado debidamente la concurrencia de circunstancias excepcionales que permitan entender la asuncion de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

Con fundamento en lo expuesto el Tribunal Supremo concluye que es usurario el crédito *revolving* en el que se estipuló un interés notablemente superior al normal del dinero en la fecha en que fue concertado el contrato, sin que se aprecie ninguna circunstancia jurídicamente valorable que justifique un interés tan desproporcionadamente alto. Y así, la calificación usuraria del crédito *revolving* determina su nulidad, considerada por la Sala en el supuesto de autos como una ineficacia "radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva", por tratarse de la única sanción posible, que lleva aparejada la consecuente obligación de restitución. Diversamente, el control de contenido de la cláusula abusiva no puede extenderse a la eficacia y validez misma del contrato celebrado, por lo que, en definitiva, no determina su nulidad, sino tan sólo la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. Y las consecuencias de la nulidad declarada serán las prevenidas en el art. 3 de la Ley de Represión de la Usura, es decir, que el prestatario se encuentra obligado a devolver únicamente el importe recibido en concepto de principal del préstamo[2].

2 En el supuesto objeto del recurso, el demandado había abonado a la demandante una cantidad superior a la que recibió, por lo que la demanda fue desestimada. En todo caso, debe señalarse que la falta de planteamiento de demanda reconvencional por parte de la entidad impidió la aplicación de la previsión contenida en la segunda parte del precepto del art. 3 de la Ley de 23 de julio de 1908, por cuya virtud, si el prestatario hubiera satisfecho parte de la suma percibida como principal y los intereses vencidos el

II. LA STS, SALA 1ª, 149/2020, DE 4 DE MARZO Y LA DOCTRINA LEGAL SOBRE LOS CRÉDITOS REVOLVING.

La revisión de la STS, Sala 1ª, 149/2020, de 4 de marzo[3], devuelve la consideración de que, a pesar de su ya rebasado centenario período de vigencia, diversamente a lo sucedido en otros países de nuestro entorno, en ningún momento el legislador español ha propuesto la elaboración de una norma, sustitutiva de la Ley de 23 de julio de 1908, que regule el interés máximo a aplicar en los contratos destinados a la obtención de líquido rápido, o instantáneo, y tarjetas de crédito emitidas con la finalidad de instrumentalizar las disposiciones en aquéllos[4]. Aunque es posible que, a partir de la aportación jurisprudencial que ahora revisamos, se plantee someter a consideración tal propósito. Y es que, como se ha indicado, ya han sido varias las ocasiones en las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca de lo que debe entenderse por interés notablemente superior al normal del dinero, de la misma manera que, con posterior ratificación por parte del Tribunal de Luxemburgo, también recientemente consideró abusivo el interés moratorio en aquellos préstamos hipotecarios que lo fijaban en más de dos puntos del remuneratorio, asimilando el mismo al interés de mora procesal a que se refiere la disposición contenida en el art. 576 de la LECiv, argumentación motivadora de la también reciente reforma legal contenida en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en la que se fija el interés moratorio en el remuneratorio más tres puntos, considerando abusivo cualquier tipo porcentual moratorio que supere el señalado umbral. No obstante, la resolución ahora analizada, si bien aclara que si el demandante tiene la condición de consumidor -circunstancia de necesaria acreditación en cada caso- se podrá pasar a analizar el control de incorporación y transparencia de la operación, obvia realizar una revisión pormenorizada de esta categoría contractual y del mecanismo de funcionamiento de las tarjetas a través de las que se instrumentaliza, desaprovechando la ocasión que al Pleno se le presentaba para poder hacerlo.

prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado.

3 STS, Civil, 600/2020, de 4 de marzo (ROJ: STS 600/2020 - ECLI:ES:TS:2020:600). Recurso: 4813/2019. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

4 El art. 1 de la Ley Azcárate dispone lo siguiente: "Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales" (párr. 1º). "Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos" (párr. 2º). Cabría decir que la Ley de 23 de julio de 1908, aunque se gestó con el propósito de perseguir la usura en los préstamos perfeccionados entre particulares en circunstancias muy concretas, contiene en su art. 1 una suerte de cláusula general, que permite su aplicación a toda categoría de préstamo, posibilitando su vigencia actual incluso respecto de préstamos mercantiles y de los celebrados con consumidores. A partir de la STS, Sala 1ª, de 25 de noviembre de 2015, a los contratos de tarjeta de crédito de consumo con plazo aplazado y, desde la STS, Sala 1ª, de 4 de marzo de 2020, también a los denominados préstamos *revolving*, como modalidad de contrato de crédito al consumo.

El Tribunal Supremo de nuevo se plantea la interpretación de lo que deba considerarse por "interés notablemente superior al normal del dinero" al que se refiere la Ley Azcárate, resultando sin duda meritorio que, a los efectos del parangón, se ponderen los préstamos *revolving* como categoría autónoma en el ámbito de los créditos al consumo si bien merezca reproche la circunstancia de que el Alto Tribunal haya dejado por resolver la esencial cuestión, inevitablemente generadora de inseguridad jurídica, atinente al punto de corte entre el que pudiera considerarse como interés lícito y el usurario, toda vez que el tipo porcentual de interés del préstamo *revolving* pactado actualmente, y cuya licitud sin duda está llamada a provocar numerosas controversias judiciales futuras, deberá ser comparado necesariamente con el tipo medio de estas operaciones pactado en marzo de 2020, y ese dato resultaba aún ignoto para la Sala al tiempo del dictado de la Sentencia[5]. Pero es que, además, aunque las entidades crediticias y financieras tomaran en consideración el último tipo medio conocido, lo cierto es que el dato relativo a los puntos porcentuales en que se debe traducir la expresión "notablemente superior" resulta asimismo desconocido, por lo que es imposible precisar el, digamos, mínimo exento de ser declarado como usurario[6].

La STS 149/2010, de 4 de marzo, aborda diversas cuestiones de interés, en alguna de las cuales merece la pena detenerse en este sucinto comentario.

Como he indicado la resolución comentada realiza un parangón con el tipo medio pactado de las operaciones a considerar, en el que el primero de los términos de la comparación es, precisamente, el interés dispuesto en el contrato, respecto del cual la Sala señala que el interés al que debe atenderse no es el interés remuneratorio -en el supuesto enjuiciado, TIN del 24%-, sino la Tasa Anual Equivalente -según se indica en la sentencia, el 26'82% inicialmente pactado en el contrato que ya era del 27'24% en la fecha de la presentación de la demanda-, que supone el montante íntegro del crédito manifestado en el señalado porcentaje nominal anual. Sin duda, esta primera precisión se presenta como razonable desde un punto de vista jurídico aunque fácticamente presupone un dato que no resulta correcto, toda vez que, diversamente a lo que sucede en un contrato de financiación en el que el clausulado financiero resulta prefijado al momento de su perfección, en el caso del otorgamiento de un crédito mediante

5 En efecto, las estadísticas del Banco de España, a las que la sentencia hace la referencia, se publican con al menos dos meses de retraso respecto al día de la consulta.

6 En el supuesto enjuiciado el Tribunal Supremo declara que el 26'82% convenido es "notablemente superior" al interés medio que, en el momento de pactarse la operación, resulta fijado en "algo superior al 20%", toda vez que el señalado tipo medio resulta "muy elevado", considerando la Sala que "cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia, menos margen hay para incrementar el precio sin incurrir en usura". De lo expuesto se infiere que para el TS la constatación de seis puntos de diferencia permite entender que concurre usura cuando el tipo medio se sitúa en torno al porcentaje del 20%, si bien no tiene que resultar de esta manera inexorablemente en el supuesto de que el tipo medio descienda al 19%, si bien es posible que con una diferencia sustancialmente menor deba declararse la existencia de usura, en el momento en que el precio medio de las tarjetas *revolving* ascienda al tipo porcentual del 21 o del 22%.

tarjeta usualmente no concurre una TAE fija durante toda la vigencia de la relación contractual sino que la misma oscilará en atención a la específica fórmula de pago aplazado que las partes convengan -ya se trate de una cuota fija o bien de abonos proporcionales fraccionados-, así como también en función del importe de la cuota mensual por la que el acreditado opte -de entre las posibilidades que en el contrato se contemplen- en cada circunstancia o secuencia temporal. En definitiva, cabría decir que, a los efectos de determinar la concurrencia de usura, en la previa consideración de lo que deba entenderse como interés contractual no parece adecuado atender a la TAE inicialmente señalada en el contrato sino que resulta preciso considerar el concreto interés expresado en la Tasa Anual Equivalente y efectivamente aplicado a cada una de las disposiciones de crédito realizadas por el acreditado, en función de las circunstancias a las que anteriormente me referí, a los efectos de determinar, a último, la TAE media efectivamente desembolsada durante el tiempo de vigencia del contrato, lo que permite fijar correctamente el primer término de la comparación a realizar.

Atendiendo a otro aspecto, y con precisa referencia a lo que deba entenderse como "interés normal del dinero" a los efectos del enjuiciamiento realizado que lo contempla como segundo término para realizar la operación comparativa que se pretende, el Alto Tribunal, en un intento de enderezar la confusión derivada de la Sentencia de 25 de noviembre de 2015, considera en la que ahora comentamos las estadísticas publicadas por el Boletín Estadístico del Banco de España en relación ya no con el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo en general sino respecto de las vinculadas a la categoría que integra, dentro de la señalada clase, el concreto supuesto de financiación mediante tarjeta de crédito. Pero a pesar de este perceptible propósito inicial de remediar la confusión generada por su Sentencia de 25 de noviembre de 2015, la STS 149/2020 pasa por alto la circunstancia de que la información estadística publicada por el Banco de España no se expresa en términos de TAE, sino de "Tipo Efectivo Denominación Restringida" (TEDR), que de manera manifiesta deja de incluir en su cálculo determinados conceptos[7] que pueden llegar a suponer un diferencial de varios puntos porcentuales entre ambos en el seno de un mismo contrato. En definitiva, nuevamente se adopta como término comparativo (en este caso el segundo de ellos) un dato incorrecto, toda vez que se vienen a comparar conceptos que no son homogéneos, ya que lo adecuado hubiera sido proceder, con carácter previo a la comparativa, a la transformación o conversión de la TAE en términos de TEDR pues entonces sí

7 Esencialmente gastos conexos y comisiones. A este respecto, en la norma tercera de la Circular del Banco de España nº 1/2010, de 27 de enero (BOE 05/02/2010), relativa a estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras, se señala que "el TEDR de una operación será igual al tipo de interés anualizado que iguale en cualquier fecha el valor actual de los efectivos, excluidos los gastos, recibidos, o a recibir, con el de los entregados, o a entregar, a lo largo de la operación, y se calculará como la TAE excluyendo los gastos conexos, tales como las primas por seguros de amortización, y las comisiones que compensen costes directos relacionados, según se definen en el apartado 3 de la norma trigésima octava de la Circular 4/2004".

que se entendería la correlación con el TEDR que publica la estadística del Banco de España.

En suma, el Tribunal Supremo en la sentencia revisada viene a reiterar la justificación de la valoración de la TAE -26'82%-, y no el interés remuneratorio TIN -24%-, en contra de su propia doctrina jurisprudencial previa[8], con fundamento en que "conforme al artículo 315, párrafo 2º, del Código de Comercio, «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor»". No obstante, el Alto Tribunal obvia considerar que la TAE no refleja el tipo de interés del crédito, sino que, como ya he apuntado, representa el coste total del mismo, que incorpora no exclusivamente los intereses, sino también los gastos, las comisiones, y otros conceptos, tales como el precio de productos vinculados[9]. Por lo que la referencia a la norma mercantil es de todo punto superflua por cuanto que, además, actualmente se encuentra en vigor una norma especial aplicable al caso enjuiciado, como es la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, cuyo art. 6, apartados e) y d) perfectamente diferencian entre tipo porcentual de interés y TAE, en el sentido expuesto[10].

También resulta de interés destacar que la Sentencia de 4 de marzo de 2020, recuperando la propia doctrina contenida en la STS 25 noviembre 2015 considera injustificado un riesgo provocado por la concesión irresponsable de préstamos, en especial alusión a los concedidos de manera ágil e incluso mediante de técnicas de comercialización agresivas y sin la previa comprobación de la solvencia del prestatario, circunstancia ésta última determinante de una "concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales", que fomenta el sobreendeudamiento[11]. En este sentido la Sala entiende que el incremento del interés remuneratorio en préstamos al consumo, que adopta como referencia el tipo porcentual estadísticamente común en la clase de operación de crédito o préstamo de que se trate -en el supuesto

8 Cfr. STS, Sección 1ª, de 7de marzo de 1998, que se refiere, a su vez, a la STS, Sección 1ª, de 18 de febrero de 1991.

9 *Vid*, al respecto, Agüero Ortiz, A.: Consecuencias auguradas de la doctrina "Sygma" en la jurisprudencia menor: del interés normal usurario al control de transparencia, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 7, vLex, 2020; y Carrasco Perera, Á. y Agüero Ortiz, A.: Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. "Sygma Mediatis": Un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 16, 2016.

10 Abundando en el mismo sentido, el Banco de España, en su portalclientebancario, al diferenciar entre TIN y TAE explica que: "La diferencia entre el TIN (tipo de interés nominal) y la TAE (tasa anual equivalente), es que el TIN es el precio que la entidad cobra por prestar o que paga por depositar. La TAE incluye además del TIN, los gastos y comisiones asociados a los productos".

11 En el mismo sentido, cfr. SAP Barcelona, Sección 16ª, de 26 de septiembre de 2019. No obstante, conviene subrayar que en tanto en la Sentencia 628/2015, de 25 de noviembre como en la 149/2020, de 4 de marzo, el razonamiento en que el Tribunal Supremo sustenta la admisión de las concesiones de crédito a los consumidores que no superen la evaluación de la solvencia aparece localizado en la circunstancia de que el préstamo o crédito se otorgue con un tipo de interés remuneratorio que armonice con el normal del dinero en el tipo de operación de que se trate, aunque con el matiz de que en el supuesto de clientes que presenten un mayor riesgo crediticio el interés aplicado de acuerdo con la señalada previsión no deba elevarse.

enjuiciado el ámbito de los créditos *revolving*-, no puede quedar justificado en el dato que supone el riesgo de impago del prestatario, por cuanto que la previsión de un tipo de interés remuneratorio más elevado en operaciones de crédito al consumo no puede fundarse en la circunstancia de que los deudores puedan ser calificados con el perfil consumerista de cliente de elevado riesgo de impago[12]. Y la Sala asocia esta idea a la concesión responsable de los créditos al consumo y a la previsión de un sobreendeudamiento de los consumidores, perfilando una supuesta correlación lógica entre las operaciones de crédito pactadas con tipos de interés remuneratorio por encima de los estadísticamente normales y la concesión de un crédito de manera irresponsable. Pero el Alto Tribunal pasa por alto la consideración acerca de que los expedientes normativos de protección del cliente consumidor frente a los mecanismos agresivos o invasores desplegados por las entidades financieras para la comercialización de todos sus productos en general no se localizan precisamente en un atinado control del precio de la operación a concluir sino que se residencian de manera esencial en aquellos instrumentos que, ya sea en forma de obligación impuesta al prestamista o de derecho que asiste al prestatario, garantizan que el deudor va a emitir un consentimiento informado y ampliamente consciente y libre sin vicio alguno de la voluntad.

Como reflexión final, sería deseable -y cabe esperar que el legislador en un futuro no lejano se lo llegue a plantear-, que se materializara la regulación extensiva al ámbito de la contratación de tarjetas de crédito de las obligaciones sustanciales que nuestro ordenamiento actualmente impone a las entidades financieras, y que pivotan en los esenciales aspectos de la necesaria actuación transparente por parte de aquéllas respecto de los contratantes consumidores, así como de la evaluación no sólo de la solvencia de los prestatarios sino también del contenido y alcance del crédito concedido en el contexto de la situación del adherente, que por definición lo va a destinar al consumo propio, aspecto que obliga a someter su contratación a su específica normativa -Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo- . Esta exigencia excluiría la posibilidad de una contratación irreflexiva u ofertada -en la mayor parte de los supuestos sorpresivamente- por personas con

12 En la considerada valoración del riesgo de impago cabría atender, como factor adicional, al dato de los intereses de demora que se hubieren convenido, no ya para ponderar una pretendida usura respecto de los mismos ya que, como es sabido los intereses moratorios únicamente admiten el juicio de abusividad, sino a los efectos de ponderar su incidencia en la contingencia del riesgo que pone en peligro la satisfacción del crédito para el concedente del crédito, sin perjuicio de su repercusión en el propio carácter usurario del contrato de tarjeta de crédito. Y es que, considerado -tal y como ya tuve ocasión de exponer- el carácter alternativo de los requisitos objetivos y subjetivos que el art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 establece para el reconocimiento de la usura, y atendiendo a una valoración objetiva proyectada sobre lo que deba entenderse por el "interés normal" manifiestamente desproporcionado en las circunstancias del supuesto, resulta preciso reparar en los dos aspectos indicados, es decir, (i) la comprobación de un interés notablemente superior al normal del dinero, y que (ii) el mismo resulte manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, aspecto éste último desde el que es posible ponderar la concurrencia de intereses moratorios como circunstancia sustentadora de la situación de desproporción predicable de la existencia de unos intereses remuneratorios excesivamente elevados, lo que derivaría en la calificación del préstamo o crédito como usurarios. Pero el Tribunal Supremo ni en la Sentencia de 4 de marzo de 2010, ni tampoco en la de 25 de noviembre de 2015, realiza la más leve referencia a este aspecto.

una deficiente formación para ello imponiendo la necesidad de unas condiciones mínimas necesarias para poder conseguir un compromiso responsable por parte del prestatario, traducible en una mayor garantía de cobro para el concedente.

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A.: "Consecuencias auguradas de la doctrina "Sygma" en la jurisprudencia menor: del interés normal usurario al control de transparencia", *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 7, vLex, 2020.

CARRASCO PERERA, Á. y AGÜERO ORTIZ, A.: Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. "Sygma Mediatis": Un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 16, 2016

DOCTRINA LEGAL SOBRE EL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LOS PRÉSTAMOS PERSONALES. COMENTARIO A LAS SSTS DE ESPAÑA, SALA 1ª (PLENO) 101/2020, DE 12 DE FEBRERO (REC. NÚM. 1769/2016), 105/2020, DE 19 DE FEBRERO (REC. NÚM. 1400/2015) Y 107/2020, DE 19 DE FEBRERO (REC. NÚM. 2963/2016)

LEGAL DOCTRINE ON ADVANCE DUE IN PERSONAL LOANS. COMMENTARY TO THE SPANISH SSTS, ROOM 1 (PLENARY) 101/2020, OF FEBRUARY 12 (REC. NO. 1769/2016), 105/2020, OF FEBRUARY 19 (REC. NO. 1400/2015) AND 107/2020, OF 19 FEBRUARY (REC. NO. 2963/2016)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 776-793

Carolina
del Carmen
CASTILLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: La STS (Pleno) núm. 101/2020, de 12 de febrero, rec. núm. 1769/2016, abordó la cuestión de la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos personales. La Sala estima en parte los recursos interpuestos frente a la sentencia que acogió una acción de cumplimiento de un contrato de préstamo personal y consideró valido el vencimiento anticipado porque el banco había ejercitado esta facultad tras el impago de trece cuotas del préstamo. También consideró valida la cláusula de afianzamiento solidario. El Alto Tribunal considera que la cláusula de vencimiento anticipado es, en principio, lícita, pero para no ser abusiva debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, considerando que una cláusula que permite el vencimiento anticipado por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de obligaciones accesorias, es abusiva. Además, se precisa que, a diferencia de los préstamos hipotecarios, en los préstamos personales, la supresión de la cláusula declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato, resultando que la abusividad de la cláusula no puede ser salvada porque no se aplicara en su literalidad. Con posterioridad a la STS (Pleno) núm. 101/2020, fueron dictadas las STS núm. 105/2020, de 19 de febrero, rec. núm. 1400/2015, y la núm. 107/2020, de 19 de febrero, rec. núm. 2963/2016, que han venido a declarar los mismos fundamentos, conformando el cuerpo de doctrina jurisprudencial de que se trata en el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: Préstamo personal; vencimiento anticipado convencional; acción de cumplimiento; subsistencia del contrato.

ABSTRACT: *STS (Plenary) no. 101/2020, of February 12, rec. núm. 1769/2016, addressed the question of the validity of the early maturity clauses in personal loans. The Chamber estimates in part the appeals filed against the judgment that upheld an action to fulfill a personal loan contract and considered the early maturity valid because the bank had exercised this power after the non-payment of thirteen loan installments. It also considered the solidarity guarantee clause valid. The High Court considers that the early maturity clause is, in principle, lawful, but in order not to be abusive, it must modulate the seriousness of the default based on the duration and amount of the loan, considering that a clause that allows early maturity for the default of a single term, even partial and with respect to accessory obligations, is abusive. In addition, it is specified that, unlike mortgage loans, in personal loans, the suppression of the clause declared abusive does not compromise the subsistence of the contract, resulting in the abusiveness of the clause not being able to be saved because it was not applied literally. After STS (Plenary) no. 101/2020, STS no. 105/2020, of February 19, rec. núm. 1400/2015, and no. 107/2020, of February 19, rec. núm. 2963/2016, who have come to declare the same foundations, forming the body of jurisprudential doctrine in question in this work.*

KEY WORDS: *Personal loan; conventional early maturity; enforcement action; contract subsistence.*

SUMARIO.- SUPUESTOS DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO: I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LOS PRÉSTAMOS GARANTIZADOS CON HIPOTECA.- II. EL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LOS PRÉSTAMOS PERSONALES.

SUPUESTOS DE HECHO

STS, Sala 1ª (Pleno) 101/2020, de 12 de febrero (rec. núm. 1769/2016)

En fecha de mayo de 2009, D. Benedicto suscribió como prestatario un contrato de préstamo personal, a interés fijo del 11,25%, con NCG Banco S.A. (hoy Abanca Corporación Bancaria S.A.), por importe de 18.000 €, a devolver en doce años, mediante ciento cuarenta y cinco cuotas mensuales de 228,31 €. Dña. Carlota intervino como fiadora solidaria. Entre otras, figuraban en el contrato las siguientes cláusulas: (i) Cláusula 4ª y 3ª c), que consideran el año comercial de 360 días para el cálculo de intereses. (ii) Cláusula 6ª, que atribuye al prestatario todos los gastos derivados de la reclamación judicial o extrajudicial de la deuda. (iii) Cláusula 10ª, que permite que el acreedor pueda dar por vencido el préstamo «por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente contrato, en especial, la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses y/o de amortización y demás gastos que originen el préstamo». (iv) Cláusula 4ª, intereses de demora del 18%. Cuando el préstamo presentaba un descubierto de más de trece cuotas, la entidad prestamista lo dio por vencido y presentó una solicitud de juicio monitorio contra el prestatario y la fiadora, en reclamación de la totalidad debida por capital e intereses. Al haberse opuesto los deudores al requerimiento de pago, la entidad bancaria presentó una demanda de juicio ordinario en ejercicio de las acciones de cumplimiento contractual y reclamación de cantidad, en la que solicitó el pago del total del préstamo en cuanto a capital e intereses. Los demandados se opusieron alegando la nulidad de las mencionadas cláusulas contractuales, así como la de afianzamiento solidario.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda.

La Audiencia Provincial estimó en parte los recursos de apelación interpuestos por los demandados y declaró la nulidad de las cláusulas sobre el año comercial, la

• Carolina del Carmen Castillo Martínez
Magistrado-juez titular del Juzgado de Instancia nº 4 de Castellón. Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Civil (excedente). Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universitat de València. Académica de número de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.

atribución al prestatario de todos los gastos judiciales y extrajudiciales, e intereses de demora. Y ordenó que se tuvieran en cuenta las correcciones derivadas de dichos pronunciamientos de nulidad, para calcular la cantidad objeto de la condena. Plantea recurso de casación D. Benedicto.

La Sala estima en parte los recursos interpuestos frente a la sentencia que acogió una acción de cumplimiento de un contrato de préstamo personal y consideró valido el vencimiento anticipado porque el banco había ejercitado esta facultad tras el impago de trece cuotas. También consideró valida la cláusula de afianzamiento solidario. El Tribunal Supremo considera que la cláusula de vencimiento anticipado es, en principio, lícita, pero para no ser abusiva debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, considerando que una cláusula que permite el vencimiento anticipado por el incumplimiento de un único plazo, incluso parcial y respecto de obligaciones accesorias, es abusiva. Por la Sala también se precisa que, a diferencia de los préstamos hipotecarios, en los préstamos personales, la supresión de la cláusula declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato, resultando que la abusividad de la cláusula no puede ser salvada porque no se aplicara en su literalidad. Asunción de la instancia: como en la demanda también se invocó el cumplimiento del contrato al amparo del art. 1124 CC y la parte acreedora optó por el cumplimiento forzoso del contrato y no por su resolución, es por lo que se condena al pago de los importes adeudados a la fecha de demanda. Además, se considera que el pacto de fianza accesorio de un préstamo no es necesariamente nulo, sino que es susceptible de los controles de incorporación, transparencia y contenido propios de las cláusulas no negociadas.; en el caso enjuiciado es válido, con remisión a los argumentos de la STS 56/2020.

STS, Sala 1ª, 105/2020, de 19 de febrero (rec. núm. 1400/2015)

El 13 de agosto de 2010, Caja Rural de Córdoba, Sociedad Cooperativa de Crédito (en adelante, Caja Rural) concedió a D. Benito un préstamo por un importe de 25.000 euros. De acuerdo con la póliza en la que se documentó el contrato, el plazo de duración del contrato era de 84 meses a contar desde la fecha de formalización; el interés durante los primeros 24 meses era del 7,5%, y a partir del segundo año y hasta la finalización del préstamo sería el Euribor más dos puntos, con un mínimo del 5,75% y un máximo del 15%; y el interés de demora era un 17,50%. La amortización del préstamo debía hacerse mediante el pago de 84 cuotas mensuales constantes, comprensivas de capital e intereses, y entre otras una comisión por reclamación de recibos impagados de 12,77 euros, con TAE de la operación al 7,346%. La condición general 12.ª preveía que la prestamista podría declarar vencido el préstamo, sin necesidad de esperar al término de vencimiento pactado, cuando el prestatario incumpliera sus obligaciones de

pago y de amortización del principal y de pago de los intereses, comisiones y gastos en los plazos convenidos. Conforme a la condición general 13.ª, las partes convinieron expresamente que se consideraría como saldo líquido debido por la parte prestataria, para ser reclamado judicialmente en su caso, el que resulte al cerrar la cuenta de préstamo en la contabilidad. Ante el incumplimiento por el prestatario del pago de tres cuotas de amortización (enero, febrero y marzo de 2013), Caja Rural dio por vencido anticipadamente el préstamo el 25 de marzo de 2013. A 24 de abril de 2013, el saldo deudor era de 17.060,79 euros (16.452,27 euros de capital, 287,97 euros de intereses; 275,67 euros de intereses de demora y 44,88 euros de comisión). Caja Rural reclamó este crédito mediante un juicio monitorio. Tras el preceptivo requerimiento al deudor, este formuló oposición, lo que motivó que Caja Rural presentara la demanda de juicio ordinario con que se inició el presente procedimiento. En esta demanda se reclamaba el reseñado crédito de 17.060,79 euros.

El juzgado de primera instancia analizó la demanda y la contestación a la demanda, y entendió que como no se había ejercitado una demanda reconvencional respecto de los pagos o cobros realizados por la Caja Rural que el demandado consideraba indebidos, no era posible entrar a juzgar sobre esa cuestión. Centró el debate en la procedencia del vencimiento anticipado, y la abusividad del límite a la variabilidad del interés remuneratorio, los intereses de demora y la comisión por reclamación de recibos impagados. Primero entendió correctamente aplicado el vencimiento anticipado, pues se hizo uso de esta previsión contractual tras el impago de tres cuotas de amortización. Después declaró válida la cláusula de límite a la variabilidad del interés, al entender que se cumplieron las exigencias de transparencia que impone la normativa de consumidores. Entró a analizar, a continuación, la cláusula de interés de demora (17,50%), y a la vista de las circunstancias del caso y del mercado en el momento en que se suscribió el contrato, concluyó que no era abusivo. En concreto valoró que se trataba de un contrato de préstamo personal, sin garantía personal o real, así como la relación entre el interés remuneratorio y el de demora. Finalmente, sí consideró abusiva la comisión por reclamación de recibos impagados, que en este caso sumaban un total de 44,88 euros. De tal forma que el juzgado estimó la demanda y condenó al demandado a pagar a Caja Rural el importe reclamado menos esta última cantidad, esto es en total 17.015,91 euros.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el demandado, D. Benito. La Audiencia Provincial desatiende la petición de que se declare la nulidad de lo actuado en primera instancia desde que fuera inadmitida la prueba solicitada por la demandada. Con posterioridad sale al paso de las objeciones fundadas en una indebida valoración de la prueba aportada en la demanda de juicio monitorio. A continuación, rechaza las objeciones sobre el vencimiento

anticipado en atención a que en este caso se dio por vencido el préstamo tras el impago de tres cuotas. Respecto del denunciado carácter abusivo de la cláusula de limitación de la variabilidad del interés, la Audiencia Provincial entiende que "la comunicación por la prestamista al prestatario del tipo de interés variable con un mínimo del 5,75% ha sido, sin duda alguna, clara, comprensible y destacada". Y, finalmente, rechaza que el interés de demora fuera abusivo, en atención a las circunstancias del caso y a los datos del mercado en el momento de suscribirse el contrato.

Frente a la sentencia de apelación, el demandado formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de un motivo, y recurso de casación, articulado en tres motivos. Respecto del recurso extraordinario por infracción procesal se aprecia error en la indicación del motivo que ampara la infracción alegada; se confunde la congruencia con la motivación. Por cuanto se refiere a la cláusula de vencimiento anticipado en contratos de préstamo personal con consumidores, se ofrece la doctrina jurisprudencial sobre el carácter abusivo (en cuyo ámbito deben estar claramente determinados los supuestos que pueden dar lugar al vencimiento de forma que no quede al arbitrio del prestamista, y se debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo), señalándose en relación con los efectos de la declaración de abusividad que, a diferencia de los préstamos hipotecarios, en los personales su supresión no afecta a la subsistencia del contrato por lo que no opera la doctrina del TJUE sobre aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional cuando el contrato no pueda subsistir y su nulidad perjudique al consumidor, y no hay una norma legal que permita en ellos el vencimiento anticipado. Así las cosas, la Sala considera que es irrelevante que la cláusula no llegara a aplicarse en su literalidad porque el prestamista ha soportado un periodo amplio de morosidad antes de ejercitarla. En el caso, es abusiva la cláusula que permite la resolución por el incumplimiento de un plazo, incluso parcial y respecto de obligaciones accesorias; se deja sin efecto y se estima la reclamación por el banco de las cuotas vencidas e impagadas.

STS, Sala 1ª, 107/2020, de 19 de febrero (rec. núm. 2963/2016)

El 17 de junio de 2005, Banco Santander concedió a D. José un préstamo para financiar un tratamiento dental por un importe de 3.114 euros. De acuerdo con la póliza en la que se documentó el contrato, su duración era de tres años, con 36 cuotas mensuales de amortización de 99,02 euros cada una de ellas, y el plazo final vencía el 17 de junio de 2008. La condición general 8.ª preveía que el prestamista podría declarar vencido el préstamo, sin necesidad de esperar al término de vencimiento pactado, cuando el prestatario incumpliera cualquiera de las obligaciones asumidas en el contrato. Ante el incumplimiento por el prestatario del pago de cuatro cuotas de amortización, el día 1 de diciembre de 2005, el

banco dio por vencido anticipadamente el préstamo y liquidó la deuda en 3.181,82 euros. El 18 de enero de 2010, Banco Santander interpuso una demanda de juicio ordinario en la que, teniendo en cuenta el vencimiento anticipado reseñado, reclamaba esta suma de 3.181,82 euros y los intereses de demora devengados desde el día 1 de diciembre de 2005. El demandado, además de excepcionar la prescripción de la acción, objetó como motivo de oposición el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado.

El juzgado de primera instancia desestimó la excepción de prescripción de la acción y rechazó el motivo de oposición fundado en la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Consiguientemente, estimó la demanda y condenó al demandado al pago de la suma reclamada.

Recurrida la sentencia en apelación por el demandado, la Audiencia Provincial desestima el recurso. En lo que ahora interesa, reitera la validez de la cláusula de vencimiento anticipado con el siguiente razonamiento: "el mero hecho de ser una cláusula predispuesta no negociada individualmente no determina inexorablemente su carácter abusivo. Sentado lo anterior, cabe añadir, tras dar por reproducida la fundamentación de la sentencia recurrida, que el vencimiento anticipado no es sino una manifestación de la facultad, que la ley otorga, en los contratos con obligaciones recíprocas, al contratante cumplir y frente al incumplidor, de dar por resuelto el contrato".

Frente a la sentencia de apelación, el demandado formula recurso de casación, articulado en dos motivos, de los cuales solo el primero es propiamente un motivo de casación en el que se denuncia la norma jurídica infringida, mientras que el segundo se limita a justificar el interés casacional. La Sala estima el recurso de casación. Considera abusiva la cláusula de vencimiento anticipado porque permite la resolución por el incumplimiento de un único plazo, incluso parcial y respecto de obligaciones accesorias, y no se vincula a parámetros cuantitativos o temporalmente graves. Se señala que, a diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, en los contratos de préstamo personal la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la susbsistencia del contrato, por lo que no opera la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional en casos en que el contrato no pueda subsistir y su nulidad resulte perjudicial para el consumidor. Además, se señala que, también a diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, respecto de los que existen normas legales que permiten el vencimiento anticipado, no solo como pacto, sino también como previsión legal, no hay una regulación equivalente para los préstamos personales o sin garantía. No cabe salvar la abusividad de la cláusula por el hecho de que no llegara a aplicarse en su literalidad, al haber soportado la entidad prestamista un periodo amplio

de morosidad antes de ejercitarla. Se deja sin efecto el vencimiento anticipado del préstamo, se estima la reclamación de cantidad formulada por el banco sólo respecto de las cuotas vencidas e impagadas y se declara la abusividad del interés de demora, con devengo del interés remuneratorio.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La Sala estima en parte los recursos interpuestos frente a las sentencias que acogieron una acción de cumplimiento de un contrato de préstamo personal y consideraron valido el vencimiento anticipado porque el banco había ejercitado esta facultad tras el impago de varias cuotas del préstamo. También consideró valida la cláusula de afianzamiento solidario. El Alto Tribunal considera que la cláusula de vencimiento anticipado es, en principio, lícita, pero para no ser abusiva debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, declarando que una cláusula que permite el vencimiento anticipado por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de obligaciones accesorias, es abusiva. Además, se precisa que, a diferencia de los préstamos hipotecarios, en los préstamos personales, la supresión de la cláusula declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato, resultando que la abusividad de la cláusula no puede ser salvada porque no se aplicara en su literalidad.

COMENTARIO

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LOS PRÉSTAMOS GARANTIZADOS CON HIPOTECA.

Mediante Auto de 8 de febrero de 2017[1] el Tribunal Supremo planteó ante el Tribunal de Luxemburgo dos cuestiones prejudiciales en relación con las consecuencias de la declaración de la cláusula de vencimiento anticipado. El Alto Tribunal fundaba los motivos por los cuales consideraba que, incluso declarando la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, el procedimiento ejecutivo hipotecario debía proseguir al entender que esta vía procedimental resultaba más beneficiosa para el consumidor en las consideraciones siguientes:

"[...] Es decir, el proceso especial de ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual no es más perjudicial para el consumidor que el juicio declarativo seguido de una ejecución ordinaria, porque en la regulación del proceso especial de ejecución hipotecaria se contemplan unas ventajas para el consumidor que no se prevén en la ejecución ordinaria de la sentencia firme dictada en el juicio declarativo".

1 ATS, Civil. Pleno, de 8 de febrero de 2017 (ROJ: ATS 271/2017 - ECLI:ES:TS:2017:271A). Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

"[...] De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente y en todos los casos que la decisión de proseguir la ejecución hipotecaria sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución hipotecaria para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado, de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados".

No obstante sus aparentemente fundadas razones, en mi opinión el Alto Tribunal partió de la errónea consideración previa de que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado suponía inevitablemente para el concedente del préstamo la canalización exclusiva de su pretensión por la vía del procedimiento declarativo que por la cuantía correspondiera. Pero la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no implica la imposibilidad de plantear una nueva reclamación ejecutiva hipotecaria en el supuesto de procedimientos ya iniciados, como tampoco determina que la única vía procedimental posible sea la declarativa en los procedimientos futuros.

Por su parte, la STJUE de 26 de marzo de 2019 en los asuntos acumulados C-70/17 (cuestión prejudicial planteada por el TS) y C-179/17 resolvió en esencia lo siguiente:

"Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y, por otra parte, no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales".

Ciertamente, la supresión por abusiva de la clausula de vencimiento anticipado no determina la nulidad del contrato de préstamo ni tampoco de la garantía hipotecaria, por lo que no son aplicables con carácter supletorio las disposiciones nacionales existentes. A tal efecto, debe significarse que una cláusula que dispone el vencimiento anticipado no encuentra fundamento en norma alguna de *ius cogens* ni tampoco constituye un requisito esencial de la relación obligatoria de préstamo

ni de la real en que consiste la garantía hipotecaria acordada[2], pues no es sino la consecuencia de una condición impuesta por el concedente del crédito o préstamo, de manera que la señalada estipulación podría incorporarse a un préstamo con garantía hipotecaria sin que su declaración de nulidad afectara ni a la relación contractual, como tampoco a la garantía hipotecaria que va a poder subsistir con total independencia incluso en el supuesto de que no se haya convenido la cláusula de vencimiento anticipado o, habiéndose incluido en el contrato, resulte tachada de abusividad.

Con carácter previo a la inclusión de una disposición legal de la cláusula de vencimiento anticipado a través de la previsión contenida en el art. 693 de la LECiv, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia[3] venían admitiendo la posibilidad de inclusión de la estipulación amparada en el principio de la autonomía de la voluntad que consagra el art. 1255 CC, considerando la posibilidad de inclusión del pacto sobre vencimiento anticipado fundado en el impago de alguna cuota o en cualquier otro incumplimiento.

En suma, la declaración de nulidad la cláusula de vencimiento anticipado no supone obstáculo alguno para el ejercicio de los legítimos derechos del acreedor que podrá realizar la hipoteca por los plazos pendientes de pago[4]. De manera que la reclamación a través del cauce procedimental de la ejecución hipotecaria sigue abierta tras declararse la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, si bien únicamente por las cuotas impagadas.

Según he señalado, el Tribunal Supremo en el Auto de 8 de febrero de 2017 argumentó que la prosecución del procedimiento de ejecución hipotecaria resultaba la opción más favorable para el consumidor. Si bien no parece que los argumentos esgrimidos en defensa de su posición sean especialmente vigorosos. Así, la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no implica

2 A este respecto, conviene recordar que el art. 145 de la Ley Hipotecaria no exige como requisito de la hipoteca la concurrencia de una clausula de vencimiento anticipado sino únicamente la existencia de una escritura pública y la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad; y, por su parte, el art. 682 de la LECiv. únicamente impone, como requisitos para el ejercicio de la acción hipotecaria, la tasación de la finca a efectos de la subasta, y la constancia de un domicilio a efectos de las notificaciones.

3 Cfr., entre otras, SSTS de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 y 16 de diciembre de 2009.

4 El art. 127, párr. 2°, *in fine* de la LH declara que: "Cuando para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada y aún quedaran por vencer otros plazos de la obligación, se practicará lo dispuesto en el párrafo 2.° del artículo 135. Si el comprador no quisiere la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer, se depositará su importe con los intereses que le correspondan, para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes". El precepto viene a establecer que la situación debe prolongarse hasta el último día convenido para su amortización, de manera que le efectivo se entrega de presente pero únicamente se puede recuperar en el futuro, de lo que se infiere que el legislador pretende que la pendencia se mantenga hasta el final y no permite cortocircuitarla anticipadamente. Por su parte, el art. 693.1 de la LECiv dispone, como primera posibilidad, la reclamación únicamente de las cuotas pendientes de pago de conformidad con la posición sistemática del precepto, ubicado antes de la norma que regula el vencimiento anticipado. La misma previsión resulta establecida por el art. 578.1 de la LECiv.

que el prestamista esté obligado a esperar que se materialice el incumplimiento de la totalidad de cuotas pendientes o, en su caso, acudir necesariamente al procedimiento declarativo como considera el Alto Tribunal, sino que la entidad financiera en todo momento va a poder reclamar el pago de las cantidades debidas que hayan vencido. Y tampoco la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en modo alguno va a imposibilitar que el prestamista pueda reclamar las cantidades que le sean debidas, no sólo por el cauce del procedimiento declarativo sino, en su caso, también por la vía ejecutiva y la hipotecaria si bien limitada al pago de las cuotas impagadas y aquéllas que en el futuro se pudieran ir devengando para, finalmente, poder llegar a ejecutar el inmueble si los importes debidos no llegaran a abonarse. Por otra parte, en el supuesto de que la cláusula de vencimiento anticipado sea declarada nula, la necesidad de regular normativamente la rehabilitación de una operación crediticia resulta inoperante, toda vez que únicamente se van a poder reclamar los importes impagados y si se llegaran a abonar las cuotas debidas el procedimiento ejecutivo o hipotecario no va a poder proseguir, por haber resultado abonada la totalidad de la deuda resultando innecesaria la rehabilitación.

Resulta incuestionable que si los prestamistas pueden reclamar íntegramente las cantidades pendientes de amortizar es con fundamento en la estipulación que ha venido posibilitando un ejercicio abusivo de la figura del vencimiento anticipado. Es por lo que el corolario del acogimiento de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, que ha servido de fundamento a un número ingente de ejecuciones hipotecarias, debe ser la previsión legal que se contiene en el art. 695.4 de la LECiv, es decir, el sobreseimiento de la ejecución que muchos hemos venido acordando desde que se planteara la situación ahora considerada[5].

II. EL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LOS PRÉSTAMOS PERSONALES.

Sobre la cláusula de vencimiento anticipado en un préstamo personal vinculado a una compraventa, la Sala 1ª del Tribunal Supremo se pronunció en su STS de 7 de septiembre de 2015[6], declarando al respecto lo siguiente:

"1. El contrato celebrado entre Santander Consumer y los demandados es un contrato de financiación a comprador de bienes muebles. En el caso enjuiciado, el préstamo se concedió para financiar la adquisición de un automóvil. Este contrato se encuentra regulado en la Ley 28/1998, de 13 de julio, como resulta de la regulación que de su ámbito de aplicación hace el art. 1.1 en relación al art. 4 de

5 Desde esta consideración el señalado sobreseimiento se impone, igualmente si se atiende a la previsión contenida en el art. 575.3 de la LECiv. Resultando que, declarada la nulidad de la clausula de vencimiento anticipado todos los documentos aportados junto con la demanda ejecutiva a que se refiere el art. 573 de la Ley Procesal fundados en el ejercicio de la cláusula nula serán también nulos de pleno derecho.

6 STS, Civil, de 7 de septiembre de 2015 (ROJ: STS 3828/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3828). Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

la ley. El art. 10.2 de esta ley prevé: «la falta de pago de dos plazos o del último de ellos dará derecho al tercero que hubiere financiado la adquisición en los términos del artículo 4 para exigir el abono de la totalidad de los plazos que estuvieren pendientes, sin perjuicio de los derechos que le correspondan como cesionario del vendedor y de lo dispuesto en el artículo siguiente». 2. La estipulación que en el contrato regulaba el vencimiento anticipado del contrato reproduce el régimen establecido en el citado precepto legal, sin añadir ninguna modificación significativa, por lo que no puede aplicarse el control de abusividad establecido en el art. 3.1 y concordantes de la Directiva 13/1993, y en la legislación nacional que la traspone al Derecho interno. Como declaró la STJUE de 30 abril de 2014, Caso Barclays Bank, S.A. contra Alejandra y Cristóbal, asunto C-280/13, «[l]a Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y los principios del derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores y al equilibrio contractual deben interpretarse en el sentido de que están excluidas de su ámbito de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro, como las controvertidas en el litigio principal, cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones». Por tanto, la cláusula que permite al financiador dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación a la compra del bien mueble a plazos, cuando dejan de pagarse al menos dos plazos no puede ser considerada como cláusula abusiva, en tanto que es la simple transcripción del régimen legal que regula dicho contrato" (F. J. 8º).

Ciertamente, en defensa de la seguridad jurídica y a los efectos de evitar los efectos de una más que previsible itinerancia judicial, hubiera sido muy beneficioso que la Sala 1ª del TS en la resolución precitada hubiera fijado ciertos parámetros claros y precisos, de la manera que procedió con la sentencia de 11 de septiembre de 2019, a los efectos de determinar analógicamente el número de cuotas impagadas que resultan necesarias para concretar la gravedad del incumplimiento, en función de la duración y cuantía del préstamo.

Considerado cuanto antecede, el Pleno de la Sala aborda ahora la cuestión de la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos personales en general, en un supuesto en el que la parte recurrente tenía concertado un contrato de préstamo personal en el que se establecía, entre otras cláusulas, una por la que se permitía al prestamista dar por vencido el préstamo "por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente contrato, en especial, la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses y/o de amortización y demás gastos que originen el préstamo". Y cuando el préstamo presentaba un descubierto de más de trece cuotas, la entidad prestamista lo dio por vencido presentando una solicitud de monitorio contra el prestatario y la fiadora, en reclamación de la totalidad debida por capital e intereses,

resultando que, al haberse opuesto los deudores al requerimiento de pago, la entidad bancaria presentó una demanda de juicio ordinario en ejercicio de las acciones de cumplimiento contractual y reclamación de cantidad, en la que solicitó el pago del total del préstamo en cuanto a capital e intereses, y los demandados se opusieron alegando la nulidad de las mencionadas cláusulas contractuales, así como la de afianzamiento solidario. Como se ha indicado, la sentencia de instancia estimó íntegramente la demanda; la Audiencia Provincial estimó en parte los recursos de apelación interpuestos por los demandados y declaró la nulidad de las cláusulas sobre el año comercial, la atribución al prestatario de todos los gastos judiciales y extrajudiciales, e intereses de demora, y dispuso que se tuvieran en cuenta las correcciones derivadas de dichos pronunciamientos de nulidad, para calcular la cantidad objeto de la condena. Y, recurrida la sentencia en casación ante el Tribunal Supremo, alegando que la cláusula de vencimiento anticipado es nula, porque permite el vencimiento anticipado con independencia de la gravedad del incumplimiento y no permite la rehabilitación del contrato, con invocación de la doctrina contenida en la STS núm. 705/2015, dictada por la misma Sala el 23 de diciembre de 2015, se resuelve lo que seguidamente se comenta.

La Sala de lo Civil del Supremo declara que, aunque los pronunciamientos previos de esta Sala sobre el vencimiento anticipado[7] se han venido refiriendo a préstamos con garantía hipotecaria, algunas de las consideraciones comprendidas en su doctrina legal también resultan aplicables a los préstamos personales. Desde la anterior consideración se declara lo siguiente:

"Con carácter general, esta sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que estuviera claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pudiera quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el art. 1256 CC (...) declarando que, para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva, debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo. Desde ese punto de vista, parece evidente que una cláusula que permite el vencimiento anticipado por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de obligaciones accesorias, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves".

Si bien se precisa que, a diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, en los contratos de préstamo personal la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la

7 STS, Civil, núm. 463/2019, de 11 de septiembre (ROJ: STS 2761/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2761). Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

subsistencia del contrato[8]. En consecuencia, considera la Sala que no es posible extraer las consecuencias establecidas por la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional en casos en que el contrato no pueda subsistir y su nulidad resulte perjudicial para el consumidor[9]. Y se significa que, además, también a diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, respecto de los que existen normas legales que permiten el vencimiento anticipado, no únicamente como pacto, sino también como previsión legal (cfr. arts. 693.2 LECiv y 24 de la Ley 5/2015, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario), no hay una regulación equivalente para los préstamos personales, garantizados o no.

Además, considera la Sala que la abusividad de la cláusula no puede ser salvada porque no se aplicó en su literalidad y la entidad prestamista soportó un periodo amplio de morosidad antes de ejercitarla, porque ello contraviene la jurisprudencia del TJUE, pues ya la STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus, asunto C-421/14, con precisa referencia a una cláusula de vencimiento anticipado, declaró lo que sigue:

"Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión (véase, en este sentido, el auto de 11 de junio de 2015 (TJCE 2015, 224) , Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-602/13, no publicado, EU:C:2015:397, apartados 50 y 54)".

Es de significar que el Alto Tribunal toma como punto de partida su propia doctrina legal, ya declarada previamente por la Sala en relación con los préstamos hipotecarios, en la tantas veces mencionada STS núm. 463/2019, de 11 de septiembre, en la que se dispone que la previsión del vencimiento anticipado no es nula por sí misma, sino que la nulidad debe valorarse en atención a los términos en que fue redactada, toda vez que para no ser abusiva la estipulación debe modular la gravedad del incumplimiento en atención a la duración y cuantía del préstamo.

8 Cfr. STS, Civil, núm. 463/2019, de 11 de septiembre de 2019 (ROJ: STS 2761/2019 -ECLI:ES:TS:2019:2761). Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

9 Cfr., por todas, STJUE de 26 de marzo de 2019.

Desde la anterior consideración resulta que una cláusula por la que se establece el vencimiento anticipado por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de obligaciones accesorias, merece tacha de abusividad.

Como se ha señalado, con destacada diferencia respecto de lo ya declarado en relación con los préstamos hipotecarios, se viene a significar que en los contratos de préstamo personal, la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato, resultando en consecuencia la improcedencia de la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional en aquellos supuestos en los que el contrato no pueda subsistir y la declaración de su nulidad determine la consecuencia de un perjuicio para el consumidor. El problema se plantea según la Sala porque, si bien en la regulación de los préstamos hipotecarios, además de la eventual estipulación atinente al vencimiento anticipado, concurren normas legales que lo permiten como previsión legal (arts. 693.2 LECiv y 24 de la Ley 5/2015, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario), no hay una regulación correlativa en los préstamos personales, sean con o sin garantía[10]. Ciertamente, en el caso enjuiciado la abusividad de la cláusula no puede ser salvada porque no se aplicó en su literalidad y la entidad prestamista soportó un plazo extenso de impago con carácter previo a la aplicación de la cláusula, lo cual entra en contradicción con la reiterada jurisprudencia del TJUE; en consecuencia, la Sala acoge el recurso de casación del prestatario.

Al asumir la instancia, la Sala considera que la controversia litigiosa no se constriñe al ejercicio de una acción para la declaración de abusividad de ciertas

10 Pero la afirmación, vertida en el sentido de que no concurre en el ámbito de los préstamos personales norma sustantiva alguna que prevea el vencimiento anticipado no es exacta, si atendemos a que el supuesto se encuentra expresamente contemplado en el art. 10 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, en el que se dispone lo siguiente: "1. Si el comprador demora el pago de dos plazos o del último de ellos, el vendedor, sin perjuicio de lo que dispone el artículo siguiente, podrá optar entre exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato.
Cuando el vendedor optare por la resolución del contrato, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas. El vendedor o prestamista tendrá derecho:
a) Al 10 por 100 de los plazos vencidos en concepto de indemnización por la tenencia de las cosas por el comprador.
b) A una cantidad igual al desembolso inicial, si existiera, por la depreciación comercial del objeto. Cuando no exista el desembolso inicial, o éste sea superior a la quinta parte del precio de venta al contado, la deducción se reducirá a esta última.
No obstante, en la STS núm. 106/2020, de 19 de febrero (Roj: STS 501/2020), el TS sí que analiza el art. 10.2 de la LVPBM, con mención a la STS de 7 de septiembre de 2015 (Roj: STS 3828/2015), aunque el supuesto enjuiciado venga a declarar nula la cláusula de vencimiento anticipado porque el contrato únicamente preveía como causa de vencimiento anticipado el impago de una sola cuota, por lo que, a sensu contrario (cfr. apartado 4º del FD tercero de la sentencia), la Sala entiende que en un contrato de financiación regulado en la LVPBM, la cláusula que prevea el vencimiento anticipado para el caso de impago de dos cuotas deberá ser considerada válida.
Por el deterioro de la cosa vendida, si lo hubiere, podrá exigir el vendedor, además, la indemnización que en derecho proceda.
2. La falta de pago de dos plazos o del último de ellos dará derecho al tercero que hubiere financiado la adquisición en los términos del artículo 4 para exigir el abono de la totalidad de los plazos que estuvieren pendientes, sin perjuicio de los derechos que le correspondan como cesionario del vendedor y de lo dispuesto en el artículo siguiente".

cláusulas contractuales, sino que esta alegación resulta invocada como argumento defensivo frente a una reclamación dineraria sustanciada por la entidad prestamista como consecuencia del impago del préstamo. Por otra parte, es de destacar que, en la demanda, además de invocarse la cláusula de vencimiento anticipado a los efectos de interesar la condena al pago del total de lo debido, también resultó alegada como argumento la previsión contenida en el art. 1124 CC, ejercitándose las acciones de cumplimiento contractual y reclamación de cantidad. En definitiva, toda vez que la parte acreedora ha optado por el cumplimiento forzoso del contrato y no por su resolución, procede la condena solidaria de los demandados al abono de los importes adeudados calculados a la fecha de interposición de la demandada, además de los intereses remuneratorios, habida cuenta de que la declaración de nulidad de los intereses de demora no fue recurrida en apelación.

En definitiva, la STS (Pleno) núm. 101/2020, de 12 de febrero, rec. núm. 1769/2016, viene a abordar la cuestión de la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos personales, con expresión de las puntualizaciones que seguidamente se señalan.

Primera. Como ya declarara la STS (Pleno) de 11 de septiembre de 2019, rec. núm. 1752/2014, si bien respecto de los préstamos hipotecarios, no puede afirmarse, con carácter general, la invalidez de las cláusulas de vencimiento anticipado, "siempre que estuviera claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que tal circunstancia pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil". En definitiva, resulta que "la posible abusividad provendría de los términos en que la condición general predispuesta permita el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es, per se, ilícita". Por consiguiente, a los efectos de valorar el carácter abusivo de la cláusula (según había declarado la STS (Pleno) de 11 de septiembre de 2019, rec. núm. 1752/2014), hay que estar a "la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo". Así: "Desde ese punto de vista, parece evidente que una cláusula que permite el vencimiento anticipado por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto obligaciones accesorias, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves". Es por lo que el TS declara nula la cláusula que permitía al acreedor dar por vencido el préstamo "por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente contrato, en especial, la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses y/o de amortización y demás gastos que originen el préstamo".

Segunda. La Sala señala que la procedencia de la declaración de nulidad es independiente de la circunstancia de que, en el caso concreto, la acreedora hubiera dejado transcurrir trece impagos de cuotas. De esta manera se considera

que "la abusividad de la cláusula no puede ser salvada porque no se aplicó en su literalidad y la entidad prestamista soportó un periodo amplio de morosidad antes de ejercitarla, porque ello contraviene la jurisprudencia del TJUE", conforme a la cual "a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica".

Tercera. El Alto Tribunal apunta la diversa incidencia que la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado tiene en un préstamo personal y en un préstamo hipotecario, declarando en este sentido lo que sigue; "A diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, en los contratos de préstamo personal, la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato". En consecuencia, declarada nula la cláusula de vencimiento anticipado, conserva la validez del resto del contrato y condena al prestatario demandado al pago de las cantidades adeudadas desde la fecha de la interposición de la demanda, toda vez que "no puede ignorarse que, en la demanda, además de invocarse la cláusula de vencimiento anticipado para solicitar la condena al pago del total de lo debido, también se invocó el art. 1124 CC y se ejercitaron unas acciones de cumplimiento contractual y reclamación de cantidad. Por lo que, como la parte acreedora ha optado por el cumplimiento forzoso del contrato y no por su resolución, deberá condenarse solidariamente a los demandados al pago de las cantidades adeudadas a la fecha de interposición de la demanda".

Por todo ello, el Supremo estima la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, y como consecuencia de esta nulidad determina lo que sigue:

"(...) la controversia litigiosa no se ciñe al ejercicio de una acción para la declaración de abusividad de unas cláusulas contractuales, puesto que no tiene su origen en una acción individual de nulidad ejercitada por unos consumidores o ni siquiera en una reconvención, sino que dicha alegación ha sido utilizada como medio de defensa (excepción) frente a una reclamación dineraria formulada por la entidad prestamista por el impago del préstamo. Y no puede ignorarse que, en la demanda, además de invocarse la cláusula de vencimiento anticipado para solicitar la condena al pago del total de lo debido, también se invocó el art. 1124 CC y se ejercitaron unas acciones de cumplimiento contractual y reclamación de cantidad. Por lo que, como la parte acreedora ha optado por el cumplimiento forzoso del contrato y no por su resolución, deberá condenarse solidariamente a los demandados al pago de las cantidades adeudadas a la fecha de interposición de la demanda, que, según la liquidación aportada por la demandante, ascendían a 1298,68 € de capital y 2053,84 € de intereses ordinarios vencidos (si bien, en ejecución de sentencia, deberá realizarse la corrección establecida por la Audiencia,

no impugnada por la prestataria, respecto del periodo de cálculo: 365 días y no 360). Como quiera que la cláusula de intereses moratorios fue declarada nula por la sentencia de la Audiencia Provincial y dicho pronunciamiento tampoco ha sido impugnado por la entidad prestamista, el capital adeudado seguirá devengando el interés remuneratorio pactado (sentencia del pleno de esta sala 671/2018, de 28 de noviembre, en relación con la STJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17), con la indicada corrección temporal".

Tal y como se deduce del enunciado de este comentario, con posterioridad a la STS (Pleno) núm. 101/2020, fueron dictadas las STS núm. 105/2020, de 19 de febrero, rec. núm. 1400/2015, y la núm. 107/2020, de 19 de febrero, rec. núm. 2963/2016, que han venido a declarar los mismos fundamentos, conformando el cuerpo de doctrina jurisprudencial de que se trata en el presente trabajo.

Por otra parte, el Tribunal Supremo en la primera de las sentencias consideradas reitera asimismo la doctrina declarada en la STS núm. 56/2020, de 27 de enero[11], en la que se contempla la realidad negocial de incluir en un único contrato tanto el préstamo como la fianza, declarando que el pacto de fianza accesorio de un préstamo, si resulta convenido por una persona consumidora, no tiene por qué ser necesariamente nulo, sino que es susceptible de los controles de incorporación, transparencia y contenido propios de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores. En el caso de autos, la recurrente no justificó el motivo por el que valora que la prestación de la fianza vino a implicar la imposición de una garantía desproporcionada, y además tampoco llega a fundar la razón por la que considera que la cláusula de afianzamiento solidario no supera los controles de incorporación y transparencia.

Conviene significar que en todas estas resoluciones de la Sala 1ª del TS sobre la cláusula de vencimiento anticipado en un préstamo personal que ahora comentamos, la cuestión controvertida litigiosa no se genera por el ejercicio de una acción para la declaración de abusividad de ciertas estipulaciones contractuales, ya que el litigio no tiene su origen en una acción individual de nulidad ejercitada por un consumidor, ni siquiera en una reconvención, sino que dicha alegación se ejercita como un medio de defensa, como una excepción frente a una reclamación dineraria formulada por la entidad prestamista por el impago del préstamo, reclamándose en la demanda no sólo el capital pendiente de amortizar, declarado anticipadamente vencido en virtud de la cláusula de vencimiento anticipado, sino también el importe de los plazos impagados, por lo que la Sala estima la demanda si bien reducida al importe de las cuotas impagadas al tiempo de interposición de la demanda.

11 STS, Civil, de 27 de enero de 2020 (ROJ: STS 164/2020 - ECLI:ES:TS:2020:164). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

LA PROHIBICIÓN DE LAS VENTAS EN CORTO Y EL IMPACTO DE LAS Q&A DE LA AUTORIDAD EUROPEA DE VALORES Y MERCADOS. COMENTARIO A LA SAN DE ESPAÑA 403/2020, DE 21 DE ENERO (ECLI:ES:AN:2020:403)

THE PROHIBITION OF SHORT SALES AND THE IMPACT OF THE Q&A OF THE EUROPEAN STOCK MARKET AUTHORITY. COMMENT OF THE SPANISH SAN 43/2020, OF JANUARY 21 (ECLI:ES:AN:2020:403)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 794-801

* El presente artículo se produce en el marco del Proyecto de investigación *Desafíos del mercado financiero digital: riesgos para la Administración y para los inversores*, Ref.: RTI2018-098963-B-I00 (MCIU/AEI/FEDER, UE).

Beatriz
BELANDO
GARÍN

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: La Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de enero de 2020 tiene como objeto una operación de ventas en corto que fue objeto de sanción por la CNMV. De la sentencia pueden extraerse problemas actuales: la importancia de los documentos emanados de la Autoridad Europea de Valores y Mercados que, no siendo textos normativos, facilitan la interpretación de las normas europeas; el valor probatorio de las actas de inspección en los procedimientos de inspección; o el peso de las advertencias en un procedimiento sancionador posterior.

PALABRAS CLAVE: Ventas en corto; procedimiento de inspección; preguntas y respuestas; Agencia Europea de Valores y Marcados; principio de culpabilidad.

ABSTRACT: *The Judgment of the National Court of January 21, 2020 aims at a short selling operation that was sanctioned by the CNMV. From the judgment current problems can be extracted: the importance of the documents emanating from the European Securities and Markets Authority that, not being normative texts, facilitate the interpretation of European Law; the value of the inspection records in the inspection procedures; or the weight of the warnings in a subsequent sanctioning procedure.*

KEY WORDS: *Short sellings; ESMA; inspection procedure; sanction procedure; administrative evidence.*

SUMARIO.- I. LA OPERACIÓN DE FONDO: LAS VENTAS EN CORTO.- II. EL VALOR DE Q&A.- III. LA CONEXIÓN ENTRE LOS PROCEDIMIENTOS DE INSPECCIÓN Y LOS SANCIONADORES ADMINISTRATIVO-. IV. CONCLUSIÓN.

SUPUESTO DE HECHO

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de enero de 2020 origen de este comentario, tiene como objeto el recurso interpuesto por la entidad Auriga Global Investors Sociedad de Valores SA, contra la sanción impuesta por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) por la realización de ventas en corto descubiertas de acciones del Banco Santander, Fersa, Sacyr, Ezentis y Abengoa Clase B, entre los días 10 y 19 de noviembre de 2014. Dicha operación vulnera lo dispuesto en el art. 12 del Reglamento (UE) y es una conducta tipificada como infracción muy grave por el art. 107 quater del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, por lo que la empresa es sancionada con una multa de 100.000 euros. Como respuesta a esta sanción la recurrente centra el recurso en varias cuestiones. Por un lado, la vulneración del principio de tipicidad, al encontrarse la conducta delimitada en un documento que carece de naturaleza normativa, las Preguntas y Respuestas (Q&A) de la Autoridad Europea de Valores y Mercados. Igualmente, considera la recurrente que la falta de afección al mercado de la operación, al haberse producido la operación intradía, no justifica la calificación de la conducta como muy grave.

Otro argumento utilizado en el recurso es la ausencia de culpabilidad al haberse realizado una interpretación razonable de la compleja normativa, alegato al que suma la falta de imparcialidad del informe de la Dirección General de Mercados, generado en el procedimiento de inspección y aportado posteriormente al procedimiento sancionador.

La sentencia desestima todos los argumentos y confirma la sanción de la CNMV.

• Beatriz Belando Garín
Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universitat de València desde 2008. Es autora de numerosas publicaciones sobre el régimen jurídico público del mercado de valores, la igualdad de género, y la mediación administrativa. Es igualmente es responsable del grupo de investigación Mercado Financiero y Derecho del consumo-PIM (GIUV2018-414). Correo electrónico: Beatriz.Belando@uv.es.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La doctrina que cabe extraer claramente de esta sentencia, es que al igual que otros documentos utilizados por la Autoridad Europea de Valores y Mercados, el más recientemente utilizado, las Preguntas y Respuestas (Q&A) no es un instrumento normativo. Su uso como criterio interpretativo del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores por la CNMV no lo convierte en una norma jurídica.

Igualmente, reitera la doctrina jurisprudencial sobre la admisión del valor probatorio de las actas de inspección en un procedimiento administrativo sancionador posterior, aunque esas mismas actas hayan dado lugar a la apertura de dicho procedimiento sancionador.

COMENTARIO

I. LA OPERACIÓN DE FONDO: LAS VENTAS EN CORTO.

Las ventas en corto son operaciones especulativas consistentes en vender acciones que no se poseen a precios superiores a los que posteriormente son adquiridas. Este tipo de operaciones especulativas fueron restringidas tras la crisis de 2008, y en concreto, en Europa su utilización se limitó con el Reglamento (UE) 236/2012, de 14 de marzo de 2012, que es objeto de debate en la sentencia (Esta operación es magníficamente explicada en el libro de Mayorga Toledado, M. C.: *Las ventas en corto de acciones en el sistema financiero*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 26). Este Reglamento permite a las autoridades de supervisión nacionales prohibir estas operaciones en procesos de descensos rápidos de los precios de las acciones (En la actualidad la situación financiera creada por la pandemia del coronavirus ha dado lugar a su utilización por varios Estos miembros, entre otros, España. La CNMV, prohibió durante un mes las ventas en corto el 15 de marzo de 2020, situación que ha prorrogado durante un mes más por decisión del 15 de abril de 2020, www.cnmv, acceso, 20 de abril de 2020). Esta habilitación a la autoridad de cada Estado, está en cierta medida condicionada por las normas técnicas (*Binding technical standars*) previamente elaboradas por la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA) aunque formalmente aprobadas por la Comisión, órgano con competencia normativa. Su aplicación práctica está, en cualquier caso, orientada por instrumentos diversos como las Preguntas y Respuestas (Q&A) que son las que se abordan en la sentencia.

II. EL VALOR DE Q&A.

Las Preguntas y Respuestas (Q & A) son: "una respuesta, técnicamente informada, ágil que refleja la experiencia y la pericia de la autoridad competen"

(vid. MONOLEY, N.: *The Age of the ESMA: Governing EU Financial Markets*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 162-163). Estas Q&A son uno de los numerosos instrumentos jurídicos creados por la Agencia Europea de Valores y Mercados para dotar de seguridad jurídica a las Autoridades Nacionales de supervisión y a los operadores del sector en la aplicación de la compleja normativa europea del mercado de valores. La base jurídica para su emisión se encuentra en el art. 29 Reglamento 1095/2010, y con ello se logra la coordinación de los distintos Estados miembros en la aplicación de las Directivas sin una mayor cesión de competencias a las instituciones europeas. Sin embargo, estas Q&A no son normas jurídicas, sino uno de los numerosos ejemplos de *soft law* de los que se nutre el Derecho europeo del mercado de valores (ejemplos equivalentes son las opiniones, directrices, recomendaciones o las guías). Así lo ha recordado de forma clara la sentencia en su F.J. 7º: "Efectivamente el ESMA (European Securities and Markets Authority/Autoridad Europea de Valores y Mercados) carece de potestad reglamentaria para definir la correspondiente conducta que pueda ser constitutiva de infracción administrativa. La identificación del tipo sancionador se contiene en el Reglamento sobre ventas en corto 236/2012 y en el Reglamento de ejecución 827/2012 (artículo cinco y seis) que establece claramente cuáles son las condiciones para poder realizar esa operativa y conforme al art. 12.1.c) del Reglamento 236/2012 es necesario un pacto con un tercero en virtud del cual este ha confirmado que la acción ha sido localizada y ha adoptado medidas frente a otros terceros para garantizar una expectativa razonable que la liquidación podrá efectuarse en la fecha de vencimiento".

En definitiva, la "ESMA no ha dictado ninguna norma, sino que ha elaborado un documento para garantizar la aplicación uniforme de la regulación, de las ventas en corto aportando respuestas sobre aspectos prácticos a preguntas del público, participantes del mercado y autoridades competentes y se ha limitado a señalar que una lista de valores disponibles no supone una localización de acciones, extremo sobre el que está de acuerdo el recurrente al señalar que no es suficiente una lista de valores fácilmente disponible para préstamo sino que es necesario una confirmación especifica de la disponibilidad de ciertos valores".

Curiosamente, sin embargo, el propio recurrente admite la admisión de la Q&A como criterio de interpretación del art. 12.1 del Reglamento sobre las ventas en corto, por lo que de forma indirecta reconoce el propio valor y sentido de estos documentos.

III. LA CULPABILIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA.

Otra de las alegaciones del recurrente es la exclusión de culpabilidad al haber realizado una interpretación razonable de las operaciones objeto de sanción. En concreto, alega que las ventas en corto objeto del procedimiento administrativo

sancionador, no pueden ser constitutivas de sanción administrativa al no concurrir dolo y culpa, dado que la interpretación era razonable y razonada de la normativa (F.J. 9º).

Por el contrario, la Audiencia Nacional no admite tal alegación teniendo en cuenta que: "1) ha sido constante y público el criterio de la CNMV de considerar prohibidas las ventas de acciones descubiertas intradiarias. 2) la normativa aplicable a la fecha de los hechos era el Reglamento sobre ventas en corto UE 236/2012 (aplicable en España desde noviembre de 2012) y nada dice el artículo 12 acerca de la exclusión de las operaciones en corto intradía del cumplimiento de las condiciones para no considerar esa venta de valores en corto descubierta y refiriéndose expresamente el artículo 6 del Reglamento de ejecución 872/2012 a las ventas en corto intradiarias y 3) el recurrente había sido advertido expresamente con ocasión de Inspecciones del año 2009 y 2013 sobre existencia de irregularidades en relación a las ventas en corto intradía".

Obviamente, la existencia de advertencias previas por parte de la CNMV sobre la irregularidad de esas conductas, eleva cualquier alegato de "interpretación razonable" buscada por la empresa, y es claramente descartada por la Audiencia Nacional. Estas "advertencias" son habituales en los procedimientos de inspección, e implican el descubrimiento de irregularidades que no llevan necesariamente aparejadas la inmediata apertura de un procedimiento sancionador, aunque la irregularidad y la correspondiente advertencia quedan por supuesto reflejadas en el informe de inspección. Obrante en la documentación de la CNMV, la existencia de estas advertencias previas, no es admisible el alegato de "razonabilidad de la interpretación" de la empresa.

IV. LA CONEXIÓN ENTRE LOS PROCEDIMIENTOS DE INSPECCIÓN Y LOS SANCIONADORES ADMINISTRATIVOS.

Una de las alegaciones de la recurrente especialmente interesante es la aportación en el procedimiento sancionador de un informe generado en el procedimiento administrativo de inspección. En concreto, la Dirección General de Mercados, elaboró un informe tras una inspección, tras la cual se activó la apertura del correspondiente procedimiento administrativo sancionador. Su informe es rechazado por la empresa al entender que no es un organismo técnico e imparcial y rechaza que su informe sea la base de la propuesta de sanción. Frente a este argumento la Audiencia, recuerda que: "no se aprecia irregularidad alguna, ya que lo que hace a solicitud del Instructor es por una parte verificar los hechos afirmados por la sociedad expedientada en su escrito de alegaciones al pliego de cargos (…). Es decir, se limita a actuar como órgano técnico en el marco de las facultades de investigación que le corresponde, sin que pueda considerarse que se le ha causado indefensión dado que ha podido presentar alegaciones" (F.J. 10º).

Hay que recordar que, en el mercado de valores, el art. 234.9 TRLMV otorga valor probatorio a lo declarado por "el personal autorizado de la CNMV", constatado durante un procedimiento de inspección o durante la instrucción de un procedimiento sancionador. Esta genérica expresión pretender dar cobertura así a la actuación de personal externo de la CNMV cuya colaboración se haya solicitado, caso de los auditores externos, agentes colaboradores, etc. Esta ambigua redacción da cobertura de esta forma al personal de la CNMV, gran parte de los cuales no son funcionarios de carrera sino personal laboral, y también a los colaboradores a los que puntualmente haya solicitado asistencia la CNMV. El informe elaborado en esta fase de inspección puede ser aportado por la CNMV en el procedimiento sancionador "sin perjuicio de los derechos de los afectados".

El alegato de falta de "imparcialidad y técnica" del recurrente carece por tanto de fundamento y es por tanto rechazado.

V. CONCLUSIÓN.

La Sentencia de la Audiencia de 21 de enero de 2020 aborda cuestiones especialmente interesantes desde el punto jurídico público. La primera de ellas es la posición de la ESMA o Autoridad Europea de Valores y Mercados en nuestro ordenamiento jurídico. Siendo una Agencia encuadrada dentro de la nueva arquitectura financiera, la ESMA no posee potestad normativa, tal y como señala la propia Audiencia Nacional. Es cierto que sus instrumentos de *soft law* como las Preguntas y Respuestas (Q&A), son apreciadas por la CNMV y por los propios operadores jurídicos, que valoran la seguridad jurídica que otorgan en la aplicación de normas enormemente complejas, pero ello no desvirtúa la naturaleza de estas herramientas.

La segunda de ellas es la conexión entre el procedimiento de inspección y sanción. Es perfectamente posible y admisible, la aportación como prueba en el procedimiento sancionador del informe generado en un procedimiento de inspección. El valor probatorio de lo constatado en la fase de inspección persiste en la fase sancionadora.

EL KNOW-HOW: DE IDEA A PATRIMONIO ¿HASTA DÓNDE LLEGA SU PATRIMONIALIZACIÓN? COMENTARIO A LA RDGRN DE 4 DE DICIEMBRE DE 2019

KNOW-HOW: FROM AN IDEA TO EQUITY. AT WHAT RATE YOU MAKE THIS HAPPEN? COMMENT ON RDGRN DE 4 DECEMBER 2019

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 802-815

Carlos
VERDERA
BUSUTIL

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: La DGRN admite la posibilidad de que los socios aporten en la constitución de una sociedad limitada el know-how que poseen en concepto de aportaciones no dinerarias. Se analizan las ventajas y los inconvenientes de este criterio, teniendo en cuenta la función que desempeña el capital social.

PALABRAS CLAVE: *Know-how;* aportaciones no dinerarias; capital social; Derecho de Sociedades.

ABSTRACT: *The DGRN allows the possibility for the partners to contribute the know-how they possess in the form of non-cash contributions when incorporating a limited company. The advantages and disadvantages of this criterion are analysed, taking into account the share capital's function.*

KEY WORDS: *Know-how; non-cash contributions; share capital; Corporate Law.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS: DE LO EXTRAÑO DE LA SUCESIÓN DE HECHOS.- II. PROBLEMAS PRÁCTICOS DERIVADOS DEL CRITERIO DE LA DGRN.- III. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN.

La función de garantía del capital social frente a los acreedores ha sido una cuestión pacífica en la doctrina[1]. No obstante, se están abriendo nuevos caminos que, en gran medida, cuestionan dicha función —o, por lo menos, la relegan a un plano más secundario—. Lo que en ocasiones no se destaca con la suficiente fuerza es que esa función del capital social se ve afectada por mecanismos indirectos, sin alterar aparentemente su formulación tradicional. Un claro ejemplo puede identificarse en la admisión del *know-how* como posible aportación no dineraria tendente a conformar ese capital social.

Resulta evidente que una de las mayores ventajas de los tipos sociales de corte capitalista es la posibilidad de excluir la responsabilidad de los socios. Se produce, así, una suerte de disociación entre el patrimonio de los socios y el patrimonio de la sociedad, que determina que los primeros solo arriesguen las aportaciones realizadas al capital, sin asumir responsabilidad por las deudas sociales[2].

Precisamente por ello, en este tipo de sociedades, el capital social constituye una cifra de retención que funciona como garantía en beneficio de los acreedores. En este contexto, y de forma indisociable al nacimiento de las sociedades, surge la figura del capital social como contrapeso a la responsabilidad limitada de los socios. De este modo, se alcanza una solución de equilibrio entre la responsabilidad personal e ilimitada de los socios y la ausencia de responsabilidad de los socios que

1 Entre otros, Broseta Pont, M.: *Manual de Derecho mercantil*. 20ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, pp. 372 y 373; De la Cámara Álvarez, M.: *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, Colegios Notariales de España (Junta de Decanos), Madrid, 1996, pp. 13 y ss.; Menéndez y Rojo, *et. al.*: *Lecciones de Derecho mercantil*, 17ª ed., Civitas, Pamplona, 2019, pp. 388 y 389.

2 Broseta Pont, M.: *Manual*, cit., p. 293.

• Carlos Verdera Busutil
Graduado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universitat de València. Premio Extraordinario del Grado en Derecho. Premio Extraordinario del Grado en Administración y Dirección de Empresas. Master de Acceso al Ejercicio de la Abogacía por la Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: carlos.verdera@uria.com

podría darse si no respondieran frente a la sociedad y frente a terceros de cantidad alguna.

Mayor relevancia tiene, para la utilidad de la función de garantía, el cumplimiento o no del principio realidad del capital social. Realidad con un doble significado: (i) por un lado, que mediante las aportaciones de los socios se lleve a cabo una efectiva transferencia desde el patrimonio personal del socio al patrimonio social; y (ii) por otro lado, que se valore adecuadamente y mediante criterios fiables la aportación de los socios, de tal forma que no se produzcan diferencias significativas entre el valor real de lo aportado y el valor que figura en el balance social y se desvirtúe completamente la función de garantía del capital social.

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital ("LSC"), contiene un elenco normativo que protege de forma poliédrica la figura del capital social. La LSC, entre otras cuestiones, regula la cuantía y forma en que debe aportarse el capital social. Estas normas buscan que en todo momento quede cubierta la función de garantía del capital social para así preservar la última ratio mediante la cual los acreedores de la sociedad pueden ver satisfechos sus derechos.

En este contexto es en el que hay que situar la peculiar resolución de la DGRN[3], de 4 de diciembre de 2019 (la "Resolución")[4], que se pronuncia a favor de la posibilidad de que los socios fundadores de una sociedad aporten su conocimiento -su *know-how*- y el mismo compute y se integre en el capital social de la sociedad constituida.

Tal y como podrá advertir el lector, la Resolución pone en entredicho los cimientos mismos de la teoría del capital social como mecanismo de garantía: permitir la aportación del *know-how* a la sociedad abre la puerta a que se incluyan dentro de la figura del capital social elementos que pueden no respetar el principio de realidad del capital social y que, por tanto, pueden dificultar que los acreedores sociales satisfagan sus derechos dirigiéndose contra esa cifra de capital social.

Quizás lo que subyace en la Resolución es una inclinación de la DGRN hacia posiciones que conciben de la figura del capital social, no tanto como un mecanismo de garantía al servicio de los acreedores -que también-, sino más bien en su aspecto funcional, como elemento que puede contribuir al desarrollo de la actividad de la sociedad y a la generación de beneficios. No obstante, aunque pudiera parecer loable el intento de la DGRN por flexibilizar el concepto de

3 Hoy, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, tras la modificación introducida por el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

4 https://www.boe.es/boe/dias/2020/01/21/pdfs/BOE-A-2020-873.pdf

capital social y sus principios rectores (en una sociedad limitada, por ejemplo, es ciertamente discutible que con una cifra de 3.000 euros de capital social se satisfaga esa función de garantía), la Resolución deja sin respuesta muchas cuestiones de índole práctica sobre la aplicación del criterio o nueva tendencia. No debiera producirse, sin más, la admisión de la aportación del *know-how* como capital social. O, al menos, si no se quiere dejar de lado por completo la función de garantía del capital social y los principios de desembolso real y aportación efectiva.

Urge definir con precisión en qué casos y bajo qué circunstancias una aportación de *know-how* puede considerarse válida. Y lo que es más importante: si se pretende seguir la dirección que parece trazar la Resolución, urge plantear a qué otros supuestos podría extrapolarse esta nueva tendencia y bajo qué otras formas podrían realizarse aportaciones al capital de las sociedades.

En este breve comentario analizaremos las diferentes fases que se han sucedido hasta el pronunciamiento de la DGRN, el propio contenido de la Resolución y los problemas prácticos que implica acoger el criterio sentado por la DGRN.

SUPUESTO DE HECHO

La Resolución trae causa del recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil IV de Madrid a inscribir una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada (la "Sociedad") en la que se aportaba a la Sociedad, junto con otros bienes, el *know-how* de los socios.

El registrador denegó la inscripción de dicha sociedad sobre la base de una serie de argumentos que seguidamente analizaremos. Sin embargo, tras el recurso contra la calificación negativa del registrador, se produjo un giro ciertamente sorprendente cuando la DGRN estimó el recurso interpuesto por los socios y revocó la calificación impugnada.

De esta forma, con los requisitos y límites que ahora veremos, se admite la posibilidad de la aportación del *know-how* a una sociedad -ya sea en el momento de su constitución o, por ejemplo, tras una ampliación de capital-. La cuestión plantea no pocos problemas, tanto en el plano teórico como en el plano práctico, como tendremos ocasión de analizar.

1º) *objeto de la aportación: el know-how de los socios.*

Los socios de la Sociedad otorgaron ante el notario de Madrid, don Santiago Alfonso González López, el día 24 de julio de 2019, escritura de constitución de la Sociedad en la que, junto con otros bienes, se comprometían a aportar cierto conocimiento o *know-how*. El *know-how* consistía en "la información técnica necesaria

para diseñar, fabricar, emplear, mantener o comercializar productos o sus elementos que permiten lograr el proyecto específico" y su aportación se concretaba en "el conocimiento de la industria de servicios, marketing e investigación de mercado. Asimismo, su aportación se manifiesta en el conocimiento especializado en materia de emprendimiento, desarrollo empresarial, liderazgo y dirección de equipos". Por su parte, uno de los socios aportaba "un conocimiento amplio acerca del sector tecnológico e innovación".

Como características del know-how aportado destacan su carácter secreto -pues, en buena medida, su valor reside precisamente en dicho carácter reservado-, así como su necesaria e indispensable aportación para el desarrollo de la actividad de la Sociedad. La Sociedad tiene como objeto social "ser una empresa tecnológica que ofrece trabajo colaborativo virtual. Gestión y creación de espacios de trabajo virtuales y proyectos. Gestión de recursos humanos y económicos- Gestión de tareas. Data center, Servicio de asistencia virtual. Servicios promocionales, de marketing, publicidad y consultoría de empresas. Servicios financieros. Servicio y desarrollo de software. Gestión de base de datos (CNAE 620)".

Se alega, de forma anticipada -quizás porque los socios fundadores tenían dudas sobre la viabilidad de la inscripción de la Sociedad así constituida-, que la aportación del *know-how* cumple con todos los requisitos tanto legales como doctrinales en la medida que "(i) tiene naturaleza patrimonial; (ii) su aportación a la Sociedad va a incrementar sustancialmente las ganancias de la Sociedad; (iii) es susceptible de ser inscrito en el balance; (iv) puede ser valorado económicamente de acuerdo con criterios objetivos; (v) puede ser enajenado o negociado; (vi) puede ser objeto de un contrato de cambio; y (vii) es susceptible de apropiación y, en consecuencia, de ser convertido en dinero y apto para producir una ganancia".

Por todo ello, los socios valoran la aportación del *know-how* a la Sociedad en 44.000 euros.

2º) *Criterio del Registrador.*

La escritura de constitución de la Sociedad se presentó a inscripción el 31 de julio de 2019 obteniendo el día 8 de agosto de 2019 calificación negativa por parte del registrador mercantil, cuya opinión respecto a la posibilidad de aportar *know-how* a la Sociedad fue bien diferente.

El registrador consideró que la aportación del *know-how* a la Sociedad, tal y como estaba descrita en la escritura de constitución, lejos de constituir una aportación no dineraria, se asemejaba en mayor medida a la aportación de trabajo o servicios y, como tales, no pueden ser objeto de aportación con base en lo dispuesto en el artículo 58.2 LSC.

El registrador señaló el origen anglosajón del término y su carácter no unívoco. Además, definió conceptualmente el *know-how* como "conocimientos secretos no patentados, aplicables a la actividad productiva" para argumentar que lo aportado por los socios fundadores se asemejaba en mayor medida a un trabajo o prestación de servicios. De esta forma, el *know-how* no podía ser válidamente aportado a las Sociedad a los efectos del artículo 58.2 LSC.

3º) *recurso frente a la calificación negativa.*

Los socios de la Sociedad interpusieron recurso contra la calificación negativa del registrador el 4 de septiembre de 2019. Entendían que la descripción de las aportaciones[5], tal y como se realizaba en la escritura de constitución, tenía perfecta cabida en lo que el propio registrador definía como *know-how* (esto es, "conocimientos secretos no patentados, aplicables a la actividad productiva").

Los socios fundadores argumentaron que el *know-how* aportado cumplía con todos los requisitos exigidos por la normativa aplicable, así como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estos requisitos, argumentan los socios, son los siguientes: (i) debe tratarse de un conocimiento relacionado con la actividad de la empresa; (ii) la información debe mantenerse secreta; y (iii) debe existir un interés económico y empresarial de dicho conocimiento.

El cumplimiento de los anteriores requisitos junto con el carácter de idóneo -imprescindible, en palabras de los socios- dado el objeto social de la Sociedad, debería permitir el encaje de la aportación del *know-how* dentro del concepto de aportaciones no dinerarias, a juicio de los socios fundadores.

4º) *decisión de la DGRN.*

Planteado el debate como se ha expuesto, llegó el turno de la DGRN, que tenía que decidir si la aportación realizada por los socios de la Sociedad constituía una aportación no dineraria permitida por la LSC tal y como sostenían los propios socios aportantes, o si, por el contrario, compartía el criterio del registrador y entendía que la aportación se asemejaba más a la aportación de trabajo o prestación de servicios.

Lejos de realizar un análisis profundo y novedoso desde el punto de vista jurídico, la DGRN señala que el Tribunal Supremo[6] viene interpretando de forma cada vez más flexible el concepto del *know-how* (restringido inicialmente a "conocimientos secretos de orden industrial" para admitir los de "orden comercial"). En concreto,

5 Excepción hecha del "conocimiento especializado en materia de emprendimiento, desarrollo empresarial, liderazgo y dirección de equipos".

6 STS 21 octubre 2005 (ECLI: ES:TS:2005:6410).

el Tribunal Supremo define el *know how* como "Conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación".

Además, muestra cómo la propia DGRN[7] se había pronunciado en otras ocasiones a favor de la aportación de bienes inmateriales, como el fondo de comercio: "la existencia del llamado fondo de comercio de las empresas mercantiles, es un concepto que como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1985, si bien es de límites difusos, no por ello es menos atendible en cuanto detonador unas veces del lado espiritual o inmaterial de la Empresa como negocio, o de que hay Empresas que no requieren elementos patrimoniales para su perfecto funcionamiento, o por último, casos en que además de los valores patrimoniales hay otros que sobrepasan los mismos y que se plasman en la organización de los medios de producción, y todos estos conceptos y otros similares son susceptibles de ser valorados en el Balance".

De esta forma, por medio de una aplicación analógica, entendiendo que el know-how aportado por los socios "tiene carácter patrimonial, es susceptible de valoración económica y de apropiación [...] y es apto para producir una ganancia", declara que dicha aportación no contraviene lo establecido en el artículo 58.2 LSC y decide estimar el recurso interpuesto, revocando la calificación impugnada.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La DGRN ha admitido que el know-how pueda ser objeto de aportación no dineraria al capital social de una sociedad. Se abren, con esta novedosa resolución, caminos hasta ahora inexplorados, no exentos de peligros, en materia de aportaciones sociales.

COMENTARIO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: DE LO EXTRAÑO DE LA SUCESIÓN DE HECHOS.

Con carácter previo al análisis de los fundamentos de la Resolución y de los problemas prácticos que pueden derivarse de la misma, conviene señalar una serie de cuestiones que resultan como mínimo llamativas en relación con la forma en que se desarrollan los hechos que provocan el pronunciamiento de la DGRN.

7 RDGRN 31 octubre 1986.

En primer lugar, es ciertamente curiosa la forma en que los socios fundadores describen las aportaciones en la escritura de constitución de la Sociedad: parece que, desde el primer momento, ni siquiera los propios socios ni el notario autorizante tienen demasiado clara la posibilidad de aportar el *know-how* a una sociedad, ya que se preocupan en exceso en describir con todo detalle el objeto de la aportación y las razones por las que, a su juicio, es perfectamente válida y absolutamente necesaria dicha aportación para que la Sociedad pueda cumplir con su objeto social.

También resulta extraño el valor que dan a la aportación del *know-how,* puesto que la cantidad de 44.000 euros parece un tanto arbitraria. Quizás responda -no se puede deducir de la propia escritura de constitución- a una cuantía que permite una cierta distribución de las participaciones de la Sociedad previamente pactada por los socios.

Además, la motivación de la resolución del registrador por la que deniega la inscripción de la Sociedad es, desde un punto de vista jurídico, de una argumentación poco elaborada y, de hecho, abre la puerta al posterior recurso de los socios. La Resolución permite a los socios utilizar la definición de *know-how* del propio registrador para afirmar que, efectivamente, eso es precisamente lo que están aportando a la Sociedad.

Por otro lado, también llama la atención que el recurso frente a la calificación negativa del registrador lo interpongan exclusivamente los socios, sin que el notario autorizante formule alegaciones, pues en la mayoría de casos es el notario quien, habiendo estudiado la cuestión para otorgar la propia escritura, mejor conoce el asunto y mayores argumentos jurídicos puede aportar.

Por último, no deja de ser llamativa la manera en que la DGRN resuelve el asunto. Como se ha expuesto anteriormente, con una mera mención a la interpretación flexible del concepto del *know-how* y a la admisión en otras ocasiones de la aportación de elementos inmateriales, verificado que el objeto de aportación encaja dentro de lo que se entiende por *know-how*, admite su aportación sin entrar a valorar si conceptualmente es coherente con las normas de la LSC aplicables y con la función propia de las aportaciones sociales.

Estas singulares circunstancias inducen a pensar que bien pudiera tratarse de un caso confeccionado *ad hoc* para obtener cierto pronunciamiento de la DGRN sobre la cuestión.

II. PROBLEMAS PRÁCTICOS DERIVADOS DEL CRITERIO DE LA DGRN.

Una vez efectuadas las anteriores consideraciones, procede en este punto analizar con detenimiento el contenido de la Resolución y las implicaciones que puede tener la misma en un futuro.

En primer lugar, tal y como se ha tenido ocasión de apuntar, el criterio de la DGRN supone, en cierta medida, poner en entredicho la función del capital social de garantía frente a los eventuales acreedores de la sociedad. Una de las mayores preocupaciones del legislador en materia de aportaciones sociales gravita sobre la vigilancia de la realidad del valor de las mismas. Ni que decir tiene que la consolidación del criterio sentado por la DGRN en esta resolución abre la puerta a la aportación a las sociedades de elementos inmateriales e intangibles de muy difícil valoración con base en parámetros objetivos. Más problemático es, si cabe, el caso planteado del *know-how* cuya virtualidad descansa precisamente sobre el saber secreto que complica todavía más la correcta valoración y verificación del valor de lo aportado a la sociedad.

En este contexto, resulta difícil imaginar siquiera cuáles son los mecanismos a cuyo través los potenciales acreedores sociales podrán dirigirse contra la sociedad para realizar la aportación al capital social y, con ello, satisfacer sus derechos (más allá de la propia responsabilidad en que puedan incurrir los socios *ex* artículos 73 LSC -para las sociedades de responsabilidad limitada- y 77 LSC -para las sociedades anónimas-, que también plantea dificultades, puesto que, para poder determinarla, resulta fundamental la correcta y detallada descripción de las aportaciones).

Por otra parte, el *know-how* aportado por los socios fundadores es un elemento tremendamente volátil en cuanto a su valoración económica. Aunque a efectos de valoración de la aportación no es relevante (puesto que el valor de lo aportado se calcula en el propio momento de la aportación, con independencia de las variaciones futuras que puedan afectar al objeto de la aportación), no es descartable que los conocimientos aportados, como el *know-how* de los socios fundadores, queden rápidamente obsoletos en un mercado cada vez más dinámico. Por tanto, su valoración a efectos de un posible embargo en el futuro (difícil de llevar a cabo sobre el *know-how* objeto de aportación[8]) puede ser mucho menor a la valoración con la que se aportaron a la Sociedad, con el evidente menoscabo de la función de garantía que ello conlleva. Es evidente que la misma variación del valor puede predicarse de muchos otros activos perfectamente aportables a las

8 Si no imposible de realizar dado su marcado carácter inmaterial (recordemos que se trata, en definitiva, del conocimiento de los socios fundadores) y su contenido secreto y reservado, que impiden su realización en un procedimiento de ejecución forzosa salvo que dicho *know-how* se haya objetivado de alguna forma (por ejemplo, mediante su reflejo en un manual).

sociedades de capital, pero no se trata sino de un elemento adicional en contra de la aceptación de la posibilidad de aportar el *know-how* a una sociedad.

Siguiendo con los problemas prácticos, no se llega a entender la forma en que dicho *know-how* va a aportarse efectivamente a la sociedad. Es decir, si se trata de un conocimiento secreto que poseen los socios aportantes, ¿de qué manera puede asegurarse que dicho conocimiento pasa a formar parte de la esfera patrimonial de la Sociedad? ¿Se produce una verdadera apropiación del *know-how* por la Sociedad? ¿Se desvincula el *know-how* del socio aportante? ¿Existe, en definitiva, una aportación efectiva a la Sociedad?

Más bien parece que se produce una suerte de obligación consistente en un hacer positivo, una actuación dinámica por parte de los socios fundadores. En definitiva, parece que los socios en el momento inicial de constitución de la Sociedad asumen un compromiso en relación con sus conocimientos. No parece -o por lo menos no se desprende de la descripción de los hechos contenidas en las decisiones o recursos- que se concrete cómo los socios van a aportar efectivamente ese *know-how* a la Sociedad.

Lo que sí está claro es que, en ningún caso, los socios se desprenden de dicho conocimiento (porque es evidente que no pueden). De hecho, los socios fundadores siguen poseyendo el conocimiento y parece que precisamente lo utilizan en beneficio de la Sociedad. Se trata de un activo de evidente valoración patrimonial no incompatible con su carácter personalísimo y vinculado al socio aportante.

Quizás la aportación del *know-how* a una sociedad debiera articularse a través de un contrato que incluyera las estipulaciones típicamente previstas en los contratos de licencia de *know-how* que permita, por un lado, que la sociedad explote dicho conocimiento durante un periodo determinado de tiempo y, por otro, que los socios se obliguen a ponerlo en efectivo conocimiento de la sociedad. De esta forma, podría darse respuesta a cuestiones no menores:

1º) Vinculaciones perpetuas. Cuando se verifica que el socio ha efectuado –desembolsado- su aportación, ya no puede ser obligado a realizar nuevas prestaciones a favor de la sociedad. Si la aportación de los socios no se articula por medio de un contrato que incluya las estipulaciones típicas del contrato de licencia de *know-how*, ¿cómo impedimos que, como consecuencia de la aportación del conocimiento de los socios, éstos queden obligados a perpetuidad con la sociedad? Ciertamente, si se establece un plazo determinado de uso de dicho conocimiento como se hace en los contratos de licencia de *know-how*, podría minimizarse este riesgo. No obstante, compartimos la opinión del registrador cuando afirma que la aportación de los socios, tal y como parece estar planteada en este caso, se

parece más a una prestación de servicios a la Sociedad y debería subsumirse en la categoría de las prestaciones accesorias.

2º) Exclusividad de la aportación. Nada se dice sobre si la aportación del conocimiento de los socios a la Sociedad se realiza en exclusiva o no. Lo lógico sería que así fuera: como se ha dicho, una de las notas definitorias del *know-how* es precisamente su carácter secreto. En caso contrario, si ese conocimiento tan particular y valioso se pudiera popularizar o difundir sin restricciones, perdería gran parte de su utilidad como elemento diferenciador y facilitador de una ventaja comparativa. Nuevamente, prever estipulaciones típicas del contrato de licencia de *know-how* podría prever este extremo asegurando que la prestación del conocimiento se efectúa en exclusiva.

Por otra parte, ¿cómo conseguimos que, ante una eventual venta de participaciones sociales, la Sociedad siga pudiendo percibir los beneficios generados por el *know-how* aportado? ¿Es el nuevo socio -adquirente de las participaciones- el responsable de utilizar el *know-how* aportado por el socio transmitente? ¿Cómo va a hacerlo si, debido al carácter reservado del *know-how*, es muy probable que desconozca el contenido del conocimiento?

Ciertamente, al menos en un plano puramente teórico, podría argumentarse que la forma de solucionar algunas de las cuestiones anteriores podría ser la constitución de un depósito o *escrow* en el momento de constitución de la Sociedad en el que el socio aportante volcase, a modo de manual (como sucede, por ejemplo, en los propios contratos de franquicia), dichos conocimientos reservados y que únicamente se revelasen si el socio decide transmitir sus participaciones a un tercero. No obstante, ello se antoja complicado en la medida que el conocimiento de los socios no es (generalmente) algo estanco y fácilmente objetivable, sino que evoluciona y permite que el mismo sea transmitido y enseñado, por ejemplo, a los trabajadores de la Sociedad.

Sin embargo, la posibilidad de sujetar a depósito este manual donde se hubieran volcado los conocimientos de los socios no evita el problema que puede surgir si, por ejemplo, el socio aportante decide en determinado momento cesar en la aplicación de ese conocimiento a los beneficios y la actividad de la sociedad de tal forma que la misma no puede beneficiarse de ellos. No debemos olvidar que, en última instancia, son los socios quienes, de una forma u otra, utilizan el conocimiento aportado en beneficio de la Sociedad.

¿Cómo actuamos ante un escenario en el que el socio no utiliza el conocimiento en beneficio de la sociedad, bien sea por decisión propia o por imposibilidad (i.e. fallecimiento o incapacidad sobrevenida)?

Como se ha dicho, en el caso que nos ocupa la valoración del *know-how* se efectúa atendiendo, entre otras cosas, a la capacidad del mismo de generación de beneficios a la sociedad. En este sentido, la no utilización del *know-how* aportado, produciría, de facto, una reducción de la valoración de la aportación. Si el conocimiento de los socios no se ha objetivado y plasmado en un manual de uso, difícilmente podrá la Sociedad hacer uso de dicho conocimiento.

Por otra parte, ¿cómo evitamos que dicho socio no decida constituir de forma sucesiva varias sociedades y a todas ellas aporte el mismo *know-how* o, incluso, que preste servicios por cuenta propia o ajena utilizando dicho conocimiento? Quizá pudiera pensarse que una cláusula de no competencia contractual y post-contractual bastaría para solventar este problema. Sin embargo, en la medida en que el conocimiento aportado permanece, como se ha dicho, reservado... ¿qué mecanismos *ex ante* podrían impedir que se produjesen situaciones como las descritas evitando el indudable daño que las mismas provocarían a la Sociedad?

Mención aparte merece la importancia que tiene el *know-how* en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales ("LSE"). El *know-how* cumple con los requisitos para ser considerado secreto empresarial, puesto que se trata de una información o conocimiento (industrial, comercial y organizativa, en nuestro caso) secreto, con valor empresarial y objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto. Desde este punto de vista, cabe pensar en la aplicación a los problemas sobre la aportación del *know-how* a una sociedad de las soluciones incluidas en la LSE: acciones de defesa que puede ejercer la sociedad en caso de que el socio que aporta el *know-how* decida transmitirlo o aportarlo a otras sociedades, indemnización de daños y perjuicios, etc.

Estos son solo algunos de los muchos problemas prácticos que pueden derivarse del criterio establecido por la DGRN en la Resolución. Quizás hubiera sido más acertado, dada la naturaleza del *know-how* que se pretende aportar a la sociedad, encuadrarlo en el marco de las prestaciones accesorias, que, aunque se trata de un planteamiento menos problemático, no deja de suscitar dudas en tanto que en las prestaciones accesorias, *ex* artículo 86 LSC, debe expresarse su "*contenido concreto y determinado*". A favor de esta alternativa se ha pronunciado, por ejemplo, Fernández Fernández[9].

III. CONCLUSIÓN.

Como se ha dicho, el objetivo detrás del criterio admitido por la DGRN en la Resolución bien pudiera ser un intento por minimizar la importancia de la función

9 Fernández Fernández, L.M.: *La aportación de know-how como prestación accesoria en el Derecho de sociedades español*, Tesis doctoral. Editorial de la Universidad de Granada, 2009, p. 234 https://hera.ugr.es/tesisugr/17849457.pdf

de garantía del capital social y flexibilizar así la tipología de las aportaciones de los socios al capital social de las sociedades. Quedaría reforzada, de esta forma, el aspecto funcional del capital social.

Estamos ante un pronunciamiento novedoso, que no deja del todo claras muchas cuestiones de índole práctica sobre su propia aplicación y extrapolación a otros supuestos análogos.

Es indiscutible que la Resolución de la DGRN abre caminos hasta ahora inexplorados. Lo que no sabemos es si esos caminos nos conducirán hacia soluciones innovadoras y disruptivas o si, por el contrario, nos conducirán a crear mayores problemas que los que se tratan de resolver. Estaremos atentos a futuros pronunciamientos de la DGRN sobre la aportación del *know-how* a las sociedades de capital y sobre los problemas prácticos aquí esbozados.

PANORAMA

MONEDAS VIRTUALES Y CIBERCRÍMENES. UN ANÁLISIS COMPARATIVO

CRYPTOCURRENCIES AND CYBERCRIMES. A COMPARATIVE ANALYSIS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 818-863

Salvatore
ACETO DI
CAPRIGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de febrero de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 18 de marzo de 2020

RESUMEN: El fenómeno de las criptomonedas, ya mundial, adolece de un vacío de protección a nivel de la Autoridad Central, lo que genera áreas sombrías en un sector particularmente delicado y sensible. Los aspectos favorables de una moneda como el bitcoin (desmaterialización, difusión a nivel mundial, ausencia de gobernanza institucional, democracia de la herramienta y el respeto a la privacidad) no pueden ocultar los riesgos que comportan las monedas digitales, esto es, usos ilegales, que van desde los delitos fiscales, hasta la financiación del terrorismo internacional. El trabajo examina, desde una perspectiva transcontinental y europea, el fenómeno estudiado, destacando especialmente sus problemas críticos.

PALABRAS CLAVE: *Criptomoneda; blockchain; bitcoin; exchangers; lucha contra el lavado de dinero; delitos financieros.*

ABSTRACT: *The phenomenon of cryptocurrencies, now planetary, suffers from a vacuum of protection at the level of the Central Authority which generates shaded areas in a particularly delicate and sensitive sector. The strengths of a currency such as bitcoin (dematerialization, diffusion on a global level, the absence of institutional governance, the democracy of the tool and respect for privacy) also risk becoming the weak points that expose digital currencies to illegal uses ranging from tax crime to the financing of international terrorism. The contribution examines, in a transcontinental and Euro-EU perspective, the debated phenomenon, focusing especially its critical issues.*

KEY WORDS: *Cryptocurrency; blockchain, bitcoin, exchangers; fight against money laundering, financial crimes.*

SUMARIO.- I. LOS PROBLEMAS CRÍTICOS RELACIONADOS CON EL USO DE LAS CRIPTOMONEDAS Y LA POSICIÓN ANODINA ADOPTADA POR LAS INSTITUCIONES DE LA UE. - II. DESCRIPCIÓN COMPARATIVA: EL SISTEMA CHINO CALIFICA LAS CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE LAS CRIPTOMONEDAS. DESDE LA NEGACIÓN DE LA NATURALEZA LEGAL DEL DINERO HASTA EL RECONOCIMIENTO COMO CÓMODA EXPRESIÓN DE SOFT LAW. LA LEGITIMIDAD DEL INTERCAMBIO SOLO POR PERSONAS FÍSICAS Y LA POSIBLE APLICACIÓN DE LA DISCIPLINA DEL CONSUMIDOR. - III. LA EXPERIENCIA JAPONESA Y LA CALIFICACIÓN LEGAL COMO UN ACTIVO SUSCEPTIBLE DE PROPIEDAD. LA INVERSIÓN DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL Y LA POSIBLE APLICACIÓN DE LOS CÁNONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL. – IV. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS EE. UU. CLASIFICAN LA CRIPTOMONEDA COMO SECURITY. EL PAPEL CENTRAL DE LA PRUEBA DE HOWEY. - 1. La jurisprudencia estadounidense confirma la naturaleza jurídica de producto financiero y los correlativos riesgos de fraude. La viabilidad de la security class action y la relevancia de la llamada responsabilidad de gatekeeper.- V. LOS DIFERENTES TIPOS DE MONEDA VIRTUAL.- VI. RIESGOS ASOCIADOS AL USO DE CRIPTOMONEDAS Y DELITOS PRINCIPALES RELACIONADOS. CIBERDELITOS Y WEB OSCURA. LOS MEDIOS DE PROTECCIÓN. OBSERVACIONES FINALES.

I. LOS PROBLEMAS CRÍTICOS RELACIONADOS CON EL USO DE LAS CRIPTOMONEDAS Y LA POSICIÓN ANODINA ADOPTADA POR LAS INSTITUCIONES DE LA UE.

Con el fin de que el objeto del trabajo sea perceptible de inmediato, se debe hacer una *distinción* sistemática. Una cosa es hablar de "criptomonedas" o monedas digitales y otra, muy distinta, es hablar de dinero "electrónico". Este último, de hecho, es definido, *de plano*, a nivel euro-unitario como el dinero incorporado en soporte electrónico o, incluso, magnético, representado por un crédito frente el emisor, como consecuencia de la recepción de fondos para llevar a cabo operaciones de pago de conformidad con el artículo 4, punto 5, de la Directiva 2007/64/CE y que es aceptado por personas físicas o jurídicas distintas del emisor de. dinero electrónico.

A diferencia de la criptomoneda, la moneda electrónica está cuidadosamente regulada[1], se emite solo contra el pago de fondos equivalentes y por partes

1 Actualmente, la materia está regulado, a nivel europeo, por la Directiva 2009/110/CE, modificada por la más reciente Directiva (UE) 2015/2366, del Parlamento y del Consejo Europeo de 25 de noviembre de 2015. En Italia ha sido traspuesta por Decreto Legislativo 16 de abril de 2012, núm. 45.

• Salvatore Aceto di Capriglia
Profesor Titular de Derecho Comparado, Universidad Parthenope de Nápoles. Correo electrónico: s.acetodicapriglia@gmail.com

autorizadas[2], y, en fin, es amplia y obligatoriamente[3] aceptada. No hay objeciones a su naturaleza de "moneda" en el sentido tradicional del término. Por último, pero no menos importante, los gobiernos centrales favorecen considerablemente su difusión como una herramienta útil para prevenir los fenómenos de actividades "en negro".

Ex adverso el Banco Central Europeo se ha mostrado hasta la fecha escéptico en el reconocimiento de las nuevas monedas digitales como divisas, y ello por diferentes y variadas razones[4]. La Autoridad Bancario subrayó que las monedas virtuales solo cumplirían parcialmente las tres funciones clásicas que caracterizan a la moneda[5]. Se justifican en la función de intercambio[6], en la reserva de valor[7] y en la unidad de cuenta[8].

En cuanto a la primera función, la criptomoneda más extendida (*bitcoin*) sería utilizada como medio de pago en 62.000 transacciones por día, en comparación con un total de 274 millones de transacciones diarias hechas con alternativas al dinero contante solamente en la Unión Europa[9]. Por lo tanto, estamos ante un nivel de aceptación entre el público todavía demasiado pequeño para que tenga lugar su uso extendido como un medio de intercambio. En cuanto a la segunda función, la excesiva volatilidad del tipo de cambio que caracteriza a las monedas

2 De conformidad con la normativa vigente, en Italia están autorizadas para emitir dinero electrónico: Institutos de Moneda electrónica (a partir de 2019, están autorizados los siguientes: Qui! Financial Services S.P.A, Nexi Payments S.P.A., Cartalis Istituto Di Moneta Elettronica Spa, Edenred Italia Fin S.R.L., Telepass Pay S.P.A., Postepay S.P.A., Enel X Financial Services S.R.L.), Instituciones de Crédito, Oficinas de Correos, el Banco Central Europeo, Bancos Centrales nacionales.

3 Como ejemplo de política económica dirigida a prevenir el fenómeno de la economía sumergida y facilitar los pagos electrónicos, se puede citar el Decreto núm. 201/2011, llamado "Salva Italia" (más tarde convertida en Ley núm. 214 del mismo año), que limitó el uso de efectivo al umbral de 999 euros. Además, la Ley de Estabilidad de 2016 introdujo sanciones por rechazar un pago electrónico, introduciendo *de facto* la controvertida obligación sobre el uso del POS como un dispositivo idóneo para recibir pagos electrónicos.

4 BCE, *Virtual currency schemes - a further analysis*, febrero de 2015, disponible en www.ecb.europa.eu. *Vid.* también la discusión de la figura en Pernice, C.: Digital currencies e *obbligazioni pecuniare,* Nápoles, 2018, pp. 199 ss.

5 Históricamente, el dinero se ha creado para superar las incertidumbres y los costos del trueque. Los primeros productos que actuaron como medio de intercambio se caracterizaron por: su perdurabilidad (lo que garantizaba su uso para futuros intercambios), disponibilidad (lo que garantizaba su aceptación generalizada, que favorecía el incremento de su uso), difusión y fácil verificabilidad de la calidad en los intercambios (lo que redujo las incertidumbres relacionadas con los pagos). Un ejemplo temprano de "moneda" en la historia está representado por las pieles de animales. *Cfr.* Jevons, V.W.S.: *Money and mechanism of Exchange*, New York, 1898, p. 20.

6 La moneda puede intercambiarse instantáneamente por bienes y servicios: el comprador entrega moneda al vendedor y de esta manera se libera de cualquier obligación hacia este último, que, al aceptarlo, reconoce su valor

7 La moneda permite aplazar en el tiempo la riqueza que no se usa inmediatamente para consumir bienes y servicios. En otras palabras, permite conservar una parte de los ingresos actuales para gastarlos en el futuro.

8 La moneda se utiliza para comparar de manera homogénea el valor de productos y servicios muy diferentes, lo que facilita las decisiones económicas y los acuerdos contractuales. Sobre la cuestión *vid.* Dornbusch, R., Fischer, S., Startz R.: *Macroeconomia,* XI ed., Milán, 2016, especialmente el Capítulo V.

9 Para profundizar sobre la cuestión *vid.* Di Vizio, F.: *Lo statuto giuridico delle valute virtuali: le discipline e i controlli tra oro digitale ed ircocervo indomito,* en www.fondazionepesenti.it.

virtuales pondría en peligro su uso como reserva de valor, incluso a corto plazo, siendo instrumentos altamente aleatorios y especulativos. De ahí también, la escasa utilidad de las monedas virtuales como unidad de cuenta[10].

Del mismo modo, la Autoridad Bancaria Europea excluyó expresamente la calificación de las criptomonedas como moneda[11]. Las razones de ello se encuentran en la circunstancia de que el acreedor no está obligado a aceptarlas como un medio de pago, pudiendo rechazarlas legítimamente: dado lo indicado por el organismo antes mencionado, debe considerarse que, si la transferencia de valor se realiza en criptomoneda, en lugar de la que tiene un estado de curso legal, tendremos una *datio in solutum*[12], que es una forma de extinguir la obligación diversa del cumplimiento. Por la misma razón, la entrega de criptomonedas no exime al deudor de la obligación, si el acreedor se niega a aceptarlas. Además, las criptomonedas no son emitidas por una autoridad central, siendo, por definición, medios de pago descentralizados. Esto impide su reconocimiento como moneda en los Estados Miembros de la Unión, que se adhieren a una noción institucional de la misma[13].

En cuanto a la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia, en relación con las operaciones de divisas entre *bitcoins* y monedas de curso legal, o con el uso de *bitcoins* como forma de pago, ha determinado su naturaleza de servicios que se incluyen en la exención del IVA, en tanto que la actividad de intercambio no constituiría una oferta de bienes, sino de servicios[14]. El *caso principal* de 2015 justifica la exención al considerar el *bitcoin* como un método de pago contractual[15], sin otro propósito. Cabe señalar que la Corte no se detiene en la explicación de la noción escrutada, sino que se limita a declarar que las criptomonedas no puede considerarse, ni como una cuenta corriente, no como un depósito bancario. Para

10 *Vid.* Mancini, M.: "Valute virtuali e *Bitcoin*", *Analisi Giuridica dell'Europa, Legal Analysis of Economics,* 2015, 1, pp. 117 ss.

11 EBA, *Opinión on Virtual Currencies,* julio de 2014, disponible en www.eba.europa.eu.

12 De conformidad con el art. 1197 CC italiano, titulado "prestación en lugar de cumplimiento", el deudor no puede liberarse realizando una prestación diferente a la debida, incluso si es de igual o mayor valor, a menos que el acreedor lo consienta. En este caso, la obligación se extingue cuando se realiza la prestación diversa. Para la doctrina prevalente la *datio in solutum* es un contrato solutorio de naturaleza liberadora y carácter oneroso. La naturaleza real o consensual de la figura aún se discute. *Vid.* Trabucchi, A.: *Istituzionbi di diritto civile,* Padua, 2017, pp. 815 ss. Debe recordarse que la *datio in solutum* también está expresamente regulada en la legislación austriaca, en el § 1414 ABGB, que la califica literalmente como un contrato a título oneroso. Se lee en este código: "si, porque el deudor y el acreedor lo acuerdan o porque la prestación original resulta imposible, se debe dar algo diferente en el pago, este acto debe considerarse oneroso".

13 Esto quiere decir que la moneda es emitida por una Autoridad central, que implementa una optimización de la política económica. *Vid.* en este punto Masciandaro, D.: "Teoria dell'assetto istituzionale della Banca Centrale: riflessi sul controllo monetario e sulla politica fiscale", *Giornale degli Economisti y Annali di Economia*, 1988, 1/2, pp. 66 ss.

14 Tribunal de Justicia, 22 de octubre de 2015, asunto C-264/14, Skatteverket v. Hedqvist, en www.curia.europa.eu. Sin embargo, en contra, Capaccioli, S.: *Criptovalute e Bitcoin: un'analisi giuridica,* Milán, 2015, p. 151, que se inclina hacia una venta real.

15 *Cfr.* par. 42 de la sentencia citada.

los jueces de Luxemburgo deben encuadrarse en el ámbito de las monedas no tradicionales, es decir, en el de las monedas sin efecto liberatorio, que pueden ser utilizadas cuando ambas partes las hayan aceptado previamente[16]. Es, pues posible observar que incluso el Tribunal de Justicia parece adherirse a la tesis de que el pago realizado a través de *monedas digitales* constituya una verdadero *datio in solutum* en lugar de un cumplimiento.

No obstante, en tiempos más recientes, el Derecho Comunitario, en vistas a la creación de un *mercado interior* auténticamente sin fronteras, parece haberse abierto más hacia el uso de nuevas tecnologías y, en última instancia, hacia la creación de un *marco* regulatorio.

Desde esta perspectiva, la Resolución de 16 de febrero de 2017 del Parlamento Europeo instó a la Comisión a adoptar una propuesta de Directiva, a modo de ejemplo, sobre robótica[17]. Más recientemente, el propio Parlamento Europeo con una nueva resolución[18] reconoció que *la* tecnología *blockchain*[19] juega un papel muy importante en una gran cantidad de sectores, como el suministro de energía, las finanzas, el llamado "*internet* de las cosas"[20]. Sobre la base de la afirmación de que la tecnología *blockchain* puede desempeñar un papel importante en el fortalecimiento de la innovación europea, la institución lamentó la incapacidad de adaptar las normas actuales de protección al consumidor y de que todavía no se haya logrado, en sede europea, llegar a una visión uniforme del problema[21]; y es que, si bien se han llevado a cabo algunas iniciativas por parte de la Comisión en relación con sectores específicos (como la inteligencia artificial)[22], nada ha sido innovado en comparación con el panorama jurisprudencial y normativo anterior en el sector de la criptomoneda. Por lo tanto, parece que la conexión del sistema y la resolución de las lagunas, así como la identificación de las regulaciones y los recursos legales que se pueden implementar, sigue siendo una tarea exclusiva del intérprete. Por ello, surge la necesidad de referirse a las experiencias jurídicas extranjeras.

16 *Cfr.* par. 49 de la sentencia citada.

17 La resolución está disponible en la siguiente dirección: http://www.europarl.europa.eu.

18 Parlamento Europeo, Resolución de 12 de febrero de 2019, disponible en www.europarl.europa.eu.

19 Con referencia a la noción de *blockchain* en el contexto de los llamados contratos inteligentes, permítaseme remitirme a Aceto di Capriglia, S.: "Contrattazione algoritmica. Problemi di profilazione e prospettive operazionali. L'esperienza *pilota* statunitense", *federalismi.it* , 18/2019, pp. 5 ss .

20 *Vid.* el considerando "AA" de la Resolución. *Internet de las cosas* es una terminología que se refiere a la extensión de internet al mundo de los objetos y lugares concretos. Los objetos resultan reconocibles e inteligibles gracias al hecho de poder comunicar datos sobre sí mismos y acceder a informaciones agregadas por parte de otros.

21 *Vid.* el punto 120 de la mencionada Resolución.

22 *Vid.*, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión de 25 de abril de 2018, "Inteligencia artificial para Europa", así como la Comunicación de 7 de diciembre de 2018, "Plan de coordinación para la inteligencia artificial". Por último, *vid.* también la Comunicación del 8 de abril de 2019, titulada "Crear confianza en la inteligencia artificial antropocéntrica". Todas las comunicaciones se pueden encontrar en www.ec.europa.eu.

II. DESCRIPCIÓN COMPARATIVA: EL SISTEMA CHINO CALIFICA LAS CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE LAS CRIPTOMONEDAS. DESDE LA NEGACIÓN DE LA NATURALEZA LEGAL DEL DINERO HASTA EL RECONOCIMIENTO COMO CÓMODA EXPRESIÓN DE SOFT LAW. LA LEGITIMIDAD DEL INTERCAMBIO SOLO POR PERSONAS FÍSICAS Y LA POSIBLE APLICACIÓN DE LA DISCIPLINA DEL CONSUMIDOR.

La República Popular de China, actualmente la segunda economía más grande del mundo[23], se caracteriza por un ritmo descendente en el reconocimiento legal de las criptomonedas. El ordenamiento chino ha alcanzado una limitación significativa de las transacciones legales que pueden llevarse a cabo a través de las unidades de criptomonedas. Sin embargo, debe ser tenido en cuenta, debido al profundo y esclarecedor análisis legal llevado a cabo en relación con el nuevo descubrimiento tecnológico.

De hecho, partiendo de una actitud de prudente neutralidad, en poco tiempo, se llegó un rechazo de la actividad en relación con los operadores bancarios y financieros. Al principio, las formas básicas de monedas virtuales se usaban ampliamente en los juegos en línea para comprar contenido adicional para la experiencia de juego[24]. Hasta 2013, la economía china era el principal lugar de intercambio y transacciones de *bitcoins* , a menudo utilizadas como una forma de "refugio seguro"[25] en tiempos de fuerte fluctuación en el valor del *yuan*[26].

La actitud de aparente neutralidad y *no regulación* se convirtió en hostilidad abierta en diciembre de 2013, cuando el Banco Popular de China emitió la primera circular destinada a crear un marco regulatorio en el área de las monedas digitales[27].

23 Para obtener más información, consulte el informe sobre la economía china publicado por el Banco Mundial en la siguiente dirección: https://databank.worldbank.org.

24 Un caso bien conocido es el referido a la *moneda Q*, que surgió en el campo recreativo y posteriormente se convirtió en una unidad de intercambio de bienes o servicios. Para más información *vid.* Cook, J.: "Bitcoin: Technological Innovation or Emerging Threat?", *John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law,* 2014, vol. 30, núm. 3, pp. 535 y ss., Hay, X.: *Q 'coin' suddenly rises, is it the next Bitcoin?,* en www.cup.com.hk (12 de noviembre de 2018).

25 Un bien refugio es un activo que tiene un valor intrínseco, real, que tiende a no perder valor en el caso de un aumento en el nivel general de precios. Como sugiere la frase, una inversión en un activo de este tipo no tiene un propósito especulativo, sino de protección en un período de crisis económica (y financiera) o de fuerte inestabilidad de precios. Por lo tanto, se caracterizará por rendimientos reales cercanos a la paridad. Ejemplos de este tipo de activos son los diamantes, bienes raíces, oro (así como otros productos valiosos, tales como plata, platino), valores de estados económica y financieramente sólidos países, algunas monedas consideradas poco expuestas a grandes variaciones, ya que se utilizan a gran escala en el comercio mundial, son garantizadas por un banco central sólido y, a menudo, son utilizadas como reserva por los países y los Bancos Centrales.

26 El *renmibi* o *yuan* es la moneda legal de la República Popular China. El *renminbi* es emitido por el Banco Popular de China, la autoridad monetaria de la República. El nombre *renmibi* significa literalmente "moneda del pueblo". *Yuan* en chino significa "redondo" o "moneda redonda", por lo tanto, también tiene un significado genérico de "moneda", pero, a menudo, también se usa en lugar del término *renminbi*. Para más detalles, *vid.* Wilson, T., Chavez-Dreyuss, G.: "Chinese cryptocurrency demand feeding off trade tensions, weaker yuan, market players say", *The Japan Times* (16 de agosto de 2019), disponible en https://www.japantimes.co.jp/noticias/16.08.2019.

27 El anuncio, publicado conjuntamente por el Ministerio de Industria y Tecnologías de la Información, la Comisión Bancaria Reguladora de China, la Comisión Reguladora de Valores y el Comité de Supervisión y

La disposición *de quo* trata exclusivamente del *bitcoin,* la principal criptomoneda actualmente en uso y caracterizada por el mayor valor de cambio, pero las consideraciones expuestas, sin duda, se pueden extender a otras criptomonedas distribuidas en el mercado. Su propósito es defender los derechos de propiedad de los ciudadanos, el curso legal del *yuan*, prevenir el lavado de dinero y preservar la estabilidad financiera.

El *incipit* de la medida comienza con un análisis de la naturaleza legal de *bitcoin,* que se caracteriza por cuatro peculiaridades principales:

En primer lugar, no es emitido por ninguna autoridad central. Cualquiera que tenga el equipo tecnológico apropiado puede "socavar"[28] (es decir, crear) un *bitcoin* y colocarlo en el mercado.

En segundo lugar, la cantidad máxima de *bitcoins que* se pueden insertar en la red no es ilimitada, sino que se define e*x ante*. Esta especificidad es coherente y homogénea con respecto a lo que sucede en un sistema de economía centralizada. De hecho, incluso en aquellos sistemas (la mayoría de los estados del planeta) donde los bancos centrales emiten dinero, la moneda se genera a un volumen que equivale a la tasa de crecimiento del país específico[29]. En un sistema descentralizado, como aquel en el que nace y vive *bitcoin*, la tasa de extracción está determinada por el algoritmo mismo. Se genera un *bitcoin* cuando se decodifica a partir de la cadena algorítmica correspondiente (el llamado bloque *hash*). La tasa de generación de bloques se modifica y calibra cada 2016 bloques extraídos, con un número máximo de *bitcoins* extraíbles que disminuye geométricamente en un 50% por cada 210,000 bloques, es decir, en un tiempo equivalente de aproximadamente cuatro años. De esta manera, se ha calculado que el número máximo de *bitcoins* en circulación a escala global nunca puede exceder la cantidad de 21 millones. Este límite cuantitativo se ha establecido desde que el sistema fue ideado por su creador[30] por numerosas y variadas razones. Primero, la limitación es funcional

Gestión de Seguros, está presente en la siguiente dirección (en chino): https://perma.cc/S4DN-DXHD.

28 La operación *mining* consiste en el proceso de extracción de los datos algorítmicos correspondientes a la unidad de moneda digital y su entrada en la red. Para llevar a cabo estas tareas se acude a un *cryptographic hash softwares,* capaz de poner en marcha numerosos intentos de decodificación de la cadena de algoritmos en un pequeño espacio de tiempo (una operación conocida como *brute force*, donde cada valor intentado asume la denominación de *nounce*). Para más detalles *vid.* Aceto di Capriglia, S.: *Contrattazione algoritmica,* cit., pp. 53 ss.

29 *Cfr.* Dempsey, F.B.W.: *Interest and Usury,* Londres, 1943, pp. 210 ss. El autor declara textualmente: "Una oferta fija de dinero o una oferta variable de acuerdo con objetivos y criterios calculables, es una condición necesaria para un precio justo significativo del dinero". Este mecanismo también es la base de la conocida *quantitative easing,* que es la política monetaria a través de la cual los Bancos Centrales compran bonos del gobierno u otros activos financieros para introducir liquidez en el mercado.

30 El inventor de criptomoneda *bitcoin* es Satoshi Nakamoto, aunque el nombre es solo un seudónimo. Las teorías sobre la verdadera identidad de Satoshi Nakamoto son numerosas. Nadie sabe si es un "él", un "ella" o si es más de una persona. En japonés *satoshi* significa "un pensamiento claro, rápido y sabio". *Naka* puede significar "medio", "dentro" o "relación". *Moto* puede significar "origen" o "fundamento". Pero no es seguro si estos significados son útiles para volver a la persona o grupo de personas que inventaron el sistema del *bitcoin*. *Vid.*

para evitar el fenómeno inflacionario, como resultado de lo cual la criptomoneda en cuestión perdería todo valor. Segundo, según algunos especuladores, no parece que las máquinas disponibles en el mercado hoy en día sean capaces de administrar un flujo de *bitcoin* mayor que esta cantidad, especialmente por la gran potencia informática y el espacio de memoria requeridos. Por último, la tasa decreciente de un tipo geométrico sería completamente análoga a la de la extracción de oro, que siempre ha sido el refugio principal. En resumen, al igual que las cantidades de oro disponibles en el planeta disminuyen con el tiempo, lo que hace que sea más complejo extraerlas a mayores profundidades, la cantidad de *bitcoins* que se puede extraer de un solo bloque de *hashes* disminuye con el paso de los años. Esto contribuye al equilibrio y a la estabilidad de las transacciones[31].

La tercera característica de *bitcoin,* y de las criptomonedas en general, es la de estar libre de límites geográficos. En los sistemas de economía centralizada, el dinero emitido por un banco central es de curso legal solo dentro de su área de competencia territorial: con un ejemplo trivial, se puede decir que el euro es de curso legal, excepto en los estados que no lo han adoptado, en la Unión Europea y que el *yuan* no puede intercambiarse por bienes o servicios fuera de China (a menos que un estado soberano decida lo contrario). Las monedas digitales de nueva generación son independientes de este paradigma, precisamente debido a su naturaleza descentralizada: una vez colocadas en la *red peer to peer*[32], circulan a nivel mundial y pueden cambiarse por monedas de curso legal o por bienes o servicios digitales o materiales.

La última característica de *bitcoin* está relacionada con su anonimato, aunque el tema aún se debate entre los académicos. Los detractores del sistema afirman que es posible intercambiar este tipo de criptomoneda sin proporcionar ningún tipo de identificación o datos personales. Por el contrario, los partidarios de las nuevas monedas responden que no sería un verdadero anonimato, sino una simple pseudonimización. El pseudónimo, en este caso, está constituido por la dirección electrónica de la billetera virtual del deudor o acreedor del servicio, correspondiente a una sola cadena alfanumérica[33]. Numerosos operadores que

Davis, J.: "The Crypto Currency. Bitcoin and its mysterious inventor", *The New Yorker* (10 de octubre de 2011), disponible en https://www.newyorker.com/magazine/2011/10/10/the-crypto-currency.

31 Sobre la tendencia inflacionista del *bitcoin,* se puede consultar el cuadro en la siguiente dirección: https://bashco.github.io/

32 La expresión del idioma inglés, traducible a "red de pares" o "grupo de pares" indica un modelo de arquitectura lógica de la red informática en la que los dispositivos conectados al sistema no son jerárquicos, sino equivalentes o iguales. Esto significa que cada dispositivo conectado puede completar una operación en la red, pudiendo al mismo tiempo actuar como un cliente (solicitante de datos) y como un servidor (proveedor de datos). Esto es lo que sucede en la red internacional del *bitcoin*, caracterizada por el hecho de que utiliza la tecnología *blockchain*. Para más información *vid.* Nakamoto, S.: *Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System,* en www.bitcoin.org.

33 Puede ser "12TBGSTqd1how9cpYKWTm4VUYw3QDDWMoB". Cada dirección a la que se puede hacer referencia a una transacción de *bitcoin* permanece anotada permanentemente y sin la posibilidad de cancelación en el registro de *blockchain*.

ofrecen servicios financieros en el sector digital internacional requieren, en virtud de las regulaciones contra el lavado de dinero y contra el terrorismo, ingresar su nombre real, dirección de residencia y cualquier otro dato útil al registrarse. De esta manera, el gerente de servicio puede rastrear fácilmente al autor real de la operación económica. Además, el proveedor de servicios de internet puede encontrar fácilmente la dirección IP del deudor o acreedor[34]. Existen, además, compañías de vigilancia de transacciones (*transaction surveillance companies)*, que monitorizan a todos los usuarios del sistema *bitcoin*. Estas últimos recopilan datos e información personal y luego los transfieren (por una tarifa) a los gobiernos nacionales u otras empresas. Estas compañías tienen éxito en este campo a través de varios tipos de análisis, comenzando desde el examen cuidadoso de la cadena de bloques presente en la *cadena de bloques,* hasta la sincronización de las carteras digitales. Esto es posible por el hecho de que muchos proveedores de servicios almacenan datos de billetera digital en *servidores de* terceros[35].

A la luz de los cuatro parámetros analizados, el Banco Popular de China expresa una opinión muy negativa: el *bitcoin* no debe considerarse dinero en un sentido técnico. Esto se debe al hecho de que no es emitido por ningún banco central y no constituye un medio de pago obligatorio; de hecho, el acreedor puede rechazarlo legítimamente. Por estas razones no se puede equiparar con el dinero *flat*, es decir, a la moneda a la que una autoridad reconoce valor intrínseco[36].

34 Un *internet service provider* (expresión inglesa, que en español significa proveedor de servicios de internet, en siglas ISP o abreviadamente proveedor), en las telecomunicaciones, indica una organización o infraestructura que proporciona a los usuarios (residenciales o empresas), tras la conclusión de un contrato de suministro, los servicios relacionados con internet, el más importante de los cuales es el acceso a la *World Wide web* y el correo electrónico. Para otra definición, puede consultarse la Biblioteca Nacional Central de Florencia en https://thes.bncf.firenze.sbn.it/termine.php?id=6999.

35 Para profundizar sobre la cuestión, *vid.* AA.VV.: "A fistful of bitcoins: characterizing payments among men with no names", *Proceedings of the 2013 conference on Internet measurement conference*, Barcelona, 2013, pp. 127-140. El verdadero núcleo de la cuestión radica en la naturaleza jurídica privada de estas empresas de control, que llevan a cabo sus actividades de espionaje fuera de cualquier marco legal y sin ser supervisadas por un organismo regulado por el Derecho público, nacional o internacional. En lugar de este, un modelo de legislación a nivel mundial, incluso a través de instrumentos de *soft law,* debería prever la existencia de una Autoridad Garante que liberase a estas empresas de estas cargas, garantizando el cumplimiento de las normas sobre protección de datos personales. Esto, especialmente, teniendo en cuenta que las actividades realizadas por estas personas jurídicas constituyen, en la mayoría de los Estados y en ausencia de una autorización específica, delitos (por ejemplo, acceso abusivo al sistema informático, tratamiento ilegal de datos personales, adquisición fraudulenta de datos, comunicación personal e ilegal y divulgación de datos personales). De ahí la urgencia absoluta de abolir estos fenómenos, también para garantizar el respeto por la vida privada y la identidad personal de cientos de millones de usuarios en todo el mundo.

36 Por moneda *flat* se entiende una moneda de curso legal que no está cubierta por reservas de otros materiales (por ejemplo, de oro). En términos más específicos, la moneda legal, totalmente liberada del contenido intrínseco del metal precioso, tiene valor como un medio de pago estable reconocido en la economía de un determinado país. La estabilidad se garantiza mediante el control de la emisión por los Bancos Centrales, mientras que el reconocimiento como un medio de pago está garantizada por la ley. Además, el país que emita la moneda la acepta, de hecho, la impone como un medio válido para pagar impuestos. El concepto de moneda legal se opone, por lo tanto, al de moneda-mercancía (*commodity money*, en inglés), es decir, un instrumento de pago representado por un activo con valor intrínseco propio, independiente de su uso como instrumento de pago (por lo tanto, es un bien que se utiliza como medio de intercambio). Entre los bienes utilizados como medio de intercambio, en el pasado adquirieron una notable difusión los metales preciosos, gracias, sobre todo, a su resistencia excepcional con respecto al paso del tiempo; solo más tarde se pasó a la acuñación o transformación en moneda metálico, que tenía una función adicional de garantizar el valor contenido en el activo de intercambio (en este caso, comenzamos

Por el contrario, el Banco Popular de China cree que puede incluir el nuevo hallazgo tecnológico en la categoría de los productos virtuales[37]. De hecho, la moneda virtual parece poseer exactamente las características que distinguen las materias primas, sujetas a intercambio común, en el mercado internacional.

En primer lugar, parece que se puede decir que el b*itcoin* es un tipo de bien fungible y genérico. Cada unidad de *bitcoin* es homogénea con respecto a todas las demás, siendo imposible de distinguir una de la otra, excepto por su número específico de *hashes*. Por lo tanto, cada "minero" puede ofrecer "monedas" de *bitcoin* en el mercado, sin diferencias cualitativas reconocibles en comparación con las demás, incluso si las ofrecen diferentes "mineros". Esta característica es una consecuencia directa de la naturaleza intrínseca de la criptomoneda, que se confirma en un paquete de datos almacenado en dispositivos tecnológicos especiales. Por la misma razón, se almacena fácilmente en una billetera digital accesible desde cualquier dispositivo, sin que su deterioro sea físicamente posible. Por lo tanto, las cualidades analizadas también arrojan luz sobre el porqué de tan amplia difusión en los mercados globales e internacionales[38].

Ergo, en opinión del Banco Popular de China (que actúa como la autoridad central), el *bitcoin* no se puede usar como moneda en el mercado. Sin embargo, se reconoce que constituye un modo de transacción para el intercambio de bienes o servicios en *internet* , y que los ciudadanos privados tienen la libertad de participar en dichos intercambios bajo su propio riesgo[39].

Como resultado de esta medida, se produce una bifurcación en la validez legal del *bitcoin*, dependiendo de si se utiliza por personas privadas, físicas o jurídicas, o, *lato sensu,* públicas. De hecho, se prohíbe expresamente a los bancos, instituciones financieras y de pago usar la criptomoneda como unidad de cuenta del precio en la oferta de bienes o servicios, comprar y vender esta criptomoneda y usar *bitcoins* en la cobertura del seguro. Además, la moneda digital no se puede utilizar

a hablar de moneda en sentido estricto). Para más información, Samuelson, P.A.: *Economics,* New York, 1980, pp. 255 ss.; Terzi, A.: *La moneta,* Bologna, 2002, *passim;* Cipolla, C.M.: *Storia economica dell'europa pre-industriale,* Bologna, 2002, pp. 235 ss.

37 En inglés, el término *commodity* ahora ampliamente utilizado también en uso italiano, indica un producto primario o una materia prima que constituye un objeto fundamental de intercambio internacional (por ejemplo, petróleo, carbón, café). Más específicamente, la característica principal del producto es que lo ofrecen múltiples partes en el mercado, sin que existan diferencias cualitativas entre los productos ofrecidos. Otro requisito principal es que debe ser fácilmente almacenable y conservable en el tiempo sin perder sus características originales. La alta estandarización del producto permite su fácil comercialización en los mercados internacionales y, a menudo, constituye un activo subyacente para numerosos valores derivados, principalmente los denominados futuros. Para más detalles *vid.* Di Lorenzo, R., Cuomo, E.: *Le parole del* trader *di borsa. Breve dizionario dei termini finanziari,* Milán, 2011, pp. 34 ss.; Labianca, E.: *Materie prime: capire per guadagnare,* Milano, 2006, *passim;* Blaug, M.: *Economics,* en https://www.britannica.com/topic/economics (acceso el 15 de octubre de 2019).

38 *Vid.* al respecto Gronwald, M.: "Is Bitcoin a Commodity? On Price Jumps, Demand Shocks, and Certainty of Supply", *Journal of International Money and Finance,* 2019, vol. 97, pp. 86-92; Cavicchioli, M.: "Cina: Bitcoin dichiarato *Legal commodity*", en www.cyptonomist.ch (19 de julio de 2019).

39 *Cfr.* las líneas 5-8 de la comunicación antes mencionada.

en el establecimiento de fondos y *fideicomisos*, ni se pueden emitir productos financieros basados en *bitcoins* (como derivados y futuros); como tampoco es posible el intercambio de *bitcoins* con moneda de curso legal, ni pueden ofrecerse servicios custodia y de préstamo de *bitcoins*. Todos los operadores que ofrecen servicios relacionados con *bitcoin* en *internet a* través de sus sitios web los verán permanentemente ocultos por la Autoridad de Telecomunicaciones de China. Por último, para prevenir el lavado de dinero, se invita a las instituciones bancarias y financieras a aumentar sus controles sobre los clientes a y fortalecer los mecanismos para responder a la violación de las normas contra el *money laundring*.

La libertad del ciudadano privado se pone a cero *de facto* porque él, aunque formalmente es libre de mantener el *bitcoin* (esto no constituye un delito), no puede depositarlo en un banco o usarlo en otros servicios. Este último podría usar su moneda digital en *internet*, pero las webs relacionadas a menudo están prohibidas por la Autoridad Central China. Por lo tanto, un individuo privado que desee usar su depósito de criptomonedas debe utilizar un *proxy* , es decir, un *software* capaz de omitir el control relacionado con la dirección IP del cliente, esencialmente eludiendo el mecanismo de ocultamiento establecido por la Autoridad Administrativa[40]. Considerando esto, parece que no hay espacio de protección legal para negociar transacciones que involucren la compra, el intercambio o la venta de criptomonedas.

Sin embargo, recientemente han aparecido nuevos signos de apertura, cuando el Presidente de la República de China ha declarado expresamente que quiere implementar *la* tecnología *blockchain* dentro de la infraestructura del gobierno[41]. Además, también habló de la próxima introducción de una criptomoneda estatal, cuya gestión se confiaría de manera centralizada al Banco Popular de China[42]. Por lo tanto, parece razonable decir que el panorama legal privado está destinado a cambiar.

Además, debe recordarse que la posesión e intercambio de monedas cifradas entre particulares no constituye en sí mismo un acto ilegal; en consecuencia, una persona que se compromete a comprar un bien o un servicio de criptomonedas

40 En informática y telecomunicaciones, un servidor *proxy* es un servidor (entendido como un sistema informático o aplicación) que actúa como intermediario ante solicitudes de clientes que buscan recursos en otros servidores, desacoplando el acceso web desde el navegador. Un cliente se conecta al servidor *proxy*, solicitando algún servicio *(por ejemplo, un archivo, una página web o cualquier otro recurso disponible en otro servidor),* y este último evalúa y ejecuta la solicitud para simplificar y gestionar su complejidad. Los servidores *proxy* se inventaron para agregar estructura y encapsulación de los sistemas distributivos. Para más detalles, *vid.* Hapiro, M.: *Structure and Encapsulation in Distributed Systems: the Proxy Principle,* Cambridge, 1986, *passim*; Gordon, L.: *Nmap network scanning,* Palo Alto, 2008, pp. 270 ss.

41 *Cfr.* Stimolo, S.: "Cina: la strategia blockchain e le risposte dal mondo crypto", en www.cryptonomist.ch, 23 de noviembre de 2019.

42 *Cfr.* Hu, L.: "Perché la Cina investe su criptovalute e blockchain di stato", en www.wired.it, 2 de noviembre de 2019.

debe pagar, de acuerdo con la ley china, según lo acordado [43]. La compra y venta de este activo legal, definido como un activo fungible y como materia prima, estará, por lo tanto, sujeto al marco regulatorio estatutario común del sector.

Dese esta perspectiva, debe tenerse en cuenta que, tanto la ley sobre los principios generales del derecho civil, como la relativa al derecho contractual, están fuertemente inspiradas por las contribuciones doctrinales alemanas[44]. El sistema legal en cuestión conoce, tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, así como la regulación de la responsabilidad precontractual como *tertium genus*. Esta última, de conformidad con el art. 42 de la ley contractual china, tendrá lugar cuando la parte perjudicada haya negociado de manera no seria, cuando haya omitido hechos relevantes o haya dado información inexacta o, por último, cuando haya violado las obligaciones generales de buena fe. En cualquier caso, cualquier forma de responsabilidad está vinculada a la existencia de los elementos constitutivos de misma: el dolo o la culpa, el daño real y el nexo de causalidad entre la conducta y el daño[45]. El recurso general previsto, en materia contractual, es el de la acción de incumplimiento, que se sustancia en una indemnización por daños y perjuicios por equivalente[46]. La compensación en forma específica o acción por enriquecimiento injustificado solo se permite en condiciones particulares. El recurso general contra el incumplimiento también es aplicable al contrato de compra y venta, regido por los artículos 130 y ss. de la ley general de contratos.

Parece que este debería ser el esquema típico aplicable a la compra de criptomonedas. Sin embargo, se está discutiendo si hay espacio para aplicar la legislación de protección del consumidor[47]. El problema deriva de la vaga definición de consumidor, que no tiene parangón con otras experiencias jurídicas. El art. 2 de la ley del consumidor lo define como un individuo que compra o usa un bien

43 *Cfr.* Blacklock J., Lei, S.: "Blockchain laws and regulations, China", en www.globallegalinsight.com, 23 de octubre de 2019.

44 Esta circunstancia parece unir a muchos países del Lejano Oriente. La Ley sobre principios generales del derecho civil se promulgó el 12 de abril de 1986 y entró en vigor el 1 de enero de 1987. Se puede consultar (en inglés) en la siguiente dirección: https://scholarship.law.duke.edu . La ley general de contratos se promulgó y entró en vigor el 15 de marzo de 1999 y puede consultarse (en inglés) en el siguiente enlace: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn137en.pdf. Para obtener más información sobre el vínculo entre la cultura jurídica alemana y oriental, *vid.* Shiyuan, H.: "Culpa in contrahendo in Chinese Contract Law", *Tsinghua Law Rev.*, 2014, 6, pp. 157 ss.; Xiaoyang, L.: "The Legal Status of Pre-Contractual Liability: Contrasting Responses from German and English Law", *National Taiwan University Law Rev.* 2017, 1, pp. 127 ss.

45 Para más detalles sobre la disciplina contractual, se puede consultar Zhang, M.: *Chinese Contract Law: Theory and Practice*, Leiden, 2006, pp. 67 ss.

46 *Cfr.* arts. 111 y ss. de la Ley contractual china.

47 La Ley sobre la protección de los derechos e intereses del consumidor se promulgó el 31 de octubre de 1993 y entró en vigor el 1 de enero de 1994. Se puede consultar, en inglés, en el siguiente enlace: https://www.wipo.int.

o servicio en el contexto de las necesidades diarias[48]. Se ha observado que, en el texto original, no se menciona el término "persona", por lo que es dudoso que la legislación pueda aplicarse solo a personas físicas o también a jurídicas[49]. El criterio para activar la protección especial se confía a una forma objetiva de actuación, que debe referirse a las relaciones de la vida cotidiana. Desde esta perspectiva, es difícil determinar si la compra o el intercambio de criptomonedas podrían ser parte de los intercambios de la existencia de una relación. Es claro que la resolución de estos problemas impone perspectivas subjetivistas, donde las respuestas podrían cambiar según el tipo de consumidor considerado[50]. Si se la contempla como una implementación positiva, se imponen obligaciones específicas a los operadores comerciales, tanto de información, como de trasparencia[51].

La peculiaridad inherente a esta disciplina radica en el hecho de que, en esta hipótesis principal, el vendedor que viole la ley puede ser condenado, de conformidad con el art. 49, a los llamados "daños punitivos", que pueden llegar a duplicar el precio pagado por el bien o servicio y, en cualquier caso, nunca pueden ser inferiores a la suma de 500 *yuanes*[52]. Si la negociación se lleva a cabo en línea (como es en la mayoría de los casos), también se aplicará la ley de comercio electrónico[53]. Aquellos que deseen realizar actividades de intercambio en *línea* deben registrarse en el registro correspondiente y, además, deben proporcionar indicaciones específicas a los clientes sobre las condiciones generales del contrato y el uso de la plataforma digital[54]. El contrato se considera concluido, de conformidad con el art. 49, cuando el usuario ha realizado su pedido de compra o venta y la plataforma digital lo recibe correctamente. Además de la responsabilidad civil ordinaria por incumplimiento (a que se refiere el artículo 74), también existen multas administrativas impuestas por la autoridad reguladora administrativa competente (artículos 75 y siguientes).

48 *Cfr.* arte. 2 de la citada Ley: "Los derechos e intereses de los consumidores en la compra y uso de productos básicos o la recepción de servicios para el consumo diario estarán bajo la protección de la presente Ley, o bajo la protección de otras leyes y reglamentos pertinentes en ausencia de previsiones en esta Ley".

49 *Cfr.* Thomas, K.: "Analysing the Notion of 'Consumer' in China's Consumer Protection Law", *The Chinese Journal of Comparative Law,* 2018, vol. 6, no. 2, pp. 294 ss.

50 Por esta razón, la doctrina estadounidense exige una modificación de esta legislación, también de la circunstancia de que se aplica a cada consumidor que resida en la nación china. Es evidente la distancia con las normas comunitarias, que sujetan al régimen legal del consumidor a todas aquellas prestaciones que se realizan o se solicitan fuera de la propia esfera profesional. *Cfr.* Corte Giust . , 25 de enero de 2018, asunto C-498/16, Maximilian Schrems vs. Facebook Irlanda , en www.dirittoegiustizia.it.

51 *Cfr.* arts. 16 y ss. de la Ley sobre la protección de los derechos e intereses del consumidor.

52 *Cfr.* art. 49 de la Ley citada: "Los operadores comerciales que participan en actividades fraudulentas en el suministro de productos o servicios deberán, a petición de los consumidores, aumentar las compensaciones por las pérdidas de las víctimas; el monto aumentado de las compensaciones será dos veces el costo que los consumidores pagaron por los productos comprados o los servicios recibidos". Al tipo de cambio actual, 500 *yuanes* corresponden a unos 63,97 euros.

53 Adoptada el 31 de agosto de 2018, entró en vigor el 1 de enero de 2019. Se puede consultar, en inglés, en la siguiente dirección: https://www.izvoznookno.si

54 *Cfr.* arts. 10 y 17 de la Ley citada.

III. LA EXPERIENCIA JAPONESA Y LA CALIFICACIÓN LEGAL COMO UN ACTIVO SUSCEPTIBLE DE PROPIEDAD. LA INVERSIÓN DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL Y LA POSIBLE APLICACIÓN DE LOS CÁNONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

En el Lejano Oriente, Japón también tiene una copiosa y detallada legislación sobre criptomonedas, hasta el punto de que puede considerarse uno de los países más desarrollados[55].

El *punctum dolens* relacionado con la falta de seguridad y fiabilidad de los sistemas informáticos que gestionan las criptomonedas surgió en toda su importancia durante el año 2014, cuando una empresa conocida declaró que había sufrido el robo (a través de un ataque cibernético) de aproximadamente 750,000 *bitcoins*, perteneciente a sus clientes[56].

Este episodio criminal estimuló de inmediato la intervención de las autoridades legislativas y administrativas competentes. Hasta la fecha, la disciplina de la materia está incluida en la ley sobre servicios de pago (núm. 59 del 24 de junio de 2009, objeto de numerosas reformas entre 2016 y 2019)[57] y en la ley de instrumentos financieros (núm. 25 de 1948, también sujeta a numerosos cambios)[58].

Según la formulación normativa más reciente[59], las criptomonedas se definen como activos (*assets*) susceptibles de propiedad. De hecho, es una definición muy genérica, teniendo en cuenta que cualquier partida presupuestaria activa puede incluirse en la vaga palabra inglesa. Más precisamente, es una entidad (en este caso intangible) susceptible de valoración económica. Los activos también se caracterizan por su rápida traducción en instrumentos financieros derivados y por la posibilidad de invertir en ellos con un rendimiento razonable del capital[60].

55 A través de las reformas más recientes, la tierra japonesa se ha fijado el objetivo de constituir un punto de referencia para otras experiencias jurídicas que deseen regular el complejo fenómeno jurídico, asumiendo, así, una posición de liderazgo en el tratamiento del asunto durante el reciente G-20. Para profundizar sobre la cuestión, *vid.* Oki, H.: "Japan Hopes to Set Global Crypto Law Benchmark With Latest Regulatory Update", en www.cointelegraph.com, 5 de junio de 2019.

56 Esta era la empresa Mt. Gox, con domicilio social en Tokio. El ataque fue posible gracias a un fallo en el sistema informático en el momento en que se realizó la transacción en *bitcoins*. *Vid.* al respecto Morris, D.M.: "Mt. Gox shuts down: Leaked document states 744,408 bitcoin lost", en www.fortune.com, 25 de febrero de 2014.

57 El texto (en inglés) de la Ley: http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law.

58 La legislación (en inglés): https://www.fsa.go.jp/common/law/fie01.pdf.

59 Ambas leyes fueron enmendadas por Ley aprobada por el Parlamento el 31 de mayo de 2019, destinada a entrar en vigor el 1 de abril de 2020.
Los cambios realizados pueden consultarse (en japonés) en la siguiente dirección de la Autoridad japonesa para instrumentos financieros: https://www.fsa.go.jp/common/diet/index.html.

60 A este respecto *vid.* O'Sullivan, A.: *Economics: Principles in Action,* Nueva Jersey, 2003, pp. 272 ss.

Esta locución reemplaza a la anteriormente contenida en la misma legislación, que hablaba de verdaderas y propias "monedas virtuales"[61]. Según lo especificado por una comunicación gubernamental posterior[62], el cambio en la calificación fue necesario debido a la necesidad de evitar posibles malentendidos. De hecho, según la autoridad administrativa y gubernamental japonesa, las criptomonedas no pueden considerarse moneda de curso legal[63]. Además, el término cripto-activos (*crypto-assets)* se utiliza principalmente en contextos internacionales. Por lo tanto, se puede concluir que, a la luz de la ley japonesa, las criptomonedas de hoy constituyen valores patentados, inscritos en un medio electrónico, a través del cual se puede realizar la compra de bienes o servicios o la transferencia de valor a un número indefinido de sujetos.

La fenomenología parece revolucionaria cuando se considera un fallo reciente de un tribunal de instancia[64], según el cual la criptomoneda ni siquiera constituye un bien legal en sentido estricto. La decisión analiza el *quaestio iuris* sobre la base de las disposiciones de los artículos. 85 y 206 del Código Civil japonés[65]. Este último regula el derecho de propiedad como un derecho real sobre una cosa, que se traduce en la facultad para usarla libremente, obtener ganancias y disponer de ella, en la manera y dentro de los límites establecidos por la ley. No puede concebirse en abstracto un derecho real al que falte su correlato material, es decir, la cosa, lo que es el principal problema planteado por las criptomonedas, según los jueces de instancia, que dan una interpretación particularmente restrictiva al art. 85, que establece lapidariamente que por "bien" debe entenderse una cosa tangible. Esta peculiaridad se refiere a la perceptibilidad del objeto a través de los sentidos humanos y a la posibilidad de que ocupe un espacio material bien definido. Estas características, típicas de los activos, no pueden ser reconocidas por la criptomoneda, que no ocupa ningún espacio y que se reduce a la transmisión

61 *Cfr.* art. 2, núm. 5, de la Ley núm. 59/2009.

62 Más precisamente, esta es la conferencia de prensa emitida por el Ministro de Economía Taro Aso el 26 de marzo de 2019, cuya transcripción está disponible (en japonés) en la siguiente dirección: https://www.fsa.go.jp/ común / conferencia /ministro.

63 A pesar del hecho de que la misma autoridad había considerado, en el pasado, introducir las criptomonedas como monedas de curso legal real. La propuesta fue adelantada en 2016 por el ala más progresista del Parlamento, pero no fue aprobada. Más detalles en Smart, R.: "Japan considers making bitcoin a legal currency", *The Guardian,* 25 de febrero de 2016.

64 Tribunal de Distrito de Tokio, 5 de agosto de 2015. El falo, traducida al inglés, está disponible en la siguiente dirección: https://www.law.ox.ac.uk. El caso se refería a la situación de un particular. que solicitaba la devolución de lo invertido en *bitcoins* en la empresa Mt. Gox, después de su quiebra.

65 Ley núm. 89 de 1896, disponible en inglés en la siguiente dirección: http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law. La norma representa el fruto de la transición de un estado típicamente feudal (como lo era esta nación antes de la restauración Meiji de 1868) a un estado liberal moderno. En ausencia de precedentes legales en el asunto, está modelado e inspirado en el borrador del Código Civil alemán, entonces en desarrollo. Por esta razón, todavía tiene elementos claros de derivación románica. Además, el mismo texto también presenta ciertas normas de inspiración francesa y suiza. Si bien el Derecho privado de la nación japonesa es, por lo tanto, similar al *civil law* continental, el Derecho público y constitucional tiene influencias significativas del *common law* norteamericano, especialmente, después de la ocupación militar después de la rendición al final de la Segunda Guerra Mundial. *Vid.* al respecto Barberán, F., Osle, R.D.: *Código civil japonés: Estudio preliminar, traducción y notas,* Madrid, 2006; Barberán, F.: *Introducción al Derecho japonés actual,* Madrid, 2013.

de valores numéricos a través del sistema *blockchain*. Es cierto que la ley japonesa ocasionalmente reconoce ciertas entidades intangibles como activos (y este es el caso, por ejemplo, de los derechos de crédito y propiedad intelectual), pero estas excepciones deben ser y están expresamente previstas en este sistema, por disposiciones legales específicas. *Ergo*, los jueces de mérito no están autorizados a extender las reglas existentes más allá de su campo de aplicación, hasta el punto de dar una interpretación *contra legem*. De esta breve motivación se deriva la consecuencia de que el particular no puede ser considerado el propietario de un derecho de propiedad sobre una cosa inexistente, por lo que la acción ejercitada no puede ser acogida por el tribunal[66]. Aun cuando la criptomoneda se haya depositado en una institución de crédito u otra compañía, este contrato de depósito debe considerarse nulo, debido a la falta del objeto. En consecuencia, no puede surgir responsabilidad por incumplimiento para la empresa demandada, incluso cuando no cumple con la obligación de restituir.

A la luz de este fallo, emerge con plasticidad la innovación de la definición legislativa, que, aunque de manera vaga, pretender dar valor legal a una entidad tan abstracta. Siguiendo las nuevas definiciones, según las cuales la criptomoneda es un *activo* susceptible de propiedad, no hay duda, ni siquiera en este sistema, sobre su pertenencia a la categoría de los bienes jurídicos. Por esta razón, no solo no se podrá ya sostener la invalidez del contrato por falta del objeto, sino que tampoco podrá excluirse la aplicación del instituto de responsabilidad civil.

Esto es completamente evidente, si se considera, en el caso concreto examinado, la grave culpa de la empresa demandada, que, estando obligada al depósito, perdió negligentemente sus valores tras un ataque informático hecho posible por un defecto. del sistema[67]. Además, y eso es muy relevante, debe enfatizarse que, a la luz del art. 2, núm. 5, de la ley sobre servicios de pago, la criptomoneda se puede utilizar para comprar bienes o servicios y transferirla a terceros. Por esta razón, se puede concluir que en este sistema legal asume el valor de ser un medio real de pago, incluso si no es comparable a la moneda de curso legal. En esencia, el acreedor del servicio será libre de rechazarlo, siempre que no se haya obligado previamente a aceptarla. Obviamente porque, en la

66 La diferencia de enfoque en comparación con la dogmática civil italiana es bastante evidente, donde se considera que, según el art. 810 CC, son bienes las cosas que pueden ser objeto de derechos. De ello se deduce, en primer lugar, que la noción jurídica del bien no coincide con la natural de cosa, sino que se acerca más a la económica. Las cosas que pueden constituir el objeto de derechos son aquellas que son susceptibles de apropiación, es decir, que pueden formar parte del patrimonio individual o colectivo y se comercialicen a través de intercambios que la ley regula. *Cfr.* al respecto Gazzoni, F.: *Manuale di diritto civile,* Napoli, 2015, pp. 197 ss.; Pugliatti, S.: *Beni mobili ed immobili,* Milano, 1967, *passim*; Gambaro, A.: *La proprietà. Beni, proprietà, possesso,* Milano, 2017, pp. 25 ss.; Scozzafava, O.T.: *Dei beni. Articoli 810-821,* Milano, 1999, *passim;* Perlingieri P.: *Introduzione alla problematica della proprietà,* Napoli, 2011, *passim*; Rodotà, S.: *Il terribile diritto - Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013; Monateri, P.G.: *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008.

67 En el Derecho civil italiano, la sociedad sería responsable *ex recepto,* al menos de acuerdo con el art. 1768 CC en materia de depósito.

práctica, las criptomonedas se usan en sistemas cerrados y a través de plataformas especializadas en su intercambio. Esta afirmación legal resulta perturbadora, especialmente cuando, por otro lado, consideramos la actitud rígida de cierre adoptada por las instituciones de la Unión Europea. La calificación como medio de pago implica el aumento de la competencia de la autoridad japonesa sobre los instrumentos financieros[68], asegurando así un mayor control sobre las transacciones y actividades realizadas, garantizando una mayor certeza en el comercio y, en general, en las transacciones legales.

Por lo tanto, la disciplina legislativa japonesa se caracteriza por ser más liberal que la regulación análoga china, ya que no hay prohibiciones sobre depósitos o uso con bancos u otras empresas profesionales. En relación con estos últimos, se exige que se inscriban en un registro especial mantenido por la Autoridad Japonesa para instrumentos financieros, y que observen reglas precisas de conducta. Primero, deberán administrar y mantener sus activos por separado de los ahorros virtuales de sus clientes. En un momento posterior, deberán establecer un fondo de garantía real con un monto igual al valor de las criptomonedas en nombre de los clientes. De esta forma, tendrán acceso a una indemnización específica en caso de robo o pérdida de valores. Un requisito previo fundamental para la legalidad de la actividad realizada es que estas empresas cumplan con las normas contra el lavado de dinero, implementando técnicas que permitan la identificación específica del cliente (lo que se denomina *know your customer*)[69]. Además, la Autoridad Administrativa siempre puede solicitar la presentación de documentos, así como ordenar inspecciones en las oficinas y oficinas de las empresas sujetas a su control. La Autoridad Garante también puede inhibir o suspender el ejercicio de la actividad de ciertas compañías que no se consideren dignas de confianza desde un punto de vista legal y tecnológico. Del mismo modo, no existe ninguna prohibición con respecto a la creación de valores derivados y *futuros*, aunque la Asociación Japonesa de Comerciantes de Criptomonedas prevé la posibilidad de que en el futuro puede limitar el margen de beneficio máximo derivado de estos

68 La agencia de servicios financieros, también conocida como *Kin'yu-cho* o FSA (acrónimo de *Financial Services Agency*) es una autoridad gubernamental responsable de regular y controlar el sector bancario, financiero y de seguros, con el fin de garantizar la estabilidad del sistema económico japonés. La Agencia opera a través de sus comisionados e informa directamente al Ministro de Servicios Financieros. *Vid.* sobre este punto Anada, M., Tokuga, Y.: *Accounting Regulation in Japan: Evolution and Development from 2001 to 2015,* Cambridge, 2019, *passim*.

69 La expresión *conoce a tu cliente* (en inglés *know your customer*, a menudo, abreviada como KYC) es un proceso de reconocimiento utilizado por las empresas para verificar la identidad de sus clientes y evaluar los riesgos potenciales o las intenciones ilegales en el relación con ellos Los procesos de reconocimiento de clientes se refieren a empresas de tipos y tamaños heterogéneos, con el objetivo de garantizar el cumplimiento de las normas contra la corrupción de agentes, consultores y distribuidores. En nuestro país, el Banco de Italia, que ejerce el poder regulador también en el sector financiero, promulgó en 2007 los requisitos y reglas que las instituciones financieros deben seguir para cumplir con los requisitos del KYC. Para más información *vid.* Hodgson, D.: "*Know your customer*: marketing, governmentality and the *new consumer* of financial services", *Management decision,* 2002, vol. 40, núm. 4, pp. 318 ss.; Mulligan, D.: "Know Your Customer Regulations and the International Banking System: Towards a General Self-Regulatory Regime", *Fordham International Law Journal,* 1999, vol. 22, pp. 2324 ss. En Italia, *vid*. también Krogh, M., Licini, C.: *La normativa antiriciclaggio e antiterrorismo per i professionisti, Milano, 2010, passim.*

valores, que no podría ser mayor. a cuatro veces el precio original[70]. Por último, se prevén ilícitos administrativos específicos para quienes difundan información falsa, realicen ventas o compras falsas, concluyan acuerdos colusorios con terceros de mala fe, manipulen el mercado[71].

Es posible resaltar, en resumen, cómo la disciplina japonesa es particularmente avanzada y completa, tanto desde el punto de vista de las conductas prohibidas, como de que deben ser llevadas a cabo de manera preventiva por las empresas. Como consecuencia de la definición reguladora del fenómeno de las criptomonedas y la liberalización de las actividades relacionadas con ellas, el sistema legal examinado es también el principal punto de referencia para otras experiencias extranjeras.

IV. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS EE.UU. CLASIFICAN LA CRIPTOMONEDA COMO SECURITY. EL PAPEL CENTRAL DE LA PRUEBA DE HOWEY.

En los Estados Unidos, la criptomoneda ha interesado, tanto al Gobierno Federal como a los singulares Estados.

El Gobierno Federal ha favorecido una acción regulatoria de tipo administrativo, delegándola en las llamadas agencias independientes y organismos administrativos superiores: la Comisión de Bolsa y Valores (SEC), la Comisión Federal de Comercio (FEC), la Comisión de Comercio de Productos Básicos y Futuros (CFTC), el Departamento del Tesoro y, más recientemente, la Red de Ejecución de Delitos Financieros (FinCEN)[72].

A pesar de los esfuerzos realizados por estos organismos, los actos formales de normativización han sido una *rara avis*. Aunque, por lo general, se reconoce la importancia del nuevo fenómeno y su importancia en orden a la creación de nuevas infraestructuras, algunos han puesto de relieve los posibles riesgos

70 La asociación, esencialmente un organismo autónomo voluntario, completó recientemente un procedimiento de consulta pública, tras el cual se elaboró un primer borrador de directrices. Para obtener más información, consulte la siguiente dirección (en japonés): https://jvcea.or.jp/public_comment/#04.

71 *Cfr.* arts. 38 y ss. de la Ley núm. 25/1948.

72 La Comisión de Bolsa y Valores (SEC) es la agencia federal estadounidense responsable de la supervisión de la bolsa de valores. La Comisión Federal de Comercio, sin embargo, es una agencia gubernativa constituida en 1914 como resultado de la *Federal Trade Commission Act.* Su tarea principal es promover la protección del consumidor y la eliminación y prevención de prácticas comerciales anticompetitivas, como el monopolio coercitivo. La Comisión de Comercio de Productos Básicos y Futuros (CTFC) es una agencia independiente creada en 1974 para regular el comercio de futuros, *swaps* y ciertos contratos de opciones en el mercado. El Departamento del Tesoro de los Estados Unidos es el dicasterio del gobierno federal de los Estados Unidos que se ocupa de la gestión de la deuda pública. Por último, la Red para la Aplicación de Delitos Financieros (FinCEN) es una oficina del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos que recopila y analiza información sobre transacciones financieras para combatir el lavado de dinero nacional e internacional, la financiación de terrorismo y otros delitos financieros. Para profundizar sobre la materia *vid.* Breger, J.M., Edles J.G.: *Independent Agencies in the United States: Law, Structure, and Politics*, Oxford, 2015, pp. 6 ss.

planteados por el *exceso de regulación*. Por lo tanto, los esfuerzos realizados se han dirigido a evitar la fuga de inversiones a países extranjeros[73].

El análisis del Derecho norteamericano es de considerable relevancia, pues ciertamente ejerce una influencia significativa en todas las leyes de los llamados países de economía avanzada. Además, es sabido que un número significativo de transacciones financieras internacionales tienen lugar en este mercado territorial, donde las leyes al respecto son particularmente rigurosas. Por lo tanto, es esencial, también para el operador italiano, no violar estas disposiciones con el fin de un desarrollo ordenado de su tráfico. En este sector, los resultados alcanzados por las principales instituciones estadounidenses constituyen un punto de referencia también para el intérprete nacional y europeo[74].

La identificación correcta de la naturaleza jurídica de la moneda cifrada en el peculiar sistema *Common law* es un presagio de consecuencias cruciales, como lo son la aplicabilidad de la acción colectiva de los inversores, la gestión de la información asimétrica entre el oferente y el adquirente, la necesidad de inscripción en registros especiales.

Conviene examinar, en primera instancia, el enfoque seguido por las principales autoridades administrativas.

Un primer elemento fundamental deriva de la disciplina fiscal. El Servicio de Impuestos Internos, agencia gubernamental responsable de recaudar impuestos[75], se ha dado a conocer con su propia comunicación de que los *bitcoins* y criptomonedas a ellos asimilables serán valorados del mismo modo que las propiedades, y no como las monedas legales[76]. Dado que se aplican los principios generales del impuesto a la propiedad, cada contribuyente debe mantener un registro detallado de las compras y de la ventas en criptomonedas, pagar impuestos

73 Por el contrario, lo Estados Federados han desarrollado una copiosa legislación sobre el tema que generalmente tienen dos enfoques diferentes. Una primera categoría de Estados ha mostrado actitudes abiertas hacia el nuevo fenómeno jurídico: en particular, han eximido a la criptomoneda del cumplimiento de las leyes relativas a la transferencia de dinero y valores. De esta manera se espera una atracción de inversiones extranjeras y una mejora de los servicios públicos. Un ejemplo es el estado de *Wyoming*, que eximió a estos activos de los impuestos sobre la propiedad. Otro estado, Colorado, ha promovido el uso de *blockchain* dentro de las administraciones públicas, con el objetivo de mantener un registro público riguroso. Por último, en noviembre de 2018, *Ohio* se convirtió en el primer Estado en aceptar pagos en *bitcoins* en los propios impuestos. Por el contrario, una segunda categoría se ha mostrado cautelosa con la nueva tecnología. A este grupo pertenece, a modo de ejemplo, el Estado de *Nueva York*, que ha adoptado una legislación particularmente restrictiva relacionada con el ejercicio de la actividad en el mercado, que produce la salida de muchos inversores de la misma.

74 *Cfr.* Giudici, P.: "ICO e diritto dei mercati finanziari: la prima sentenza americana", *Le Società,* 2019, 1, pp. 61 y ss.

75 Este es el equivalente de la italiana "Agenzia delle Entrate".

76 Nota núm. 21 de 2014, disponible en la siguiente dirección: https://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-21.pdf. Se lee textualmente: "Para fines de impuestos federales, la moneda virtual se trata como la propiedad. Los principios generales de imposición a las transacciones de propiedades se aplican a las transacciones virtuales que utilizan la moneda".

sobre las ganancias obtenidas en la venta de criptomonedas a cambio de moneda de curso legal, pagar los impuestos sobre las ganancias obtenidas al comprar bienes o servicios a través de criptomonedas, así como pagar los impuestos por el valor neto de mercado de la criptomoneda en el momento de la declaración. En particular, en la comunicación administrativa, este activo se considera como un capital fijo, cuyo valor neto en dólares estadounidenses constituye la base imponible del impuesto. De estas consideraciones resulta la evidencia de cómo la Autoridad Estadounidense sigue un enfoque completamente análogo al adoptado por las Autoridades japonesas correspondientes, que consideran la criptomoneda como un activo propietario, aunque inmaterial e intangible.

Un segundo elemento clarificador lo constituyen las opiniones expresadas por la FinCEN sobre la aplicación de Ley de Secreto de la Banca (BSA)[77] a las transacciones de moneda criptográfica[78]. Esta última, aunque no equivale a la moneda de curso legal, está sujeta la misma disciplina por cuanto concierne a las obligaciones que deben cumplirse para evitar el lamentable fenómeno del lavado de dinero. El nudo gordiano de la cuestión se refiere a la posibilidad de que un sujeto que opera en el mercado a través de *bitcoins* (o "monedas" similares) pueda considerarse un *transmisor de dinero*, que es un sujeto que lleva a cabo un *negocio de servicio de dinero,* que se traduce en la actividad de transferencia de dinero. Solo esta última calificación exige a esta persona física o jurídica cumplir con las obligaciones establecidas por la ley. La autoridad administrativa ha tenido la oportunidad de aclarar que la persona que intercambia la moneda criptográfica con otro tipo de moneda criptográfica o con moneda de curso legal asume objetivamente esta calificación. Desde este punto de vista, de hecho, el riesgo de lavado de dinero es bastante evidente, dado que grandes sumas de dinero se pueden anonimizar y "limpiar" a través de la institución de la criptomoneda y luego volver a ponerlas en el mercado (la denominada integración)[79]. Por el contrario, no pueden considerarse *transmisores de dinero* usuarios privados que

77 La Ley sobre el secreto bancario de 1970, también conocida como Ley de comunicación de las transacciones en efectivo y extranjeras impone a los intermediarios financieros y bancarios intermediarios cooperar con las autoridades gubernamentales con el fin de identificar y prevenir el lavado de dinero. Por esta razón, deben informar de inmediato de cualquier transacción sospechosa por un valor de más de diez mil dólares, así como mantener registros detallados de cada transacción realizada en instrumentos negociables en el mercado financiero. *Vid.* al respecto Meltzer, P.E., "Keeping the Drug Money to Reach the Wash Cycle: A Guide to Bank Secret Act"*, Banking Law Journal,* 1991, vol. 108, núm. 3, pp. 230 ss.

78 *Cfr.* FIN-2013-G001, *Aplicación de las Regulaciones de FinCEN a las personas que administran, intercambian o usan monedas virtuales,* en www.fincen.gov.

79 Contemplado el lavado de dinero como un proceso financiero, se pueden identificar en él tres etapas. Un primer momento coincide con la colocación del dinero sucio (*placement*) y se caracteriza por la introducción en el mercado legal de los ingresos ilícitos después de separarlos de la fuente de origen. La segunda fase es la disimulación (*layering*), marcada por repetidas operaciones de transferencia, destinadas a hacer perder el rastro documental del dinero. Finalmente, la tercera fase, de integración, tiene como objetivo atribuir legitimidad a los ingresos ilícitos y hacer que regresen al mercado legal como ganancias ordinarias. Al respecto, *vid.* Garofoli, R.: *Manuale di Diritto penale: parte speciale,* III, Roma, 2017, pp. 317 ss.; Castaldo, A., Naddeo, R.: *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio,* Padova, 2010, pp. 132 ss.

utilizan criptomonedas con el fin de comprar bienes o servicios. Del mismo modo, los llamados *mineros*, que encuentran los datos algorítmicos dentro del bloque *hash* y los usan para fines personales , no constituyen *transmisores de dinero*[80].

Además, la Comisión de Seguridad e Intercambio se vio obligada a decidir sobre la naturaleza financiera atribuible a las criptomonedas, es decir, sobre si pueden considerarse una *security* sujeta a su propia competencia reguladora. De hecho, la Autoridad Administrativa ha adoptado una actitud prudente destinada a distinguir caso por caso, de acuerdo con el tipo de criptomoneda sujeta a su examen[81]. En esencia, se ha declarado que la compra o venta de criptomonedas entra en el *género* de los contratos de inversión solo cuando concurren ciertos requisitos. El enfoque de los Estados Unidos se basa principalmente en la estructura sustancial del contrato, más que en su aspecto formal. En primera instancia, de acuerdo con la Ley de Seguridad de 1933, no solo la acción, la obligación u otros valores derivados, sino también cualquier otro "contrato de inversión" constituyen un producto financiero (denominado *seguridad*)[82]. La expectativa racional de la parte que enajena la suma es recibir un beneficio de la actividad gracias al trabajo de otros y, por lo tanto, en presencia de tales elementos (transferencia de una suma y recepción de un beneficio periódico obtenido de la actividad), se puede decir que perfeccionó una inversión en un sentido técnico-legal. Desde este punto de vista, los llamados ICO u ofertas iniciales de monedas constituyen un contrato de inversión.

80 *Cfr.* FIN-2014-R001, *Aplicación de las regulaciones de FinCEN a las operaciones de minería de moneda virtual,* en www.fincen.gov. Por el contrario, aquellos que no utilizan esta institución para fines individuales, sino que ejercen una actividad profesional de intercambio y aceptación de criptomonedas, están sujetos a obligaciones legales.

81 Cabe destacar que, a pesar del hecho de que la mayoría de las criptomonedas se asimilen entre sí y se agrupan en una sola categoría genérica, tienen características sustantivas completamente heterogéneas. A modo de ejemplo, mientras que el *bitcoin* es un sistema creado dentro de la *blockchain* para actuar como un medio de pago, el sistema *Ripple* se caracteriza por poner en contacto a intermediarios bancarios y financieros de todo el mundo para permitir intercambios en diferentes monedas en un tiempo inmediato y sin gastos debido a la conversión al tipo de cambio. *Ethereum,* por otro lado, no actúa como un medio de pago en sí mismo, sino como una plataforma operativa para la ejecución de contratos algorítmicos (los llamados contratos inteligentes). Para más información, *vid.* Osterreider, J., Lorenz, J., Strika, M.: "Bitcoin and Cryptocurrencies-Not for the Faint-Hearted", 1 de octubre de 2016, disponible en la siguiente dirección: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id= 2867671; Norman, A.T.: *Blockchain Technology Explained: The Ultimate Beginners Guide About Blockchain Wallet, Mining, Bitcoin, Ethereum, Litecoin, Zcash, Monero, Ripple, Dash, IOTA And Smart Contracts,* Scotts Valley, 2017, *passim.*

82 Este contrato (de inversión) tiene lugar cada vez que hay una persona que transfiere una suma de dinero (o, en este caso, una criptomoneda) a terceros, confiando en el trabajo de otros. *Cfr.* Sección 2, a), 1: "El término *security* significa cualquier pagaré, acciones, acciones propias, futuros de seguridad, permutas basadas en valores, bonos, obligaciones, evidencia de endeudamiento, certificado de interés o participación en cualquier ganancia, acuerdo de reparto, certificado de fideicomiso colateral, certificado o suscripción de preorganización, acción transferible, contrato de inversión, certificado de fideicomiso de voto, certificado de depósito para una garantía, interés fraccionado indiviso en petróleo, gas u otros derechos minerales, cualquier opción de venta, compra o venta, opción o privilegio sobre cualquier valor, certificado de depósito, o grupo o índice de valores (incluido cualquier interés en el mismo o basado en el valor de los mismos), o cualquier opción de venta, compra, venta, opción o privilegio suscrito en valores nacionales intercambio relacionado con moneda extranjera, o, en general, cualquier interés o instrumento comúnmente conocido como *security,* o cualquier certificado de interés o participación, certificado temporal o provisional para, recibo, garantía o garantía o derecho a suscribirse o comprar cualquiera de los anteriores".

El término recalca lo que es común en el contexto financiero de la oferta pública inicial[83], y se refiere a una forma de financiación utilizada por las empresas de nueva creación *(start-up)* o por entidades que tienen la intención de llevar a cabo un proyecto específico. Publican un documento técnico en CD, que contiene la información fundamental sobre las actividades que tienen la intención de llevar a cabo, con el fin de atraer inversiones de financiadores privados[84]. Los inversores pagan una suma de dinero a cambio de unidades de criptomonedas específicas, que no solo atribuyen el derecho a recibir una ganancia anual o periódica, sino que en algunos casos también otorgan el derecho a expresar su opinión (por voto) sobre los activos que el proyecto recién nacido debe emprender. Está bastante claro que, en estos casos, estamos en el campo de los contratos de inversión según lo descrito por la legislación estadounidense competente. En particular, la superposición con la institución de la acción corporativa es evidente en algunos aspectos, considerando principalmente que los financiadores a menudo emiten un voto que tiene un peso y una relevancia directamente proporcionales al porcentaje de unidades de criptomonedas que poseen.

La Comisión de Seguridad e Intercambio (SEC) se vio obligada a pronunciarse sobre el caso relativo a *la DAO*, que fue particularmente conocido por su eco mediático. Denominada como "organización descentralizada y autónoma"[85], el hecho afectaba a un grupo de individuos interesados en recoger, a través de internet, inversión privada con el fin de experimentar con nuevas formas de organización descentralizada empresarial y encontrar nuevas soluciones a los problemas de negocio empresarial[86]. Con el fin de alcanzar estos objetivos, procedieron a emitir a unidades de criptomoneda (específicamente *fichas DAO*) a cambio de criptomonedas *Etereum,* convertibles en moneda de curso legal. En una etapa posterior, el sistema fue pirateado a través de un ataque cibernético, lo que provocó el robo de una gran cantidad de dinero.

Al analizar el asunto, la SEC se fijó el objetivo de calificar el supuesto de hecho para determinar si el mismo podía o no ser situado en el contexto de la actividad de colocación de instrumentos financieros y, en consecuencia, poder

83 Una oferta pública inicial o IPO es una oferta al público de los valores de una empresa que tiene la intención de cotizar por primera vez en un mercado regulado. Las ofertas públicas iniciales generalmente son promovidas por una empresa cuyo capital es propiedad de uno o más empresarios, o de un pequeño grupo de accionistas (por ejemplo, inversores institucionales o capitalistas de riesgo), que decide abrirse a un público más amplio de inversores al mismo tiempo que cotiza en la Bolsa de Valores. Para más información, *cfr.* Lombardo, S.: *Quotazione in borsa e stabilizzazione del prezzo delle azioni,* Milano, 2011, *passim.*

84 Los libros blancos son documentos que, en algún momento, recordaban el estilo de los trabajos científicos, pero que, cada vez más, se están convirtiendo en pequeños prospectos, ligeros y de menor precisión, por cuanto conciernen a las informaciones sobre el licitador. *Cfr.* Cohney, S., Hoffman D., Sklaroff, J., Wishnick, D.: *Coin-Operated Capitalism,* en *Columbia Law Rev., Columbia Law Rev.*, 2019, vol. 119, pp. 591 ss.

85 Organización Autónoma Descentralizada (de ahí el acrónimo usado en el texto).

86 Para más información, *vid.* la nota 3. *Cfr.* también Du Pont, P.: "Experiments in Algorithmic Governance: An ethnography of 'The DAO' a failed Decentralized Autonomous Organization", in AA.VV.: *Bitcoin and Beyond: The Challenges and Opportunities of Blockchains for Global Governance*, London, 2017, pp. 133 ss.

decir si eran aplicables las normas correspondientes[87]. Se refiere a los principios generales consagrados en un precedente jurisprudencial relevante[88], según el cual, para entender si un caso concreto puede definirse como un "contrato de inversión", es necesario referirse a la sustancia y no a la mera forma contractual, teniendo que ser considerado como un contrato de inversión cualquier uso de dinero en un empresa, con la expectativa razonable de ganancias derivadas de esfuerzos empresariales o de gestión de terceros. Ya en fallos más importante y más recientes, la Corte Suprema había aclarado que la aplicación de la ley sobre instrumentos financieros no se limitaba a lo obvio y común. Cualquier instrumento financiero, incluso, si es atípico o anómalo, entra dentro del ámbito de aplicación de la ley, si resulta que se coloca en el mercado como un contrato de inversión, bajo los mismos términos y condiciones[89]. Por otro lado, el propósito del legislador del Congreso es someter cualquier forma de cobro de ahorros a protección legislativa, independientemente de la forma real adoptada[90].

En el caso relacionado con *la DAO,* por lo tanto, la circunstancia por la cual la inversión no se realizó en dólares estadounidenses, sino en la criptomoneda *Ethereum*, no debe considerarse relevante, ya que este último tenía un valor determinado en el mercado[91]. Desde esta perspectiva objetiva, la inversión se había realizado con una expectativa de ganancias. Todos los materiales promocionales de *la DAO* mostraron que el objetivo había sido crear una entidad con un beneficio, que se suponía iba a financiar proyectos a cambio de un retorno de la inversión. La expectativa de retorno de la capitalización dependía de los esfuerzos de gestión de otros y, por lo tanto, la autoridad administrativa no dudó en considerar los *DAO tokens* como instrumentos financieros, con la consiguiente aplicación de la Ley de Seguridad, de la cual deriva la obligación para el organismo emisor de registrar las ofertas y las ventas del dispositivo (obligación no respetada por los organizadores de *la DAO,* que violación la Sección 5 de la regulación mencionada mencionada) y, en consecuencia, el "requisito de registro para las entidades que

87 *Cfr.* el informe de investigación núm. 81207 del 25 de julio de 2017, disponible en la siguiente dirección: https://www.sec.gov/litigation/investreport/34-81207.pdf.

88 SEC v. Howey Co., 328 US 293 (1946), disponible en https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/293/. De acuerdo con la llamada "prueba *Howey*", un instrumento jurídico específico se puede considerar un contrato de inversión y, por lo tanto, un producto financiero, cuando en él concurran tres requisitos fundamentales: que haya una inversión en efectivo, la existencia de una organización empresarial y una expectativa razonable de ganancias derivadas de la actividad empresarial o gerencial de otros sujetos. En el caso decidido por el Tribunal Supremo, la compra de una porción de tierra cultivada con árboles frutales se consideró un contrato de inversión. Estos árboles fueron gestionados por la empresa vendedora del fondo, que prometió al comprador el pago anual de parte de las ganancias obtenidas a través de la venta de cítricos. Por lo tanto, lo relevante es, utilizando la terminología civil continental, la causa concreta del contrato.

89 *Cfr.* SEC v s. C. M. Joiner Leasing Corp., 320 US 344 (1943), disponible en https://supreme.justia.com/case.

90 *Cfr.* Reves vs. Ernst Young, 494 US 56 (1990), disponible en : https://casetext.com/case/reves-v-ernst-young.

91 En el momento de redactar este documento, un *Ether* corresponde a aproximadamente 148,15 dólares estadounidenses, pero la tendencia de los precios está sujeta a fluctuaciones en virtud de los cambios en la oferta y la demanda.

ofrecen plataformas para el intercambio comercial de los mencionadas *tokens*, como *national securities exchange*'' [92].

En general, teniendo en cuenta que los contratos que tengan por objeto la transferencia de *bitcoins* con fines de lucro pueden entren en el ámbito de los contratos de inversión, que son sometidos a la disciplina de los impuestos de las rentas de la propiedad y que las empresas que las gestionan están sujetas a las obligaciones contra el lavado de dinero, no puede dejar de afirmarse que la criptomoneda puede adquirir, en algunos casos, las características de un instrumento financiero. Al igual que otras instituciones que pertenecen a la misma categoría (acciones, bonos, bonos del gobierno, unidades de fondos mutuos, etc.), la posesión del específico *token* específico le otorga al titular un cierto derecho, es decir, una posición legal activa, de la cual es racional obtener una ganancia económica Del mismo modo, *bitcoin* y otras criptomonedas pueden negociarse en los mercados financieros, creando ese mecanismo de abstracción y desmaterialización propio de los títulos al portador. Por último, la criptomoneda se puede usar como un medio de pago alternativo al dinero[93].

1. La jurisprudencia estadounidense confirma la naturaleza jurídica de producto financiero y los correlativos riesgos de fraude. La viabilidad de la security class action y la relevancia de la llamada responsabilidad de gatekeeper.

Desde el punto de vista de la *law in action*, algunos tribunales de instancia estadounidenses se han ocupado de diversos asuntos relativos a criptomonedas. El Tribunal de Distrito de Texas conoció de la apelación presentada por una persona que administraba un negocio que tenía por objeto publicitar la venta de *bitcoins*, ofreciendo a los compradores hasta el 1% de interés por día de sus inversiones[94]. El demandante alegaba que esa actividad no podía ser reconducida a la macro-categoría de los contratos de inversión, en contra de lo sostenido por la SEC. De hecho, él no podía ser calificado como dueño del negocio, ni los *bitcoins* podían ser considerados como una moneda en el sentido técnico.

92 Para más detalles *vid.* Nicotra, M.: "ICO Initial Coin Offering: una ricostruzione giuridica del fenomeno", en www.blockchain4innovation.it , 17 de marzo de 2019.

93 En la doctrina italiana, respecto a la noción de instrumento financiero y a sus peculiaridades, *vid.* Capriglione F., *Manuale di diritto bancario e finanziario,* Milano, 2015, pp. 291 ss. El autor afirma que el elemento constitutivo de la noción de instrumento financiero es su negociabilidad, aclarando que no se trata de exigir una negociación en un mercado regulado, sino más bien una mera posibilidad de ser objeto de transacción. Sobre este punto también Salomone, L.: "La nozione di 'strumento finanziario' tra unità e molteplicità", *Riv. dir. com.,* 1998, I, pp. 716 ss.; Caputo Nassetti, F.: "Strumenti finanziari derivati", *Enc . dir., Ann.,* VI, Milano, 2013, pp. 911 ss.; Miola, M.: "Gli strumenti finanziari nella Società per Azioni e la raccolta del risparmio tra il pubblico", *Riv. dir. com*., 2005, I, pp. 433 ss.; Notari, M.: "Azioni e strumenti finanziari: confini delle fattispecie e profili di disciplina", *Banca borsa tit. cred.,* 2003, I, pp. 542 ss.; Righini, E.: *Strumenti e prodotti finanziari, Enc . dir., Ann.* IV, Milano, 2011, pp. 1162 ss.

94 SEC v s. Shavers et al, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Este de Texas, No. 13-00416, 6 de agosto de 2013, disponible en la siguiente dirección: https://it.scribd.com/document/158943320.

Los jueces de Texas afirman que el *bitcoin*, aunque no es comparable a la moneda de curso legal, puede usarse como moneda en algunos circuitos digitales, así como también intercambiarse por monedas convencionales, como las otras. Como consecuencia de ello, el *bitcoin* es una forma de dinero y los inversores que lo compran hacen una inversión pecuniaria. Además, existía una cierta interdependencia entre inversores y promotores, ya que se demostró la confianza colectiva que el primero depositaba en las habilidades empresariales y financieras del segundo. Básicamente y, en resumen, existían los requisitos establecidos por la llamada *prueba de Howey* en los contratos de inversión, ya que había un pago de valor en vista de una ganancia. No solo, por lo tanto, el solicitante podía ser calificado como empresario, sino que los correspectivos monetarias por él recibidos entraban en el amplio género de los contratos de inversión, con la consiguiente aplicación de la Ley de Seguridad.

El fallo es de particular interés, si se considera que, raramente, los jueces raramente se han expresado en términos tan claros y decisivos sobre la naturaleza legal de las criptomonedas, ni parece que se pueda encontrar un precedente similar en otros países, donde han asumido actitudes más cautelosas y se han mostrado *reacios* a definir el *bitcoin* como una forma de dinero.

La sección de concursal del Tribunal de Distrito de California expresó una orientación parcialmente diferente, llamada a pronunciarse sobre un caso de bancarrota fraudulenta propósito de una empresa *mining*[95]. En el ámbito civil, se enfrentaban el administrador de la compañía y uno de sus empleados, a quien aquel acusaba de haber sustraído indebidamente tres mil unidades de *bitcoin*, causando la quiebra de la compañía. El acusado se defendió, afirmando que esta suma no constituía una sustracción indebida, sino lo que la compañía debía por la inversión inicial por él realizada, que, al inicio de la relación laboral, había comprado 550 *BabyJet*, es decir, sistemas de *hardware* computarizados para la extracción. de criptomonedas. Pidió al juez que considerara al *bitcoin* como el dólar estadounidense, en términos de validez como medio de pago, y esto para que le eximiera de cualquier tipo de responsabilidad[96].

Al tratarse de un caso de conocimiento sumario, debiendo el Tribunal decidir sobre la procedencia una simple medida cautelar, se limita a afirmar que el *bitcoin* no puede ser equiparado al dólar, sino que debe calificarse como una propiedad personal intangible, como una patente o una marca registrada. Sin embargo, el fallo no es tan significativo como el antecedente de Texas, dado el procedimiento seguido y la especificidad del caso conocido, que no se refería a la naturaleza legal

95 Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos , Distrito Norte de California, N° 14-30725, 19 de febrero de 2016, cuya fallo está disponible en la siguiente dirección: https: //blockchainlawguide.com.pdf .

96 La contestación se puede consultar en https://www.georgiabankruptcyblog.com.

de la criptomoneda examinada, sino a la mera consideración de la misma en el marco de una transferencia fraudulenta desde la perspectiva la Ley Concursal de California.

La primera orientación examinada no parece estar en conexión, ni siquiera con el Tribunal del Condado de Miami-Dade, que resolvió sobre un caso relacionado con un individuo, acusado de transmitir dinero sin la licencia apropiada emitida por el Estado de Florida[97]. La Corte declara que a la luz del Estatuto de Florida[98], el *bitcoin* no puede considerarse como equivalente al dinero y, del mismo modo, tampoco es posible calificar la actividad del acusado como un servicio de negocios monetarios, dada la difusa definición[99].

Sin embargo, tal interpretación es revocada por el Tribunal de Apelación[100], según el cual el *bitcoin*, aunque no es una moneda, ciertamente, puede ser encuadrada entre los medios de pago. De hecho, de conformidad con el §560.103, n. 29, del Estatuto de Florida, se consideran medios de pago los cheques, facturas, vales, giros postales, cheques de viaje, instrumentos electrónicos u otros, pago de dinero o valor monetario, ya sea negociable o no[101]. Además, la noción de *transmisor de dinero* no solo incluye a quien recibe la moneda de curso legal, sino también otros medios de pago[102]. El caso enjuiciado entra dentro del ámbito de aplicación de las reglas examinadas, considerando que el *bitcoin* se puede cambiar por moneda con curso legal y que cumple la función de medio de intercambio. En el presente caso, el acusado había adquirido dinero a cambio de la venta de la criptomoneda y, por lo tanto, no podía haber ninguna duda sobre la inclusión de su negocio en el campo de los *negocios de servicios monetarios.* Por el contrario, no podía ser aceptada la tesis de la defensa, según la cual las nociones de "valor monetario" y "moneda" debían entenderse como sinónimos, ya que tal

97 Estado de Florida vs Michell Abner Espinoza, Tribunal de Circuito para el Condado de Miami-Dade, Florida, No. F14-2923, disponible en la siguiente dirección: https://it.scribd.com/document/319504645 . Para más información sobre el hecho, *vid.* Peck, B.M.: "The Value of Cryptocurrencies: How Bitcoin Fares in the Pockets of Federal and State Courts", *University of Miami Business Law Rev.,* 2017, vol. 26, pp. 191 y ss.

98 Cuyos títulos están disponibles en la siguiente dirección: http://www.leg.state.fl.us/tatures/.§560.103, en el núm. 11, define el dinero "la moneda y el papel moneda de los Estados Unidos o de cualquier otro país designado como moneda de curso legal y que circula y se usa y acepta habitualmente como medio de cambio en el país de emisión. La moneda incluye certificados de plata de los Estados Unidos, billetes de los Estados Unidos y billetes de la Reserva Federal. La moneda también incluye billetes de banco extranjeros oficiales que se usan y aceptan habitualmente como medio de cambio en un país extranjero".

99 En el núm. 22 del §560.103 del Estatuto se define esta actividad como la que vende instrumentos de pago, intercambia monedas extranjeras, transmite dinero o cobra cheques.

100 Eres v. Espinoza, 264 So. 3d 1055 (Fla. Dist. Ct. App. 2019), 30 de enero de 2019, disponible en la siguiente dirección: https://casetext.com/case/state-v-espinoza-53.

101 *Cfr.* §560.103, n. 29: "un cheque, giro, warrant, giro postal, cheque de viajero, instrumento electrónico u otro instrumento, pago de dinero o valor monetario, negociable o no".

102 *Vid*. la noción de *transmisor de dinero* en el sentido del §560.103, núm. 23: "una empresa, una empresa con responsabilidad limitada, un *partnership* con responsabilidad limitada o entidad extranjera calificada como de actividad comercial en este Estado, que reciba moneda, valor monetario o medios de pago para el propósito de la transmisión por cualquier medio, incluyendo la transmisión a través de cable, *fax*, transferencia electrónica, correo electrónico, *internet* , o por medio de los servicios de pago a través de cupones, u otros servicios que faciliten la transferencia en el interior de este Estado o hacia otro Estado".

interpretación haría que el texto normativo careciera de sentido (lo que habría puesto en práctica una duplicación inútil de lemas).

Por último, parece realmente significativo y definitivo un fallo del Tribunal de Distrito de Nueva York[103]. En un caso penal concerniente a un caso de fraude financiero, el acusado se defendió afirmando que su conducta no podía ser condenada de acuerdo con la ley, siendo excesivamente vaga y no incriminando las actividades de criptomoneda. Además, la acción del sujeto de ninguna manera podía ser reconducida al ámbito de la inversión, ya que las criptomonedas no tenían la naturaleza legal de los valores, es decir, de los productos financieros.

En el presente caso, el demandado había fundado dos *start-up* que se propusieron el objetivo de realizar inversiones en los mercados de bienes raíces y diamantes. Para lograr este fin, se recogieron ahorros del público, recibiendo a cambio una suma de criptomonedas emitidas por las mismas compañías. Esto dio derecho al pago de una parte de las ganancias, además de a un descuento en la compra de bienes inmuebles o diamantes. Pero las empresas no llevaron a cabo estas actividades en absoluto. Por el contrario, todas las sumas fueron utilizadas por el acusado para su propio disfrute, sin que los inversores fueran recompensados de ninguna manera.

El Tribunal afirma correctamente que la conducta del acusado no quedar sin castigo por el simple hecho de que el Derecho penal norteamericano no contemple el delito específico de "fraude en la criptomoneda". No se violaría en absoluto el principio de legalidad, ya que la fuente reguladora considera como delito el *security fraud*, es decir, el fraude cometido a través de instrumentos financieros[104]. Ciertamente, la criptomoneda emitida por las empresas involucradas en la investigación judicial también cae dentro de este ámbito. Para los jueces de Nueva York, una vez que se ha levantado el velo de la jerga técnica del siglo XXI, es fácil ver que se está en presencia de una operación engañosa típica, donde las sumas recolectadas originalmente para un fin son luego destinadas a otros propósitos diferentes. estafadores[105].

Para los jueces, cualquier jurado razonable podría detectar la presencia de los requisitos de la llamada *prueba de Howey*: el primer requisito requiere que

103 Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Este de Nueva York, Estados Unidos de América vs. Maksim Zaslavskiy, 11 de septiembre de 2018, en *The Companies*, 2019, 1, pp. 55 ss.

104 El fraude financiero o el fraude de valores se define, en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos como la práctica engañosa realizada en el mercado de inversión, dirigida a inducir a los inversores a tomar decisiones basadas en informaciones falsas, con frecuencia, causando grandes pérdidas, violándose las leyes financieras. El supuesto más importante se rige por la sección 17 de la Ley de Seguridad, pero también por disposiciones especiales contenidas en otras leyes promulgadas *ad hoc*.

105 *Cfr.* párrafo "A" del fallo antes mencionado: "Despojado de la jerga del siglo XXI, incluida la propia caracterización que el demandado hace de las oportunidades de inversión ofrecidas, la acusación impugnada realiza una estafa directa, repleta de las características comunes de muchos fraudes financiero".

los inversores proporcionen capital y los hechos del caso pueden demostrar que los individuos defraudados habían prestado dinero para participar en los esquemas propuestos por los acusados; esto, a cambio del pago de unidades de criptomonedas, a través de las cuales participar en las ganancias de las empresas mencionadas.

En particular, la *prueba de Howey* requiere que exista la llamada *horizontal commonality*, en el sentido de que el destino y la fortuna de los inversores están vinculados a los de las empresas, de modo que los beneficios de ambos *simul stabunt, simul cadent*. No había duda de que el éxito de las actividades de las empresas, si se hubiesen gestionado de manera efectiva y diligente, habrían dependido, en última instancia, de la cantidad de inversores que hubiesen logrado atraer.

Por último, el tercer requisito requiere que los usuarios-inversionistas esperen razonablemente un retorno de dicha transacción financiera, un ingreso derivado del esfuerzo empresarial y de gestión de aquellos que realmente administran las empresas. La apariencia se demuestra fácilmente consultando los llamados *whitepa p ERS* de las compañías involucradas, que prometían ganancias incluidos en una tasa de entre el 10 y el 15%, por ejemplo, en el mercado de diamantes. Además, el acusado afirmó en los documentos publicitario, que las empresas estaban asistidas por analistas expertos, abogados y otros profesionales capaces de garantizar que se tomarían las mejores decisiones de inversión[106]. Por lo tanto, no hay dudas sobre la dependencia de terceros en el esfuerzo profesional de otros, en vista de una ganancia económica. Al observar la sustancia de las cosas, en lugar de su forma, es clara la naturaleza del contrato de inversión de los negocios jurídicos que tenían por objeto las criptomonedas examinadas, ya que existía una expectativa de ganancias, que determinó la causa concreta del contrato. De hecho, el legislador estadounidense de 1933 tenía como objetivo una definición amplia de un instrumento financiero, a fin de evitar que volvieran a ocurrir los trágicos eventos que marcaron la crisis de *Wall Street* de 1929.

En general, por lo tanto, a pesar del hecho de que algunos pronunciamientos minoritarios apuntan a equiparar la criptomoneda y moneda actual, el *leitmotiv* predominante apunta hacia una mayor apertura a la tesis del *bitcoin* como instrumento financiero, en un sentido técnico-legal[107]. En realidad, independientemente de un

106 Expertos, de hecho, nunca contratados por el acusado dentro del personal de estas empresas.

107 Para más referencias jurisprudenciales, *vid*. Estados Unidos vs. Ulbricht, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, SD Nueva York, 31 F. Supp. 3d 540 (SDNY 2014), 9 de julio de 2014, en https://casetext.com/case/united-states-v-ulbricht-11 . En este fallo se afirmó que el *bitcoin se* enmarca en la noción de "dinero" y "fondo" con el fin de aplicar la legislación contra el lavado de dinero.
En Estados Unidos vs. Murgio, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, SD Nueva York, 209 F. Supp. 3d 698 (SDNY 2016), en https://casetext.com, afirma que el *bitcoin* es parte de los medios de pago y que su intercambio por dinero de curso legal constituye una actividad financiera. Se niega, además, la posibilidad de invocar el principio, típico de la ley norteamericana, según el cual la norma sancionatoria, en caso de

reconocimiento primario por parte del Estado como moneda de curso legal, la criptomoneda es utilizada por una comunidad cada vez mayor de usuarios que acuden a ella, no solo para disfrutar de bienes o servicios, sino también en espera de obtener ganancias en un mercado en crecimiento. Desde este punto de vista, la no aplicación de las regulaciones financieras conduciría a una grave vulnerabilidad de la necesidad de protección para estos últimos.

Por lo tanto, existe un desapego de la concepción formal y tradicional de la inversión, a fin de llegar a una concepción sustancial aplicable también a los nuevos descubrimientos tecnológicos. El sistema legal de América del Norte se ocupa principalmente de la protección del tráfico comercial independientemente de cualquier "fraude de etiquetas", ya que cualquier incertidumbre en la aplicación sería perjudicial para los intereses primarios de la nación. De esta concepción pragmática se derivan algunas consecuencias de no poca importancia. Serán aplicables todos los tipos incriminatorios destinados a proteger a los inversores, incluidas las hipótesis de fraude financiero y especulativo. Los operadores de criptomonedas deben estar registrados en los registros de la Autoridad competente para regular el comercio de valores y deben cumplir con las obligaciones de identificación del cliente específicas de la legislación contra el lavado de dinero. Finalmente, será procedente el recurso a la *security class action*, introducida en 1995 con la Ley de Reforma de Litigios de Seguridad Privada, a su vez innovadora de la Ley de Intercambio de 1934[108].

Cualquier inversor que haya sido afectado por la violación de las reglas financieras por parte de las compañías emisoras tiene legitimidad activa para esta acción[109]. La ley norteamericana asigna a los particulares este peculiar instrumento en virtud de la consideración estrictamente económica que en ese sistema se hace de las figuras procesales, de modo que la acción colectiva debe actuar como un instrumento disuasorio de conductas ilegales, así como de reequilibrio económico de las posiciones del colectivo lesionado[110].

---

duda, debe interpretarse en el sentido más favorable del reo, debido a que las disposiciones examinadas no presentaban ningún tipo de ambigüedad.
Además, Estados Unidos vs. Faiella, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, SD Nueva York, 39 F. Supp. 3d 544 (SDNY 2014), 19 de agosto de 2014, en https://casetext.com/case/united-states-v-faiella, establece el principio según el cual se debe entender que la moneda es una entidad que tiene un valor de cambio comúnmente aceptado, o una unidad de medida de valor. Desde este punto de vista es evidente la inclusión del *bitcoin* dentro de esta definición, ya que su valor de cambio y su calificación como valor monetario son indudables.

108 *Cfr.*, en particular, la sección 21D de la norma.

109 Sobre la figura, *vid*. Bellini, E.: "Class action e mercato finanziario: l'esperienza nordamericana", *Danno e resp*., 2005, 8, pp. 817 ss; Bellini E., Ponzanelli, G.: "I limiti delle class actions nell'esperienza nordamericana. Un monito per il legislatore italiano", en F. Galgano, G. Visintini (ed.): *Mercado financiero y protección del ahorro*, Padua, 2006, pp. 337 ss.

110 Para un estudio desde el punto de vista del análisis económico de *las acciones de clase, vid.* Ewees, D., Pritchard, R., Trebilcock, M.: "An Economic Analysis of Cost and Fee Rules for Class Actions", *J. of Legal Studies*, 1981, 10, pp. 155 ss.

En la acción específica considerada, el primer actor que logre demostrar que ha sufrido daños por la acción ilegal de la empresa emisora está obligado a notificarlo a otros inversores que posiblemente puedan intervenir en el proceso. En este punto, una vez nombrado el llamado representante de la clase, el juez puede declarar la transformación de la acción individual en una acción colectiva. La indemnización por daños no puede exceder la diferencia entre el precio pagado y el precio medio del título en los noventa días anteriores al descubrimiento del delito. De hecho, esta es una solución (la última) que limita los derechos de las personas, ya que no se tienen en cuenta los daños materiales (y no materiales) posteriores y que la parte perjudicada pueda haber sufrido. La previsión está justificada por el carácter colectivo de la acción, por lo que no es posible llevar a cabo liquidaciones individualizadas. En otras palabras, se requiere el uso de un criterio de liquidación uniforme y estandarizado, para no hacer incurrir en una discriminación injusta entre los inversores.

A la luz de las consideraciones realizadas, se puede deducir fácilmente que la experiencia de los Estados Unidos constituye el sistema legal que, en la actualidad, protege mejor a los ahorradores dentro del sector específico de las criptomonedas. De hecho, además de la demanda colectiva, se contempla la posibilidad de recursos legales individuales. En este sentido, tanto la Ley de Intercambio de 1934[111], como la Ley de Seguridad de 1933[112] establecen una responsabilidad específica para una amplia categoría de sujetos por informaciones omitidas, incorrectas o falsas[113].

En general, se puede afirmar que, siempre que un emisor o un intermediario financiero u otra persona venda un título en el mercado, ofrezca prospectos, documentos o comunicaciones orales que no se correspondan con la realidad material u omita ciertos hechos, puede potencialmente producir daños. Por lo tanto, la parte perjudicada puede acudir a los tribunales, tanto en *Common law*, como en equidad, pero la reclamación está sujeto a limitaciones rígidas, muy criticadas. En principio, de conformidad con la sección 12 de la ley de 1933, el demandante solo podrá recuperar la suma pagada originalmente, con intereses adicionales, después de deducir de esta suma cualquier ganancia que el individuo haya obtenido de este título[114].

111 *Cfr.* secciones 18, 20 y 20A de la Ley.

112 *Cfr.* sección 12 de la Ley.

113 Al respecto, *vid.* AA.VV.: "Civil liability under the Federal Securities Act"*, The Yale Law Journal,* 1940, vol. 50, pp. 90 y ss.

114 *Cfr.* sección 12, núm. 2, de la Ley. Casi parece que el legislador estadounidense hizo uso de la cláusula general del *compensatio lucri cum danno*, de origen *romanista.* No siendo esta la sede adecuada para el análisis de la figura, me remito a De Cupis, A.: *Contributi alla teoria del risarcimento del danno,* Milano, 1939, pp. 11 ss.; Puleo, S.: "Compensatio lucri cum damage", *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, pp. 29 ss.; Monateri, P. G.: "Gli usi e la ratio della dottrina della compensatio lucri cum damno. È possibile trovarne un senso?"*, Quadrimestre*, 1990, 2, pp. 379 ss.; Procida Mirabelli di Lauro, A., Feola, M.: *Responsabilità civile: contratto e torto*, Torino, 2008.

Además, la acción legal está sujeta a un período muy breve de caducidad, de un año, a contar, desde el día del descubrimiento de la falsedad u omisión, o desde el día en que dicho descubrimiento debería haberse realizado procediendo con diligencia[115]. Este periodo de tiempo no parece particularmente adecuado para garantizar la mejor protección de los derechos de los inversores, especialmente de los no profesionales. El plazo anual de caducidad solo sería correcto en aquellos casos particulares relacionados con hechos sorprendentes, también narrados por los medios de comunicación. En los demás, es muy difícil suponer que el inversor medio pueda ser consciente de la falsedad u omisión de la información relevante. Ciertamente, será importante la eventual disposición o advertencia emitida por la SEC, la cual no solo podrá presentarse como prueba en procedimientos civiles, sino que también será idónea para identificar los *dies a quo* del cómputo del plazo[116]. Según la jurisprudencia, cuando el demandante, al ejercitar su acción tendrá que demostrar la existencia de sus presupuestos, incluido que no ha transcurrido el plazo de caducidad y su actuación oportuna y diligente[117].

Otro problema grave de la acción radica en la importante carga probatoria impuesta al demandante, principalmente, en relación con su buena fe y diligencia. No solo tendrá que demostrar que no pudo haber reconocido la inexactitud u omisión (es decir, no era reconocible) sino que también tendrá que probar que las declaraciones hechas por el vendedor o por el que hace sus veces, no fueron meras opiniones. La carga de la prueba más difícil es la atiente al nexo de causalidad, siendo necesario ejemplificar cómo la información incorrecta, falsa u omitida ha inducido a la parte perjudicada a tomar decisiones erróneas, fundamentalmente perjudiciales para sus propios activos personales. Finalmente, el demandante también deberá demostrar el valor del producto financiero en el momento de la acción.

A pesar de estas dificultades, el sistema legal de América del Norte prevé la legitimación pasiva de un número muy significativo de personas. Principalmente, la empresa matriz que no ha ejercido una supervisión adecuada de la negociación de los valores sobre la filial[118] (a menos que demuestre que no ha tenido motivos razonables para dudar de la exactitud de la información proporcionada). También podrán serán demandados personalmente los gerentes generales de las oficinas, los suscriptores del folleto informativo, los editores profesionales y cualquier otra persona que haya contribuido a la preparación de los documentos de información.

115 *Cfr.* sección 13 de la Ley de Seguridad de 1933.

116 Sobre la validez probatoria de los documentos administrativos, *vid*. Tribunal de Apelaciones del Estado de Nueva York, Shindler vs. Royal Insurance Co., 258 NY 310 (NY 1932), 9 de febrero de 1932, en www.casetext.com.

117 Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de California, Shonts vs. Hirliman, 28 F. Supp. 478 (SD Cal. 1939) , 17 de julio de 1939, en www.law.justia.com.

118 *Cfr.* la sección 15 de la Ley de Seguridad de 1933, así como la sección 20 de la Ley de Intercambio de 1934.

Solo pueden quedar exentos de responsabilidad si prueban que han llevado a cabo diligentemente las investigaciones apropiadas, consultando los documentos contables de la compañía y otros documentos y que, según ellos, no había motivo razonable para dudar de la exactitud de la información. En resumen, tendrán que demostrar que han actuado con la diligencia debida[119].

La responsabilidad puede extenderse también a los abogados, a los corredores y a cualquier otra figura profesional que, en el contexto de la operación económica, entre en contacto con la parte lesionada. Responderán por su conducta en virtud del instituto general de la llamada *gatekepeer liability*, una expresión traducible como "responsabilidad del supervisor"[120] Esta último no es comparable a la llamada *culpa in vigilando* del *Civil*, basándose en diferentes presupuestos. De hecho, no se requiere que el individuo responsable esté en una posición de supremacía o que tenga deberes particulares de supervisión, dirección o control sobre sujetos subordinados a él. La figura se refiere a todos aquellos que, por una variedad de razones, se encuentran desempeñando sus funciones en nombre de la compañía que emite el producto financiero[121]. Sobre ellos recae el deber jurídico de examinar cuidadosamente la información que se les envía, discutir cualquier inexactitud con los altos directivos y, si es necesario, presentar su veto contra operaciones ilegales o riesgosas. Si se demuestra que no han cumplido con las obligaciones legales de protección del inversor-consumidor, también se les pedirá el resarcimiento del daño. En este caso, para estar exentos de responsabilidad, deben demostrar que han adoptado todas las medidas de diligencia debida, o que se han retirado de las operaciones, si es necesario, presentando la declaración de abstención o de renuncia.

Finalmente, debe recordarse que, en equidad, también será posible solicitar la recisión del contrato (con la consiguiente restauración del *status quo ante*), si se prueba que el contratante ha estipulado el negocio jurídico sin conocer un defecto del mismo. En el sistema del *Common law,* los vicios que permiten recurrir a este remedio jurídico, en parte, coinciden con los que en Derecho continental dan lugar a la anulación: error, violencia, fraude (es decir, dolo), errónea representación de los

119 Aquí se hace referencia a la debida diligencia en sentido amplio, en relación a cualquier transacción en los ámbitos corporativo y financiero, y no lo entendida en sentido estricto como diligencia que debe observarse en los controles administrativos y contables.

120 *Vid.* Hamdani, A.: "Gatekepeer liability", *Southern California Law Rev.*, 2003, vol. 77, pp. 53 ss.; Tuch, A.F.: "The Limits of Gatekepeer Liability", *Washington y Lee L. Rev.*, 2017, 2, pp. 619 ss.; Gadinis, S., Mangels, C., "Collaborative Gatekepeers"*, Washington y Lee L. Rev. Forthcoming,* 11 de marzo de 2016, disponible en www.ssrn.com. En el Derecho italiano, *vid.* Picciau, C.: *Diffusione di giudizi inesatti nel mercato finanziario e responsabilità delle agenzie di* rating, Milano, 2018, pp. 362 ss.; Di Donna, L.: *La responsabilità civile nelle agenzie di rating*, Padova, 2012, pp. 430 ss

121 Uno puede pensar en empleados, gerentes que no tengan alto rango, abogados corporativos y otros profesionales como contadores, ingenieros (por ejemplo, en empresas de construcción), intermediarios financieros que ofrecen el producto en el mercado.

hechos, amenaza o captación ilícita[122]. Su apreciación se deja predominantemente a la prudente discreción del juez.

Trasladando este complejo discurso al sector de la criptomoneda, es obvio que todo el sistema de protección se basa, en última instancia, en la naturaleza de instrumento financiero de la criptomoneda. Sin embargo, la eventualidad fenomenológica tendrá que verificarse, teniendo en cuenta la heterogeneidad de las criptomonedas existentes en el mercado. Será fundamental el análisis de la llamada *consideration*, que es la causa concreta del contrato. Las formas de protección proporcionadas, de hecho, encontrarán razón de ser, siempre que haya una operación de inversión en sentido estricto, pensada como una expectativa de ganancias. Incluso, si la unidad de criptomonedas del caso específico no pasa la llamada *prueba Howey*, la protección de los usuarios-consumidores estaría garantizada por la Ley de Intercambio de Productos de 1936[123], destinado a regular la negociación de todos aquellos bienes que no pueden incluirse en la categoría de productos financieros entendidos en sentido estricto. La legislación también establece prohibiciones para celebrar contratos fraudulentos y engañosos, e impone obligaciones de registro a los operadores comerciales. Además, también está prohibido proporcionar información falsa, engañosa, inexacta u omitida (el llamado *duty of disclosure*)[124]. La violación de las obligaciones establecidas se castiga en la sección 22 de esta ley con el deber de reparar el daño. El *quantum* indemnizable no está sujeto a la limitación establecida en relación con los valores, por lo cual podrá condenarse al pago de una suma mayor que el precio satisfecho por la compra de los bienes (o, más exactamente, del título que los incorpora). En caso de dolo del agente, que puede ser diferente de la empresa vendedora o emisora, el juez norteamericano podrá también imponer el pago daños punitivos[125].

V. LOS DIFERENTES TIPOS DE MONEDA VIRTUAL.

Aclarada la pertenencia de la criptomoneda al *genus* de los instrumentos financieros, hay que precisar que cada específica moneda digital tiene mecanismos peculiares de funcionamiento y cualidades heterogéneas. En realidad, cada una tiene su propia naturaleza jurídica autónoma, lo que resulta de la misma

122 *Cfr.* Stone, R.: *The Modern Law of Contract*, London, 2005, pp. 277 y ss.; Cartwright, J.: *Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure*, London, 2012, pp. 102 y ss.; Gianola, A.: *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo: immaginando i vizi del XXI secolo*, Milano, 2008, pp. 455 y ss.

123 Disponible en https://legcounsel.house.gov/ .

124 *Cfr.* Snider, T.J.: *Regulation of the Commodities Futures and Options Markets*, vol. 2, New York, 1997, pp. 12 y ss.; Bromberg, A.R.: Lowenfels, L.D., *Securities Fraud & Commodities Fraud*, New York, 1967, pp. 7; ss.; y Lamandini, M., Motti C. (ed.): *Scambi di merci e derivati su* commodities. *Quali prospettive?*, Milano, 2006, Milán, 2006, pp. 447 y ss.

125 *Cfr.* la sección 22, núm. 3, letra a. Curiosamente, parece que la disciplina norteamericana es más severa con las empresas que comercian con productos básicos que con las que, de manera más peligrosa, compran y venden productos financieros. *Vid*. al respecto Ventoruzzo, M.: *Responsabilità da prospetto negli Stati Uniti d'America tra regole del mercato e mercato delle regole*, Milano, 2003, *passim*; Tiwari, N.: "The Commodification of Cryptocurrency", *Michigan Law Rev.*, 2018, vol. 117, núm. 3, pp. 612 ss.

evolución histórica de la figura, que está inseparablemente unida a los soportes de tipo informático. Después de la invención del *bitcoin* por Satoshi Nakamoto, se intentaron crear plataformas informáticas cada vez más innovadoras, que pudieran superar y competir con el mecanismo de criptomoneda más conocido. Por lo tanto, en la era contemporánea, cada criptomoneda realiza diferentes funciones sobre la base de objetivos igualmente heterogéneos.

Es, por ello, que los estudiosos de la informática primero y los juristas después, han comenzado a clasificar los diferentes tipos de criptomonedas con el fin de aproximarlas a las figuras societarias y financieras con las que presentan relaciones de afinidad. Por de pronto, ha de decir que las criptomonedas *stricto sensu* constituyen salo una especie del más amplio género del *tokens*, es decir, de aquellas porciones particulares de *softwar*e que contiene cierta información.

Los criterios de distinción entre las diferentes categorías deben tener en cuenta el objetivo perseguido por cada uno de ellas y la función que realizan[126].

Los *tokens* llamados de clase primera comprenden, en gran medida, las criptomonedas entendidas en sentido estricto. Se pueden transferir a través de transacciones de *blockchain* y no confieren derechos a ninguna contraparte, sino que tienen la única función de representar la propiedad del *token* mismo o la existencia (en la *blockchain*) de un objeto determinado. No hay representación de ningún *activo* subyacente, ni su propietario tiene derechos adicionales a los del *token*. Por ejemplo, pertenecen a esta categoría el *bitcoin* y *litecoin*[127]. Esta clase de *tokens* se usa como medio de intercambio y se puede utilizar en muchos tipos de esquemas de negociación, entre los que se incluyen los contratos de inversión. Aunque no son una moneda de curso legal, algunos académicos tienden a reconocerles el valor del dinero convencional o del *commodity money* [128]. Por lo tanto, para la primera categoría, también se puede usar el término de "moneda

126 Para más detalles *vid.* Sarzana di S., Ippolito F., Nicotra, M.: *Diritto della* blockchain*, Intelligenza Artificiale e IoT.,* Milano, 2018, pp. 41 ss.; Capaccioli, S.: "Classificazione dei token e prima analisi, en Cassano, G., Tilli, N., Vaciago, G. (ed:), *Tutele e risarcimento del diritto dei mercati e degli intermediari,* Milano, 2018, pp. 505 ss. Para la doctrina de la extranjera *vid.* Euler, T.: "The Token Classification Framework: A multi-dimensional tool for understanding and classifying crypto tokens"*,* en www.untitled-inc.com (18 de enero de 2018); Hacker, P., Thomale, C.: "Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law"*, European Company and Financial Law Review,* 2018, vol. 15, núm. 4, pp. 645 ss.

127 *Litecoin* es una criptomoneda, creada en la segunda década de la década de 2000, cuyo objetivo es llegar a una versión mejorada y revisada del más famoso *bitcoin*. Al respecto *vid.* Bhosale, J., Mavale, S.: "Volatility of selected Crypto-currencies: A comparison of Bitcoin, Ethereum and Litecoin"*, Annual Research Journal of SCMS, Pune,* 2018, vol. 6, pp. 132 ss.

128 *Vid.* Pernice, C., *Digital currencies*, cit., pp. 249 ss.; Mancini, M.: "Valute virtuali e bitcoins", *Legal Analysis of Economics,* 2015, 1, pp. 117 ss.; Razzante, R.: "Bitcoin" e *monete digitali. Problematiche giuridiche, Gnosis,* 2014, 2, pp. 113 ss.; Guerrieri, G.: *La moneta elettronica: profili di diritto privato*, *Nuove leggi civ.*, 2013, pp. 749 ss. Más, en general, hace ya tiempo, Nussbaum, A.: *Money in the Law,* Chicago, 1939, pp. 28 ss., criticó la noción estatalista del dinero, afirmando que la definición del mismo se remonta a lo que la sociedad consideraba como tal. El autor reformuló e hizo sus posiciones, que ya expresara de manera incipiente Von Savigny. Para una visión general del tema, *vid.* Chirico, A.: *La sovranità monetaria tra ordine giuridico e processo economico,* Padova, 2003, pp. 164 ss.

simbólica", es decir, fragmentos de computadora que realizan la función de moneda digital "pura", cuyo precio se establece por los equilibrios de mercado[129].

Los *tokens* clase dos, por el contrario, dan a los propietarios derechos ejercitables frete a l sujeto que los creó o frente a terceros. Esta segunda área también se incluye tipos muy heterogéneos des *tokens* virtuales, hasta el punto de requerir una subclasificación adicional. Una primera subcategoría confiere el derecho a un pago específico o a pagos futuros y, es representativo de los llamados *assets*, es decir, de valores activos en un sentido económico. Esta primera subcategoría se ha aproximado a la de los denominados valores mobiliarios y, en particular, a los títulos derivados, que también se basan en una actividad subyacente. En cambio, una segunda subcategoría confiere al emisor o a un tercero el derecho a recibir un servicio específico o a utilizar un activo.

Finalmente, las monedas virtuales de clase tres confieren un derecho de propiedad, además de una serie de derechos asociados (como un derecho de voto), así como, a menudo, una compensación económica derivada del uso por parte de terceros de la plataforma a través de la cual el *token* fue adquirido Aunque parte de la doctrina opta por el esquema de comunidad entre varios copropietarios de la misma plataforma digital (ya que también puede referirse a activos intangibles), pare más adecuado el esquema típico de acción corporativa de los arts. 2346 ss. CC[130].

Esta tripartición parece haber sido también aceptada por la Autoridad de Regulación del Mercado Financiero de Suiza (FINMA) que, en sus directrices[131], distingue entre *tokens* de pago, *tokens* de utilidad y *tokens* de inversión, el último de los cuales incorpora derechos societarios. Según el órgano administrativo suizo es necesario obtener una autorización previa para llevar a cabo la actividad y someterse a la supervisión prudencial. siempre que los *tokens* sean asimilables derivados financieros o cuando sean da dos a conocer a terceros u ofrecidos permanentemente o en comisión en el mercado primario, o, incluso, cuando el *token* confiera derechos de reembolso del capital invertido.

129 Bo, F.: "La classificazione dei tokens", en www.medium.com, 9 de enero de 2019.

130 Como señala Bo, F.: "La classificazione", cit., la literatura sobre el tema aún se encuentra en una etapa temprana. La mayoría de las fuentes se distribuye entre los *mensajes, foros, mensajes de twitter*; solo una pequeña parte del material es de origen académico. De ahí la incertidumbre de las calificaciones dogmáticas.

131 Emitidos el 16 de febrero de 2018, están disponibles en www.finma.ch.

VI. RIESGOS ASOCIADOS AL USO DE CRIPTOMONEDAS Y DELITOS PRINCIPALES RELACIONADOS. CIBERDELITOS Y WEB OSCURA. LOS MEDIOS DE PROTECCIÓN. OBSERVACIONES FINALES.

Para concluir parece necesario realizar alguna reflexión acerca de los riesgos del uso de las criptomonedas como instrumento de pago. Como a menudo sucede en el mundo digital, los puntos fuertes de una tecnología pueden convertirse en un verdadero *boomerang*. Basta reflexionar sobre la naturaleza descentralizada del sistema. No existe un "Banco Central de Criptomonedas", ni una autoridad estatal o supraestatal que los administre o gobierne. Si, por un lado, esto puede parecer un elemento positivo, por otro lado, representa un factor de alto riesgo.

El registro de la *blockchain* (base de cada tipo de moneda virtual) es público, se encuentra en cada ordenador que, de cualquier modo, participa en las negociaciones y (salvo posibles ataques de piratas informáticos (actualmente no probables, pero en el futuro posibles) no se pueden modificar. Sin embargo, por su naturaleza, el registro, si bien no permite ocultar operaciones financieras, tampoco garantiza la atribución de identidad a los usuarios que las realizan. En otras palabras, es demasiado fácil permanecer en el anonimato en el mundo de las criptomonedas.

A este respecto, son dignas de elogio las intervenciones legislativas nacionales, por ejemplo las italianas, que han incluido completamente las transacciones financieras basadas en criptomonedas en la categoría de las tradicionales, sujetas a estrictas regulaciones contra el lavado de dinero[132].

Tras la publicación de los decretos de aplicación de las Directivas contra el lavado de dinero, el último de los cuales está fechada en octubre de 2019, número 125, partiendo del modelo de los operadores financieros, se ha extendido a los *exchangers* el conjunto de requisitos de identificación de los usuarios, no permitiéndose ya su anonimato Además de las operaciones de identificación, también se han ampliado las obligaciones de informar, de modo que cuando el *exchanger* reconoce, tiene conocimiento o una simplemente sospecha de la existencia de transacciones, actuales o pasadas, de lavado de dinero, de financiación del terrorismo o de que los fondos tienen un origen ilegal debe comunicarlo de inmediato a la UIF[133].

132 El marco legislativo contra el lavado de dinero en Italia está ahora representado por el Decreto Legislativo núm. 231, modificado recientemente por el Decreto Legislativo del 25 de mayo de 2017, núm. 90, y las disposiciones de desarrollo relacionadas dictada por el Ministro de Economía y Finanzas, por la Unidad de Inteligencia Financiera para Italia y por las Autoridades Supervisoras del sector, sobre la base de las competencias indicadas en la sección "Ordenamiento italiano".

133 De conformidad con el artículo 35 reformado del Decreto Legislativo 231/2007; "La Unidad de Inteligencia Financiera para Italia (UIF) se estableció en el Banco de Italia mediante el Decreto Legislativo núm. 231/2007, de conformidad con las normas y criterios internacionales que prevén la presencia en cada Estado de una Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), con plena autonomía operativa y administrativa, con funciones para

Al mismo tiempo, se han introducido tipos penales específicos en caso de violación de estas obligaciones. En la actualidad el art. 55 párrafo 1 del Decreto Legislativo 231/2007 sanciona las violaciones de la obligación de adecuada verificación, de conservación de la información recopilada y la divulgación de información veraz con la pena de cárcel de seis meses a tres años y una multa de 10.000 a 3.000 euros contra la persona detenida por conducta. La misma sanción está prevista para el cliente que proporciona información falsa, sin perjuicio de la hipótesis de delitos más graves, como sucede cuando su usa la información de manera indebida para obtener una ganancia ilegal. De conformidad con el Código Penal Nacional (arts. 648 bis y ss.), las sanciones penales por delitos de lavado de dinero son significativamente más altas cuando el delito se comete como parte de una actividad profesional. Para tener lugar el concurso del *exchanger* en los casos de delitos examinados, la jurisprudencia ha considerado suficiente la existencia del dolo eventual, es decir, la representación del riesgo de que los bienes y las sumas sean de origen ilícito[134]. No han faltado críticas sobre el riesgo de que "la naturaleza intrínsecamente opaca y anónima de las criptomonedas provoquen legítimas dudas acerca del conocimiento del origen ilícito de los fondos utilizados por el *exchanger* para la compra de la moneda virtual"[135].

A pesar de los esfuerzos realizados a nivel legislativo para tratar de detener las derivas ilícitas de estos instrumentos financieros, hay quienes no ven que las plataformas *on line* (siempre en constante actualización) para garantizar el uso de criptomonedas, su intercambio y su venta orientada a la adquisición de monedas tradicionales, a menudo, ofrecen instrumentos para superar los estrictos límites impuestos por las leyes contra el lavado de dinero. Aspectos técnicos, como la irrevocabilidad de las transacciones, exponen a los usuarios al riesgo real de estafas.

Algunos cibercrímenes ya existentes en el pasado se pueden ahora realizar más eficazmente desde el velo de "misterio" que es inherente a criptomoneda[136]. Es fácil imaginar los escenarios que se abren cuando es posible hacer circular grandes sumas de dinero, que se benefician del anonimato. Los delitos financieros y fiscales representan, en realidad, un porcentaje mínimo de los tipos de delitos

combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo. Es la autoridad encargada de adquirir flujos financieros e información sobre hipótesis de lavado de dinero y financiación del terrorismo, principalmente, a través de informes de transacciones sospechosas enviadas por intermediarios financieros, profesionales y otros operadores, con arreglo a las cuales realiza el análisis financiero, utilizando todas las fuentes y poderes disponibles, y evalúa la relevancia a los efectos de la transmisión a los órganos de investigación y la colaboración con la autoridad judicial, para el posible desarrollo de la acción de represión". *Cfr.* www.uif.bancaditalia.it.

134 *Ex multis* Cass. Secc. pen., II, 5 de junio de 2015, núm. 27806 en *Guía de la Ley,* 2015, 44, pp. 78 ss.

135 *Cfr.* Accinni, G.P.: "Profili di rilevanza penale delle "criptovalute" (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)", *Archivio Penale*, núm. 1, 2018, pp. 27 ss.

136 Sobre el tema, me remito a Bryans, D.: "Bitcoin and money laundering: mining for an effective solution", *Indiana Law Journal*, 2014, 89, pp. 441 ss. Emblemático es el caso, ya examinado, de la compañía Mt. Gox, de la cual piratas informáticos supuestamente sustrajeron *bitcoins* en 2014 por un valor cuantificable en más de 152 millones de dólares.

que pueden cometerse. Lamentablemente, el comercio de armas, drogas, órganos y medicamentos, pero también la trata de personas, así como la financiación del terrorismo internacional son realidades que no pueden ser negadas. El mundo de la llamada *dark web* [137] está lleno de ellas. Todo lo que está prohibido por los motores de búsqueda tradicionales encuentra espacio en esta parte de Internet, que figurativamente, en términos de tamaño y relación con la web pública, con la parte subyacente de un *iceberg*.

La característica, ya probada, que hace que la transacción de criptomonedas sea anónima desde el punto de vista de quien la promueve, pero, al mismo tiempo, pública en cuanto a la cantidad, animaría a su uso a diferentes organizaciones, incluso racistas o yihadistas, que obtendrían ciertos beneficios en la financiación de las campañas por ellas orquestadas: la moneda virtual permitiría, al mismo tiempo, la donación, la publicidad con fines de propaganda y la ocultación de la identidad de sus partidarios[138]. A la luz de estas observaciones, está claro que la tarea del legislador nacional e internacional es, ante todo, evitar que el mundo de las criptomonedas se transforme en un paraíso virtual en el que conductas criminales puedan quedar impunes gracias al anonimato.

El análisis comparativo y tipológico realizado, sin duda, ha puesto de manifiesto que estamos ante un fenómeno en crecimiento y, por encima de todo (como acontece con todo los que tiene que ver con el mundo digital e informático), en rapidísima evolución, así como los riesgos de su uso. Las monedas virtuales han llamado, recientemente, la atención general de la opinión pública cuando han visto crecer su valor de cambio de manera exponencial antes de sufrir las fluctuaciones del mercado que las monedas tradicionales (afortunadamente para nosotros) han abandonado hace mucho tiempo, al menos, con referencia a monedas tradicionalmente "fuertes", como el euro. Para citar un ejemplo concreto, después del pico máximo registrada en diciembre de 2017, durante el cual el valor del *bitcoin* alcanzó la notable cifra de unos 20.000 euros, en la actualidad, (7 de febrero 2020), se registra un tipo de cambio con el euro considerablemente inferior igual a 8.927, 24[139].

La doctrina[140] no deja de observar críticamente cómo, más allá de las calificaciones técnico-formales, la moneda virtual es, de hecho, capaz de cumplir

137 La expresión *deep web* significa esa parte de la web que no está indexada por motores de búsqueda como Google y, por lo tanto, no es ilegal en sí misma. La *dark web* es, en cambio, un subconjunto formado por la red de internet a la que no se puede alcanzar sin un software especial que permita la conexión entre esta última y la web tradicional. Se trata del espacio propicio para alojar cuando de ilegal y prohibido hay en la red. Son sistemas y redes que garantizan el anonimato de los usuarios.

138 Sobre los riesgos relatados, *vid*. Razzante, R.: "Le insidie di blockchain e bitcoin", *Formiche Formiche*, 153, 2019, pp. 20-21, así como, editado por el mismo autor, *Bitcoin e criptovalute. Profili fiscali, giuridici e finanziari,* S. Arcangelo di Romagna, 2018, pp. 63 ss.

139 Fuente www.coinbase.com.

140 Pernice, C.: *Digital currencies*, cit., p. 284.

plenamente la función de "moneda", incluso si no es emitida por ninguna autoridad central. La conocida *blockchain,* si se usa correctamente, incluso podría convertirse en el futuro en el caleidoscopio más eficiente para exponer el fraude fiscal digital. Es inútil demonizarlas, ya que ya han entrado completamente en la red y, aunque actualmente los utiliza un círculo restringido de expertos, es previsible su difusión más generalizada en un futuro no muy lejano. Por lo tanto, el vacío regulatorio que se registra en muchos países de todo el mundo, requiere, lo antes posible, adoptar una regulación adecuada para evitar lo que la literatura especializada ha definido imaginativamente como un nuevo *far west* 2.0, en el que proliferan perturbadores "pistoleros digitales"[141]. En espera de esta intervención, el intérprete es responsable de la delicada y precisa tarea de adaptar la disciplina existente a las innovaciones tecnológicas que ya han tenido lugar.

141 Accinni, A.C.: *Profili,* cit., p. 29.

BIBLIOGRAFÍA

Aceto di Capriglia, S.: "Contrattazione algoritmica. Problemi di profilazione e prospettive operazionali. L'esperienza *pilota* statunitense", in *federalismi.it*

Accinnini, G.P.: "*Profili di rilevanza penale delle "criptovalute" (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)*", *Archivio Penale*, 2018,1.

Barberán, F.: *Introducción al Derecho japonés actual,* Madrid, 2013.

Barberán, F. y Osle, R.D.: *Código civil japonés: Estudio preliminar, traducción y notas,* Madrid, 2006.

Bellini, E.: "*Class action* e mercato finanziario: l'esperienza nordamericana", *Danno e resp.*, 2005, 8.

Bellini, E., Ponzanelli, G.: "I limiti delle *class actions* nell'esperienza nordamericana. Un monito per il legislatore italiano", en F. Galgano, G. Visintini (coord.): *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006.

Bhosale, J., Mavale, S.: "Volatility of selected Crypto-currencies: A comparison of Bitcoin, Ethereum and Litecoin", *Annual Research Journal of SCMS, Pune,* 2018, vol. 6.

Blacklock, J., e Lei, S.: *Blockchain laws and regulations, China,* en www.globallegalinsight.com.

Blaug, M.: "Economics", en https://www.britannica.com/topic/economics.

Bo, F.: "La classificazione dei *token*", en www.medium.com.

Breger, J.M., Edles, J.G.: "Independent Agencies in the United States: Law, Structure, and Politics", Oxford, 2015.

Bromberg, A.R., Lowenfels, L.D.: *Securities Fraud & Commodities Fraud*, New York, 1967

Bryans, D.: "Bitcoin and money laundering: mining for an effective solution", *Indiana law journal*, 2014, 89.

Capaccioli, S.: "Classificazione dei *token* e prima analisi", en G. Cassano, N. Tilli, G. Vaciago (coord.): *Tutele e risarcimento del diritto dei mercati e degli intermediari,* Milano, 2018.

Capaccioli, S.: *Criptovalute e Bitcoin: un'analisi giuridica*, Milano, 2015.

Capriglione, F., *Manuale di diritto bancario e finanziario,* Milano, 2015.

Caputo Nassetti, F.: "Strumenti finanziari derivati", *Enc. dir., Ann.,* VI, Milano, 2013.

Cartwright, J.: *Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure,* London, 2012.

Castaldo, A., e Naddeo, R.: *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio,* Padova, 2010.

Cavallini, I.: Voce "*due diligence*", en www.treccani.it.

Chirico, A.: *La sovranità monetaria tra ordine giuridico e processo economico,* Padova, 2003

Cipolla, C.M.: *Storia economica dell'Europa Pre-industriale,* Bologna, 2002

Cohney, S., Hoffman, D., Sklaroff, J. e Wishnick, D.: *Coin-Operated Capitalism*, in *Columbia Law Rev.*, 2019, vol. 119.

Cook, J.: *"Bitcoin: Technological Innovation or Emerging Threat?", John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law,* 2014, vol. 30, núm. 3.

Davis, J.: "The Crypto Currency. Bitcoin and its mysterious inventor"*, The New Yorker* (10 octubre 2011)

De Cupis, A.: *Contributi alla teoria del risarcimento del danno,* Milano, 1939.

Dempsey, F.B.W.: *Interest and Usury,* London, 1943

Dewees, D., Pritchard, R., Trebilcock, M.: *"An Economic Analysis of Cost and Fee Rules for Class Actions" J. of Legal Studies*, 1981, 10.

Di Donna, L.: *La responsabilità civile nelle agenzie di* rating, Padova, 2012.

Di Lorenzo, R., Cuomo, E.: *Le parole del* trader *di borsa. Breve dizionario dei termini finanziari,* Milano, 2011.

Di Vizio F.: "*Lo statuto giuridico delle valute virtuali: le discipline e i controlli tra oro digitale ed ircocervo indomito",* en www.fondazionepesenti.it.

Dornbusch, R., Fischer e S., Startz, R.: *Macroeconomia,* XI ed., Milano, 2016.

DuPont, Q.: *Experiments in Algorithmic Governance: An ethnography of 'The DAO', a failed Decentralized Autonomous Organization,* en AA.VV.: *Bitcoin and Beyond: The Challenges and Opportunities of Blockchains for Global Governance,* London, 2017.

Euler, T.: "The Token Classification Framework: A multi-dimensional tool for understanding and classifying crypto tokens", en www.untitled-inc.com.

Gadinis, S., Mangels, C.: "Collaborative Gatekepeers", *Washington and Lee L. Rev. Forthcoming,* 11 marzo 2016.

Garofoli, R.: *Manuale di diritto penale, parte speciale,* III, Roma, 2017.

Gazzoni, F.: *Manuale di diritto civile,* Napoli, 2015.

Gianola, A.: *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo: immaginando i vizi del XXI secolo*, Milano, 2008.

Giudici, P.: "ICO e diritto dei mercati finanziari: la prima sentenza americana", *Le Società,* 2019, 1.

Gordon, L.: *Nmap network scanning,* Palo Alto, 2008.

Gronwald, M.: "Is Bitcoin a Commodity? On Price Jumps, Demand Shocks, and Certainty of Supply", *Journal of International Money and Finance,* 2019, vol. 97.

Guerrieri, G.: "La moneta elettronica: profili di diritto privato", *Nuove leggi civ.*, 2013.

Hacker, P., Thomale, C.: "Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law", *European Company and Financial Law Review,* 2018, vol. 15, núm. 4.

Hamdani, A.: "Gatekepeer liability", *Southern California Law Rev.*, 2003, vol. 77

Hodgson, D., "*Know your customer:* marketing, governmentality and the *new consumer* of financial services*, Management decision,* 2002, vol. 40, núm. 4.

Hu, L.: "Perché la Cina investe su criptovalute e *blockchain* di stato", en www.wired.it

Jevons, V.W.S.: *Money and mechanism of Exchange*, New York, 1898.

Krogh, M., Licini, C.: *La normativa antiriciclaggio e antiterrorismo per i professionisti,* Milano, 2010.

Lì, X.: "Q coin suddenly rises, is it the next Bitcoin?", en www.cup.com.hk

Lombardo, S.: *Quotazione in borsa e stabilizzazione del prezzo delle azioni,* Milano, 2011.

Mancini, M.: "Valute Virtuali e *Bitcoin*", *Analisi Giuridica dell'Economia,* 2015, 1.

Masciandaro, D.: "Teoria dell'assetto istituzionale della Banca Centrale: riflessi sul controllo monetario e sulla politica fiscale", *Giornale degli Economisti e Annali di Economia*, 1988, ½.

Meltzer, P.E.: "Keeping the Drug Money to Reach the Wash Cycle: A Guide to Bank Secrecy Act", *Banking Law Journal,* 1991, vol. 108, núm. 3

Miola, M.: "Gli strumenti finanziari nella Società per Azioni e la raccolta del risparmio tra il pubblico", *Riv. dir. comm.*, 2005, I.

Monateri, P.G.: "Gli usi e la ratio della dottrina della compensatio lucri cum damno. È possibile trovarne un senso?", *Quadrimestre*, 1990, 2.

Monateri, P.G.: *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008.

Morris, D.M.: "Mt. Gox shuts down: Leaked document states 744,408 bitcoin lost", en www.fortune.com.

Mulligan, D.: "Know Your Customer Regulations and the International Banking System: Towards a General Self-Regulatory Regime", *Fordham International Law Journal,* 1999, vol. 22.

Nakamoto, S.: "Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System", en www.bitcoin.org.

Nicotra, M.: "ICO Initial Coin Offering: una ricostruzione giuridica del fenomeno", en www.blockchain4innovation.it.

Norman, A.T.: *Blockchain Technology Explained: The Ultimate Beginners Guide About Blockchain Wallet, Mining, Bitcoin, Ethereum, Litecoin, Zcash, Monero, Ripple, Dash, IOTA And Smart Contracts,* Scotts Valley, 2017.

Notari, M.: "Azioni e strumenti finanziari: confini delle fattispecie e profili di disciplina", *Banca, borsa,* 2003, I.

Nussbaum, A.: *Money in the Law,* Chicago, 1939.

Oki, H.: "Japan Hopes to Set Global Crypto Law Benchmark With Latest Regulatory Update", www.cointelegraph.com.

O' Sullivan, A.: *Economics: Principles in Action,* New Jersey, 2003.

Osterreider, J., Lorenz, J., Strika, M.: *Bitcoin and Cryptocurrencies-Not for the Faint-Hearted,* 1 octubre 2016.

Peck, B.M.: "The Value of Cryptocurrencies: How Bitcoin Fares in the Pockets of Federal and State Courts", *University of Miami Business Law Rev.,* 2017, vol. 26.

Perlingieri, P.: *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 2011.

Pernice, C.: Digital currencies e *obbligazioni pecuniarie,* Napoli, 2018.

Picciau, C.: *Diffusione di giudizi inesatti nel mercato finanziario* e *responsabilità delle agenzie di* rating, Milano, 2018.

Procida Mirabelli di Lauro, A., Feola, M.: *La responsabilità civile: contratto* e *torto*, Torino, 2008.

Pugliatti, S.: *Beni mobili* e *beni immobili,* Milano, 1967.

Puleo, S.: Voz "*Compensatio lucri cum danno*", *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961.

Razzante, R.: "Le insidie di *blockchain* e *bitcoin*", *Formiche*, 2019, 153.

Razzante, R.: *Bitcoin* e *criptovalute. Profili fiscali, giuridici* e *finanziari*, S. Arcangelo di Romagna, 2018.

Razzante, R.: "*Bitcoin* e monete digitali. Problematiche giuridiche", *Gnosis,* 2014, 2.

Righini, E.: "Strumenti e prodotti finanziari", *Enc. dir., Ann.* IV, Milano, 2011.

Rodotà, S.: *Il terribile diritto - Studi sulla proprietà privata* e *i beni comuni*, Bologna, 2013.

Salomone, L.: "La nozione di "strumento finanziario" tra unità e molteplicità", *Riv. dir. comm.,* 1998, I.

Samuelson, P.A.: *Economics,* New York, 1980.

Sanada, M., Tokuga, Y.: *Accounting Regulation in Japan: Evolution and Development from 2001 to 2015,* Cambridge, 2019.

Sarzana di S. Ippolito, F., Nicotra, M., *Diritto della* blockchain*, Intelligenza Artificiale* e *IoT.,* Milano, 2018.

Scozzafava, O.T: *Dei beni. Artt. 810-821,* Milano, 1999.

Shapiro, M.: *Structure and Encapsulation in Distributed Systems: the Proxy Principle,* Cambridge, 1986.

Shiyuan, H.: "*Culpa in contrahendo* in Chinese Contract Law", *Tsinghua Law Rev.*, 2014, 6.

Smart, R.: "Japan considers making bitcoin a legal currency", *The Guardian,* 25 febbraio 2016.

Snider, T.J.: *Regulation of the Commodities Futures and Options Markets,* vol. 2, New York, 1997.

Stimolo, S.: "Cina: la strategia *blockchain* e le risposte dal mondo *crypto*",www.cryptonomist.ch.

Stone, R.: *The Modern Law of Contract*, London, 2005.

Terzi, A.: *La moneta,* Bologna, 2002.

Thomas, K.: "Analysing the Notion of 'Consumer' in China's Consumer Protection Law", *The Chinese Journal of Comparative Law,* 2018, vol. 6, núm. 2.

Tiwari, N.: "The Commodification of Cryptocurrency", *Michigan Law Rev.*, 2018, vol. 117, núm. 3.

Trabucchi, A.: *Istituzioni di diritto civile,* Padova, 2017.

Tuch, A.F.: "The Limits of Gatekepeer Liability", *Washington and Lee L. Rev.*, 2017, 2

Ventoruzzo, M.: *Responsabilità da prospetto negli Stati Uniti d'America tra regole del mercato e mercato delle regole*, Milano, 2003.

Wilson, T., Chavez-Drefyuss, G.: "Chinese cryptocurrency demand feeding off trade tensions, weaker yuan, market players say", *The Japan Times* (16 agosto 2019).

Xiaoyang, L.: "The Legal Status of Pre-Contractual Liability: Contrasting Responses from German and English Law", *National Taiwan University Law Rev.*, 2017, 1.

Zhang, M.: *Chinese Contract Law: Theory and Practice*, Leiden, 2006.

RECENSIONES

Escobar Mora, C.: *El deber de comunicación en la publicidad digital empresarial,* J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2019.

Hasta hace relativamente poco tiempo, las empresas promocionaban sus bienes y/o servicios en virtud de medios físicos decimonónicos o tradicionales. En este sentido, se recurría, entre otros, a: folletos; tarjetas de visita; anuncios televisivos, radiofónicos y prensa escrita. La irrupción de Internet ha sido disruptiva, pues ha modificado los canales a los que los prestadores de servicios recurrían. Así, a título de ejemplo, emplean banners, enlaces patrocinados, redes sociales en un sentido amplio (Twitter, Facebook e Instagram) y el correo electrónico. Ahora bien, cada vez la publicidad está más segmentada y personalizada con la finalidad de lograr el éxito de las campañas comerciales. Se trata, en definitiva, de lo que ha

dado en llamarse publicidad comportamental. Al tener en cuenta los gustos de los consumidores el triunfo de las campañas es muy elevado.

El autor de la obra es Camilo Alfonso Escobar Mora que es abogado, Máster en Derecho y Tecnologías de la Información y en Derecho de las Telecomunicaciones. Asimismo, es Máster (LL.M.) en Derecho Comercial y Doctor (Ph.D.) en Derecho. Una de sus líneas de investigación es la que se aborda en el presente libro que no es sino el análisis jurídico de la publicidad digital.

En la contratación a distancia –y, dentro de la misma, la contratación electrónica y la publicidad virtual-, el consumidor padece un déficit de información, ya que únicamente tiene conocimiento de los bienes y/o servicios ofertados a través de la presentación comercial que de los mismos hace el empresario o profesional en virtud de catálogos, imágenes televisivas o sitios Web. Puede sufrir un déficit de información, en la medida de que la oferta le llega fuera de los canales habituales de contratación. Por ello, se habla de una relación contractual asimétrica, en la que los consentimientos de ambas partes -empresario o profesional y consumidor o usuario- no son, en modo alguno, homologables. El deber de información encuentra su fundamento en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes, desequilibrio que se acentúa en materia de consumo. Por ello, la información es el principal instrumento con que cuentan los consumidores para hacer frente a las técnicas agresivas del comercio moderno. El deber que se examina –de información-, que no puede concebirse en términos absolutos, encierra dos aspectos básicos: uno, negativo –consistente en abstenerse de dar información errónea- y otro positivo –el de transmitir toda la información exigible-. Se podrá demandar aquella información que sea necesaria para el receptor de la misma al efecto de la formación adecuada de su consentimiento contractual.

Escobar Mora analiza, de manera sencilla pero rigurosa, uno de las cuestiones más complejas de abordar en relación al derecho de consumo cual es la validez jurídica de la publicidad en el ámbito digital. Una de las cuestiones que subyace en la presente obra, es la pregunta que formula el autor de si resulta suficiente con que el empresario presente simplemente la información o bien debe dar un paso al respecto y, en consecuencia, sería conveniente que el consumidor la recepcione y la comprenda. A juicio del autor, con buen criterio, debe potenciarse la segunda alternativa. Compartimos la idea que debe recurrirse a un lenguaje sencillo, sin tecnicismos o términos ambiguos, que no omita información relevante, obvie el engaño y el error debilerado, recurriendo, en todo caso, al deber de diligencia profesional. A este respecto, resulta positivo que el prestador de servicios ponga a disposición de los destinatarios canales para resolver las potenciales dudas que se puedan plantear. A juicio de Escobar, debe imperar el principio de confianza que debe tener el consumidor y/o usuario en el mercado, así como el de solidaridad

que debe darse en ambos extremos. Este último (principio de solidaridad), es una manifestación del deber de diligencia. No se deben desconocer los derechos de los demás. En palabras del autor de la monografía "el goce de un derecho depende del cumplimiento de un deber".

Durante la negociación del contrato –por lo que se refiere al suministro de información-, lo que existe no es un deber de prestación, sino que se aproximaría a lo que podría denominarse deber de protección, es decir, un imperativo de respetar determinados intereses jurídicos protegidos, como la libertad contractual o de decisión.

Desde el punto de vista sistemático, la obra presenta dos grandes capítulos. En el primero de ellos, se aborda el deber de comunicación en relación al derecho preventivo del consumo en la publicidad digital. Se analiza la validez jurídica de la publicidad desde el punto de vista de la eficacia y la seguridad jurídica. El autor lista cuatro etapas que, a su modo de ver, debe presentar la publicidad digital, a saber: la creación de la pieza publicitaria; el funcionamiento de la publicidad; la comunicación de la publicidad; y, finalmente, la atención de la publicidad. Escobar determina que el deber de comunicación ha de entenderse cumplido en el caso de que tanto para cada una de las fases mencionadas como para la publicidad considerada en su conjunto -que es la unión de todas las etapas- coincide con el deber ser jurídico.

Los deberes precontractuales de operar cierta información representan una sugerente manifestación del suministro de información como instrumento apto para proteger a la parte más débil en una determinada relación contractual caracterizada por la concurrencia de determinadas asimetrías informativas. Por informar puede considerarse dar noticia de una determinada cosa o de ciertas circunstancias. En otros términos, es instruir o prevenir. Consiste en exponer situaciones de hecho de carácter objetivo e, incluso, de derecho que se conocen o se deben conocer. El contenido del deber esencialmente se limita a lo que sea relevante y suficiente respecto a la adopción de una decisión. Así, si no se entrega esta información o, por el contrario, se hace, pero omitiendo contenido fundamental, estamos ante un caso de incumplimiento de los deberes emanados de la buena fe y, por tanto, habría lugar a reparar el eventual daño producido. Uno de los ámbitos en los que precisamente inciden los instrumentos derivados de la autorregulación es el precontractual.

Por su parte, el capítulo segundo se refiere a la subjetividad de los mensajes que han de observar unos estándares mínimos para alcanzar la objetividad que sería preceptiva para la validez jurídica de los mismos. El mensaje que se busque transmitir debe ser suficiente y completo. En relación a este último carácter, debe advertirse que el mismo incluye la objetividad. Asimismo, a juicio del autor, debe

tenerse en cuenta el criterio de necesidad. En virtud de este último, se incluye el análisis de validez jurídico en el caso concreto.

Los consumidores y/o usuarios, como seres humanos que son, presentan una multiplicidad de emociones que, en muchas más ocasiones de las deseables, influyen y determinan su comportamiento. Por ello, puede afirmarse que no siempre actúan de manera racional. En el supuesto de que la empresa no comunique sus mensajes emotivos, de manera válida, se afecta al consentimiento del potencial destinatario. En palabras del autor "las emociones alteran el libre albedrío y, en consecuencia, el principio de la autonomía de la voluntad".

Como señala el autor, lo esperable es que, desde el plano jurídico, se actúe, por parte del prestador de servicios, de forma diligente. En efecto, la empresa debe comunicar su publicidad atendiendo al perfil jurídico de cada destinatario que la recepcione válidamente. Si bien no se señala, de manera expresa, en el contenido de la obra que es objeto de reseña, sí que parece recomendable que el empresario conozca las condiciones de índole socio cultural de sus potenciales destinatarios. A tal fin, debería observar un lenguaje facilmente comprensible, para que no haya lugar a falsas interpretaciones, incidiendo, de manera directa, en la validez jurídica del mensaje.

En sede de conclusiones, se aborda la validez, la eficacia y la la seguridad jurídica que plantea el deber de comunicación respecto a la publicidad digital. Como dispone el autor, el prestador de servicios debe comunicar al destinatario su publicidad, de manera que esa comunicación coincida con su deber ser jurídico. No debe reputarse que la comunicación válida jurídicamente es cualquier manera de comunicación. Debe considerarse tal aquella que transmite los mensajes exigidos o pretendidos en el deber o deberes jurídicos que resulten aplicables al supuesto concreto. En el caso de la contratación electrónica –dentro de lo que debe incluirse la publicidad en un sentido amplio-, la confianza del consumidor parece un requisito, previo e imprescindible, para el pleno desarrollo del comercio electrónico, por lo que resulta básico garantizar que el nivel de protección de sus intereses en el entorno telemático será, como mínimo, equivalente al existente en el mundo físico. Los deberes de información en la fase precontractual contribuyen, qué duda cabe, a tal fin.

Dr. David López Jiménez
EAE Business School

RODRÍGUEZ AYUSO, J. F.: *Ámbito contractual de la firma electrónica,* José María Bosch Editor, Barcelona, 2018.

Cada vez más personas recurren a la red con la finalidad de buscar información, realizar múltiples actividades vinculadas, directa o indirectamente, al ocio, efectuar transacciones comerciales de diversa índole, o, simplemente, gestiones ante la Administración pública. Existen diversos sistemas de identificación virtual. Entre los mismos, podemos encontrar métodos que ostentan cierta simplicidad y, por ende, inseguridad –como una contraseña asociada a un determinado correo electrónico- hasta sistemas sensiblemente más complejos basados en el recurso a técnicas de tipo biométrico –lectura del iris, huella digital, geometría de la mano,

rostro, etc.-. En los sistemas de identificación más seguros y recurridos, en la actualidad, encuentra un lugar destacado la denominada firma digital.

El método técnico al que recurre la firma electrónica es la criptografía. Se trata de un método que se basa en algoritmos matemáticos que persiguen cifrar el contenido de un mensaje. A través del cifrado, los datos legibles se convierten en ilegibles, por lo que, en consecuencia, únicamente podría accederse a los mismos mediante la clave precisa para descifrarlos. A diferencia de lo que acontece en la firma de los documentos cartáceos de contenido negocial, que, como es conocido, consiste en declarar la voluntad del autor del mensaje, y precisa, por ello, de una actuación personal del mismo, la firma electrónica, sin embargo, es escindible o separable de la persona, pudiendo accionar la misma, su mismo titular o un tercero, y, todo ello, con o sin el consentimiento de aquél.

La presente monografía estudia, de manera detallada, la incidencia de la regulación actual de la firma electrónica en los contratos virtuales entre particulares. Antes de entrar, de manera somera, en cada uno de los capítulos de los que consta la obra, procede referirse a dos cualidades de la misma. Por un lado, tiene por objeto estudiar la evolución y el marco legal actual de esta novedosa institución dentro del ordenamiento jurídico, nacional y europeo. Y, por otro lado, busca ofrecer al lector una reflexión por lo que respecta a los aspectos más relevantes de esta disciplina, pronunciándose en cuanto a la fuerza de la firma electrónica como medio de prueba en los procedimientos de contratación electrónica. Asimismo, trata de corregir la antinomia legislativa imperante respecto de la controvertida naturaleza del documento electrónico.

La obra cuenta con un total de cuatro capítulos, para, posteriormente, finalizar con las conclusiones generales. Seguidamente, efectuaremos unas breves pinceladas respecto a cada uno de ellos.

El primero de estos capítulos, que tiene por rúbrica "Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación: el ocaso de la distancia y el tiempo", nos posiciona frente al fenómeno de la sociedad de la información y ante la red de redes. En este, entre otros aspectos, se estudian, el origen, significado y evolución del término sociedad de la información y su traslación hacia la denominada sociedad del conocimiento. Por lo que se refiere a Internet, se analizan un elenco de sugerentes cuestiones al respecto (los orígenes del mismo, pero también la evolución de la más rudimentaria Web 1.0 hasta la sofisticada 3.0 y utópica 4.0). Finaliza el capítulo con diversos aspectos referidos a los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico (se refiere a sus puntos positivos y negativos, pero también a sus clasificaciones). Interesa detenerse, brevemente, en el potencial de este último. En efecto, el incremento sostenido de este último es una realidad. Así, por ejemplo, en el caso concreto de España, según los datos

de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, durante el segundo trimestre de 2019, que son los últimos datos que están disponibles, la facturación por las ventas del comercio electrónico fue de aproximadamente 12.000 millones de euros. Esta cifra es casi un 30% más que durante el mismo período del año anterior, y, por consiguiente, un récord.

El segundo capítulo, intitulado validez y eficacia de los contratos privados, alude a la contratación electrónica que acontece entre particulares. Es en la misma donde habrá de implantarse la firma electrónica que pondrá de manifiesto la voluntad y el consentimiento de los intervinientes en lo que respecta al contenido del acuerdo negocial. Este capítulo parte del examen de la naturaleza jurídica del documento del que, dicho sea de paso, el documento electrónico es una de sus modalidades. Se listan y, posteriormente, analizan las diversas teorías al respecto (teoría estricta, del escrito, restringida o latina; la teoría de la representación o germánica; teoría del documento como contenido). A continuación, se refiere a la actividad publicitaria o promocional, y los problemas que muchas veces se suscitan al respecto. Se trata de las comunicaciones comerciales no solicitadas y los sistemas que, a nivel global, se han ideado al respecto. También alude a los deberes precontractuales de información, y, finalmente, a la celebración de los contratos por vía electrónica, o contratos electrónicos. Como es sabido, son aquellos en los que tanto la oferta como la aceptación se efectúan por medios electrónicos. Asimismo, se estudia el principio de libertad de forma y, para concluir, aquellos contratos provistos de firma electrónica como complemento fundamental, a efectos de prueba, de su contenido, autoría e integridad).

Seguidamente, el capítulo tercero se dedica a la firma electrónica como medio de prueba de contratos electrónicos de naturaleza privada. El punto de partida, como no podía ser de otra manera, es el estudio de los servicios electrónicos de confianza. Más adelante, analiza los múltiples aspectos generales que distinguen la firma electrónica de cualquier otro servicio de confianza -sello electrónico, sello de tiempo electrónico, servicio de entrega electrónica certificada y autenticación de sitios web-. Como acertadamente señala el autor, entre las principales funciones de la firma electrónica, en la contratación online se encuentra la de identificar a los sujetos participantes, y garantizar, de manera fehaciente, que todas las comunicaciones que transitan digitalmente se efectúan de forma íntegra y voluntaria y accesibles únicamente por quienes son sus respectivos emisores y destinatarios. Se estudian, finalmente, los aspectos materiales y los procesales. Por lo que se refiere al comercio electrónico en general, la firma electrónica no es, en modo alguno, obligatoria. Por consiguiente, los contratos electrónicos efectuados sin el uso de firma digital son plenamente válidos, con la única salvedad de que alguna norma se pronuncie en sentido contrario.

El capítulo cuarto alude a los elementos subjetivos del sistema de firma electrónica, que investigará qué acontece con las distintas partes intervinientes en la celebración de contratos firmados electrónicamente y que constituyen lo que se ha dado en llamarse estructura triangular. Se trata del firmante, tercero que confía en la firma electrónica y, sobre todo, PSSIisc como tercero generador de confianza. El autor, con buen criterio, se dedica al examen de los principios que regulan el funcionamiento de estos sujetos. Respecto a los mismos, cabe referirse al principio de aplicación de la ley del país de origen, el principio de reconocimiento mutuo o de libre prestación de servicios y el principio de no sujeción a autorización previa. Este último es particularmente controvertido por las modificaciones acontecidas después la entrada en vigor del nuevo Reglamento comunitario.

En definitiva, es transcendental en todo negocio el consentimiento, ya que, como es sobradamente conocido, los negocios se perfeccionan mediante el consentimiento y no en virtud de la firma. Puede afirmarse que la firma es una manifestación del consentimiento y es que no ha de olvidarse que es este último el que da validez al negocio. Teniendo en cuenta la teoría general, debe repararse que en la firma tradicional, de carácter físico y manuscrito, la habitualidad es lo relevante, y, mediante ella, se expresa el consentimiento. La firma electrónica, sin embargo, es un modo de identificación. Además, debe indicarse que la firma electrónica no se vincula con la capacidad digital. En efecto, como se manifestó, identifica a la persona, pero no la capacidad del firmante. La obra que es objeto de reseña analiza toda la problemática que se suscita respecto a la firma electrónica, resultando una monografía de referencia.

Dr. David López Jiménez
EAE Business School

TÉRMINOS Y CONDICIONES DE USO DE **RBD**

1. Generalidades.

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

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

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

2. Usos permitidos.

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

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

3. Modificaciones de los términos y condiciones de uso.

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

4. Obligaciones del usuario.

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

5. Cláusula de limitación de responsabilidad.

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

6. Propiedad intelectual e industrial.

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

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

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

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

Todas las controversias o diferencias con relación a la interpretación, aplicación, cumplimiento y ejecución del presente contrato, renunciando expresamente a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, se resolverán en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial (CCAC) de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz (CAINCO), conforme a los siguientes medios: Como primer medio de solución se establece la Conciliación, la cual se regirá 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 Nº 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: 1°)

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.